

การประกันหนี้ในอนาคต



นางสาวเกสรี นิติมন্ত্রী

ศูนย์วิทยพัทยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2553

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SECURITY ON FUTURE OBLIGATION



Miss Kesaree Nitimontree

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2010

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การประกันหนี้ในอนาคต

โดย

นางสาว เกสร นิติมนตรี

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

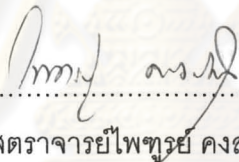
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก


รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร

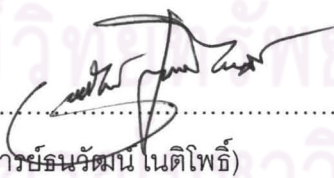
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต


๙-๓ ๕๖๓๗ คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

 ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

 อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร)

 กรรมการ
(อาจารย์ธรรวัฒน์ เนติโพธิ์)

 กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ประเสริฐ เสียงสุทธิวงศ์)

เกสรี นิติมนตรี : การประกันหนี้ในอนาคต (Security on Future Obligation)

อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร, 125 หน้า

ด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 ประกอบมาตรา 707 ได้บัญญัติให้สามารถทำสัญญาค้ำประกัน และสัญญาจำนอง ตามลำดับ เพื่อประกันหนี้ในอนาคตได้ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีการบัญญัติถึงนิยามและขอบเขตหรือลักษณะของ “หนี้ในอนาคต” ทำให้เกิดปัญหาการตีความและการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เน้นการค้นคว้าจากเอกสาร ตำราทางวิชาการต่างๆ เพื่อวิเคราะห์ขอบเขตและลักษณะของหนี้ในอนาคตตามมาตรา 681 และตอบคำถามต่างๆ เกี่ยวกับผลของการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ

ทั้งนี้ จากการค้นคว้า ผู้เขียนพบว่า “หนี้ในอนาคต” นั้น มีลักษณะคล้าย “หนี้ที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 โดยหนี้ในอนาคตตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่อาจทำการประกันได้นั้นจะต้องมีการระบุในสัญญาอย่างชัดเจนหรือต้องเป็นหนี้ที่มีความเกี่ยวข้องกับหนี้ที่ได้เกิดขึ้นในคราวแรก หากไม่แล้วศาลจะตีความเป็นคุณแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น ทั้งนี้ เพื่อการบังคับตามสัญญาประกันหนี้ในอนาคตให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญามากที่สุด และป้องกันความไม่เป็นธรรมที่อาจเกิดจากความเหลื่อมล้ำในทางเศรษฐกิจและอำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ดีเพื่อหลีกเลี่ยงการตีความและการบังคับใช้ในทางปฏิบัติจึงควรบัญญัติคำนิยามและขอบเขตหรือลักษณะของ “หนี้ในอนาคต” ให้ชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สาขาวิชานิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติศ..... *เกสรี นิติมนตรี*
ปีการศึกษา.....2553..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก..... *สำเรียง เมฆเกรียงไกร*

5185959434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : SECURITY / FUTURE OBLIGATION

KESAREE NITIMONTREE : SECURITY ON FUTURE OBLIGATION. THESIS

ADVISOR : ASSOCIATE PROFESSOR SAMRIENG MEKKRIENGKRAI, 125 pp.

As prescribed by the Civil and Commercial Code Section 681 and Section 707, guarantee agreement and mortgage agreement could be done over future obligation; however, the Code merely stipulate neither definition, nature nor limit to which future obligation could be secured, causing issues in interpretating and enforcing the agreement in practice.

This research is mainly based on document research in order to analyze the limit and nature of the future obligation under Section 681 as well as the validation of the security agreement on future obligation in practice.

The study finds out that 'future obligation' is rather similar to 'conditional obligation' under Book 1 of the Civil and Commercial Code. Moreover, the Supreme Court has laid precedence that the future obligation that could be secured has to be clearly mentioned in the security agreement or be of same class or has some relatedness to the former obligation secured under the same security agreement or the court shall interpret the agreement in favor of the party obligated under the agreement, in order that the agreement could be enforced in consistence with the real consent of the parties and prevent the unfair that may be caused by the difference of the economic and bargaining power of the parties. However, to avoid interpretating and enforcing the agreement in practice, the definition, nature and limit of "future obligation" should be clearly described in the Civil and Commercial Code.

Field of Study : Laws.....

Academic Year : 2010.....

Student's Signature Kesaree Nitimontree

Advisor's Signature Samrieng Mekkriengkrai

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาอย่างสูงจากท่านรองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ประเสริฐ เสียงสุทธิวงศ์ และท่านอาจารย์ชนวัฒน์ เนติโพธิ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านรองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่กรุณาให้คำแนะนำเสนอแนะและตรวจแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างดีตลอดมาจนวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าของเอกสาร บทความ ตำรา หนังสือทุกท่านที่ผู้เขียนใช้ในการสืบค้นข้อมูลทั้งที่กล่าวและที่ไม่ได้กล่าวนามไว้ ณ ที่นี้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ พี่ๆ น้องๆ เจ้าหน้าที่ คณะนิสิตสาส์น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่าน สำหรับกำลังใจและความช่วยเหลือที่มีค่าอย่างยิ่งตั้งแต่ผู้เขียนเข้าศึกษาในระดับปริญญาตรีจนกระทั่งปริญญาโท

ท้ายนี้คุณค่าและประโยชน์จากการค้นคว้าอันพึงมีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาแก่บิดา มารดา และคณาจารย์ทุกท่านที่ได้อบรมสั่งสอนศิษย์มาตลอด ด้วยวิญญานของความเป็นครู ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	2
1.4 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย.....	2
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
บทที่ 2 หลักการว่าด้วยการประกันหนี้ และสภาพปัญหาของการประกันหนี้ในอนาคต.....	4
2.1 ความหมายของ “หลักประกัน”.....	4
2.2 หลักการและเหตุผลของกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้.....	5
2.3 ประเภทของการประกันหนี้.....	8
2.3.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล.....	8
2.3.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	9
2.3.2.1 การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกัน.....	9
2.3.2.2 การประกันหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน.....	9
2.3.2.3 การให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันหนี้.....	9
2.4 สภาพปัญหาของหลักประกันเพื่อหนี้ในอนาคต.....	11
บทที่ 3 การประกันหนี้ในอนาคตตามกฎหมายต่างประเทศ.....	12
3.1 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศอังกฤษ.....	12
3.1.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล.....	12
3.1.1.1 Contract of guarantee.....	12

3.1.1.2 Contract of Indemnity.....	13
3.1.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	14
3.1.2.1 Pledge.....	14
3.1.2.2 Mortgage.....	15
3.1.2.3 Charge.....	15
3.1.3 สัญญาประกันหนี้ในขนาดตามกฎหมายประเทศอังกฤษ.....	16
3.1.3.1 หลักการหนี้บังคับและหนี้ทางเลือก (The Optional/ Obligatory Advance Doctrine).....	18
3.1.3.2 หลักการตาม Uniform Land Security Interest Act (ULSIA).....	18
3.2 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	19
3.2.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล.....	20
3.2.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	20
3.2.2.1 ลักษณะของสัญญาประกันหนี้.....	20
3.2.2.2 ขั้นตอนและวิธีการทำสัญญาประกันหนี้.....	20
3.2.2.3 สิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ให้ประกัน.....	21
3.2.2.4 การบังคับหลักประกัน.....	21
3.2.3 สัญญาหลักประกันเพื่อหนี้ในขนาดตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา... ..	21
3.2.3.1 หลักเจตนาจริงของผู้สัญญา หรือหลักความเกี่ยวเนื่องกันของหนี้ (Determining Intent หรือ Same Class-Relatedness Rule).....	22
3.2.3.2 หลักความสุจริตและทางปกติการค้า (Good Faith and Conscionability).....	23
3.3 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศญี่ปุ่น.....	24
3.3.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล.....	24
3.3.1.1 ลูกหนี้ร่วมหรือหลายคน (Joint and several Obligation-duty).....	24
3.3.1.2 การค้ำประกัน (Suretyship) ซึ่งรวมถึง ผู้ค้ำประกันร่วม หรือหลายราย (Joint and several suretyship).....	25
3.3.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	26
3.3.2.1 Pledge	27
3.3.2.2 Hypothec.....	28

3.3.3	การประกันหนี้ในอนาคตตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น.....	28
บทที่ 4	การประกันหนี้ในอนาคตตามกฎหมายไทย.....	29
4.1	หนี้ในอนาคต.....	29
4.1.1	หนี้ และบ่อเกิดแห่งหนี้.....	29
4.1.1.1	นิติกรรม.....	30
4.1.1.2	นิติเหตุ.....	30
4.1.2	ลักษณะอื่นๆ ตามกฎหมายที่อาจเทียบเคียงได้กับหนี้ในอนาคต.....	31
4.1.2.1	เงื่อนไข.....	31
4.1.2.2	เงื่อนไขเวลา.....	33
4.1.2.3	กำหนดเวลาชำระหนี้.....	33
4.2	สัญญาประกันหนี้.....	34
4.2.1	สัญญาค้ำประกัน.....	35
4.2.1.1	หนี้ประธาน.....	35
4.2.1.2	บุคคลผู้อาจเป็นผู้ค้ำประกัน.....	37
4.2.1.3	สิทธิและหน้าที่ของผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้.....	37
4.2.1.4	หลักฐานเป็นหนังสือ.....	38
4.2.1.5	การสิ้นสุดของสัญญาค้ำประกัน.....	39
4.2.2	สัญญาจำนอง.....	47
4.2.2.1	หนี้ประธาน.....	47
4.2.2.2	บุคคลผู้อาจเป็นผู้จำนอง.....	48
4.2.2.3	สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนองและเจ้าหนี้.....	49
4.2.2.4	แบบและการทำสัญญา.....	49
4.2.2.5	การสิ้นสุดของสัญญาจำนอง.....	51
4.2.3	สัญญาจำนำ.....	52
4.2.3.1	ลักษณะของสัญญาจำนำ.....	52
4.2.3.2	บุคคลผู้อาจเป็นผู้จำนำ.....	52
4.2.3.3	สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนำและเจ้าหนี้.....	53
4.2.3.4	แบบและการทำสัญญา.....	54
4.2.3.5	การสิ้นสุดของสัญญาจำนำ.....	54

4.3 ตัวอย่างสัญญาประกันหนี้ในอนาคตในปัจจุบัน.....	56
4.3.1 สัญญาค้ำประกันลูกจ้างเข้าทำงาน.....	56
4.3.2 สัญญาค้ำประกันผู้รับทุนไปศึกษาต่อต่างประเทศ.....	57
4.3.3 สัญญาประกันการเบิกเงินเกินบัญชี.....	58
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ในอนาคต.....	59
5.1 ปัญหาขอบเขตของหนี้ในอนาคต.....	59
5.1.1 หลักการและสภาพปัญหาของขอบเขตของหนี้ในอนาคต.....	60
5.1.2 ขอบเขตหนี้ในอนาคตกับประเด็นข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย.....	61
5.1.2.1 หนี้ในอนาคตคืออะไร.....	61
5.1.2.2 หนี้ในอนาคตกับหนี้ที่มีเงื่อนไข.....	68
5.1.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างหนี้เดิม และหนี้ในอนาคต.....	70
5.2 ปัญหาการจำนำเพื่อประกันหนี้ในอนาคต.....	71
5.2.1 คำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการจำนำเพื่อหนี้ในอนาคต.....	72
5.2.2 ข้อพิจารณาในผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำนำเพื่อหนี้ในอนาคต	75
5.3 ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาประกันหนี้ในอนาคต.....	79
5.3.1 หลักการและสภาพปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาประกัน เพื่อหนี้ในอนาคต.....	80
5.3.2 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540....	81
5.3.3 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541.....	86
5.3.4 ข้อพิจารณาในผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคตกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541.....	89
5.4 สัญญาประกันหนี้หมุนเวียนกับสถาบันการเงิน จะถือว่าหนี้ที่ประกันระงับสิ้นสุด เมื่อใด.....	92
5.5 เจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลาย แต่ทรัพย์สินซึ่งจำนองหรือจำนำนั้น เป็น ประกันเพื่อหนี้ในอนาคตให้กับบุคคลอื่นที่ไม่ล้มละลายด้วย จะมีสิทธิเพียงใด.....	96
5.6 กรณีของการจำนำสินค้าที่เก็บไว้ในคลังสินค้า จะจำนำลำดับแรกเป็นประกันหนี้ อนาคตหรือหนี้สินหมุนเวียน แต่จำนำสองเป็นหนี้เงินที่มีกำหนดระยะเวลาซึ่งถึง กำหนดชำระก่อน เช่นนี้จะบังคับจำนำได้หรือไม่เพียงใด.....	101

5.7 การทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต	106
5.7.1 หลักฐาน หรือแบบของการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต.....	106
5.7.2 วงเงินการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต.....	109
5.7.3 กรณีมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาประกันหนี้ใน อนาคต.....	111
5.8 การจัดลำดับสิทธิระหว่างเจ้าหนี้จ้างองเหนือทรัพย์สินจ้างองขึ้นเดียวกัน.....	112
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	114
6.1 บทสรุป.....	114
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	118
รายการอ้างอิง.....	122
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	125

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการประกันหนี้ได้ทวีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศในฐานะที่เป็นเงื่อนไขหรือปัจจัยหลักที่เจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินต่างๆ ใช้พิจารณาประกอบการให้สินเชื่อหรืออนุมัติวงเงินการกู้ยืมต่างๆ เนื่องจากสัญญาให้หลักประกันนั้นจะเป็นไปเพื่อการสร้างความมั่นใจ หรือความไว้เนื้อเชื่อใจของกลุ่มสัญญาฝ่ายหนึ่งว่า กลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้เข้าทำสัญญาไว้ในสัญญาหลักในประเด็นประการต่างๆ ที่ต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่แตกต่างกันไปในแต่ละฝ่าย โดยมีข้อยืนยันว่าหากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือผิดสัญญา หรือโดยประการอื่นใดที่กำหนดไว้ในข้อสัญญานั้น ฝ่ายผู้ที่ได้รับหลักประกันนั้นก็สามารถอาศัยสิทธิตามกฎหมาย หรือตามสัญญากำหนด โดยเป็นการบังคับให้เป็นไปตามนั้น

ในส่วนของการประกันหนี้ในอนาคตนั้น ก็ได้รับการพัฒนาและเข้ามามีบทบาทในภาคเศรษฐกิจมากขึ้นเช่นกัน โดยจะเห็นได้ว่าลักษณะข้อตกลงเพื่อประกันหนี้ในอนาคตนั้น ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งในสัญญาประกันหนี้มาตรฐานของหลายๆ สถาบันการเงิน ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยข้อตกลงดังกล่าวจะช่วยลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจในส่วนของการค่าใช้จ่ายในการติดต่อประสานงานระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องเจรจาหรือทำข้อตกลงกันใหม่ทุกครั้งที่มีการขอกู้ยืมเพิ่มเติม และการที่คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องดำเนินการด้านสัญญากันใหม่นั้น ยังช่วยส่งเสริมให้ลูกหนี้สามารถประกอบธุรกิจได้ต่อเนื่องมากขึ้น นอกจากนี้ข้อตกลงดังกล่าวยังทำให้ลูกหนี้สามารถบริหารการเงินของธุรกิจได้คล่องตัวมากขึ้น เนื่องจากสามารถทยอยทำการกู้ยืมเงินหรือเบิกเงินได้เท่าที่จำเป็นต้องใช้ ทำให้ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยมากเกินไปจนความจำเป็น

อย่างไรก็ตาม แม้รูปแบบของข้อตกลงดังกล่าวจะมีใช้ในทางปฏิบัติกันมานาน เช่น ในสัญญาค้ำประกันการกู้เบิกเงินเกินบัญชี, สัญญาประกันความเสียหายจากการทำงาน หรือสัญญาประกันการกลับมาใช้ทุนเมื่อข้าราชการลาไปศึกษาต่อต่างประเทศ และได้ปรากฏความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้เพื่อให้สอดคล้องและส่งเสริมการประกอบธุรกิจ

มากขึ้นแล้ว¹ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการประกันหนี้ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่อง การประกันหนี้ในอนาคต ก็ยังขาดความชัดเจนอยู่มาก เช่น ในเรื่องขอบเขตของหนี้ในอนาคตที่สามารถทำสัญญาประกันหนี้ได้ แบบและวิธีการการทำสัญญา รวมทั้งการสิ้นสุดของสัญญาประกันหนี้ลักษณะดังกล่าวว่าจะมีความแตกต่างกับสัญญาประกันหนี้ที่กระทำเพื่อหนี้ประธานที่มีความสมบูรณ์แล้วตั้งแต่มีการทำสัญญาประกันหนี้หรือไม่ โดยในประเด็นดังกล่าวยังปรากฏนักวิจัยที่ศึกษาอยู่น้อย การศึกษาค้นคว้าในประเด็นนี้ จึงอาจช่วยให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นในขอบเขตของคำว่าหนี้ในอนาคต ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้ เจ้าหนี้มีประกัน และผู้ให้ประกัน อันจะเป็นการส่งเสริมด้านธุรกิจและเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. ศึกษาถึงทฤษฎีเบื้องต้นหลังการประกันหนี้ประเภทต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. ศึกษาวิเคราะห์หาขอบเขต และวิธีการที่เหมาะสมในการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต
3. ศึกษาถึงปัญหาข้อกฎหมายในการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยนี้มุ่งค้นคว้าและวิเคราะห์หลักกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ในอนาคต เพื่อหาลักษณะของหนี้ในอนาคตที่อาจเป็นหนี้ประธานในสัญญาประกันหนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง หรือสัญญาจำนำ ตลอดจนปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติจากสัญญาประกันหนี้ในอนาคต

1.4 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

ศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมข้อมูล หนังสือ เอกสาร บทความ วารสาร และสิ่งพิมพ์ต่างๆ รวมถึงสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องทั้งในเชิงกฎหมายของไทย และกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์และเป็นแนวทางในการค้นคว้าต่อไป

¹ เช่น การยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เป็นต้น

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

ปัจจุบันบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการประกันหนี้ในอนาคตยังไม่ชัดเจน เหมาะสม และเพียงพอที่จะคุ้มครองคู่สัญญา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจในวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้
2. ทำให้ทราบถึงลักษณะของหนี้ในอนาคตที่สามารถเป็นหนี้ประธานในสัญญาประกันหนี้ได้
3. ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่าง เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้ให้ประกันหนี้ในอนาคต มีความชัดเจนมากขึ้น



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

หลักการว่าด้วยการประกันหนี้ และสภาพปัญหาของการประกันหนี้ในอนาคต

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อบุคคลมีหนี้ผูกพันระหว่างกันแล้ว ด้วยฐานแห่งมูลหนี้ นั้น เจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และสามารถบังคับชำระหนี้ของตนได้จากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง ตลอดจนเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรับรองสิทธิในมาตรา 214 อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วสิทธิดังกล่าวอาจไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เนื่องจากเพื่อให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อย การบังคับชำระหนี้ในลักษณะดังกล่าวนั้นต้องเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย ผ่านกระบวนการของศาลมากมาย ซึ่งย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย และอาจใช้เวลาในการดำเนินการค่อนข้างนาน และอาจทำให้เจ้าหนี้เสียประโยชน์ได้

นอกจากนี้ การบังคับชำระหนี้ตามสิทธิข้างต้นนั้น อาจเกิดกรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายคน โดยเจ้าหนี้ต่างๆอาจมาขอเฉลี่ยทรัพย์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและศาลได้มีคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ก็ต้องไปยื่นขอรับชำระหนี้ ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็จะดำเนินการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่ละรายตามสัดส่วน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนยิ่งขึ้นว่าเจ้าหนี้จะสามารถบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิง

ด้วยเหตุนี้ จึงได้เกิดหลักเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ขึ้น เพื่อเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ว่าแม้ลูกหนี้จะมีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการบังคับชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ก็ยังสามารถใช้สิทธิบังคับเอาจากหลักประกันซึ่งอาจเป็นทรัพย์สินหรือเป็นตัวบุคคลเป็นการทดแทนได้

2.1 ความหมายของ “หลักประกัน”

คำว่า “หลักประกัน” (Security) นี้ได้มีการให้ความหมายต่าง ๆ กัน ดังต่อไปนี้

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน² ได้ให้ความหมายของคำว่า “หลักประกัน” ไว้ว่า “เงินสด หลักทรัพย์ หรือบุคคลที่นำมาประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือ

² พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : อรุณการพิมพ์, 2544

ประกันการชำระหนี้”

Black Law Dictionary³ ได้ให้ความหมายของคำว่า “Security” ว่าเป็นพันธกรณี การจำนำ การจำนอง การวางทรัพย์ สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ซึ่งให้โดยลูกหนี้เพื่อความมั่นใจในการชำระหนี้ของตน โดยจัดหาทรัพย์สินให้ไว้ Black Law Dictionary กันเจ้าหนี้ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ประชาชนได้ บางครั้งก็ใช้เรียกบุคคลซึ่งเอาตัวหรือตำแหน่งเป็นหลักประกันหรือเป็นผู้ค้ำประกันการชำระหนี้ของบุคคลที่สาม

Stroud's Judicial Dictionary⁴ ได้ให้ความหมายคำว่า “Security” ว่า “Security, speaking generally is anything that makes the money more assured in its payment or more readily recoverable; as distinguished from e'g' a mere I'O'U' which is only evidence of debt” ซึ่งสามารถแปลโดยสรุปความได้ดังนี้ว่า “หลักประกัน คือสิ่งใดก็ตามที่เพิ่มความแน่นอนในการได้รับชำระหนี้...”

ดังนั้น จึงอาจสรุปจากคำจำกัดความข้างต้นได้ว่า การประกันหนี้คือสิ่งที่จะทำให้เจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันมีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้ได้มากกว่าเจ้าหนี้รายอื่นๆ

2.2 หลักการและเหตุผลของกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้

จากการสืบค้น ได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามสรุปหลักการเบื้องหลังแนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันตลอดจนลักษณะของกฎหมายหลักประกันที่ดี ดังนี้

ตามความเห็นของท่านอาจารย์ผาสุก เจริญเกียรติ เห็นว่ากฎหมายหลักประกันนั้น ต้องสามารถรับรองสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้เต็มจำนวน โดยอาจสรุปได้ ดังนี้

(1) สิทธิในการบังคับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น (Right of Preference)

เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันนั้นควรมีช่องทาง หรือขั้นตอนตามกฎหมายในการบังคับกับทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน โดยเฉพาะ แยกต่างหากจากกระบวนการบังคับชำระหนี้โดยเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน เพื่อให้เจ้าหนี้ที่มีประกันนั้นสามารถได้รับชำระหนี้ได้รวดเร็วมากขึ้น โดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยลง เช่น สิทธิบังคับจำนำเพื่อเอาทรัพย์สินที่จำนำออกขายทอดตลาด (ประมวลกฎหมาย

³ Black Law Dictionary. 4th ed. (St. Paul : west Publishing, 1968). หน้า 1622

⁴ Stroud's Judicial Dictionary. 7th ed. : Sweet & Maxwell Ltd.,2007

⁵ ผาสุก เจริญเกียรติ, “การนำวัตถุไม่มีรูปร่างมาเป็นประกันการชำระหนี้” บทบัญญัติ 61 (มีนาคม 2548): 171-188

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 764) เป็นต้น

(2) สิทธิในการติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกัน (Right of Pursuit)

เนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้น อาจเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์ และ อสังหาริมทรัพย์ และโดยหลักแล้วกรรมสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวย่อมยังอยู่กับผู้ให้ประกัน จึงอาจ มีการซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้ หรือกระทำการนิติสัมพันธ์อื่นใดอันเป็นผลให้ต้องมีการโอนกรรมสิทธิใน ทรัพย์สินดังกล่าว ดังนั้น เจ้าหนี้ที่มีประกันจึงควรสามารถติดตามที่จะบังคับชำระหนี้ได้ ไม่ว่า ทรัพย์สินนั้นจะตกอยู่ในมือของใคร เช่น การรับรองสิทธิของผู้รับจ้างในการได้รับชำระหนี้ก่อน เจ้าหนี้สามัญอื่นแม้จะได้มีการ โอนกรรมสิทธิในทรัพย์สิน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702)

(3) สิทธิในการแยกทรัพย์สินออกจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ตกเป็น บุคคลล้มละลาย (Right of Separation)

เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันนั้น ควรได้รับสิทธิอย่างเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งสามารถเลือกที่ จะบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันได้ โดยไม่ต้องถูกนำไปรวมเฉลี่ยกับเจ้าหนี้สามัญรายอื่นของลูกหนี้

ตามความเห็นของท่านรองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์⁶ เห็นว่ากฎหมายหลักประกัน ที่ดีและมีประสิทธิภาพนั้น ควรประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ไม่จำกัดชนิด หรือประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ นักธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินของตนมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้สูงสุด

(2) ไม่ตัดสิทธิลูกหนี้ หรือผู้ให้หลักประกันในการใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ตามสมควร

(3) มีวิธีการบังคับหลักประกันที่สะดวก รวดเร็ว และประหยัด

(4) รับรองสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน เหนือเจ้าหนี้สามัญ

นอกจากนี้ ตามความเห็นของ Philip R Wood⁷ กล่าวว่ากฎหมายหลักประกันที่ดีจะช่วย ส่งเสริมให้มีการลงทุนมากขึ้น เนื่องจากเจ้าหนี้จะมีความเสี่ยงภัยน้อยลง โดยสามารถสรุปหลักการ

⁶ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์, ศาสตราจารย์, สัมภาษณ์, ธันวาคม 2551

⁷ Philip R Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees*, ch 1 sec 1-2 at 3 (London Sweet & Maxwell, 1995)

และเหตุผลที่สำคัญได้ ดังนี้

- (1) หลักประกันช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการหลงผิดในฐานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้
- (2) หลักประกันช่วยคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เนื่องจากตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
- (3) เจ้าหนี้ที่สนับสนุนเงินกู้เพื่อการซื้อสินทรัพย์ ควรมีสิทธิไต่เบี่ยพิเศษเหนือทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดต้นทุนของเงินกู้ และส่งผลให้ภาระดอกเบี้ยของลูกหนี้ลดต่ำลง เนื่องจากเจ้าหนี้มีความเสี่ยงลดลง
- (4) หลักประกันจะช่วยป้องกันปัญหาการล้มละลายแบบลูกโซ่ เนื่องจากในการประกอบธุรกิจนั้น ธุรกิจทุกชนิดมีความสัมพันธ์กันไม่ทางหนึ่งก็ทางใด การที่บริษัท บริษัทหนึ่งล้มละลายย่อมมีผลกระทบต่อบริษัทอื่นๆ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ คู่ค้ากัน การมีหลักประกันที่ดีจะช่วยลดผลกระทบดังกล่าว อีกทั้ง การมีหลักประกันที่มั่นคงจะช่วยให้เจ้าหนี้เข้าช่วยเหลือหรือฟื้นกิจการของลูกหนี้ได้ง่ายขึ้น

ตามความเห็นของ Professor Aubrey L. Diamond ได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับการมีหลักประกันในทางกฎหมายไว้ว่า การมีหลักประกันจะทำให้ลูกหนี้เกิดความกลัวที่จะถูกบังคับหลักประกันจะได้ไม่ผิคนัดชำระหนี้ เพราะสิ่งที่เจ้าหนี้ต้องการไม่ใช่หลักประกันแต่คือการได้รับชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม หากจะต้องมีการบังคับหลักประกันในที่สุด มูลค่าของหลักประกันนั้นก็ต้องเพียงพอที่จะชำระหนี้ การยึดและการขายจะต้องไม่ชักช้าหรือก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย และในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะต้องได้รับความคุ้มครอง

Hisashi Tanikawa⁸ นั้น เห็นว่าหลักประกันที่ดีที่จะส่งเสริมการพัฒนาทางการเงินของประเทศได้นั้นต้องมีลักษณะ ดังนี้

- (1) สามารถตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตลอดจนสิทธิของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียได้ด้วยความสะดวกรวดเร็ว
- (2) แบบของการทำสัญญาหลักประกันต้องง่าย ไม่เสียค่าใช้จ่ายสูง และเป็นลักษณะการบันทึกถาวร
- (3) มีการประกาศ หรือการจดทะเบียนหลักประกัน ที่ง่าย สะดวก และไม่เสีย

⁸ Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...[et.al.]*. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

ค่าใช้จ่ายสูง เพื่อให้บุคคลภายนอกทราบถึงความมีอยู่ของสัญญาหลักประกัน และสามารถประเมินฐานะทางการเงินที่แท้จริงของเจ้าของทรัพย์สินได้ โดยหากไม่มีการประกาศ หรือการจดทะเบียนแล้ว ให้คู่สัญญานั้นยังผูกพันตามสัญญา แต่ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้

(4) ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินเดียวกันไปประกันหนี้หลายมูลหนี้ ให้หนี้แต่ละมูลหนี้มีลำดับสิทธิตามลำดับการทำสัญญาหลักประกัน โดยไม่พักต้องพิจารณาถึงลักษณะหรือกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน การประกาศ หรือ คุณสมบัติลูกหนี้

(5) เจ้าของทรัพย์สินสามารถนำทรัพย์สินไปประกันหนี้อื่นต่อได้ สำหรับมูลค่าส่วนต่างระหว่างราคาทรัพย์สินกับวงเงินตามสัญญาหลักประกันเดิม

(6) สามารถทำสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคตได้

(7) สามารถทำสัญญาหลักประกันได้โดยไม่จำกัดเฉพาะหนี้หรือสัญญาคู่แรกเริ่ม แต่ควรสามารถทำเพื่อหนี้ในอนาคตจำนวนใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญา หรือมีการจดทะเบียนใหม่ และต้องไม่เป็นการเสียลำดับสิทธิในหนี้เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกัน

(8) คู่ครองสิทธิบางประการของลูกหนี้ หรือเจ้าของทรัพย์สินประกัน เช่น สิทธิในดอกผล การห้ามไม่ให้เจ้าหนี้โอนทรัพย์สิน เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างคู่สัญญา

(9) ตราบใดที่ลูกหนี้ยังไม่มีหนี้สินค้ำ ควรให้ลูกหนี้สามารถครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ตามสมควร

(10) การบังคับหลักประกันต้องมีกระบวนการพิเศษที่สะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ โดยไม่ควรต้องผ่านกระบวนการทางศาลอีก

2.3 ประเภทของสัญญาประกันหนี้

การประกันหนี้สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ดังนี้

2.3.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล

การประกันหนี้ด้วยบุคคล หมายถึงการมีบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้ว่า หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ต้นจะชำระหนี้แทน เป็นกรณีที่เจ้าหนี้มีบุคคลสิทธิในการที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันร่วมรับผิดชอบหนี้ประธาน

⁹ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำน่า, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2545

2.3.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน คือการที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของคนอื่นก็ได้ เจ้าหนี้ธรรมดาของเจ้าของทรัพย์สินที่ประกันนั้นจะเข้ามาแย่งขอแบ่งชำระหนี้ด้วยไม่ได้ โดยอาจแบ่งรูปแบบของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินออกได้เป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

(2.3.2.1) การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็น

ประกัน

การทำสัญญาหลักประกันรูปแบบนี้ ได้แก่ การจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747 โดยผู้จำนำต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างให้แก่ผู้รับจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ การส่งมอบอาจกระทำโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ มีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวกันจริงๆ หรืออาจส่งมอบโดยปริยาย เช่น ส่งมอบกุญแจของสถานที่เก็บรักษาทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันก็ได้

(2.3.2.2) การประกันหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง

ทรัพย์สิน

การทำสัญญาหลักประกันในรูปแบบนี้ หมายถึงการจดทะเบียนตราทรัพย์สินไว้เป็นประกัน ได้แก่ การจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 โดยผู้จำนอง และผู้รับจำนอง จะต้องดำเนินการตามแบบ คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตราทรัพย์สินเป็นประกันหนี้โดยเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้ถึงสถานะของทรัพย์สินนั้น แทนการส่งมอบทรัพย์สิน

(2.3.2.3) การให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันหนี้

เนื่องจากรูปแบบของการส่งมอบการครอบครองและจดทะเบียน มีข้อจำกัดสำหรับทรัพย์สินบางประเภทที่นำมาเป็นหลักประกัน ดังนั้น จึงได้มีการนำเอากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันด้วย โดยลูกหนี้ยังสามารถครอบครองและใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ โดยอาจแยกออกได้หลายลักษณะ เช่น การให้ลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ก่อนเพื่อยึดหน่วง โดยมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์คือให้ลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ได้แก่ สัญญาขายฝาก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 หรือการที่เจ้าหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก่อน แต่โอนเฉพาะการครอบครองให้ลูกหนี้ โดยมี

เงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ให้เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ได้แก่ สัญญาเช่าซื้อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินข้างต้นแล้ว จะพบว่ามีความหมายแตกต่างกันหลายประการ แต่ความแตกต่างที่สำคัญที่สุด คือสิทธิในการบังคับชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ที่ทำสัญญาประกันด้วยบุคคลจะมีเพียงบุคคลสิทธิ หรือสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกันรับผิดชอบ แต่ในกรณีของเจ้าหนี้ที่ทำสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สิน ย่อมมีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินดังกล่าวในการที่จะบังคับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น โดยผลของการเป็น "บุคคลสิทธิ" และ "ทรัพย์สิน" นั้น ทำให้เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิหน้าที่ที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

(1) ทรัพย์สินนั้น มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินโดยตรง ผู้มีทรัพย์สินจะมีสิทธิในตัวทรัพย์สินนี้ตามแต่กรณีว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใด เช่น อาจมีสิทธิในการใช้สอย จำหน่าย ใ้ได้ดอกผล ติดตามเอาทรัพย์สินคืน และขัดขวางไม่ให้มีผู้ใดสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในเรื่องของสัญญาหลักประกันนั้น จะเห็นได้จากกรณีที่ผู้รับจ้างยืมมีสิทธิบังคับจ้างเองเอาจากตัวทรัพย์สินได้เสมอ ไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะได้มีการโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่

(2) ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลโดยทั่วไปที่จะต้องงดเว้นไม่ขัดขวางต่อการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน เช่น ตามมาตรา 702 ที่บัญญัติให้จ้างองตกติดตามตัวทรัพย์สิน ผู้รับโอนทรัพย์สินจะปฏิเสธไม่รับทราบถึงการมีอยู่ของทรัพย์สินไม่ได้ และจะขัดขวางหรือไม่ยินยอมให้ผู้รับจ้างองบังคับสิทธิไม่ได้

ในขณะที่หากเป็นกรณีบุคคลสิทธินั้น จะก่อให้เกิดหน้าที่ในการกระทางงดเว้นกระทำการตามสัญญาแก่บุคคล โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ไม่สามารถบังคับต่อบุคคลภายนอกได้ ทั้งนี้เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(3) ทรัพย์สินนั้นมีลักษณะคงทนถาวรและไม่หมดสิ้นไปโดยการไม่ใช้ เช่น จ้างองยืมตกติดตามตัวทรัพย์สินเสมอ แต่บุคคลสิทธินั้นมีลักษณะไม่ถาวร และย่อมสิ้นไป ถ้ามิได้มีการใช้สิทธิเรียกร้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีสัญญาค้ำประกันหนี้ หากเจ้าหนี้ไม่ฟ้องร้องภายใน 10 ปี ก็เป็นอันขาดอายุความ

2.4 สภาพปัญหาของหลักประกันเพื่อหนีในอนาคต

เนื่องจากในปัจจุบันได้มีการพัฒนาระบบในส่วนของการทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการเงินอย่างสถาบันการเงินและไม่ใช่สถาบันการเงิน รวมตลอดถึงสัญญาที่จะมีการก่อหนี้ขึ้นในอนาคตประการอื่นๆ หากจะกล่าวถึงหนี้ที่ยังไม่มีการระบุจำนวนหนี้ลงได้อย่างแน่ชัดในทางกฎหมาย กล่าวคือ ยังไม่มีการก่อหนี้ที่สามารถบังคับกันได้ในขณะที่ทำสัญญา หรือที่ถูกเรียกกันในทางกฎหมายว่า “หนี้อันอนาคต” นั้นเอง

จากการที่สภาพของการเข้าทำสัญญา และกฎหมายกำหนดให้มีการเข้าทำสัญญาที่มีลักษณะข้างต้นได้นั้น ผลที่ตามมาจากการเข้าทำสัญญา คือ การให้หลักประกันภายใต้สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นเงื่อนไขในการเข้าทำสัญญาประเภทดังกล่าว โดยทั่วไป ปัญหาของการดำเนินวิธีการเข้าทำสัญญาโดยให้หลักประกันไม่ว่าจะเป็นวิธีการใด ในทางปฏิบัติมักจะเป็นการที่กำหนดให้สอดคล้องและเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดให้สิทธิไว้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการบังคับที่จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามผลที่กำหนดไว้ในเงื่อนไขนั้น

อย่างไรก็ตาม สำหรับในประเด็นของการให้หลักประกันเพื่อหนี้อันอนาคตนั้น กฎหมายได้มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของคำประกัน และจำนอง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 681 และ 707 ตามลำดับ¹⁰ แต่สำหรับกรณีการให้หลักประกันในประเด็นของการจำนำนั้นกฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับการกรณีส้ำประกันและการจำนอง ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในการจำนำเพื่อหนี้อันอนาคต ประเด็นดังกล่าวจึงได้กลับกลายมาเป็นประเด็นการบังคับใช้กฎหมายอันจะต้องมีการวิเคราะห์และพิจารณากันต่อไป

¹⁰ มาตรา 681 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนี้อันอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้ นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้”

มาตรา 707 บัญญัติว่า “บทบัญญัติ มาตรา 681 ว่าด้วยคำประกันนั้น ท่าน ให้ใช้ได้ในการจำนอง อนุโลมตามควร”

บทที่ 3

การประกันหนี้ในอนาคต ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้เราจะศึกษาถึงระบบกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ, ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ตลอดจนมุมมองและการประยุกต์ใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันหนี้ในอนาคต เพื่อใช้เป็นแนวทางในการตีความและพัฒนาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศไทยต่อไป

3.1 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศอังกฤษ

3.1.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล¹

การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Suretyship) ตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้น หากจะตีความโดยเคร่งครัดแล้วอาจยังไม่ถือว่าเป็นการประกันหนี้ (Security Interest) โดยนักวิชาการบางท่านจะถือว่าการค้ำประกันนั้นเป็นลักษณะกึ่งการประกันหนี้ (Quasi-security หรือ Alternative to security)²

ทั้งนี้ สามารถแบ่งประเภทการประกันหนี้ด้วยบุคคลตามกฎหมายอังกฤษ ออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก³ ได้แก่

(3.1.1.1) Contract of guarantee

Sir Wilfrid Greene MR ได้กล่าวไว้ใน Re Conley⁴ ว่าปรากฏคำจำกัดความของ Contract of guarantee ตามหนังสือ Fell's Treatise on the Law of Mercantile Guaranties and of Principal and Surety in General ว่าหมายถึงสัญญาที่จะชำระหนี้เงิน หรือปฏิบัติตามหน้าที่อื่นใด ในกรณีที่ถูกหนี้

¹ Zoya Dronova, Trade and Project Finance Security Interest with particular reference to English and Russian Law. Master of Business Law, University of Geneva, 2009

² ADAMS DAVID, Banking and Capital Markets : The College of Law Publishing, 2009

³ ANDREWS GERALDINE, MILLETT RICHARD, Law of Guarantees : Sweet & Maxwell, London 2005, p.2.

⁴ Re Conley (trading as Caplan & Conley), Ex parte The Trustee v Barclays Bank Ltd [1938] 2 All E.R. 127, p. 130-131. ““A guarantee is a promise to answer for the payment of some debt, or the performance of some duty, in case of the failure of another person, who is, in the first instance, liable to such payment or performance”

ชั้นต้นไม่สามารถชำระหรือปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวได้ นอกจากนี้ Geraldine Andrews และ Richard Millet⁵ ได้ให้คำจำกัดความว่าคือสัญญาซึ่งผู้ค้ำประกัน (Surety หรือ Guarantor) ตกลงกับเจ้าหนี้ว่าจะรับผิดชอบหนี้ซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคตของลูกหนี้ หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า Contract of guarantee นั้นมีลักษณะของการเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ก่อหน้าที่แก่ผู้ค้ำประกันในหนี้ของอีกบุคคลหนึ่งในกรณีที่บุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

(3.1.1.2) Contract of Indemnity

Contract of Indemnity คือสัญญาที่ก่อหนี้ชั้นต้นให้แก่ Surety ในการที่จะชดเชยความเสียหายใดๆ ที่เป็นผลจากการที่เจ้าหนี้เข้าทำสัญญากับลูกหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ โดยหนี้ของ Surety นี้จะมีความเป็นอิสระแยกจากหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ดังปรากฏนิยามใน Black Law Dictionary⁶ ว่า Indemnity คือการชดเชยให้กับการสูญเสีย เสียหาย หรือหน้าที่อื่นใดที่เกิดจากอีกบุคคลหนึ่ง

ทั้งนี้ ในส่วนของการเกิดสัญญานั้น ทั้ง Contract of guarantee และ Contract of indemnity นั้นต้องมีองค์ประกอบครบถ้วนของการทำสัญญาตามหลักทั่วไป เช่น ต้องมีการกำหนดค่าตอบแทน (Consideration)

อย่างไรก็ตาม ในเฉพาะส่วนของ Contract of guarantee นั้น จะต้องเป็นไปตาม Statute of Frauds 1677 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมด้วย กล่าวคือ (1) ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือระบุถึงสาระสำคัญของสัญญา (2) ลงนามโดยผู้ค้ำประกัน หรือตัวแทนของผู้ค้ำประกัน ทั้งนี้ หาก Contract of guarantee ใดไม่เป็นไปตาม Statute of Frauds จะไม่ตกเป็นโมฆะ แต่จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับกันได้⁷ แต่บทบัญญัติไม่ได้กำหนดว่าหนังสือดังกล่าวจะต้องมีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง แต่โดยทั่วไปแล้ว Contract of guarantee นั้นมักประกอบด้วยข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน เช่น วงเงิน, ระยะเวลา หรือลักษณะของหนี้ที่อยู่ในประกัน

⁵ ANDREWS GERALDINE, MILLETT RICHARD, Law of Guarantees : Sweet & Maxwell, London 2005, p.3. “A contract of guarantee, in the true sense, is a contract whereby the surety (or guarantor) promises the creditor to be responsible, in addition to the principal, for the due performance by the principal of his existing or future obligations to the creditor, if the principal fails to perform those obligations.”

⁶ Black’s Law Dictionary, 8th edition, Thomson West, 2007, p. 784. “An indemnity is a duty to make good any loss, damage, or liability incurred by another.”

⁷ CALNAN RICHARD, Taking Security: Law and Practice, Jordans Publishing Limited, Bristol 2006, p. 394

3.1.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน⁸

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอังกฤษนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

(3.1.2.1) Pledge

ตามประวัติความเป็นมาแล้ว Pledge นั้นเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ส่งมอบสินค้า (goods) ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เงิน แล้วจึงได้เกิดเป็นรูปแบบการประกันหนี้ โดยแยกการครอบครองในสินค้าออกจากกรรมสิทธิ์ในสินค้าด้วยเจตนาร่วมกันของผู้สัญญา การประกันหนี้ในลักษณะนี้เป็นรูปแบบการประกันที่เก่าแก่และมีการใช้อย่างแพร่หลายในอดีต โดยเฉพาะระหว่างบุคคล เพื่อประกันหนี้ในวงเงินจำนวนน้อย หรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า "Pawn" อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมีการเอาเปรียบเกิดขึ้นโดยกลุ่มเจ้าหนี้ จึงได้มีการจัดรูปแบบเพื่อกำจัด Pawnbroker ในช่วงศตวรรษที่ 19

ในปัจจุบัน รูปแบบการประกันหนี้ดังกล่าวยังคงมีใช้อยู่บ้าง และอยู่ภายใต้การกำกับของ Consumer Credit Act 1974 แต่ไม่ค่อยได้รับความนิยมสำหรับการประกันหนี้ในการประกอบธุรกิจมากนัก เนื่องจากโดยปกติแล้ว ลูกหนี้ผู้ประกอบการนั้น ย่อมจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินของตนในการประกอบธุรกิจ การส่งมอบทรัพย์สินนั้นจึงไม่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ

การ Pledge นั้น สามารถกระทำได้โดยการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ และความสมบูรณ์ของ Pledge นั้นจะขึ้นอยู่กับ การครอบครองของเจ้าหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือมีแบบอย่างอื่นแต่อย่างใด การทำสัญญา Pledge โดยลูกหนี้ในทางปฏิบัตินั้นเพียงแต่เพื่อเป็นหลักฐานในการทำสัญญาเท่านั้น

ลักษณะเด่นอีกประการของ Pledge คือ เจ้าหนี้จะมีสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Proprietary Right) แม้เจ้าหนี้จะไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าว กล่าวคือ หากลูกหนี้พยายามขายทรัพย์สินซึ่งได้นำมาเป็นประกัน โดยการ Pledge แล้ว แม้ผู้ซื้อจะได้ชำระราคา และเป็นผู้สุจริต ผู้ซื้อจะไม่สามารถกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น Nemo dat Principle หรือก็คือข้อยกเว้นของหลักผู้รับโอน ไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน¹⁰

⁸ เอกสารประกอบการสอนวิชา International and comparative secured transactions : University college London, 2009

⁹ Cogga v Bernard (1703) 2 Ld. Raym. 909

¹⁰ Re Hardwick, ex parte Hubbard (1886) 17 QBD 690

(3.1.2.2) Mortgage

การ Mortgage นั้น คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Transfer of the title) เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ โดยลักษณะของการ Mortgage นั้น ได้มีการอธิบายไว้ในคดี Lindly MR in Santley v Wilde¹¹ โดยสามารถแปลโดยสรุปได้ความว่า "...การ Mortgage คือการโอนซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือเรือเพื่อเป็นประกันในการชำระหนี้ หรือเพื่อการปฏิบัติตามหนี้อื่นที่กำหนด และการประกันหนี้นั้นจะสิ้นสุดลงด้วยการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามหนี้ดังกล่าว"

ทั้งนี้ การ Mortgage นั้น ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

(1) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Transfer of title) ให้แก่เจ้าหนี้ หรือบุคคลอื่นในนามของเจ้าหนี้ โดยหากเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Title) จะเรียกว่า "Legal Mortgage" แต่หากเป็นเพียงการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สิน ดังกล่าว (Beneficial Title) จะเรียกว่า "Equitable Mortgage" อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดเจ้าหนี้จะได้รับสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Proprietary Right) ซึ่งทำให้เจ้าหนี้เป็นเจ้าหนีที่มีประกันในกรณีที่ถูกหนี้ยึดตกเป็นบุคคลล้มละลาย ทั้งนี้ เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินจริง

(2) การโอนกรรมสิทธิ์นั้น ต้องเป็นไปเพียงเพื่อประกันการชำระหนี้ ไม่ใช่การโอนกรรมสิทธิ์เด็ดขาด และเมื่อได้มีการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้อาจมีสิทธิเรียกร้องให้โอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าวคืน หรือ Equity of Redemption

(3.1.2.3) Charge

การ Charge นั้น แตกต่างจากการ Mortgage ตรงที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ใดๆ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย หรือสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้จะมีสิทธิเทียบเท่าสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Equitable Proprietary Right)

ที่ผ่านมาได้มีความพยายามในการจำกัดความหมายของ Charge ในคำพิพากษา แต่ครั้งล่าสุดคือในคดี Re Bank of Credit and Commerce International (No.8) (1998)¹² ซึ่ง Lord Hoffmann ได้อธิบายว่า "Charge คือสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนซึ่งได้มาโดยการให้ประกัน ที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง" นอกจากนี้ ยังได้มีการจำกัดความให้คำว่า Charge ว่าเป็น การจัดสรรทรัพย์สินเพื่อการชำระหนี้ ดังปรากฏในคำพิพากษาคดี Carreras Rothmans v Freeman Mathews Treasure¹³ ซึ่ง Peter Gibson J ได้กล่าวว่า "Charge เกิดขึ้นโดยการ

¹¹ Lindly MR in Santley v Wilde ((1899) 2 Ch 474, at p474)

¹² Re Bank of Credit and Commerce International (No.8) ((1998) AC 214, at p226)

¹³ Carreras Rothmans v Freeman Mathews Treasure ((1985) 1 Ch 207, at p227)

จัดสรรทรัพย์สินเฉพาะอย่างเพื่อชำระหนี้หรือปฏิบัติตามหนี้อื่น โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงในกรรมสิทธิ์ทั้งโดยกฎหมายและโดยธรรม (Equity)"

ทั้งนี้ การ Charge นั้น ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

(1) เจ้าหนี้ได้สิทธิเทียบเท่าสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Equitable Proprietary Right) แต่ไม่ได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย หรือสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินอื่นใด และเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

(2) เจ้าหนี้จะได้รับดอกเบี้ยต่อเมื่อได้มีการชำระหนี้และ Charge ได้สิ้นสุดลง

หลักการเรื่องการ Charge นั้น เป็นหลักการที่เกิดจากคำพิพากษาโดยหลักแห่งความเป็นธรรม (Equitable Concept) เจ้าหนี้จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ใดๆ ตามกฎหมายจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่สิทธิของเจ้าหนี้ในฐานะ Chargor นั้นเป็นทรัพย์สิน (Proprietary) และสามารถเข้าถึงกับต่อลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้ ได้แม้ลูกหนี้จะตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

โดยปกติแล้วการทำ Charge จะทำในสินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจ โดยจะครอบคลุมสินทรัพย์ที่ไม่ได้มีไว้เพื่อการค้าทั้งหมดของบริษัท เช่น อสังหาริมทรัพย์ โรงงาน อุปกรณ์ ทรัพย์สินทางปัญญา และสัญญาต่างๆ ของบริษัท แต่ทั้งนี้ลูกหนี้จะยังสามารถใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ดังกล่าวได้ตามประเพณีทางการค้าโดยไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ หรือที่เรียกว่า "Floating Charge" อย่างไรก็ตาม หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ หรือกระทำการอื่นใดตามแต่ที่ได้ตกลงกันว่าถือเป็นการผิดสัญญา เจ้าหนี้จะเกิดสิทธิในการกำกับดูแลทรัพย์สินภายใต้ข้อตกลง Charge และอาจห้ามการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ หรือก็คือได้มีการเปลี่ยนรูปแบบเป็น "Fixed Charge" ซึ่งเราเรียกกระบวนการที่เจ้าหนี้ได้รับสิทธินี้ว่า "Crystallization"

3.1.3 สัญญาประกันหนี้ในอนาคตามกฎหมายประเทศอังกฤษ¹⁴

ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันหนี้ในอนาคตนั้น มีปฏิบัติกันมานาน เช่น ในสินเชื่อเพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์ (Home equity loan) หรือสินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจต่างๆ ที่สถาบันการเงินเป็นผู้ให้สินเชื่อ ซึ่งมักเป็นการเข้าทำสัญญาประกันหนี้ก่อนที่จะได้มีการส่งมอบเงินตามวงเงินสินเชื่อจริง ทั้งนี้ เป็นผลมาจากการบัญญัติกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่กำหนดเงื่อนไขของการได้รับสิทธิประโยชน์ว่าต้องเป็นกรณีที่มีการประกันหนี้ เช่น the Tax Reform Act 1986 ซึ่งกำหนดให้ดอกเบี้ยผู้บริโภค (Deduction of consumer interest) ที่จะสามารถถือเป็น

¹⁴ Dale A. Whitman, Mortgage drafting: Lessons from the restatement of mortgages, *Real property, Probate and Trust Journal*, Fall 1998 issue

ค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการคำนวณภาษีได้ จะต้องเป็นดอกเบี้ยจากหนี้ประธานซึ่งมีการประกันหนี้โดย
 เภสสถานของผู้กู้ อย่างไรก็ตาม แม้รูปแบบของสัญญาดังกล่าวจะมีการใช้กันมานาน แต่ก็ยังมี
 ปัญหาอยู่มาก เนื่องด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศอังกฤษนั้น ประกอบด้วย
 กฎหมายหลายฉบับและหลักตามแนวคำพิพากษา ซึ่งหลักการหลายประการจะเปลี่ยนแปลงไปตาม
 ประเภทและลักษณะของสินทรัพย์ที่เป็นประกัน และวิธีการประกัน เช่น ในส่วนเกี่ยวกับลำดับสิทธิ
 ของเจ้าหนี้ (Priority) เป็นต้น

ทั้งนี้ ในส่วนเกี่ยวกับลำดับสิทธิของเจ้าหนี้นั้น โดยหลักแล้วเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิใน
 กรรมสิทธิ์ (Absolute title) จะมีลำดับสิทธิที่ดีที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด ส่วน
 ลำดับสิทธิระหว่างการประกันโดยการ Charge ซึ่งไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์นั้น พิจารณาโดยหลักการ
 3 ประการ คือ (1) ในกรณีที่เป็น Charge ที่อาจมีการจดทะเบียนได้ หากไม่มีการจดทะเบียนแล้ว
 เมื่อลูกหนี้ตกเป็นบุคคลมีหนี้สินล้นพ้นตัว เจ้าหนี้จะมีลำดับสิทธิเสมอเจ้าหนี้สามัญ ไม่ถือเป็น
 เจ้าหนี้มีประกันแต่อย่างใด (2) หากพิจารณาระหว่าง Fixed Charge ที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว
 Fixed Charge ที่เกิดขึ้นก่อนจะมีลำดับสิทธิสูงกว่า (3) ให้ Fixed Charge มีลำดับสิทธิสูงกว่า
 Floating Charge

อนึ่ง ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น สัญญาประกันหนี้ในอนาคตนั้นย่อมสามารถ
 ผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ได้ หากได้มีการตกลงไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ในทางธุรกิจการค้า
 จะพบเห็นถ้อยความในสัญญาต่างๆ โดยระบุให้หลักประกันเป็นประกันหนี้อื่นๆซึ่งได้มีขึ้นระหว่าง
 เจ้าหนี้ลูกหนี้ในอนาคตด้วย หรือที่รู้จักกันในชื่อของ "Dragnet Clause" หรือ "Cross-
 Collateralization" ไม่ว่าในสัญญาจะได้กำหนดหน้าที่ให้เจ้าหนี้อุ่นมัดสินเชื่อเพิ่มเติมในอนาคต
 หรือไม่ โดยข้อตกลงดังกล่าวอาจมีลักษณะดังนี้¹⁵

“This mortgage is given to secure the payment of a promissory note [described
 in detail], and also payment of any additional sums and interest thereon now or hereafter due or
 owing from mortgagor to mortgagee.”

อย่างไรก็ตาม หากในกรณีที่นี้ดังกล่าวมีการทำสัญญาประกันหนี้หลายสัญญา
 หรือกรณีที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินเป็นหลักประกันในหนี้หลายมูลหนี้ ย่อมเกิดปัญหาว่าสัญญาใด
 ครอบคลุมยอดหนี้เท่าใด หรือสามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้จำนวนเท่าใด ซึ่ง
 เดิมทีแล้วจะใช้หลักของการเป็นหนี้บังคับ (Obligatory advance) กับ หนี้ทางเลือก (Optional
 advance) เป็นตัวแบ่งแยกขอบเขต แต่หลักการดังกล่าวก็ยังมีข้อบกพร่องเนื่องจากการแยกแยะว่า
 กรณีใดเป็นหนี้บังคับ กรณีใดเป็นหนี้ทางเลือกนั้นกระทำได้ยาก จึงได้มีความพยายามพัฒนา

¹⁵ See Union Bank v. Wendland, 54 Cal. App. 3d 393, 398 (1976)

กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหากรณีหนี้ในอนาคต อาทิเช่น การใช้หลัก Statutory Cutoff Notice ภายใต้ Uniform Land Security Interest Act (ULSIA) โดย National Conference of Commissioner โดยสามารถกล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้

(3.1.3.1) หลักการหนี้บังคับและหนี้ทางเลือก (The Optional/ Obligatory Advance Doctrine)

หลักการนี้เริ่มมีการใช้ครั้งแรกโดย The English House of Lords ในปี ค.ศ. 1861 โดยศาลจะพิจารณาว่าเจ้าหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม (Obligation to make advances) หรือไม่ หากเจ้าหนี้ใดมีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม เจ้าหนี้ย่อมมีลำดับสิทธิในการทรัพย์ประกันสำหรับหนี้ที่อนุมัติเพิ่มเติมนั้นเช่นเดียวกับลำดับสิทธิเพื่อหนี้ในคราวแรก อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้ไม่มีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม และเจ้าหนี้ได้ทราบถึงการนำทรัพย์ไปประกันหนี้อื่นในขณะที่ทำสัญญาแล้ว เจ้าหนี้จะมีลำดับสิทธิรองจากเจ้าหนี้ในหนี้ที่มีการประกันด้วยทรัพย์ชิ้นเดียวกันนั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการให้สินเชื่อเพิ่มเติม เนื่องจากหากให้เจ้าหนี้ซึ่งได้ทำสัญญาก่อนมีลำดับสิทธิที่สูงกว่าเสมอ ย่อมเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้แก่เจ้าหนี้ที่จะเข้าทำสัญญาในภายหลัง อีกทั้งจะเป็นการยากในการคำนวณมูลค่าของหลักประกันที่เหลืออยู่ ด้วยเหตุนี้หลักการนี้จึงจะให้ความคุ้มครองเฉพาะเจ้าหนี้ที่มีหน้าที่ตามสัญญาฉบับแรกในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม ทั้งนี้ ด้วยถือว่ามีความเป็นไปได้มากที่เจ้าหนี้จะให้สินเชื่อเพิ่มเติมแก่ลูกหนี้ อีกทั้ง เมื่อเป็นหน้าที่ตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้นายหลังย่อมสามารถคาดการณ์ได้ว่าทรัพย์ซึ่งลูกหนี้จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นอาจถูกบังคับได้น้อยลง

อย่างไรก็ตามหลักการนี้ยังมีข้อบกพร่องในทางปฏิบัติ เนื่องจากอาจเกิดกรณีที่เจ้าหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม แต่ก็เป็นที่ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขอื่นหลายประการ ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะแบ่งแยกหนี้บังคับออกจากหนี้ทางเลือกได้อย่างชัดเจน

(3.1.3.2) หลักการตาม Uniform Land Security Interest Act (ULSIA)

กฎหมายดังกล่าวกำหนดหลักการที่ใช้สำหรับการ Mortgage โดยเฉพาะ โดยกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนยิ่งขึ้นของคำว่า Obligatory Advance¹⁶ โดยให้ หมายถึง "pursuant to commitment, .. whether or not a default ... has relieved or may relieve [the mortgagee] from its

¹⁶ Unif. Land Security Interest Act Section 111(19) (1985)

obligation." ซึ่งได้ร่างบทพื้นฐานของ U.C.C. Section 9-105 (1)(k)¹⁷ ซึ่งสามารถแปลโดยสรุปได้ว่าหนี้บังคับ หมายถึง "หนี้ตามข้อตกลงแล้วนั้น... ไม่ว่าการคิดจะทำให้เจ้าหนี้พ้นหรืออาจพ้นจากหน้าที่หรือหนี้หนี้หรือไม่"

การกำหนดดังนี้ช่วยลดปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการหนี้บังคับและหนี้ทางเลือก (The Optional/ Obligatory Advance Doctrine) ดังกล่าวข้างต้น โดยกำหนดให้เจ้าหนี้รายแรกมีประกันในหนี้ในอนาคตเสมอ อย่างไรก็ตาม หลักการข้อนี้อาจให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้รายอื่นได้ไม่เพียงพอ และอาจทำให้เกิดการให้สินเชื่อเพิ่มเติมน้อยลง

นอกจากนี้ ยังได้มีการนำหลักการของ Cutoff Notice มาใช้ โดย Cutoff Notice นั้น คือเอกสารยืนยันระหว่างเจ้าหนี้รายแรกและลูกหนี้ว่าจะไม่มีการขอสินเชื่อหรือก่อหนี้เพิ่มเติมตาม Advance Clause อีก ทั้งนี้ เอกสารดังกล่าว อาจอยู่ในรูปของหนังสือลงนามโดยเจ้าหนี้รายแรก

3.2 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐและเขตการปกครองต่างๆ ซึ่งต่างก็สามารถออกกฎหมายใช้ในมลรัฐของตนเอง จึงมีกฎหมายหลากหลายรูปแบบ อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามปรับแก้กฎหมายเพื่อให้กฎหมายของทุกมลรัฐมีความสอดคล้องกัน และประกาศใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code) โดยในส่วนของสัญญาหลักประกัน (Secured Transaction) นั้น ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว

มาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปนี้มุ่งหมายให้มีหลักกฎหมายหลักประกันสำหรับทรัพย์สินส่วนบุคคลทุกชนิด ยกเว้นที่ดิน ภายใต้โครงสร้างเดียวกัน ครอบคลุมสังหาริมทรัพย์ทุกชนิด เช่น ภาระผูกพัน หุ่น ตราสารเปลี่ยนมือ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความสับสนของทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

¹⁷ § 9-105. Definitions and Index of Definitions

(1) In this Article unless the context otherwise requires:

(k) An advance is made "pursuant to commitment" if the secured party has bound himself to make it, whether or not a subsequent event of default or other event not within his control has relieved or may relieve him from his obligation;

3.2.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล¹⁸

การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Guaranty family) นั้นอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบของ สัญญาหลายประเภท เช่น Guarantee, Warranty, surety เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าวจะมี ลักษณะร่วมกันคือ การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงรับผิดชอบในหนี้ของบุคคลอื่น โดยผู้ค้ำประกันนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบค่ารับรอง กล่าวคือ เจ้าหนี้จะยังไม่สามารถบังคับตามสัญญาประกันหนี้ด้วยบุคคลนั้น ได้จนกว่าลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้ โดยสัญญาการประกันหนี้ดังกล่าวจะมีความสมบูรณ์และแยกออกจากสัญญาก่อนหน้าประธาน

3.2.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

(3.2.2.1) ลักษณะของสัญญาประกันหนี้

สัญญาประกันหนี้ตามมาตรา 9 นั้น กฎหมายให้หมายความถึงสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ ไม่ว่าในรูปแบบใดๆ ที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อประโยชน์ในทางประกันการชำระหนี้ให้กับบุคคลหนึ่ง เหนือทรัพย์สินของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น การจำนำ, การโอนสิทธิเรียกร้อง, การจำนอง หรือ การตั้งทรัสต์ (trust) เป็นต้น โดยสัญญาประกันหนี้ดังกล่าวจะได้ก่อภาระผูกพัน (lien) ในหนี้ประธานขึ้นเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น กล่าวคือ ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ผู้มีประกันพึงเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเพื่อเป็นการชำระหนี้ได้ อนึ่ง หากปรากฏว่ามีเจ้าหนี้อื่นใดแสดงความประสงค์ว่าจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ผู้มีประกันอาจอ้างบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นต่อเจ้าหนี้อื่นๆ นั้นได้

ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่อาจเอามาเป็นประกันได้ตามมาตรานี้มีอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภททั้งที่จับต้องได้ และจับต้องไม่ได้ เช่น สินค้า ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร อุปกรณ์ต่างๆ ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ บัญชีสิทธิเรียกร้องต่างๆ ตราสาร บัตรเงินฝาก หุ่น เป็นต้น

(3.2.2.2) ขั้นตอนและวิธีการทำสัญญาประกันหนี้

ในกรณีที่เป็นการประกันหนี้ที่ไม่ต้องมีการครอบครองทรัพย์สิน สัญญาจะเกิดขึ้นได้นั้นต่อเมื่อผู้ให้ประกันซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้นได้ลงลายมือชื่อในสัญญาประกันหนี้โดยระบุถึงทรัพย์สินและขอบเขตความรับผิดชอบ ทั้งนี้ โดยต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของการทำสัญญาด้วย

¹⁸ Gregory G. Gosfield, Esq., Manual on Guaranties and sureties : เอกสารประกอบการสอน Philadelphia Cle Seminar, 2009

(3.2.2.3) สิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ให้ประกัน

เจ้าหนี้สามารถบังคับหลักประกันได้ต่อเมื่อลูกหนี้ประจานคินัดชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 9 ไม่ได้บัญญัติว่า “การคินัด” ให้ความหมายถึงอะไรบ้าง ดังนั้นจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปและตามข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

(3.2.2.4) การบังคับหลักประกัน

เจ้าหนี้มีประกันอาจเลือกบังคับชำระหนี้ได้หลายวิธีการ เจ้าหนี้มีประกันอาจบังคับหลักประกันผ่านกระบวนการทางศาล หรือบังคับด้วยวิธีอื่นตามที่คู่สัญญาตกลงกัน เช่น ตีใช้หนี้ เป็นต้น

3.2.3 สัญญาหลักประกันเพื่อหนีในอนาคตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁹

ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันหนีในอนาคตนั้น มาตรา 9-201²⁰ แห่ง UCC ได้กำหนดหลักการทั่วไปของสัญญาประกันต่างๆ ว่าเป็นสัญญาประกันที่มีผลบังคับใช้ได้ตามข้อกำหนดในสัญญานั้นระหว่างคู่สัญญา ต่อผู้ซื้อหลักประกัน หรือต่อเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้มีการบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในกฎหมายนี้ ประกอบกับมาตรา 9-204²¹ แห่ง UCC ยังได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประกันเหนือทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคต และต่อหนี้อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

¹⁹ Ryan A. Hackney, RIPPING HOLES IN THE DRAGNET: THE FAILINGS OF U.C.C. § 9-204(C) AS APPLIED TO CONSUMER TRANSACTIONS, *Texas Law Review*, May 2009

²⁰ § 9-201. General Validity of Security Agreement.

Except as otherwise provided by this Act a security agreement is effective according to its terms between the parties, against purchasers of the collateral and against creditors. Nothing in this Article validates any charge or practice illegal under any statute or regulation thereunder governing usury, small loans, retail installment sales, or the like, or extends the application of any such statute or regulation to any transaction not otherwise subject thereto.

²¹ § 9-204. After-Acquired Property; Future Advances.

(1) Except as provided in subsection (2), a security agreement may provide that any or all obligations covered by the security agreement are to be secured by after-acquired collateral.

(2) No security interest attaches under an after-acquired property clause to consumer goods other than accessions (Section 9-314) when given as additional security unless the debtor acquires rights in them within ten days after the secured party gives value.

(3) Obligations covered by a security agreement may include future advances or other value whether or not the advances or value are given pursuant to commitment (subsection (1) of Section 9-105).

ตามหลักกฎหมายใน UCC มาตรา 9-204 ได้อนุญาตให้สามารถนำหลักประกันที่ประกันหนึ่งอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่แล้วเพื่อประกันหนึ่งอื่นที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต หรือหนึ่งที่มีเพิ่มมากขึ้นภายหลังจากการทำสัญญาประกันหนึ่งได้ เช่น หลักประกันที่วางไว้ตามสัญญาการกู้ยืมเพื่อปรับปรุงอาคารอาจเป็นประกันได้ทั้งการกู้ในครั้งแรกและการกู้ในครั้งต่อไป เพื่อการปรับปรุงอาคารนั้นได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามการประกันหนึ่งในอนาคตนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างอัตโนมัติ แต่เกิดจากการตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยการตกลงดังกล่าวอาจอยู่ในสัญญาก่อนหนึ่งเริ่มแรก หรืออยู่ในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม หรือในสัญญาก่อนหนึ่งประธานแยกต่างหากอีกฉบับ หรือสัญญาหลักประกันก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติสัญญาทางธุรกิจจะมีการตกลงข้อตกลงที่เรียกว่า “All Obligations Clauses” หรือ “Dragnet clause” ไว้ในสัญญา หรือปรากฏอยู่ในแบบสัญญามาตรฐานทั่วไป

ทั้งนี้ เนื่องจากตัวบทไม่ได้กำหนดว่าหนึ่งในอนาคตอย่างไรที่อาจทำการประกันได้ จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ประกอบกับระบบกฎหมายของประเทศอเมริกันนั้น แต่ละมลรัฐจะมีระบบศาลและกฎหมายของตนเอง ทำให้เกิดแนววินิจฉัยที่แตกต่างกันออกไป ดังอาจสรุปหลักการจากแนวคำพิพากษาต่างๆ เกี่ยวกับการตีความสัญญาหลักประกันที่ให้ครอบคลุมถึงหนึ่งอื่นๆ ในอนาคตด้วย ได้ดังนี้²²

(3.2.3.1) หลักเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หรือหลักความเกี่ยวเนื่องกันของหนึ่ง (Determining Intent หรือ Same Class-Relatedness Rule) กล่าวคือเป็นหลักการตีความโดยพิเคราะห์จากลักษณะของหนึ่งแรก และหนึ่งลำดับหลังว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่

ทั้งนี้ปรากฏในคำพิพากษา Texas Kenworth Co. v. First Nat'l Bank²³ เนื่องจากศาลมองว่าหนึ่งในลักษณะดังกล่าวอาจยังมีความเกี่ยวเนื่องกับหนึ่งแรกเริ่มไม่เพียงพอ โดยยื่นตามแนวคำพิพากษา ก่อนมีการบัญญัติ UCC ในคำพิพากษาเรื่อง Grant Gilmore²⁴

นอกจากนี้ ตามกฎหมาย Florida นั้น แม้เดิมจะเคยมีคำวินิจฉัยให้สามารถบังคับข้อตกลงดังกล่าวได้โดยหนึ่งที่เกิดขึ้นในภายหลังไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกับหนึ่งเดิม ครอบคลุมที่คู่สัญญาได้ตกลงกันอย่างชัดเจนว่าให้ครอบคลุมถึงหนึ่งในอนาคต²⁵ อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการวินิจฉัยในแนวทางว่าข้อตกลง All Obligations Clause นั้น ให้บังคับใช้ได้ต่อเมื่อได้มีการระบุใน

²² Bruce A. Campbell, Contracts Jurisprudence and Article nine of the Uniform Code : the Allowable scope of future advance and all obligations clauses in commercial security agreements, *Hasting Law Journal*, July, 1986

²³ Texas Kenworth Co. v. First Nat'l Bank, 564 P.2d 222 (Okla. 1977)

²⁴ Grant Gilmore, Security Interests in Personal Property, Section 35.2-35.4 (1965)

²⁵ Robert C. Roy Agency, Inc. v. Sun First National Bank of Palm Beach, 468 So.2d 399, 402 (Fla. 4th DCA 1985)

สัญญาก่อนนี้ภายหลังว่าให้ถือเป็นหนี้ซึ่งได้รับการประกันตามข้อตกลงในสัญญาเดิมด้วย หรือเฉพาะกรณีที่หนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังนั้นเป็นหนี้ในลักษณะเดียวกัน หรือเป็นผลมาจากธุรกรรมเดียวกัน (Only if the subsequent note specifically refers back to the dragnet clause as providing security for that advance; or when the obligations elate to the same Transaction or are of the same kind or class)²⁶

อย่างไรก็ตาม แม้หลักเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หรือหลักความเกี่ยวเนื่องกันของหนี้หนี้ นั้น จะเป็นหลักการที่เกิดขึ้นในยุควิกฤตเศรษฐกิจของอเมริกาในปี 1870 – 1930 โดยมีนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าหลักดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ศาลกำหนดขึ้นเพื่อช่วยเหลือผู้ขอสินเชื่อซึ่งส่วนใหญ่เป็นเกษตรกรและกำลังประสบปัญหาในขณะนั้น ซึ่งเมื่อพ้นจากวิกฤตดังกล่าวแล้วศาลก็เปลี่ยนแนวการตีความข้อสัญญาดังกล่าวตามแนว (2) มากขึ้น ในบางรัฐ เช่น Tennessee เป็นต้น ได้ออกบทบัญญัติยกเลิกการตีความในลักษณะ Same Class-Relatedness Rule ออกมาอย่างชัดเจน แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงปรากฏอยู่ตามแนวคำพิพากษาของหลายมลรัฐดังกล่าวข้างต้น

(3.2.3.2) หลักความสุจริตและทางปกติการค้า (Good Faith and Conscionability) กล่าวคือเป็นหลักการตีความที่เน้นด้านความสุจริตของผู้ให้สินเชื่อ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วผู้ให้สินเชื่อมักมีอำนาจต่อรองมากกว่า ศาลจะพิเคราะห์ว่าลักษณะข้อสัญญาดังกล่าวในแต่ละกรณีนั้นก่อให้เกิดถึงเจตนาของผู้ให้สินเชื่อที่จะแสวงหาประโยชน์เกินกว่าตามปกติการค้าหรือไม่

นอกเหนือจากแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตีความข้อสัญญาข้างต้นแล้วนั้น ยังปรากฏแนวคำพิพากษาตามกฎหมาย Florida ซึ่งวางหลักถึงกรณีที่มีการโอนทรัพย์ หรือโอนหนี้ไปยังบุคคลภายนอกด้วยว่า ข้อตกลงที่ให้ทรัพย์ประกันนั้นเป็นการประกันเพื่อหนี้ในอนาคตด้วยนั้น จะบังคับใช้แก่บุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่ข้อตกลงนั้นจะได้ระบุชัดเจนว่ามีผลด้วย หรือเมื่อปรากฏว่าบุคคลภายนอกนั้นได้ทราบถึงข้อตกลงดังกล่าวและทราบว่าหนี้พิพาทนั้นได้รับการประกันโดยทรัพย์ดังกล่าวด้วย²⁷

²⁶ Garrote v. Ocean Bank, 713 So.2d 1095, 1096 (Fla. 3d DCA 1998)

²⁷ Starlines International Corp. v. Union Planters Bank, N.A., 976 So.2d 1172 (Fla. 4th DCA 2008)

3.3 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศไทย และอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายญี่ปุ่นเป็นกฎหมายแม่แบบในกฎหมายเอกเทศสัญญาของประเทศไทย

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นประกอบด้วยกฎหมายหลัก 6 ฉบับ คือ (1) The Constitution หรือ รัฐธรรมนูญ (2) The Civil Code หรือประมวลกฎหมายแพ่ง (3) The Commercial Code หรือประมวลกฎหมายพาณิชย์ (4) The Civil Procedure หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (5) The Criminal Code หรือประมวลกฎหมายอาญา และ (6) The Criminal Procedure Code หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยในส่วนของกฎหมายว่าด้วยหลักประกันหนี้ได้บัญญัติไว้ใน The Civil Code โดยสามารถสรุปรูปแบบการประกันได้เป็น 2 รูปแบบหลักๆ ดังนี้

3.3.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Personal Security)²⁸

การประกันด้วยบุคคลนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลที่สาม โดยในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั้งหลายของบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้มักให้ลูกหนี้ทำสัญญาประกันด้วยบุคคลไว้เพื่อสร้างแรงกดดันให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ ทำให้ในทางธุรกิจแล้วเจ้าหนี้อาจไม่เคร่งครัดกับการตรวจสอบฐานะทางการเงินของบุคคลผู้เข้าประกันมากนัก ซึ่งการประกันด้วยบุคคลนี้จะอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 432 – 465 โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ได้ดังนี้

(3.3.1.1) ลูกหนี้ร่วมหรือหลายคน (Joint and several Obligation-duty)

Joint obligation นั้น คือกรณีที่ลูกหนี้ต่างมีความผูกพันตามหนี้เดียวกัน และต่างมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามชำระหนี้กัน เจ้าหนี้อาจเรียกให้ลูกหนี้คนหนึ่งคนใดหรือทั้งหมดชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้อาจมีข้อตกลงระหว่างกันเองเพื่อจำกัดความรับผิดชอบระหว่างกันได้ โดยการประกันด้วยบุคคลในลักษณะนี้จะเกิดขึ้นโดยการตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ทั้งหลายแยกกันไป (By contract) ทั้งนี้ เมื่อลูกหนี้รายหนึ่งทำการชำระหนี้

²⁸ Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...[et.al.]*. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

ครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ลูกหนี้รายอื่นจะถูกปลดจากหน้าที่ดังกล่าว ลูกหนี้ที่ทำการชำระหนี้ไปนั้น อาจดำเนินการเรียกให้ลูกหนี้อื่นๆ ชดใช้ความเสียหายได้ตามสัดส่วนที่ได้มีการตกลงกัน

อนึ่ง เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่า Joint obligation ของญี่ปุ่นนี้ มีลักษณะคล้ายกรณีการมีลูกหนี้หลายคน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หมวด 3 มาตรา 291 ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้น ไม่ถือเป็นสัญญาหลักประกันแต่อย่างใด

(3.3.1.2) การค้ำประกัน (Suretyship) ซึ่งรวมถึง ผู้ค้ำประกันร่วม หรือ หลายราย (Joint and several suretyship)

Suretyship คือการที่บุคคลที่สาม หรือ Surety มีหน้าที่ต่อเจ้าหนี้เท่าที่หนี้ ประธานกำหนด (The same content as the principal obligation) โดยถือว่าเป็นหนี้อุปกรณ์ (Subordinate) ของหนี้ประธานดังกล่าว ทั้งนี้ สามารถสรุปลักษณะของ Suretyship ได้ดังนี้

(ก) หนี้ของ Surety นั้นแยกออกจากหนี้ประธาน
(ข) หนี้ตาม Suretyship นั้น จะมีเท่าที่หนี้ประธานกำหนด ทั้งนี้ หนี้ประธานจะต้องไม่ใช่หนี้ที่เป็นการเฉพาะตัว อย่างไรก็ตาม หนี้เฉพาะตัวอาจมีการค้ำประกันได้ แต่จะเป็นการค้ำประกันหนี้ค้ำปรับเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เนื่องจากมีการแปลงหนี้เฉพาะตัวดังกล่าวเป็นหนี้เงินแล้ว

(ค) หนี้ตาม Suretyship จะเป็นหนี้อุปกรณ์ของหนี้ประธาน ดังนั้น ความสมบูรณ์ของ Suretyship จึงขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้ประธาน ดังนั้น หากไม่มีหนี้ประธาน เช่น หนี้ประธานตกเป็นโมฆะ Suretyship ย่อมไม่สมบูรณ์ หรือหากมีการเปลี่ยนแปลงในเงื่อนไขของหนี้ประธาน ย่อมมีผลกระทบต่อหนี้ตาม Suretyship ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น แต่หนี้ประธานนั้นไม่จำเป็นต้องมีอยู่ในเวลาที่ทำสัญญา Suretyship เป็นผลให้สามารถมีการประกันหนี้ที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงของหนี้ในอนาคตได้ โดยอาจค้ำประกันโดยมีวงเงินจำกัด อ้างอิงตามวงเงินสินเชื่อที่ลูกหนี้อาจก่อได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่หนี้ประธานตกเป็นโมฆะ หากผู้ค้ำประกันได้รู้ถึงความบกพร่องนั้นในเวลาที่ทำสัญญาค้ำประกัน สัญญาค้ำประกันสามารถบังคับได้เท่าที่หนี้ประธาน

(ง) ถ้าหนี้ประธานระงับ Suretyship ย่อมระงับลง

(จ) วัตถุประสงค์ตลอดจนข้อกำหนดในหนี้อุปกรณ์นั้นต้องไม่เป็นการระมากกว่าในสัญญาหนี้ประธาน หากมีการตกลงให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบยิ่งกว่าหนี้ประธานแล้ว ให้ลดภาระลงเหลือเท่ากับหนี้ประธาน

ทั้งนี้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นจะไม่ได้กำหนดถึงความสามารถของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ค้ำประกันไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม มาตรา 450 กำหนดให้ลูกหนี้ชั้นต้นที่มีหน้าที่หาประกันด้วยบุคคลมานั้น ต้องจัดหาบุคคลซึ่งมีความสามารถและอาจปฏิบัติหน้าที่ตามหนี้ประธานได้

โดยเมื่อหนี้ประธานถึงกำหนด เจ้าหนี้นอมนิติสิทธิ์ที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ประธานดังกล่าว ตลอดจนดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าสินไหมทดแทน และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่มีขึ้นอย่างไรก็ตาม สัญญาค้ำประกันนั้น อาจครอบคลุมตลอดระยะเวลาตามสัญญาประธาน หรือเฉพาะช่วงเวลาหนึ่งเวลาใดก็ได้ นอกจากนี้ผู้ค้ำประกันอาจบอกเลิกสัญญาโดยการมีหนังสือบอกกล่าวเมื่อมีเหตุผลอันควร (Reasonable notice) เช่น เจ้าหนี้นอมนิติหนี้เพิ่มเติมให้แก่ลูกหนี้ในลักษณะที่ลูกหนี้ไม่อาจชำระคืนได้ ทั้งนี้ ในกรณีมีการอนุมัติหนี้เพิ่มเติมที่อาจขัดต่อหลักสุจริต ผู้ค้ำประกันย่อมไม่ต้องรับผิดชอบหนี้ดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้วนั้น ผู้ค้ำประกันย่อมได้รับช่วงสิทธิมาจากเจ้าหนี้ในการที่จะไล่เบี้ยลูกหนี้ชั้นต้น ซึ่งโดยหลัก ก็สามารถไล่เบี้ยได้เท่าจำนวนที่เสียไป

3.3.2 การประกันด้วยทรัพย์สิน (Real Security)²⁹

การประกันด้วยทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งสามารถสรุปหลักการและลักษณะสำคัญของสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สินได้ ดังนี้

(1) Appendant Nature คือหลักความไม่อิสระ กล่าวคือ หนี้ตามสัญญาหลักประกันนั้นถือเป็นหนี้อุปกรณณ์ ดังนั้น ความสมบูรณ์ของสัญญาอุปกรณณ์หรือสัญญาหลักประกันนั้นจึงขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้ประธานเสมอ หากหนี้ประธานไม่สมบูรณ์ หรือระงับลง หนี้อุปกรณณ์ย่อมไม่สมบูรณ์ หรือระงับลงด้วยเช่นกัน

(2) Attendent Nature คือหลักการติดตามหนี้ กล่าวคือ ตามหลักของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแล้วนั้น เจ้าหนี้หรือผู้มีสิทธิเรียกร้องเหนือลูกหนี้และผู้ได้รับประโยชน์ตามสัญญาหลักประกันนั้นควรเป็นบุคคลเดียวกัน ดังนั้น หากมีการโอนหนี้สินกันแล้ว เจ้าหนี้ใหม่ควรได้รับโอนสิทธิเหนือทรัพย์สินประกันนั้นด้วย

(3) Subrogative Nature คือหลักการตกทอด กล่าวคือ ในกรณีที่ทรัพย์สินเป็นประกันนั้นบุบสลาย เสียหาย หรือสูญไปแล้วนั้น สัญญาหลักประกันย่อมผูกพันต่อสิ่งที่ลูกหนี้

²⁹ Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...[et.al.]*. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

หรือผู้วางหลักประกันเดิมนั้น ได้มาเพื่อทดแทนการบุบสลาย เสียหาย หรือสูญไปของทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจาก กฎหมายเห็นว่าเจตนารมณ์ของการวางทรัพย์สินเป็นประกันนั้น ไม่ได้มีขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือเข้าควบคุมทรัพย์สิน แต่กระทำเพื่อประกันว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้เป็นทรัพย์สินหรือสิ่งอื่นใดในมูลค่าเทียบเท่ากัน

(4) Invisible Nature คือหลักการที่ว่า ทรัพย์สินประกันทั้งหมดประกันหนี้ทั้งหมด โดยไม่มีการแบ่งแยก ดังนั้น หากมีหนี้สินบางส่วนระงับลง ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด สัญญาหลักประกันก็ยังสามารถบังคับได้ตามเดิมเพื่อชำระหนี้ที่ยังค้างชำระอยู่ ในทางกลับกัน หากทรัพย์สินบางส่วนบุบสลายหรือเสียหายไป ทรัพย์สินที่คงเหลืออยู่ยังคงเป็นประกันต่อหนี้ที่อยู่เต็มจำนวน

(5) The Principle of Ascent of order of priority กล่าวคือ ในกรณีที่นำทรัพย์สินไปประกันหนี้หลายจำนวน การบังคับทรัพย์สินประกันนั้น ต้องบังคับตามลำดับเวลาที่ได้มีการก่อให้เกิดสิทธิตามสัญญาหลักประกันนั้นๆ

ทั้งนี้ การประกันด้วยทรัพย์สินอาจเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของลูกหนี้หรือบุคคลที่สามก็ได้ โดยสามารถกระทำได้หลายรูปแบบนิติสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น เช่น Preferential Right, Mortgage, Right of retention, Title transfer security, Pledge, Hypothec อย่างไรก็ตาม ในที่นี้ขออธิบายถึงเฉพาะในส่วนของ Pledge และ Hypothec ซึ่งเป็นลักษณะการประกันที่กฎหมายญี่ปุ่นกำหนดให้สามารถเกิดขึ้นได้จากการตกลงของคู่สัญญา (By contract) และมีลักษณะคล้ายสัญญาหลักประกันตามกฎหมายไทยเท่านั้น

(3.3.2.1) Pledge คือ สัญญาหลักประกันที่ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการถือครองทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้หรือของบุคคลที่สามก็ได้ อย่างไรก็ตาม Pledge ตามกฎหมายญี่ปุ่นนั้น สามารถกระทำได้ทั้งต่อสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ แต่ในกรณีอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจไม่ค่อยปรากฏในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องจาก Hypothec นั้นมีลำดับสิทธิสูงกว่า

Pledge เกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างคู่สัญญา โดย Pledgor นั้นต้องเป็นเจ้าหนี้เสมอ ส่วน Pledgee นั้นอาจเป็นลูกหนี้ หรือบุคคลที่สามก็ได้ แต่ต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่วางเป็นประกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยสุจริตและไม่ได้ประมาทเลินเล่อ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเหนือกว่าในทรัพย์สินที่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สิน และเจ้าของทรัพย์สินจะมีสถานะเป็นผู้ให้ประกัน

ทั้งนี้ หนี้ประเภทของ Pledge นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นหนี้เงินเท่านั้น อาจเป็น หนี้การกระทำ หรือคเว้นการกระทำก็ได้ และไม่จำเป็นต้องมีอยู่ขณะทำสัญญา Pledge โดยในสัญญา Pledge อาจระบุวงเงินหรือไม่ก็ได้

(3.3.2.2) Hypothec คือ สัญญาหลักประกันอย่างหนึ่งที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน โดยอาจทำเหนืออสังหาริมทรัพย์ อุปกรณ์การเกษตร อุปกรณ์การก่อสร้าง เรือ เครื่องบิน ยานพาหนะ และสิทธิสัมปทานต่างๆ เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ทำสัญญา Hypothec นั้น ต้องเป็นเจ้าของของทรัพย์สินดังกล่าว แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นลูกหนี้ และเช่นเดียวกับกรณี Pledge และ Surety หนี้ประเภทนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นหนี้เงิน แต่อาจเป็นหนี้การกระทำ หรือหนี้อื่นใดก็ได้ ที่ไม่เป็นการเฉพาะตัว ทั้งนี้ แล้วแต่ข้อตกลงของคู่สัญญา แต่โดยปกติแล้ว สัญญาข้อมกรอบหนี้ประเภททั้งหมด ดอกเบี้ย และสิทธิประโยชน์อื่นใดที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้อง

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่ง ไม่ได้กำหนดแบบแห่งนิติกรรมเอาไว้ สัญญาจึงเกิดขึ้นได้โดยการตกลงด้วยวาจาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม เฉพาะสัญญาที่ได้ทำการจดทะเบียนแล้วเท่านั้นที่จะสามารถยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้

3.3.3 การประกันหนี้ในขนาดตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

แม้การประกันหนี้ในขนาดจะไม่มีการบัญญัติรับรองเอาไว้โดยตรงใน Civil Code อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ จึงได้มีการพัฒนาแนวคิดการประกันหนี้ในขนาดและผ่อนผันหลักการของการเป็นหนี้อุปถัมภ์ลง โดยตามความเห็นนักกฎหมายญี่ปุ่น³⁰ เห็นว่า หนี้ประเภทนั้นไม่จำเป็นต้องมีอยู่ในขณะที่ทำสัญญาประกันหนี้ หนี้ที่เกิดขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด, หนี้ที่มีเงื่อนไข หรือหนี้ในขนาดอื่นใด ต่างอาจถูกประกันโดยสัญญาประกันหนี้ได้ ทั้งนี้ รวมถึงการทำสัญญาประกันหนี้ที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมต่อเนื่อง หรือที่รู้จักในชื่อ “Base pledge” หรือ “base hypothec” โดยในกรณีที่เป็นการทำ base hypothec นั้น จะต้องมีการกำหนดวงเงินให้ชัดเจน ตัวอย่างของการทำ “Base pledge” หรือ “base hypothec” ได้แก่ การประกันเหนือหนี้ในบัญชีกระแส เป็นต้น

³⁰ Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...[et.al.]*. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

บทที่ 4

การประกันหนี้ในอนาคตามกฎหมายไทย

ด้วยในการวิจัยครั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงประเด็นทางกฎหมายที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้น จากการทำสัญญาหลักประกันเพื่อการประกันหนี้ในอนาคต ในการนี้ ผู้เขียนจึงขออธิบาย โดยสังเขปถึงหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ “หนี้ในอนาคต” และ “สัญญาหลักประกัน” ตามกฎหมายไทย ดังนี้

4.1 หนี้ในอนาคต

ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น มีการกล่าวพาดพิงถึงหนี้ในอนาคตอยู่หลายที่หลาย ลักษณะด้วยกัน ดังเช่น ในกฎหมายล้มละลาย ซึ่งมีบัญญัติในมาตรา 9 (3) ว่า “หนี้ที่อาจกำหนดจำนวนได้โดยแน่นอนไม่ว่าหนี้จะถึงกำหนดชำระโดยพลันหรือในอนาคตก็ตาม” เช่น ในกรณีที่มีข้อตกลงในสัญญาว่าจะคืนทรัพย์สินให้เมื่อครบกำหนดในสัญญา แม้ยังไม่ครบกำหนด ก็ให้ถือเป็นหนี้ในอนาคต และเจ้าหนี้อาจมีสิทธิมาขอรับชำระหนี้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4388/ 2548) หรือในกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 159/2535 ซึ่งวางแนวทางไว้ว่าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งศาลกำหนดให้ชำระเป็นงวดๆ นั้น ในส่วนของหนี้ในอนาคต ลูกหนี้ตามคำพิพากษายังไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระ เจ้าพนักงานบังคับคดีจึงยังไม่มีสิทธิยึด หรืออายัดทรัพย์สินเพื่อมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาในส่วนนี้ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีนั้น เป็นกรณีของ “กำหนดชำระหนี้” กล่าวคือ แม้จะมีการใช้คำว่าหนี้ในอนาคตเช่นกัน แต่เป็นหนี้ในอนาคตในนัยยะว่าหนี้ดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นแล้ว เพียงแต่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้เท่านั้น ซึ่งจะต่างจากกรณีของมาตรา 681 ซึ่งเป็นกรณีที่มูลหนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้นเลย

ทั้งนี้ ในการวิเคราะห์ว่า “หนี้ในอนาคต” นั้น ผู้เขียนจะขออธิบายถึงบ่อเกิดแห่งหนี้ก่อน แล้วจึงจะยกตัวอย่างคำพิพากษาที่เป็นกรณีที่ถือว่ามูลหนี้ยังไม่เกิดขึ้นต่อไป ดังนี้

4.1.1 หนี้ และบ่อเกิดแห่งหนี้

หนี้ (Obligation) หมายถึง ความผูกพันที่มีผลในกฎหมาย ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “เจ้าหนี้” ชอบที่จะได้รับชำระหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการ หรืองดเว้น หรือส่งมอบ

ทรัพย์สินจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ลูกหนี้”

หนี้เป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ดังนั้น นิติสัมพันธ์ทุกอย่างในกฎหมายหาเป็นหนี้เสมอไปไม่ เช่น การที่บิดามารดามีอำนาจในการเขียนตีอบรมสั่งสอนบุตรเป็นสิทธิในกฎหมายครอบครัว แต่ก็ไม่สามารถบังคับกันทางทรัพย์สินได้ จึงไม่เป็น “หนี้” หรือการที่ชายไทยต้องเกณฑ์ทหารนั้น แม้เป็น “หน้าที่” ตามกฎหมาย แต่เมื่อไม่อาจบังคับทางทรัพย์สินได้ ก็ไม่ใช่หนี้เช่นกัน โดยสามารถแบ่งสาระสำคัญของหนี้ออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้ (1) ต้องมีเจ้าหนี้และลูกหนี้ (2) ต้องมีความผูกพันตามกฎหมายที่เรียกว่า “สิทธิเรียกร้อง” และ (3) ต้องมีวัตถุประสงค์

ทั้งนี้ สามารถแบ่งประเภทของบ่อเกิดแห่งหนี้ออกได้เป็น 2 ประเภท

¹ ดังนี้

(4.1.1.1) นิติกรรม

นิติกรรม หมายถึงการกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งในการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เพื่อก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ ซึ่งนิติกรรมอาจมีได้ทั้งนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น พันัยกรรม และนิติกรรมสองฝ่าย เช่น สัญญา ก็ได้

สัญญา หมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลสองฝ่ายขึ้นไป มุ่งที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์ ฉะนั้นสัญญาก็คือนิติกรรมชนิดหนึ่ง ซึ่งหลักทั่วไปของนิติกรรมต้องนำมาใช้กับสัญญาด้วย เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ

เมื่อมีนิติสัมพันธ์กันย่อมก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่อกัน ซึ่งสิทธิหน้าที่เหล่านี้ย่อมแตกต่างกันไปตามลักษณะของนิติกรรมสัญญานั้น และเพื่อความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขของสังคมโดยรวม กฎหมายจึงได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่ก่อนิติสัมพันธ์ดังกล่าวให้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์และกฎเกณฑ์ของความสัมพันธ์นั้น โดยยุติธรรม

(4.1.1.2) นิติเหตุ

นิติเหตุ คือ เหตุการณ์ที่ทำให้เกิดผลในกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นเองโดยอำนาจของกฎหมาย ได้แก่

¹ มานิตย์ จุมปา, เอกสารประกอบการสอน วิชา กฎหมายผลแห่งหนี้ (กฎหมายลักษณะหนี้), คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548

(ก) ละเมิด คือบุคคลได้กระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคลหรือสิทธิเด็ดขาดอื่น ๆ

(ข) การจัดการงานนอกสั่ง คือการที่บุคคลหนึ่งเข้าไปจัดการงานแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยที่ไม่ได้รับมอบหมายให้กระทำ หากจัดการดังกล่าวสมประโยชน์ผู้จัดก็มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายที่ตนได้ออกไปก่อนได้ แต่ถ้าขัดและทำให้เกิดความเสียหายก็ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

(ค) ลากมิควรได้ คือการที่บุคคลหนึ่งได้รับทรัพย์สินจากบุคคลอื่น โดยไม่มีกฎหมายรองรับจึงต้องคืนให้แก่อีกฝ่าย

(ง) ประการอื่นๆ เช่น ตามประมวลกฎหมายรัชฎากร, กฎหมายศุลกากร

4.1.2 ลักษณะอื่นๆ ตามกฎหมายที่อาจเทียบเคียงได้กับหนี้ในอนาคต

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่ามีหลายบทบัญญัติที่อาจมีลักษณะเกี่ยวเนื่อง หรือคล้ายลักษณะของหนี้ในอนาคต อาทิเช่น เงื่อนไข เงื่อนไข กำหนดเวลาชำระหนี้ ดังสามารถสรุปได้ดังนี้

(4.1.2.1) เงื่อนไข²

“เงื่อนไข” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 182 นั้น มีความหมาย 2 นัย คือ นัยประการแรกหมายถึงข้อกำหนดในนิติกรรมนั่นเองซึ่งจะทำให้นิติกรรมมีผล ส่วนนัยประการต่อมา เงื่อนไขยังหมายถึงเหตุการณ์ในอนาคตอันไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่อีกด้วย

(ก) เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้นี้ กฎหมายมุ่งหมายถึงเงื่อนไขของนิติกรรม ซึ่งเป็นเงื่อนไขในแง่ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่ผู้ทำนิติกรรมกำหนดขึ้นด้วยเจตนา ไม่ใช่เงื่อนไขทางกฎหมายซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงข้อกำหนดที่เป็นองค์ประกอบแห่งความมีผลตามกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เราจึงควรเข้าใจโดยแยกแยะว่า เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นในนิติกรรมนี้เป็นคนละกรณีกันกับเงื่อนไขทางกฎหมาย เพราะนิติกรรมที่สร้างขึ้น โดยมีเงื่อนไขนั้นย่อมเกิดผลเป็นนิติกรรมที่ผูกพันกันแล้วทันทีที่ทำนิติกรรมนั้นสำเร็จลง และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันแล้ว(มาตรา 184, 185 ป.พ.พ.) แม้ว่าเงื่อนไขจะยังไม่สำเร็จและนิติกรรมนั้นยังไม่เป็นผลก็ตามความสำเร็จของเงื่อนไขเพียงแต่ทำให้นิติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วนั้นเป็นผลหรือสิ้นสุดไปตามที่ตก

² กิตติศักดิ์ ปรกิติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา (น.๑๐๑), มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552

ลงกันเท่านั้น ส่วนเงื่อนไขทางกฎหมายนั้นกฎหมายมุ่งหมายถึงองค์ประกอบทางกฎหมายที่ทำให้นิติกรรมมีผลตามกฎหมายเป็นสำคัญ เช่นสัญญาให้ยืมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ(มาตรา 523) การส่งมอบจึงเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์หรือเป็นองค์ประกอบของสัญญาให้ หากองค์ประกอบทางกฎหมายยังไม่ครบถ้วนนิติกรรมย่อมไม่ครบองค์ประกอบและไม่เกิดเป็นนิติกรรมเลย

อย่างไรก็ตาม คำว่าเงื่อนไขที่คู่กรณีตกลงกันในนิติกรรมต่าง ๆ นั้น ไม่จำเป็นจะต้องเป็นเงื่อนไขอันเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความเป็นผลหรือสิ้นผลของนิติกรรมที่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนในอนาคตตามความหมายในมาตรา 182 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสมอไป เพราะอาจมีการตกลงเงื่อนไขอย่างอื่น ซึ่งไม่ใช่เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความเป็นผลของนิติกรรมก็ได้ เช่นเงื่อนไขการปฏิบัติการชำระหนี้ เงื่อนไขส่งมอบ หรือรับมอบสินค้า เงื่อนไขการชำระเงิน หรือเงื่อนไขการรับสมัครบุคคลเข้าทำงาน เป็นต้น เงื่อนไขเหล่านี้ไม่กระทบต่อความมีผลแห่งนิติกรรม ไม่อาจนับว่าเป็นเงื่อนไขแห่งนิติกรรม

(ข) เงื่อนไขแห่งนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หมายถึง “เหตุการณ์อันไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ในอนาคต” ซึ่งหากสำเร็จเมื่อใด คู่กรณีตกลงให้นิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นผล

เหตุการณ์อันไม่แน่นอนซึ่งเป็นสาระสำคัญของเงื่อนไขนี้ จะต้องเป็นเหตุการณ์อันไม่แน่ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุการณ์ที่รู้แน่ว่าจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคต เพียงแต่ไม่รู้ว่าจะเกิดขึ้นเมื่อใด ดังนี้เหตุการณ์นั้นไม่ใช่ “เงื่อนไข” ในความหมายนี้ แต่แท้ที่จริงแล้วเป็น “เงื่อนไขเวลา” ซึ่งหมายถึงเหตุการณ์ในอนาคตที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

นอกจากเงื่อนไขจะต้องเป็นเหตุการณ์อันไม่แน่ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่แล้ว เงื่อนไขยังต้องเป็นเหตุการณ์ในอนาคตอีกด้วย ดังนั้น ถ้า “เงื่อนไข” ที่ตกลงกันเป็นเหตุการณ์ในปัจจุบันหรือเป็นเหตุการณ์ในอดีตที่ผ่านพ้นไปแล้ว ดังนี้เหตุการณ์เช่นนั้นย่อมไม่อาจนับเป็นเงื่อนไขแห่งนิติกรรมตามความหมายนี้ แม้ว่าคู่กรณีในนิติกรรมจะได้ตกลงกัน โดยไม่รู้ว่าการณ์ที่ตกลงกันว่าเป็นเงื่อนไขนั้นได้เกิดขึ้นแล้วในอดีตหรือในปัจจุบันก็ตาม ในเรื่องนี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 187 ที่ว่า “ถ้าเงื่อนไขสำเร็จแล้วแต่ในเวลาทำนิติกรรม หากเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้ถือว่านิติกรรมนั้นไม่มีเงื่อนไข หากเป็นเงื่อนไขบังคับหลัง ให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็น โฆษะ ถ้าเป็นอันแน่นอนในเวลาทำนิติกรรมว่า เงื่อนไขไม่อาจจะสำเร็จได้ หากเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็น โฆษะ หากว่าเป็นเงื่อนไขบังคับหลังให้ถือว่านิติกรรมนั้นไม่มีเงื่อนไข”

หลักตามมาตรา 187 นี้เป็นหลักธรรมดา ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการสันนิษฐานเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีว่า หากรู้ว่าเหตุการณ์อันเป็นเงื่อนไขนั้นสำเร็จลงแล้ว หรือรู้ว่าไม่อาจ

สำเร็จได้เป็นแน่แท้ คู่กรณีก็ควรจะตกลงหรือไม่ตกลงกันเลยตามเหตุตามผล

ทั้งนี้ หากนิติกรรมใดมีการกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนไว้ผลหรือหนี้ตามนิติกรรมย่อมยังไม่เกิดขึ้นทางกฎหมาย โดยนิติกรรมดังกล่าวจะเป็นผลได้ต่อเมื่อความไม่แน่นอนในเงื่อนไขนั้นถูกแปรเปลี่ยนไปเนื่องจากเหตุการณ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวเป็นที่แน่นอนแล้วว่าได้เกิดขึ้น โดยจะถือว่านิติกรรมเป็นผลตั้งแต่เงื่อนไขสำเร็จ หรือตามที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้ว่าให้ผลของการเกิดเงื่อนไขย้อนหลังไปถึงเมื่อใด

(4.1.2.2) เงื่อนไขเวลา

นิติกรรมที่มี “เงื่อนไขเวลา” หมายถึงนิติกรรมที่มีข้อกำหนดให้ผลหรือสิ้นผลของนิติกรรมขึ้นอยู่กับเวลาในอนาคต หรือจะตกลงให้มีผลทันทีแต่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในนิติกรรมเมื่อถึงเวลากำหนดก็ได้ ตามเจตนาของคู่กรณี เงื่อนไขจึงต่างจากเงื่อนไขตรงที่เงื่อนไขหมายถึงเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งจะต้องเกิดขึ้นมีขึ้นอย่างแน่นอน เงื่อนไขจึงอาจจะเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับเวลาใดเวลาหนึ่ง หรือวันใดวันหนึ่งโดยเจาะจงตามปฏิทิน หรือวันที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งถึงแก่ความตายก็ได้ ในกรณีแรกทั้งสองกรณีนั้นเป็นวัน เวลา ที่มีกำหนดแน่นอน ส่วนกรณีหลังซึ่งกำหนดวันตายของบุคคลเป็นเงื่อนไขนั้น แม้จะเป็นเวลาที่ไม่อาจกำหนดแน่นอนได้ แต่ก็ยังเป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนทั้งสิ้น

เงื่อนไขเวลานั้น มักจะมีการนำมากำหนดไว้ในนิติกรรมเมื่อต้องการให้นิติกรรมนั้น เป็นผลหรือสิ้นผลไปเมื่อถึงเวลาขณะใดขณะหนึ่ง แต่ในกรณีมีข้อสงสัยกฎหมายสันนิษฐานว่าในกรณีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นนั้น คู่กรณีย่อมตกลงให้นิติกรรมมีผลทันที แต่ให้คู่กรณีมีสิทธิทวงถามให้ปฏิบัติตามนิติกรรมนั้น ได้ต่อเมื่อถึงเวลาขณะใดขณะหนึ่งที่กำหนดไว้ แต่ทั้งนี้การจะให้ผลทันทีหรือไม่ย่อมเป็นไปตามความประสงค์ของคู่กรณี

(4.1.2.3) กำหนดเวลาชำระหนี้

โดยปกติแล้วเมื่อคำเสนอสนองถูกต้องตรงกัน หนี้จึงเกิดขึ้น เมื่อหนี้เกิดเจ้าหนี้มีอำนาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ต้องตามวัตถุแห่งหนี้ ส่วนการใช้อำนาจบังคับนั้นจะใช้ได้เมื่อไร ต้องดูว่าหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้หรือยัง เวลาที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้นี้ เรียกว่า "กำหนดเวลาชำระหนี้"

โดยสามารถแบ่งกำหนดเวลาชำระหนี้ได้เป็น 6 ประเภท ดังนี้

(ก) กำหนดเวลาชำระหนี้ที่ได้กำหนดตามวันแห่งปฏิทิน เช่น กำหนดว่า "ให้หนี้ถึงกำหนดวันที่ 1 กันยายน 2553"

(ข) กำหนดเวลาชำระหนี้ประเภทที่อาจคำนวณนับได้ตามวันแห่งปฏิทิน เช่น กำหนดว่า "ให้หนี้ถึงกำหนดในอีก 1 ปี"

(ค) กำหนดเวลาชำระหนี้ประเภทที่กำหนดโดยถือเอาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างหนึ่ง ซึ่งพอจะมีความแน่นอนระหว่างคู่กรณีมากำหนด เช่น สมมุติว่าอยู่ในเรือสำราญ จะคืนเมื่อเรือเทียบท่ากรุงเทพฯ

(ง) กำหนดเวลาชำระหนี้ที่สามารถอนุมานได้จากพฤติการณ์ เช่น ในงานหมั้น จะคืนของที่ยืมเมื่อเสร็จงาน

(จ) กำหนดเวลาชำระหนี้ที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าชั่วระยะเวลาหนึ่งก่อน เช่น ถ้าจะให้เอาเงินมาคืนต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน 7 วัน

(ฉ) ไม่มีกำหนดระยะเวลา ทั้งนี้ให้ผลเป็นไปตามมาตรา 203 กล่าวคือ เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระได้โดยพลัน เช่น ยืมเงินมาตอนเช้า ไม่บอกว่าจะคืนเมื่อไร ตอนเย็นจะเรียกเงินคืนเลยก็ได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระ จะยังไม่ถือว่าผิดนัด เจ้าหนี้ต้องเตือนก่อน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายเบื้องต้น และแนวคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าอาจสรุปแนวทางของความหมายของคำว่า "หนี้ในอนาคต" ได้ 2 นัยยะด้วยกัน ดังนี้

(1) หนี้ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้มีระหว่างกันแล้ว แต่การบังคับชำระหนี้จะยังกระทำไม่ได้จนกว่าจะถึงกำหนดชำระ

(2) หนี้ที่ยังไม่เกิดขึ้น แต่จะได้เกิดขึ้นในอนาคต เช่น กรณีที่ธนาคารอนุมัติวงเงินสินเชื่อให้ แต่ลูกหนี้ยังไม่มีเงินเบิกตามวงเงินดังกล่าว เป็นต้น

4.2 สัญญาประกันหนี้

ในการศึกษาวิจัยนี้ ผู้เขียนใคร่ขอวิเคราะห์เฉพาะในส่วนของสัญญาประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภทดังที่ได้กล่าวข้างต้น ได้แก่ การประกันหนี้ด้วยบุคคลนั้น กล่าวคือการ "ค้ำประกัน" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะที่ 11 และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน กล่าวคือการ "จำนอง" และ "จำนำ" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะที่ 12 และ ลักษณะที่ 13

อนึ่ง สิทธิพิเศษลักษณะอื่นที่เจ้าหนี้พึงหรืออาจมี เช่น สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ หรือสัญญา

ประกันความเสียหายนั้น หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าสิทธิเหล่านั้นมีวัตถุประสงค์ที่ต่างไป โดยสิทธิยึดเหนี่ยวนั้น เป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถยึดหน่วงทรัพย์สินไว้ได้จนกว่าจะมีการชำระหนี้ แต่ไม่ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนบุริมสิทธินั้น เป็นเพียงการรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ว่าตนจะได้รับชำระก่อนเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้เท่านั้น ส่วนว่าเจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินส่วนใดย่อมเป็นไปตามกระบวนการทั่วไป กล่าวคือ เจ้าหนี้ต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้และนำทรัพย์สินต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีต่อไป หรือในกรณีของสัญญาประกันความเสียหายซึ่งมักพบเห็นในวงการพาณิชย์ ที่ผู้ขนส่งจะให้ผู้ขายหรือผู้ส่งสินค้าตกลงว่าจะชดใช้ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากสินค้าที่ทำการขนส่งนั้น จะเห็นได้ว่าในนิติสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ขนส่งกับผู้ส่งดังกล่าวไม่ใช่การที่บุคคลผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อทำการชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด กรณีเป็นแต่เพียงสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงจะชดใช้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งมีลักษณะคล้ายการประกันภัย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้อย่างอื่น เช่น สิทธิยึดเหนี่ยว บุริมสิทธิ หรือสัญญาประกันความเสียหาย (Contract of indemnity) นั้น ต่างไม่ถือเป็น “การประกันการชำระหนี้” และมีใช้ “สัญญาประกันหนี้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด

ทั้งนี้ สามารถสรุปหลักการของสัญญาประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 3 ลักษณะข้างต้นได้ ดังต่อไปนี้

4.2.1 สัญญาค้ำประกัน

(4.2.1.1) หนี้ประธาน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 กำหนดว่า ค้ำประกัน คือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้อีกคนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการจะทำสัญญาค้ำประกันได้นั้นต้องมี “หนี้” หรือ “หนี้ประธาน” เสมอ อีกทั้ง สัญญาค้ำประกันนั้นจะมีสถานะเป็นเพียงสัญญาส่วนอุปกรรมเท่านั้น ฉะนั้นหากไม่ปรากฏนิติสัมพันธ์อันเป็นหนี้ประธานแล้ว แม้จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาผูกพันตนเพื่อชำระหนี้ ก็ไม่อาจถือเป็นสัญญาค้ำประกันได้ สัญญาดังกล่าวสามารถบังคับระหว่างคู่สัญญาได้ในฐานะสัญญาซึ่งในกฎหมายส่วนเอกเทศสัญญา บรรพ 3 ไม่ได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้ ได้แก่ สัญญาประกันความเสียหาย ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หนี้ประธานนั้น อาจเกิดจากมูลหนี้ในลักษณะใดก็ได้ ไม่

ว่าจะเป็นนิติเหตุหรือนิติกรรม หรือเป็นหนี้กระทำกร รงกระทำกร หรือหนี้โอนทรัพย์สิน ทั้งนี้ ดังที่ได้กล่าวในเรื่องบอเกิดแห่งหนี้ข้างต้น แต่หนี้ประธานดังกล่าวต้องไม่ใช่หนี้ที่โดยสภาพแล้ว ไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นชำระหนี้แทนได้ หรือเป็นหนี้เฉพาะตัว หรือหนี้ที่ถือเอาคุณสมบัติเฉพาะตัวของลูกหนี้เป็นสำคัญ เช่น สัญญาจ้างนักร้องชื่อดังมาร้องเพลงในงานวันเกิดของผู้ว่าจ้าง จะมีค่าประกันการชำระหนี้ด้วยมีบุคคลภายนอกมาชำระหนี้ด้วยการกระทำกรร้องเพลงแทนนักร้องนั้น ไม่ได้ เพราะโดยสภาพแห่งหนี้ลูกหนี้ต้องกระทำเองโดยเฉพาะตัว เป็นต้น อนึ่ง หากได้มีการกำหนดเบี้ยปรับเพื่อการไม่ชำระหนี้เฉพาะตัวนั้นไว้แล้วไซ้ เช่นนี้แล้วย่อมอาจมีการค้าประกันเพื่อการชำระเบี้ยปรับได้ เนื่องจากถือได้ว่าได้มีการแปลงสภาพจากหนี้เฉพาะตัว เป็นหนี้เงิน ซึ่งไม่ใช่หนี้เฉพาะตัวแล้ว

นอกจากนี้ มาตรา 681 ยังได้บัญญัติลักษณะของหนี้ประธานไว้ ว่าต้องเป็นหนี้ที่ “สมบูรณ์” เท่านั้น ซึ่งหนี้ที่สมบูรณ์นั้นย่อมหมายถึงหนี้ที่มีผลตามกฎหมาย ดังที่ได้อธิบายใน 4.1 กล่าวคือหนี้ดังกล่าวต้องไม่ตกเป็นโมฆะไม่ว่าด้วยเหตุใด เช่น มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมาย (มาตรา 150) ไม่ได้ปฏิบัติตามแบบ (มาตรา 152) หรือมีการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาภายใน (มาตรา 154, มาตรา 155 หรือมาตรา 156) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความสมบูรณ์ของหนี้ประธานนี้ไม่จำเป็นต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาการค้าประกันก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 681 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ “หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้” เช่น กรณีการค้าประกันหนี้อันเกิดจากการทำงานของลูกจ้าง กรณีการค้าประกันหนี้อันเกิดจากผู้ได้รับทุนไปศึกษาต่อต่างประเทศ หรือ กรณีการค้าประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชี เป็นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10/2519 กฎกระทรวงฉบับที่ 5 ออกตามความในพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2510 ข้อ 7 ว่า "การให้กู้ยืมแก่พนักงานของบริษัทโดยมีผู้ค้าประกันนั้น บริษัทจะให้กู้ยืมได้ไม่เกินร้อยละสองของราคาสินทรัพย์ของบริษัทตามบัญชีบุคคลที่มีอยู่ในวันสิ้นปีบัญชีครั้งสุดท้าย จำนวนที่ให้กู้ยืมแต่ละรายต้องไม่เกินหกเท่าของจำนวนเงินเดือนที่พนักงานผู้นั้นได้รับจากบริษัทในเดือนสุดท้ายก่อนที่จะให้กู้ยืม และไม่เกินสองหมื่นบาท..." ฉะนั้น การที่บริษัทโจทก์ให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นพนักงานของบริษัทโจทก์กู้ยืมเงินเป็นจำนวนเงิน 30,000 บาท จึงขัดต่อกฎกระทรวงดังกล่าว สัญญากู้ระหว่างบริษัทโจทก์และจำเลยจึงมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับ จำเลยที่ 2 ผู้ค้าประกันจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5492/2541 จำเลยที่ 2 ทำสัญญาการค้าประกันการทำงานของจำเลยที่ 1 ไว้ต่อโจทก์ซึ่งระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่า จำเลยที่ 2 ขอการค้าประกันจำเลยที่ 1 ในการเข้า

ทำงานกับโจทก์ ถ้าจำเลยที่ 1 กระทำด้วยประการใด ๆ เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายและจำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์แล้วจำเลยที่ 2 ยินยอมรับผิดชอบใช้แทนแก่โจทก์จนครบ แม้สัญญาค้ำประกันดังกล่าวจะได้กระทำกันก่อนที่จำเลยที่ 1 เข้าทำงานกับโจทก์ก็ตาม แต่ก็เป็นการประกันความรับผิดในหนี้ในลักษณะที่เป็นเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งหนี้นั้นอาจเกิดขึ้นจริงหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ตามป.พ.พ.มาตรา 681 วรรคสอง เมื่อต่อมาหนี้นั้นได้เกิดขึ้นตามที่ได้ตกลงค้ำประกันไว้ จำเลยที่ 2 ก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันดังกล่าว

(4.2.1.2) บุคคลผู้อาจเป็นผู้ค้ำประกัน

สัญญาค้ำประกันนั้น คือการประกันการชำระหนี้ด้วยตัวบุคคล ดังนั้น เช่นเกี่ยวกับหลักการทำนิติกรรมสัญญาทั่วไป บุคคลที่อาจก่อนนิติสัมพันธ์ได้นั้นต้องเป็นบุคคลที่มีสภาพบุคคลซึ่งอาจเป็นได้ทั้งนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา โดยบุคคลดังกล่าวต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรม เช่น หากเป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นก็ต้องมีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาค้ำประกันด้วย มิฉะนั้นแล้วสัญญาค้ำประกันย่อมไม่ผูกพันนิติบุคคลดังกล่าว เป็นต้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 680 แล้วจะเห็นได้ว่าผู้ค้ำประกันนั้น ต้องเป็นบุคคลภายนอก ที่ไม่ใช่ตัวลูกหนี้ ลูกหนี้ร่วม ตัวเจ้าหนี้ หรือเจ้าหนี้ร่วมใดๆ โดยต้องเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกนั้นผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกตกลงร่วมกับลูกหนี้ชำระหนี้ กรณีย่อมไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการค้ำประกันนั้น เป็นการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอกผู้ค้ำประกัน ดังนั้น ลูกหนี้จึงไม่ต้องรู้เห็นยินยอมด้วย สัญญาค้ำประกันก็มีผลสมบูรณ์ ผู้ค้ำประกันจะยกเอาการที่ลูกหนี้ไม่ได้ยินยอมนี้เป็นข้อต่อสู้ไม่ได้ หรือหากผู้ค้ำประกันชำระหนี้ไปตามสัญญาค้ำประกันแล้ว มาใช้สิทธิไล่เบียดเอากับลูกหนี้ ลูกหนี้จะอ้างการที่ตนไม่ได้ยินยอมด้วยในการเข้าทำสัญญาค้ำประกันนั้น ไม่ยอมให้ผู้ค้ำประกันใช้สิทธิไล่เบียดไม่ได้

(4.2.1.3) สิทธิและหน้าที่ของผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้

บุคคลภายนอกผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ว่าจะชำระหนี้ให้ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระ ความรับผิดของผู้ค้ำประกันเป็นความรับผิดในฐานะลูกหนี้ชั้นที่ 2 คือจะต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ก็เมื่อลูกหนี้ตามมูลหนี้ประณามผิดนัดไม่ชำระหนี้

ด้วยเหตุที่ความผูกพันของผู้ค้ำประกัน คือ “ชำระหนี้ให้แทน” เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หนี้ที่เป็นประกันนั้นจึงต้องเป็นหนี้ที่บุคคลภายนอกกระทำการชำระหนี้ให้แทนได้ หากเป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยตนเองหรือกรณีที่เป็นหนี้เฉพาะตัว หนี้ดังกล่าว

ยอมไม่สามารถทำสัญญาค้ำประกันได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

(4.2.1.4) หลักฐานเป็นหนังสือ

มาตรา 680 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดรูปแบบของสัญญาค้ำประกันไว้ โดยกำหนดเพียงว่า “สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” หลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวเป็นเพียงหลักฐานในการฟ้องร้องเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้แม้สัญญาค้ำประกันจะทำกันด้วยวาจา มิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือแต่ประการใด ก็มีได้ทำให้สัญญาค้ำประกันเป็นโมฆะเพราะมิได้ทำตามแบบ ตามที่บัญญัติในมาตรา 152 สัญญาค้ำประกันมีผลสมบูรณ์ ถ้าผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปตามสัญญานั้น ผู้ค้ำประกันยอมไม่สามารถจะเรียกคืนจากเจ้าหนี้ฐานลาภมิควรได้ เพราะเจ้าหนี้รับชำระหนี้ไว้ตามสัญญาโดยชอบแล้ว เพียงแต่ว่าในกรณีนี้หากเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระ ผู้ค้ำประกันไม่ยอมชำระหนี้ เจ้าหนี้จะขาดหลักฐานเป็นหนังสือในการฟ้องร้องผู้ค้ำประกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากเป็นสัญญาค้ำประกันที่ทำกันขึ้นก่อนวันที่ 1 เมษายน พุทธศักราช 2467 ย่อมสามารถบังคับกันได้แม้กระทำการโดยวาจา เนื่องจากเป็นสัญญาที่อยู่ในบังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องหลักฐานแห่งสัญญาค้ำประกัน

อนึ่ง หลักฐานเป็นหนังสือที่จะใช้ในการฟ้องร้องตามที่กล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องทำไว้ต่อเจ้าหนี้โดยตรง อาจทำขึ้นไว้ต่อลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกอื่นใด หากมีข้อความครบถ้วนก็ใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องได้ เช่น ทำหลักฐานมอบไว้ให้แก่ลูกหนี้มีข้อความแสดงว่ามีการค้ำประกันและลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันไว้ก็เป็นการเพียงพอที่เจ้าหนี้จะใช้เป็นหลักฐานฟ้องร้องได้ หรือทำหนังสือมอบไว้แก่สามีของเจ้าหนี้ หนังสือนั้นก็จะเป็นหลักฐานที่เจ้าหนี้ใช้ฟ้องร้องบังคับคดีได้ หรืออาจเป็นหลักฐานบันทึกเปรียบเทียบของอำเภอ หรือเป็นบันทึกของสถานีตำรวจหรือเป็นรายงานการประชุมหรือเป็นจดหมายติดต่อก็ได้ แต่หลักฐานต่าง ๆ เหล่านี้ต้องมีข้อความอ่านแล้วได้ใจความว่ามีการค้ำประกันและมีลายมือชื่อของผู้ค้ำประกัน นอกจากนี้หลักฐานเป็นหนังสือนี้กฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องมีข้อความในเอกสารฉบับเดียวกัน จึงไม่จำเป็นต้องเป็นหลักฐานฉบับเดียว อาจเป็นเอกสารหลายฉบับที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องเดียวกัน อ่านแล้วประกอบกันได้ว่ามีการค้ำประกันก็ใช้ได้ เช่น เป็นจดหมายโต้ตอบกันไปมา แต่ข้อสำคัญหลักฐานเป็นหนังสืออื่นจะต้องมีลายมือชื่อของผู้ค้ำประกันด้วยจึงจะใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องผู้ค้ำประกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 183/ 2474 สัญญาค้ำประกันซึ่งได้ทำกันในระหว่างใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับเก่าไม่ต้องทำเป็นหนังสือก็ใช้ได้ ฉะนั้นเมื่อผู้ค้ำประกันกด

พิมพ์ลายนิ้วมือในสัญญาโดยจะมีพยานรับรองโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่เป็นปัญหา สัญญาค้ำประกันย่อมใช้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 431/2544 การที่โจทก์กรอกข้อความลงในสัญญากู้ยืมเงินและสัญญาค้ำประกันที่จำเลยลงลายมือชื่อ แต่ยังไม่ได้กรอกข้อความอื่นใดว่าได้มีการกู้ยืมเงินและค้ำประกันในจำนวนเงินถึง 100,000 บาท เกินกว่าจำนวนหนี้ที่เป็นจริงโดยจำเลยทั้งสองมิได้รู้เห็นยินยอมด้วย สัญญากู้ยืมเงินและสัญญาค้ำประกันจึงไม่สมบูรณ์ ทำให้เอกสารนั้นเป็นเอกสารปลอม โจทก์จึงอ้างเอกสารนั้นมาเป็นพยานหลักฐานในคดีอย่างใดไม่ได้ ฉะนั้น การกู้เงินและการค้ำประกันที่ฟ้องจึงถือว่าไม่มีพยานหลักฐานเป็นหนังสือที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 และมาตรา 680

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3847/2541 คำว่าหลักฐานเป็นหนังสือที่จะรับฟังเป็นหลักฐานแห่งการค้ำประกันตาม ป.พ.พ. มาตรา 680 วรรคสอง กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องมีข้อความบรรจุอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกัน อาจเป็นข้อความที่รวบรวมจากเอกสารหลายฉบับที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องเดียวกันก็ได้

(4.2.1.5) การสิ้นสุดของสัญญาค้ำประกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งการหลุดพ้นจากความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันและการสิ้นสุดของสัญญาค้ำประกันไว้หลายประการ ซึ่งอาจสรุปลักษณะและเงื่อนไขได้ดังต่อไปนี้

(ก) การหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเนื่องจากเจ้าหนี้ทำให้เสื่อมสิทธิในการรับช่วงสิทธิ (มาตรา 697)

โดยปกติแล้วนั้น ผู้ค้ำประกันเมื่อได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ย่อมได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บรรดาที่มีเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 693 อาทิเช่น สิทธิจำนอง จำน่า หรือบุริมสิทธิ หรือสิทธิอื่นใดในลักษณะเดียวกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ ตั้งแต่ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาค้ำประกัน โดยไม่รวมถึงสิทธิที่เจ้าหนี้มีเหมือนบุคคลภายนอก หรือสิทธิใดๆ ที่ได้รับมาในภายหลัง แม้จะเป็นการได้มาเนื่องจากมูลหนี้เดียวกันนั้น ทั้งนี้ กรณีจะแตกต่างจากหลักการรับช่วงสิทธิทั่วไป ซึ่งผู้รับช่วงสิทธิจะได้รับช่วงมาทั้งหมด เสมือนสวมสิทธิทั้งหมดแทนเจ้าหนี้

ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหนี้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะด้วยความจงใจ

หรือประมาณเงินแล้ว เป็นเหตุให้ผู้ค้าประกัน ไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้ารับช่วงสิทธิได้แต่ผิดไปจากที่ตนคาดหมายในขณะที่ทำสัญญา ผู้ค้าประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเท่าที่ต้องเสียหายจากการนั้น อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นมาตรา 697 เพื่อให้ผู้ค้าประกันยังคงต้องรับผิดได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 271/2502 ฟ้องโจทก์ยืนยันว่า ผู้กู้ยืมอันแท้จริงไม่ใช่ลูกหนี้ของโจทก์ ก็เป็นเหตุให้ผู้ค้าประกันหนี้รายนั้น ไม่มีทางจะไปไล่เบี้ยเอาจากผู้กู้และไม่มีสิทธิอันใดเหนือผู้กู้ที่จะเข้ารับช่วงมาจากโจทก์ได้โดยสิ้นเชิง ผู้ค้าประกันจึงหลุดพ้นความรับผิดตามมาตรา 697.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 631/2474 สิทธิตาม มาตรา 697 นั้นหมายความว่าอย่างไร ใบทะเบียนเรือที่ลูกหนี้มอบให้ เจ้าหนี้ยึดไว้ในวัน ไม่ใช้สิทธิตาม มาตรา 697 เจ้าหนี้คืนใบทะเบียนเรือที่ลูกหนี้ให้ยึดไว้แก่ลูกหนี้ไปและผู้ค้าประกันยินยอมด้วยผู้ค้าประกันหาพ้นจากความรับผิดแต่อย่างใดไม่ สิทธิตาม มาตรา 697 ต้องเป็นสิทธิที่ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การจำนอง จำน่าหรือบุริมสิทธิ และเรื่องมอบใบฉันทะเรือนี้ก็ไม่ใช่จำนำ จำนองหรือบุริมสิทธิอันใด เพราะถ้าเจ้าหนี้ฟ้องเรียกเงินจากลูกหนี้ ลูกหนี้ไม่ใช่ก็ต้องยึดเรือใหม่ เพราะฉะนั้นการที่โจทก์คืนใบทะเบียนเรือให้ จำเลยที่ 1 จึงไม่เป็นเหตุทำให้จำเลยที่ 2 - 3 ผู้ค้าประกันพ้นจากความรับผิดไปได้ ทั้ง จำเลยที่ 2-3 ก็รู้เห็นยินยอมด้วยเสียอีกในการที่โจทก์คืนใบทะเบียนเรือให้จำเลยที่ 2 ไป จึงตัดสินใจให้ จำเลยที่ 1 ใช้เงิน โจทก์ เมื่อจำเลยที่ 1 ไม่ใช่ ให้จำเลยที่ 2-3 ใช้แทน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8154/2540 จำเลยที่ 1 เป็นหนี้โจทก์ตามสัญญากู้เงิน ส่วนจำเลยที่ 2 และที่ 3 มีความรับผิดต่อโจทก์ในฐานะผู้ค้าประกันการกู้เงินดังกล่าว โดยยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมกับจำเลยที่ 1 ภายในวงเงินที่จำเลยที่ 2 และที่ 3 ค้ำประกันไว้ ซึ่งตามหนังสือสัญญา ค้ำประกันระบุว่า "...นอกจากนี้ผู้ค้าประกันย่อมไม่พ้นจากความรับผิดเพราะเหตุธนาคารอาจกระทำการใด ๆ ไปเป็นเหตุให้ผู้ค้าประกัน ไม่อาจเข้ารับช่วงได้ทั้งหมดหรือบางส่วนในสิทธิใด ๆ ก็ดี จำนองก็ดี จำน่าก็ดี และบุริมสิทธิซึ่งลูกหนี้หรือบุคคลอื่นใดก็ตามได้ให้ไว้แก่ธนาคารแต่ก่อน หรือในขณะที่หรือหลังจากวันทำสัญญาค้ำประกันนี้" และข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีผลผูกพันจำเลยที่ 2 และที่ 3 ในฐานะคู่สัญญา ดังนี้ แม้โจทก์ผู้รับจำนองเพิกเฉยไม่คัดค้านการร้องขอกันส่วนของจำเลยที่ 4 สามิจำเลยที่ 1 ในฐานะสินสมรส ทำให้จำเลยที่ 4 ได้รับเงินส่วนที่ขอกันไว้ 750,000 บาท จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนอง เป็นเหตุให้จำเลยที่ 2 และที่ 3 ต้องเสียหายก็ตาม จำเลยที่ 2 และที่ 3 ก็ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้ และต้องรับผิดต่อโจทก์ตามสัญญาค้ำประกัน

(ข) ความสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันเนื่องจากหนี้อันนี้ประชนาระงับ (มาตรา 698)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกัน ซึ่งถือเป็นสัญญาอุปกรณนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้อันนี้ประชนาระงับหรือสัญญาประชนาระงับ ดังนั้น เมื่อหนี้อันนี้ประชนาระงับแล้วไม่ว่าด้วยเหตุใด เช่น เป็นการระงับลงตามหลักเรื่องความระงับแห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 กล่าวคือ ด้วยการชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลืนกัน หรือเป็นการระงับตามกฎหมายอื่น เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 กรณีเจ้าหนี้ไม่บังคับคดีภายใน 10 ปี หรือตาม มาตรา 245(1) กรณีศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด เป็นต้น สัญญาค้ำประกันย่อมสิ้นสุดลงและผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญา ทั้งนี้ เป็นไปตามนัยยะของมาตรา 698 ซึ่งบัญญัติว่า “อันผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในขณะเมื่อหนี้อันนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใดๆ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 6798/2546 คำสั่งเห็นชอบด้วยแผนมีผลเฉพาะตัวลูกหนี้เท่านั้นที่จะหลุดพ้นจากหนี้ที่มีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน แล้วมาผูกพันตามหนี้ที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ ส่วนบุคคลภายนอกซึ่งต้องร่วมรับผิดกับลูกหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายพ.ศ. 2483 มาตรา 90/60 วรรคสอง อันได้แก่ บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับลูกหนี้หรือผู้รับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกันหรือผู้อยู่ในลักษณะอย่างผู้ค้ำประกันของลูกหนี้ คำสั่งของศาลที่เห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการย่อมไม่มีผลเปลี่ยนแปลงความรับผิดของบุคคลเหล่านั้นที่มีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน ความรับผิดของบุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดอีกเช่นไรต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของบุคคลในทางแพ่งกล่าวโดยเฉพาะในส่วนของผู้ค้ำประกันเมื่อหนี้ที่ค้ำประกันมิได้ระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 698 ผู้ค้ำประกันก็ยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ยังมีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกันของลูกหนี้ได้เช่นเดิม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1507/2538 แม้ข้อตกลงต่อทำสัญญาจำนองที่จำเลยทำไว้กับโจทก์ระบุว่าถ้าในการบังคับจำนองได้เงินไม่พอจำนวนเงินที่ค้างชำระจำนวนอยู่เท่าใด ผู้จำนองยอมรับผิดชอบใช้เงินที่ขาดจำนวนนั้นให้แก่ผู้รับจำนองจนครบจำนวน แต่หนี้ที่ น. ลูกหนี้ค้างโจทก์หลังจากบังคับคดีแล้วไม่พอชำระนั้นเป็นเวลาเกินกว่า 10 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษาโจทก์จึงหมดสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ลูกหนี้อีกต่อไปตาม ป.วิ.พ. มาตรา 271 จำเลยในฐานะผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดตาม ป.พ.พ. มาตรา 698 แต่ยังคงรับผิดตามทรัพย์ที่จำเลยจำนอง ซึ่งยุติตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ (ไม่ต้องรับผิดชำระหนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่หลังจากขายทอดตลาดทรัพย์จำนอง

แล้ว)

(ก) ความสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาค้ำประกัน (มาตรา 699)

ตามหลักทั่วไปของเรื่องนิติกรรมสัญญานั้น เมื่อคำเสนอคำสนองต้องตรงกันแล้ว ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจนกว่าจะครบกำหนดตามสัญญา หรือได้มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือคู่สัญญาได้ตกลงเลิกสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา โดยสิทธิในการบอกเลิกสัญญานั้นอาจเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาเอง โดยอาจมีการระบุดังในสัญญา หรืออาจเป็นสิทธิตามกฎหมายก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายเรื่องการค้ำประกันนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 699 สำหรับกรณีที่เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ โดยสามารถสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

(i) เป็นกรณีกิจการเนื่องกันไปหลายคราว : กล่าวคือ เป็นกรณีที่ความตกลงดั้งเดิมนั้น เป็นความตกลงที่จะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นเป็นคราวๆ ทั้งนี้ กรณีจะแตกต่างจากการเกิดหนี้ครั้งเดียวแต่มีการแบ่งชำระหนี้หลายคราว

(ii) ไม่มีการจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ : กล่าวคือ เป็นสัญญาไม่จำกัดเวลา

โดยหากเจ้าองค์ประกอบข้างต้นแล้วผู้ค้ำประกันย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้ เมื่อบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้ค้ำประกันเป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบสำหรับหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากนั้นแต่ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนบอกเลิกสัญญา ทั้งนี้ เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดถึงวิธีการในการบอกเลิกสัญญาจึงต้องปรับเข้าหลักกฎหมายทั่วไป หรือก็คือ ผู้ค้ำประกันสามารถบอกเลิกสัญญาค้ำประกันได้โดยการแสดงเจตนาเลิกสัญญาต่อเจ้าหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมหรือกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวจะมีผลเมื่อเจ้าหนี้ได้ทราบถึงเจตนาดังกล่าวหากเป็นการแสดงเจตนาเฉพาะหน้า หรือมีผลเมื่อเจตนาไปถึงเจ้าหนี้หากเป็นการแสดงเจตนาในระยะเวลา อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงให้แตกต่างจากบทบัญญัติข้างต้นได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3183/2545 ตามสัญญาฉบับแรก โจทก์มิได้มอบเงินที่กู้ให้แก่จำเลยที่ 1 รับไปในคราวเดียว แต่ให้จำเลยที่ 1 เบิกเป็นคราวๆ ตามความจำเป็น และคิดดอกเบี้ยตามจำนวนเงินที่โจทก์จ่ายให้แก่จำเลยที่ 1 เป็นคราวตามวันที่จ่ายจริง มิใช่นับแต่วันทำสัญญากู้เงินทั้งหมด และเมื่อต่อมาเมื่อจำเลยที่ 1 มาขอกู้เงินจากโจทก์เพิ่มอีกเป็นครั้งที่ 2 โจทก์ก็จ่ายเงินตามสัญญากู้ให้แก่จำเลยที่ 1 ในลักษณะเดียวกัน ดังนั้นแม้ในสัญญาค้ำประกันที่จำเลยที่ 5 ที่

6 และที่ 8 ทำไว้ต่อโจทก์จะมีข้อความในข้อ 1 วรรคสาม ระบุว่า "เนื่องจากการค้ำประกันตามวรรคแรกเป็นประกันหนี้ดังกล่าวข้างต้นในจำนวนหนี้ที่มีอยู่ก่อน หรือในขณะที่ทำสัญญาและ/หรือที่จะมีขึ้นใหม่ภายหลัง ผู้ค้ำประกันและธนาคารจึงตกลงกันว่าในกรณีที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่ธนาคารแล้ว ถ้าตราบไคธนาคารยังมีได้มีหนังสือแจ้งว่าผู้ค้ำประกันหมดภาระผูกพันตามสัญญาค้ำประกันฉบับนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันและธนาคารตกลงให้ถือว่าสัญญาค้ำประกันรายนี้ยังคงมีผลบังคับอยู่ เมื่อเป็นการค้ำประกันหนี้ที่จะเกิดขึ้นในภายหลังหรือหนี้ใหม่ของลูกหนี้กับธนาคารต่อไปอีกด้วย" อันแสดงให้เห็นได้ว่า สัญญาค้ำประกันฉบับแรกเป็นการค้ำประกันถึงหนี้ในอนาคตของจำเลยที่ 1 อันมีผลใช้บังคับต่อผู้ค้ำประกันได้ตาม ป.พ.พ.มาตรา 681 วรรคสอง ก็ตาม แต่ลักษณะของสัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราว ไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ ซึ่งผู้ค้ำประกันคือ จำเลยที่ 5 และที่ 6 และที่ 8 อาจใช้สิทธิบอกเลิกการค้ำประกันเพื่อคราวอันเป็นอนาคตต่อโจทก์ตาม ป.พ.พ.มาตรา 699 ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยที่ 6 และที่ 8 ได้มีหนังสือขออนุญาตการค้ำประกันหนี้เงินกู้ของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์แล้ว ก่อนที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญาฉบับที่ 2 กับโจทก์ สัญญาค้ำประกันจึงเป็นอันระงับไป ส่วนจำเลยที่ 5 นั้น แม้ว่าจำเลยที่ 5 ได้ลาออกจากการเป็นกรรมการบริษัทจำเลยที่ 1 ไปก่อนที่จำเลยที่ 1 จะทำสัญญาเงินจากโจทก์ฉบับที่ 2 แต่จำเลยที่ 5 เพิ่งมีหนังสือบอกเลิกการค้ำประกันเงินกู้จำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ หลังจากที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญาเงินฉบับที่ 2 กับโจทก์แล้ว จำเลยที่ 5 จึงยังคงต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ค้ำประกันต่อโจทก์ในหนี้ที่เกิดจากการกู้เงินครั้งที่ 2 ของจำเลยที่ 1 แต่เนื่องจากจำเลยที่ 1 ยังค้างชำระหนี้แก่โจทก์ตามสัญญาเงินฉบับแรกอยู่ จำเลยที่ 6 และที่ 8 ในฐานะค้ำประกันจึงต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ตามสัญญาเงินฉบับแรกพร้อมทั้งดอกเบี้ยตามฟ้องต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1945/2537 การค้ำประกันการทำงานของ ณ. ที่จำเลยทำไว้ต่อโจทก์เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราว เมื่อจำเลยได้ส่งหนังสือบอกเลิกสัญญาค้ำประกันไปยังโจทก์ที่สำนักงานของโจทก์ โดย ณ. ในฐานะผู้จัดการของโจทก์ลงลายมือชื่อรับไว้ตั้งแต่วันที่ 3 กันยายน 2530 ถือว่าการบอกเลิกสัญญาค้ำประกันมีผลทันที โดยไม่จำเป็นต้องให้ที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการของโจทก์ก่อนอนุมัติก่อนจะนั้นการที่ ณ. เบียดบังเอาเงินของโจทก์ไปเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2530 และวันที่ 30 ตุลาคม 2530 เป็นวันหลังจากวันที่จำเลยพ้นจากการเป็นผู้ค้ำประกันแล้ว จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 29/2538 แม้การค้ำประกันระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 จะเป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราว ไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ซึ่งผู้ค้ำประกันอาจเลิกเสียเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้โดยบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่เจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 699 วรรคหนึ่งก็ตามแต่ตามสัญญาค้ำประกันมีเงื่อนไขว่า

ผู้ค้าประกันจะไม่บอกเลิกสัญญาเงินกว่าจะมีบุคคลหรือทรัพย์สินมาประกันให้เป็นที่พอใจของโจทก์จำนวนที่ 2 ทำหนังสือบอกเลิกการรับประกันไปยังโจทก์โดยไม่มีบุคคลหรือทรัพย์สินมาประกันให้เป็นที่พอใจของโจทก์เงื่อนไขข้อตกลงยังไม่เสร็จสัญญาการค้าประกันที่จำนวนที่ 2 ทำไว้ต่อโจทก์จึงไม่ระงับสิ้นไป

(ง) การหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเนื่องจากเจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้ลูกหนี้

(มาตรา 700)

ในกรณีที่หนี้ประณานั้นเป็นหนี้ที่มีการกำหนดเวลาชำระหนี้กันไว้แน่นอนก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาการค้าประกันนั้น หากต่อมาเจ้าหนี้ตกลงผ่อนระยะเวลาให้ลูกหนี้โดยผู้ค้าประกันไม่ได้ให้ความยินยอม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้ผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิด ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองและรับรองต่อผู้ค้าประกันว่าผู้ค้าประกันจะต้องผูกพันรับผิดในหนี้ดังกล่าวเพียงเท่าระยะเวลาที่กำหนดไว้แต่เดิมเท่านั้น เนื่องจากเมื่อมีการขยายระยะเวลาออกไปจำนวนความรับผิดในหนี้ของลูกหนี้ย่อมอาจเพิ่มสูงขึ้น เช่น ในส่วนของดอกเบี้ย หรือผู้ค้าประกันอาจต้องเสียหายมากขึ้นในกรณีที่ต้องชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้วใช้สิทธิไล่เบี้ยได้ไม่ครบถ้วน หรือลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินให้ไล่เบี้ย อีกทั้ง การที่เจ้าหนี้ยินยอมผ่อนระยะเวลาให้ลูกหนี้ นั้น ย่อมถือเสมือนว่าเจ้าหนี้เชื่อถือนักหนี้ว่าจะสามารถชำระหนี้ได้จริงได้ผ่อนระยะเวลาออกไป อนึ่ง ในกรณีที่หนี้ประณานสามารถแยกออกจากกันได้ ผู้ค้าประกันจะหลุดพ้นจากความรับผิดเฉพาะส่วนที่มีการผ่อนระยะเวลาเท่านั้น

โดยการตกลงผ่อนระยะเวลานั้น อาจเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องได้ความที่มีการกำหนดเวลาชำระหนี้ใหม่ที่แน่นอน และเจ้าหนี้ผูกพันตนว่าจะไม่บังคับชำระหนี้ลูกหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลาใหม่นั้น เพียงการที่เจ้าหนี้ไม่เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้แล้วนั้น ยังไม่ถือว่าเป็นการผ่อนระยะเวลาให้ลูกหนี้ เนื่องจากเจ้าหนี้ย่อมสามารถบังคับสิทธิเรียกร้องได้ตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงให้แตกต่างจากบทบัญญัติข้างต้นได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2507 ผู้ค้าประกันหนี้กรณีที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติหน้าที่ตัวแทนตามระเบียบของนายจ้างทำให้นายจ้างได้รับความเสียหายผู้ค้าประกันยอมรับผิดนั้นเป็นการรับประกันหนี้ที่ไม่มีลักษณะจะต้องชำระ ณ เวลากำหนดแน่นอนอันจะผ่อนเวลากันได้ จึงนำมาตรา 700 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับแก้กรณีนี้ไม่ได้ และแม้จะมีบันทึกของลูกหนี้ให้ไว้ก็เพียงแต่กำหนดเวลาให้เป็นที่แน่นอนหลังจากมีหนี้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 795/2524 การกู้เบิกเงินเกินบัญชีที่มีได้กำหนดเวลาให้

ชำระหนี้ไว้โดยแน่นอน เพียงแต่การที่โจทก์ปล่อยเวลาให้เนิ่นนานมา ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 700

คำพิพากษาฎีกาที่ 293/2542 การผ่อนเวลาชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้อันจะทำให้ผู้ค้าประกันหลุดพ้นความรับผิดนั้น จะต้องเป็นการตกลงผ่อนเวลาแน่นอน และมีผลว่าในระหว่างผ่อนเวลานั้น เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องหรือฟ้องร้องไม่ได้ เมื่อหนี้ของจำเลยที่ 1 ถึงกำหนดชำระแล้ว โจทก์ยังมีได้ทวงถามให้จำเลยที่ 1 ชำระหนี้ หารือเป็นการยอมผ่อนเวลาให้แก่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกหนี้ตามมาตรา 700 แห่ง ป.พ.พ. อันจะมีผลทำให้จำเลยที่ 2 และที่ 3 ในฐานะผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิดไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1339/2516 จำเลยที่ 2 เข้าเป็นผู้ค้าประกันการเบิกเงินเกินบัญชีของจำเลยที่ 1 ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีของจำเลยที่ 1 และสัญญาค้าประกันของจำเลยที่ 2 ระบุว่าเป็นการกู้เบิกเงินเกินบัญชีและค้าประกันการกู้เบิกเงินเกินบัญชีจากบัญชีกระแสรายวันเลขที่ 715 ซึ่งจำเลยที่ 1 เปิดไว้กับธนาคาร โจทก์ เมื่อจำเลยที่ 1 ได้เบิกเงินตามสัญญาที่ทำได้โดยวิธีเดินสะพัดจากบัญชีกระแสรายวันดังกล่าว บัญชีนั้นจะเป็นบัญชีชื่อของจำเลยที่ 1 เป็นส่วนตัว หรือเป็นบัญชีของบริษัทที่จำเลยที่ 1 เป็นผู้จัดการ เป็นผู้เปิดไว้ในนามของบริษัทจึงไม่ใช่ข้อสำคัญ และไม่เป็นที่เหตุให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิด

แม้จำเลยที่ 1 จะเบิกเงินเกินบัญชีอยู่ก่อนแล้วก่อนทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับจำเลยที่ 2 เข้าค้าประกัน แต่สัญญาเบิกเงินเกินบัญชีที่จำเลยที่ 2 เข้าค้าประกันจำนวนเงินที่เบิกคือ ตามบัญชีกระแสรายวันเลขที่ 715 การเบิกเงินเกินบัญชีย่อมหมายถึงการเบิกจากบัญชีเงินฝากของลูกหนี้ที่เป็นหนี้ธนาคารอยู่ทั้งหมด จำเลยที่ 2 เข้าทำสัญญาค้าประกันนี้ดังกล่าวจึงเป็นการค้าประกันหนี้ที่จำเลยที่ 1 มีอยู่แล้วและมีขึ้นในอนาคต ทั้งนี้จำกัดในวงเงินและระยะเวลาตามสัญญาค้าประกันที่ทำได้ ธนาคาร โจทก์จะให้จำเลยรับรองหนี้เดิมนั้นหรือไม่จึงไม่เป็นข้อสำคัญ จำเลยที่ 2 ต้องรับผิดในหนี้ของจำเลยที่ 1 ซึ่งมีอยู่ก่อนเข้าทำสัญญาค้าประกันนั้นด้วย

ตามสัญญาค้าประกันที่จำเลยที่ 2 ทำไว้ มีข้อความว่าถ้าธนาคาร โจทก์จะต่ออายุสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีต่อไปอีกให้ถือว่าจำเลยที่ 2 ยินยอมด้วยทุกครั้งไป โดยธนาคารไม่จำเป็นต้องแจ้งให้จำเลยที่ 2 ทราบก่อน เป็นความยินยอมของจำเลยที่ 2 โดยสมัครใจยอมค้าประกันต่อไปอีกเอง จึงใช้บังคับได้ และไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่อย่างใด

(จ) การหลุดพ้นจากความรับผิดเนื่องจากเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ (มาตรา 701)

เมื่อหนีอันเป็นหนีประธาณถึงกำหนดชำระ ผู้ค้ำประกันอาจขอชำระหนี้ แทนลูกหนี้ได้ตั้งแต่นั้น ซึ่งถ้าเจ้าหนีรับชำระหนี้ หนีประธาณย่อมระงับไปตามมาตรา 314 ทั้งนี้ หากผู้ค้ำประกันขอชำระหนี้อย่างถูกต้องครบถ้วนแล้ว แต่เจ้าหนีไม่ยอมรับชำระโดยปราศจากมูล อันจะอ้างได้ตามกฎหมายแล้ว ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามมาตรา 701 ทันที

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4145/2542 การที่จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันเสนอชำระหนี้ ให้โจทก์ ภายหลังจากที่โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 1 ผู้เบิกเงินเกินบัญชี และจำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันเป็นคดีนี้ แล้วโดยหนีตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีและสัญญาค้ำประกันตามฟ้องถึงกำหนดชำระตั้งแต่ก่อน ฟ้อง เมื่อจำเลยที่ 2 มิได้เสนอขอชำระหนี้ให้โจทก์ในช่วงเวลาดังกล่าว กรณีจึงมิใช่เป็นการขอชำระ หนี้ตั้งแต่เมื่อหนีถึงกำหนดชำระตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 701 วรรคแรก จำเลยที่ 2 จึงไม่หลุดพ้นจากความรับผิด ลูกหนี้ที่ถูกฟ้องเป็นคดีแล้วจะหลุดพ้นจากความรับผิดได้ก็ แต่โดยนำเงินตามที่เห็นว่าจะต้องรับผิดชอบต่อโจทก์มาวางศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่งมาตรา 135 และมาตรา 136 เท่านั้น สัญญาเบิกเงินเกินบัญชีระบุว่าถ้าต่อไปอัตราดอกเบี้ยเพิ่ม สูงขึ้นไปอีกก็ดี หรืออัตราต่ำลงประการใด ผู้เบิกเงินเกินบัญชี ยอมรับที่จะปรับอัตราดอกเบี้ยให้ เป็นไปตามที่ธนาคารจะได้กำหนดขึ้นใหม่ และสัญญาค้ำประกันระบุว่าผู้ค้ำประกันยินยอมเข้าค้ำ ประกันผู้เบิกเงินเกินบัญชีภายในวงเงินไม่เกินกว่า 100,000 บาท และอุปกรณ์แห่งหนีอันมีดอกเบี้ย ตลอดจนไป จนกว่าธนาคารจะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้จนสิ้นเชิงทุกประการ ดังนี้ แม้สัญญาค้ำ ประกันมิได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ก็ต้องถืออัตรา ดอกเบี้ยตามที่ระบุในสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีอัน เป็นหนีประธาณซึ่งกำหนดให้โจทก์ปรับอัตราดอกเบี้ยขึ้นลงได้ การที่โจทก์ปรับอัตราดอกเบี้ย สำหรับผู้ค้ำประกัน ไปตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย และประกาศธนาคาร โจทก์ อัตรา ดอกเบี้ยดังกล่าวจึงเป็นไปตามสัญญาและชอบด้วยกฎหมายแล้ว ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี ระบุ ให้จำเลยที่ 1 ส่งดอกเบี้ยเป็นรายเดือนทุกวันที่สิ้นเดือน และยอมให้อายุอดเงินดอกเบี้ยที่ค้างชำระ ทบเข้ากับจำนวนเงินที่ได้เบิกเงินเกินบัญชี ไปในทันที และให้ถือจำนวนดอกเบี้ยที่ค้างชำระนั้น กลายเป็น จำนวนเงินที่เบิกเกินบัญชีไป โจทก์ผู้ให้กู้จึงมีสิทธิคิดดอกเบี้ย จากจำเลยที่ 1 ผู้กู้และจำเลย ที่ 2 ผู้ค้ำประกันแบบทบต้นในทันที ที่จำเลยที่ 1 ไม่ชำระดอกเบี้ยเป็นรายเดือนตามสัญญาเบิกเงิน เกินบัญชี จนกว่าบัญชีจะเลิกกัน และเฉพาะในจำนวนเงิน ที่จำเลยที่ 2 จะต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์ ย่อมมีสิทธิคิด ดอกเบี้ยทบต้นได้เช่นเดียวกับที่คิดจากจำเลยที่ 1 หากผู้ค้ำประกันมิได้ระบุ เวลาให้จำเลยที่ 2 ชำระหนี้ จึงยังไม่มี วันที่จำเลยที่ 2 ผิดนัดไม่

(ฉ) การหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเนื่องจากเหตุอื่น เช่น หนีตามสัญญาค้ำ ประกันขาดอายุความ หรือผู้ค้ำประกันถึงแก่ความตาย เป็นต้น

4.2.2 สัญญาจ้าง

สัญญาจ้างเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ดังที่มาตรา 702 บัญญัติว่า “อันว่าจ้างนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้จ้าง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จ้างก่อนเจ้าหนี้สามัญมิพักต้องพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่” จากบทนิยามจึงอาจแยกพิจารณาความหมายของสัญญาจำประกันเป็นข้อ ๆ ได้ดังนี้

(4.2.2.1) หนี้ประกัน

สัญญาจ้างนั้น ถือเป็นสัญญาอุปกรณ์เช่นเดียวกับสัญญาจำประกัน ดังนั้นจึงต้องมีหนี้ประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อน จึงจะสามารถตกลงสัญญาอุปกรณ์ เพื่อประกันการชำระหนี้ประกันนั้นได้ นอกจากนี้ มาตรา 707 ยังได้บัญญัติให้นุโลม บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยจำประกันมาบังคับใช้กับการจ้างได้ตามสมควร ดังนั้น หนี้ประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาจ้างจึงต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์เช่นเดียวกับกรณีสัญญาจำประกัน หากหนี้ประกันที่ไม่สมบูรณ์ หรือเป็นโมฆะเสียเปล่าเพราะเหตุใดเหตุหนึ่งแล้ว กรณีย่อมไม่อาจมีจ้างได้ เช่น สัญญาจ้างที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นประกันจำนวนดอกเบี๋ยค้างชำระตามสัญญาจ้างครั้งแรกซึ่งเป็นดอกเบี๋ยที่เจ้าหนี้เรียกเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด จึงเป็นการฝ่าฝืน พ.ร.บ.ห้ามเรียกดอกเบี๋ยเกินอัตราฯ มาตรา 3(ก) ข้อกำหนดเรียกดอกเบี๋ยดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ ผู้จ้างหาต้องรับผิดชอบตามสัญญาจ้างต่อเจ้าหนี้ไม่ เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 9091/2538 ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมี น.ส.3 ก ซึ่งมีข้อกำหนดห้ามโอนภายใน 10 ปี ตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 31 การที่โจทก์จำเลยทำสัญญาจะซื้อจะขายเพื่อ โอนที่ดินพิพาทเป็นของจำเลยภายในเวลาห้าม โอนเป็นการกระทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามที่ชัดแจ้งโดยกม.สัญญาจะซื้อจะขายตกเป็น โมฆะ แม้ต่อมาจะมีกม.ยกเลิกความในมาตรา 31 ป.ที่ดิน มิให้ใช้บังคับกับที่ดินในกรณีเช่นคดีนี้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้นิติกรรมที่เป็นโมฆะแล้วนั้นกลับสมบูรณ์ขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อสัญญาจะซื้อจะขายตกเป็นโมฆะ สัญญาจ้างเพื่อประกันหนี้ตามสัญญาจะซื้อจะขายจึงไม่อาจบังคับได้ เพราะสัญญาจ้างจะมีได้เฉพาะหนี้อันสมบูรณ์ตามมาตรา 701 ประกอบด้วยมาตรา 681 ดังนี้ จึงไม่อาจบังคับตามสัญญาจะซื้อจะขายและสัญญาจ้างได้

นอกจากนี้ หนี้จำนองจึงต้องอยู่ในกรอบของหนี้ประธาน ถ้าหนี้ประธานไม่ผูกพัน สัญญาจำนองก็ไม่ผูกพันไปด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 906/2536 การจำนองเพื่อประกันหนี้ แม้จะจดทะเบียนจำนองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยชอบ แต่เมื่อไม่มีมูลหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับจำนอง ผู้จำนองก็มีสิทธิขอให้ผู้รับจำนองจดทะเบียนปลดจำนอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 7351/2537 มาตรา 707 บัญญัติว่าบทบัญญัติมาตรา 681 วรรคสองให้หนี้ในอนาคตก็ประกันได้ นอกจากนี้ในสัญญาจำนองได้ระบุว่าจำนองประกันเงินกู้ที่มีอยู่แล้วในขณะนี้ หรือจะมีขึ้นต่อไปภายหน้าอันพึงมีต่อโจทก์ ดังนั้น แม้สัญญาจะทำภายหลังสัญญาจำนอง สัญญาจำนองก็มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 3429/2542 และคำพิพากษาฎีกาที่ 598/2544 ก็พิพากษาในทำนองเดียวกัน)

(4.2.2.2) บุคคลที่อาจเป็นผู้จำนอง

ผู้จำนองอาจเป็นသူลูกหนี้เองหรือเป็นบุคคลภายนอกก็ได้ เนื่องจากมาตรา 709 ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้” โดยถ้าลูกหนี้เอาทรัพย์สินไปจำนองก็เป็นการจำนองประกันหนี้ตนเอง เช่น ก. เป็นหนี้ ข. ก. จดทะเบียนจำนองที่ดินของตนเป็นประกันหนี้ไว้ แต่ถ้าบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินไปจำนองประกัน เรียกว่าเป็นการจำนองประกันหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระ เช่น ก. เป็นหนี้ ข. ก. เอาที่ดิน 1 แปลจดทะเบียนจำนองกับ ข. เป็นประกันหนี้ของ ก. เป็นต้น

ดังนั้น ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนองคือ (1) ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง และ (2) เป็นเจ้าของในขณะจำนอง ทั้งนี้ ให้นำไปถึงผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ตลอดจนเจ้าของทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินติดกับที่ดินด้วย ใครคนอื่นจะจำนองไม่ได้เพราะเจ้าของเท่านั้นที่มีอำนาจจำหน่ายและทำให้กรรมสิทธิ์หลุดมือได้ตามมาตรา 1336 เช่น กรณีมีผู้ทุจริตปลอมหนังสือ (ใบมอบฉันทะ) เอาโฉนดที่ดินของเขาไปจำนองไว้กับผู้มีชื่อ โดยเจ้าของมิได้ประมาทเดินเลื้อแต่อย่างใด ดังนี้ ย่อมถือว่าผู้รับจำนองไม่ได้ทรัพย์สินแต่อย่างใดในที่ดินนั้น จะยกมาตรา 1299 มาอ้างอิงไม่ได้ เจ้าของที่ดินมีสิทธิขอให้เพิกถอนนิติกรรมจำนอง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1315/2493)

ถ้าผู้จำนองมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของในภายหน้า เช่น การเช่าซื้อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าซื้อนั้นยังไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้เช่าซื้อในขณะจำนอง จึงไม่อาจจำนองได้

แม้ว่าตามสัญญาเช่าซื้อนั้นเมื่อต่อมาได้ส่งเงินครบถ้วนตามสัญญาแล้วก็ตาม ก็ถือว่าสัญญาจ้างงอที่ ทำกันนั้นใช้บังคับกันไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 503/2504)

ถ้าผู้จ้างงอเป็นบุคคลอื่นไม่ใช่เจ้าของ การจ้างงอนั้นไม่ผูกพันเจ้าของที่ แท้จริง แม้ผู้รับจ้างงอได้รับจ้างงอไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริต ก็ใช้ยันเจ้าของที่แท้จริงไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะถือหลักกม.ทั่วไปที่ว่า “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”

คำพิพากษาฎีกาที่ 3430/2536 มีคนร้ายลักโฉนดที่ดินพิพาทไปจาก ส. ผู้มี ชื่อถือกรรมสิทธิ์แล้วปลอมลายพิมพ์นิ้วมือของ ส. ในหนังสือมอบอำนาจ แล้วใช้หนังสือมอบ อำนาจปลอมนั้นไปจดทะเบียนโอนขายที่ดินต่อกันมาเป็นทอด ๆ เมื่อ ส. พ้องขอให้เพิกถอนการจด ทะเบียนโอนทุกทอด ๆ จนในที่สุดศาลฎีกาพิพากษาเพิกถอนการโอน จึงต้องถือว่าที่พิพาทเป็น กรรมสิทธิ์ของ ส. มาโดยตลอด แม้ธนาคารจำเลยรับจ้างงอที่พิพาทจาก น. โดยสุจริตและเสีย ค่าตอบแทนทั้งได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริต ก็ยกขึ้นใช้ยัน ส. ซึ่งเป็นเจ้าของที่แท้จริงไม่ได้ เพราะ เป็นการฝ่าฝืน ม.705

คำพิพากษาฎีกาที่ 7149/2538 ผู้จ้างงอไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินจ้างงอหรือ ตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของ การจ้างงอนั้นไม่ผูกพันเจ้าของที่แท้จริง แม้ผู้รับจ้างงอ ได้รับจ้างงอไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตก็ตาม

(4.2.2.3) สิทธิและหน้าที่ของผู้จ้างงอและเจ้าหนี้

สิทธิของผู้รับจ้างงอ คือสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จ้างงอ ก่อนเจ้าหนี้สามัญคนอื่น และหากทรัพย์สินที่จ้างงอโอนไปยังบุคคลอื่น ไม่ว่าจะโอนไปที่ทอดก็ ตาม สิทธิจ้างงอย่อมตกติดตามตัวทรัพย์สินไปด้วย เจ้าหนี้ผู้รับจ้างงอสามารถบังคับจ้างงอเอา กับทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับโอนได้ เช่น ก. จ้างงอที่ดินของตนเป็นประกันหนี้เงินกู้ที่ตนเป็น หนี้ต่อ ข. ไว้ เมื่อหนี้เงินกู้ถึงกำหนดชำระ ข. บังคับจ้างงอเอาที่ที่ดินแปลงนี้และนำไปชำระหนี้ ของตนได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญของ ก. คนอื่นๆ (ซึ่งสามารถบังคับชำระหนี้ได้ตามมาตรา 214) และ แม้ว่า ก. จะได้โอนที่ดินแปลงที่ดินติดจ้างงอไว้นั้นไปให้แก่ ค. ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก เมื่อหนี้ของ ข. ถึงกำหนดชำระ ก. ไม่ชำระหนี้เงินกู้ ข. ก็สามารถบังคับจ้างงอเอาจากที่ดินที่จ้างงอนั้นจาก ค. ได้ ค. จะอ้างว่าไม่รับรู้สิทธิจ้างงอของ ข. ไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะการจ้างงอนั้น ปรากฏในทางทะเบียน

(4.2.2.4) แบบและการทำสัญญา

การจ้างงอเป็นการเอาทรัพย์สิน ไปตราไว้กับผู้รับจ้างงอ โดยทำเป็น หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714

ทั้งนี้ การจำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองแก่ผู้รับจำนอง โดยหากได้ทำตามแบบ คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว สัญญาก็เป็นอันสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ผลของการจำนองเป็นแต่เพียงทำให้ทรัพย์สินตกเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองนั้นยังเป็นของผู้จำนองอยู่ ผู้จำนองยังคงมีสิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่จะดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินประการใดก็ได้ แม้แต่การโอนไปยังบุคคลอื่น โดยสิทธิจำนองเป็นสิทธิที่ติดกับตัวทรัพย์สิน แม้ผู้จำนองโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้ว สิทธิจำนองของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองก็มีได้เสียไป เจ้าหนี้ผู้รับจำนองยังสามารถบังคับจำนองตัวทรัพย์สินนั้นได้

สัญญาจำนองต้องมีบุคคลสองฝ่ายเป็นคู่สัญญาคือผู้จำนองและผู้รับจำนอง และบุคคลสองฝ่ายได้ลงลายมือชื่อในสัญญา จะลงฝ่ายเดียวไม่ได้ นั่นคือต้องทำเป็นหนังสือหมายความว่าคู่กรณีต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย ถ้าลงลายมือชื่อฝ่ายเดียวใช้ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1800/2511) การจดจำนองมีผลบังคับนับแต่วันที่มีการทำสัญญาและจดทะเบียนจำนองกัน มิใช่ นับแต่วันแสดงความจำนงขอจดทะเบียนจำนอง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1567/2534 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2588/2535) กรณีมอบโฉนดที่ดินและใบมอบอำนาจให้ไปจดทะเบียนจำนอง トラバิดที่ยังไม่ได้จดทะเบียนจำนอง การจำนองก็ยังไม่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ เพราะไม่ได้ทำตามแบบที่กม.บังคับไว้ เมื่อผู้รับมอบอำนาจตาย ใบมอบอำนาจย่อมระงับ ผู้รับโฉนดไว้ไม่มีสิทธิยึดโฉนดไว้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1064/2509)

โดยในสัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สิน และจำนวนเงินที่จำนอง เหตุผลเพราะทรัพย์สินที่จำนองดังกล่าวสามารถนำไปจำนองซ้อนตามมาตรา 712 ได้ เพื่อให้คนที่รับจำนองต่อมาประเมินได้สูงกว่าควรรับจำนองในราคาเท่าใดหรือไม่รับจำนอง ดังนั้น สัญญาจำนองที่ไม่ได้ระบุจำนวนเงินจำนองตาม มาตรา 708 เป็นโมฆะ(คำพิพากษาฎีกาที่ 1901/2542 และคำพิพากษาฎีกาที่ 5629/2536)

ส่วนสัญญาจำนองกำหนดวงเงินไว้แน่นอนแล้ว แม้จะมีข้อสัญญาต่อท้ายว่า ผู้จำนองยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ในอันที่จะชำระหนี้ทั้งหมดให้ผู้รับจำนองโดยสิ้นเชิง ถือว่าเป็นการจำนองเพียงวงเงินที่ระบุไว้เท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1700/2539 ตามสัญญาจำนองระบุเงินจำนองไว้แจ้งชัดว่า 100,000 บาท ความผูกพันของจำเลยผู้จำนองมีต่อโจทก์ผู้รับจำนองจึงมีจำนวน 100,000 บาท ดังที่ระบุไว้ แม้จะมีข้อสัญญาต่อท้ายว่าผู้จำนองยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ในอันที่จะชำระหนี้ทั้งหมดให้ผู้รับจำนองโดยสิ้นเชิง ก็หาใช่จะแปลความสัญญาว่าผู้จำนองจะรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ในอันที่จะชำระหนี้ทั้งหมดโดยไม่จำกัดจำนวนให้โจทก์จนครบถ้วน โดยสิ้นเชิงอีกโสดหนึ่งต่างหากด้วยไม่

(4.2.2.5) การสิ้นสุดของสัญญาจ้าง

การสิ้นสุดของสัญญาจ้าง ที่จะทำให้ผู้จ้างหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ
มีดังนี้

(ก) เมื่อหนี้ประจํา หรือหนี้ที่ประจํา ระบุรับสิ้นไปด้วยการชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลิ้งกัน แต่สัญญาจ้างไม่ระบุรับสิ้นไป เพราะหนี้ประจําขาดอายุความ เพียงแต่ถ้าหนี้ประจําขาดอายุความ จะทำให้เจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีเอาจากหนี้ประจําได้ แต่เจ้าหนี้ยังสามารถบังคับเอากับทรัพย์สินที่จ้างงได้ตามสัญญาจ้าง แม้หนี้ประจําขาดอายุความแล้ว อาจกล่าวได้ว่าการจ้างงนี้ไม่มีอายุความเลย และจ้างงจะติดไปกับตัวทรัพย์สินตลอดเวลา จนกว่าสัญญาจ้างงจะสิ้นสุดลง

(ข) เมื่อผู้รับจ้างงปลดจ้างงให้แก่ผู้จ้างง จะต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้น การปลดจ้างงทำให้ สัญญาจ้างงจะสิ้นสุดลง ผู้จ้างงจึงหลุดพ้น ถึงแม้ยังมีหนี้ประจําอยู่ก็ตาม แต่ถ้าเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้ สัญญาจ้างงก็สิ้นสุดลงด้วย เพราะหนี้ประจําระบุรับสิ้นไปแล้ว

(ค) เมื่อผู้จ้างงหลุดพ้น การหลุดพ้นในที่นี้หมายถึง การหลุดจากภาระจ้างงในกรณีใดก็ได้ กฎหมายไม่ได้จำกัดความเอาไว้ จึงเป็นลักษณะการหลุดพ้นที่กว้าง รวมทั้งการที่หนี้ประจําระบุรับ และการปลดจ้างงด้วย เช่นอาจจะมีผู้หนึ่งผู้ใดมาชำระหนี้ประจําแทนลูกหนี้ ก็ทำให้จ้างงหลุดพ้นเหมือนกัน

(ง) เมื่อถอนจ้างง การได้ถอนจ้างง คือ การเสนอจำนวนเงินเพื่อชำระหนี้ตามมูลจ้างงทรัพย์สินที่จ้างง และเจ้าหนี้ยอมรับเอาเงินนั้น ไว้แทนทรัพย์สินจ้างง

(จ) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สิน ซึ่งจ้างงไว้ตามคำสั่งของศาล อันเนื่องมาจาก การบังคับเอาจากทรัพย์สินซึ่งจ้างง หรือถอนจ้างง การบังคับจ้างงโดยวิธียึดทรัพย์สินที่จ้างง ออกขายทอดตลาด เมื่อหนี้ประจําถึงกำหนดชำระ ผู้รับจ้างงจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อน เพื่อให้ลูกหนี้มาชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด เมื่อลูกหนี้ได้รับหนังสือบอกกล่าวแล้วไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด ผู้รับจ้างงจึงจะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อบังคับจ้างง

ขอให้ศาลยึดทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้

(จ) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด เป็นการบังคับจำนองโดยวิธีเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองเป็นประกันหนี้ เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง โดยไม่มีการขายทอดตลาด วิธีการบังคับ คือ เมื่อหนี้ประธานถึงกำหนดชำระ ผู้รับจำนองได้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ ให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนด แต่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนองฟ้องคดีต่อศาล ขอเอาทรัพย์สินที่จำนองเป็นกรรมสิทธิ์ของตน โดยไม่ต้องขายทอดตลาด แต่ผู้รับจำนองจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า (1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้ว เป็นเวลาถึง 5 ปี (2) ผู้จำนอง มิได้แสดงให้เป็นที่ชัดเจนแก่ศาลว่า ราคาทรัพย์สินที่จำนองนั้น มีราคาท่วมมูลจำนองที่ประกัน หนี้เงินอันค้างชำระ (ผู้จำนองจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์) และ (3) ทรัพย์สินซึ่งจำนอง ยังมีบุริมสิทธิอื่นอีกหรือไม่ มีการจำนองลำดับอื่นอีกหรือไม่ ซึ่งได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง

4.2.3 สัญญาจำนำ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 ได้บัญญัติความหมายของสัญญาจำนำว่า “อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้” จากบทนิยามจึงอาจแยกพิจารณาความหมายของสัญญาจำนำเป็นข้อๆ ได้ดังนี้

(4.2.3.1) ลักษณะของสัญญาจำนำ

สัญญาจำนำเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์ประเภทหนึ่ง ทำนองเดียวกับสัญญาจำนอง แต่เป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนำย่อมสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่จำนำได้

(4.2.3.2) บุคคลผู้อาจเป็นผู้จำนำ

การจำนำอาจเป็นการที่ลูกหนี้จำนำประกันหนี้ตนเอง หรือเป็นการที่บุคคลภายนอกจำนำประกันหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระก็ได้

ตัวอย่างเช่น ก. กู้เงิน ข. 30,000 บาท ก. มอบสร้อยคอทองคำ 1 เส้นไว้ให้แก่ ข. เป็นจำนำ ดังนี้ เป็นการจำนำประกันหนี้ของตนเอง แต่หากมี ค. นำแหวนเพชร 1 วง มอบให้เจ้าหนี้เป็นประกันการชำระหนี้ของ ก. เช่นนี้ถือว่า ค. จำนำประกันหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระ ซึ่งก็อาจกระทำได้เช่นกัน

ทั้งนี้ เนื่องจากการจํานำมีผลให้ผู้รับจํานำบังคับเอาทรัพย์สินที่จํานำออกขายทอดตลาดได้ ผู้จํานำจึงต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ในบทบัญญัติเรื่องจํานำไม่ได้บัญญัติให้ผู้จํานำต้องเป็นเจ้าของ แต่โดยหลักของการประกันหนี้แล้วเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับเอาจากหลักประกันได้โดยตรง หากผู้จํานำมิใช่เจ้าของทรัพย์สินของบุคคลอื่นมาจํานำประกันหนี้ เจ้าของที่แท้จริงย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ ผู้จํานำจึงต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จํานำนี้ เช่นเดียวกับกรณีสัญญาจํานอง อย่างไรก็ตาม ถ้าเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงมีส่วนรู้เห็นยินยอมด้วยในการจํานำหรือมีพฤติการณ์ในทำนองเชิดบุคคลอื่นไปกระทำการจํานำทรัพย์สินนั้นแทนเจ้าของ จนบุคคลภายนอกผู้รับจํานำหลงเชื่อว่าผู้จํานำเป็นเจ้าของแล้ว เจ้าของที่แท้จริงจะเอาทรัพย์สินที่จํานำคืนโดยไม่ได้หรือไม่ชำระหนี้ก่อนไม่ได้

ศาลฎีกาเคยพิพากษาในเรื่องนี้ไว้ว่าเจ้าของรถจักรยานยนต์เอารถไปฝากผู้อื่นขายปล่อยให้ผู้รับฝากแสดงออกเหมือนเป็นสินค้าของเขา และเอารถไปจํานำไว้กับบุคคลภายนอกผู้สุจริต ผู้ฝากจะเอารถคืน โดยไม่ได้ถอนจํานำไม่ได้ หรือโจทก์มอบรถยนต์ของโจทก์พร้อมด้วยทะเบียนรถและใบโอนรถซึ่งมีลายมือชื่อโจทก์ในช่องผู้โอนให้ ส. นำไปขายผู้อื่นแล้ว ส. นำรถยนต์ไปจํานำไว้กับจำเลยผู้ซึ่งรับจํานำไว้โดยสุจริต การกระทำของโจทก์ถือได้ว่าเป็นการเชิดให้ ส. ให้เป็นตัวแทนของโจทก์ ฉะนั้น โจทก์จะติดตามรถยนต์คืนโดยไม่ได้ถอนการจํานำก่อนหาได้ไม่ จำเลยมีสิทธิยึดรถยนต์ไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน

อย่างไรก็ตาม กรณีจํานำกับโรงรับจํานำ จะมีบทบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะตามพระราชบัญญัติโรงรับจํานำ พ.ศ.2505 มาตรา 24 ซึ่งแม้ผู้จํานำจะมีใช่เจ้าของทรัพย์สินนั้น โรงรับจํานำก็ยังคงได้รับความคุ้มครองคือให้เจ้าของทรัพย์สินได้ถอนจํานำก่อนก่อนจึงจะเอาทรัพย์สินไปได้ (ดูมาตรา 757) ซึ่งในส่วนของโรงรับจํานำจะไปกล่าวในหัวข้อเรื่องการจํานำกับโรงรับจํานำ

(4.2.3.3) สิทธิและหน้าที่ของผู้จํานำและเจ้าหนี้

ผู้รับจํานำมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จํานำก่อนเจ้าหนี้สามัญคนอื่น รวมทั้งเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิบางรายด้วย

มาตรา 282 บัญญัติว่า “เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิจํานำสังหาริมทรัพย์ ท่านว่าผู้รับจํานำย่อมมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่งดังที่เรียงไว้ในมาตรา 278 นั้น” ซึ่งจะเห็นได้ว่า สิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจํานำอยู่ในฐานะเดียวกันกับผู้ทรงบุริมสิทธิลำดับที่หนึ่ง คือบุริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์พักอาศัยในโรงแรม และรับขน จึงยอมเป็นที่

แน่นอนว่า ผู้ทรงสิทธิจํานำจะต้องได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจํานำก่อนเจ้าหนี้สามัญคนอื่น รวมทั้งก่อนผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับอื่น นอกจากที่กล่าวไว้แล้วด้วย

(4.2.3.4) แบบและการทำสัญญา

การจํานำทำโดยการส่งมอบทรัพย์สินจํานำไว้แก่เจ้าหนี้คือผู้รับจํานำ ถ้าไม่มีการส่งมอบย่อมไม่สมบูรณ์เป็นการจํานำ เจ้าหนี้ผู้รับจํานำต้องยึดถือครองทรัพย์สิน การมอบโฉนด หรือมอบในทะเบียนเรือ หรือมอบใบของคลังสินค้าไว้ ยังไม่ถือเป็นการจํานำที่เดินตามโฉนดหรือเรือ หรือสินค้าตามใบรับของนั้น

การส่งมอบทรัพย์สินเป็นจํานำ โดยปกติส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ และต้องเป็นการส่งมอบที่มีวัตถุประสงค์เป็นการประกันหนี้ ส่วนวิธีการส่งมอบอาจเป็นการส่งมอบโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ กล่าวคือ มีการกระทำด้วยวิธีการใดๆ ให้ทรัพย์สินจํานำนั้นอยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้ผู้รับจํานำ เช่น จํานำเครื่องเพชรที่เก็บไว้ที่ตู้นิรภัย อาจส่งมอบด้วยการมอบกุญแจตู้นิรภัยให้ก็ได้

ในบางกรณี การส่งมอบทรัพย์สินจํานำอาจส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกผู้มีอำนาจรับมอบทรัพย์สินที่จํานำนั้นแทนเจ้าหนี้ก็ได้ เช่น คู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินที่จํานำ ตามมาตรา 749 การส่งมอบให้แก่ผู้เก็บรักษาตามที่ได้มีการตกลงกันไว้ ก็ถือเป็นการส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้แล้ว อย่างไรก็ตาม การตกลงให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาที่บุคคลภายนอกนั้นต้องไม่ใช่ตัวผู้จํานำเอง เพราะมาตรา 769 บัญญัติว่าจํานำจะระงับเมื่อผู้รับจํานำยอมให้ทรัพย์สินจํานำกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จํานำ การทำสัญญาจํานำโดยระบุในสัญญาให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษา แต่ให้ลูกหนี้ผู้จํานำสามารถนำทรัพย์สินจํานำไปใช้ประโยชน์ได้ และระบุในสัญญาว่าไม่ให้ถือว่าเป็นการที่ทรัพย์สินจํานำกลับคืนไปสู่การครอบครองของจํานำนั้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เห็นว่าข้อสัญญาที่เขียนเช่นนี้เป็นกรหลีกเลียงกฎหมาย เนื่องจาก ตามหลักการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 แล้วนั้น กฎหมายให้ตีความการแสดงเจตนาโดยให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร เมื่อในกรณีนี้เจตนาที่แท้จริงของลูกหนี้ คือความต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินจํานำ การที่ผู้รับจํานำยอมให้ลูกหนี้เข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินจํานำ จึงถือว่าทรัพย์สินจํานำกลับคืนสู่ครอบครองของผู้จํานำตาม 769(2) แล้ว สิทธิจํานำจึงระงับ

(4.2.3.5) การสิ้นสุดของสัญญาจํานำ

(ก) เมื่อเมื่อหนี้ซึ่งจํานำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุใดๆอัน

มิใช่อายุความ

ข้อนี้บัญญัติเหมือนเรื่องความระงับของสัญญาจ้าง มาตรา 744(1) คือ เมื่อหนี้ประธานระงับไปแล้วจำนำซึ่งเป็นหนี้อุปกรณ์ก็ย่อมระงับไปด้วย ส่วนหนี้ที่ขาดอายุความ นั้นหนี้ไม่ระงับไป เป็นแต่เพียงลูกหนี้อาจยกขึ้นเป็นมูลยกฟ้องได้ ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 193/10 และ มาตรา 193/29 แต่การที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่จำนำมิใช่เป็นการบังคับตามสิทธิเรียกร้อง เจ้าหนี้ยังคงยึดถือทรัพย์สินที่จำนำอยู่เป็นทรัพย์สินของเจ้าหนี้ กฎหมายจึงไม่บัญญัติให้จำนำระงับไปด้วยตาม มาตรา 193/27 บัญญัติว่า “ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนำ ผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยว หรือผู้ทรงบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้คนอื่นได้ยึดถือไว้ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง จำนำ หรือที่ได้ยึดถือไว้ แม้ว่าสิทธิเรียกร้องส่วนที่เป็นประธานจะขาดอายุความแล้วก็ตาม แต่จะใช้สิทธิ นั้นบังคับให้ชำระดอกเบี้ยที่ค้างย้อนหลังเกินห้าปีไปไม่ได้” ดังนั้นผู้รับจำนำซึ่งยังคงยึดทรัพย์สินที่ จำนำไว้ก็ใช้สิทธิบังคับจำนำได้ แต่จะคิดดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 5 ปีไม่ได้ และถ้าบังคับจำนำ แล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ผู้รับจำนำจะฟ้องเรียกร้องอย่างเจ้าหนี้สามัญในหนี้ส่วนที่ขาดนั้น ลูกหนี้ บอกปิดได้ว่าหนี้ขาดอายุความแล้ว

(ข) เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนสู่ความครอบครองของผู้ จำนำ

การครอบครองถือเป็นสาระสำคัญของสิทธิจำนำ ดังนั้นถ้าผู้รับจำนำได้ ปลดทรัพย์สินจำนำไปอยู่ในความครอบครองของผู้จำนำอีก แม้เป็นเวลาชั่วคราว จำนำก็ระงับใน ระหว่างนั้น เช่น ถ้า ก จำนำแหวนกับ ข ถ้าต่อมา ก มาเยี่ยมแหวน ไปในงานสังคม แม้เป็นการชั่วคราว ก็ตาม ถ้า ข คืนให้ จำนำเป็นอันระงับไปในระหว่างนั้น และถ้าต่อมา ก นำแหวนมาคืน ข จำนำก็ เกิดขึ้นใหม่ ทรัพย์สินจำนำคืนไปสู่ความครอบครองของผู้รับจำนำนั้นต้องหมายความว่าโดยที่ผู้รับ จำนำสมัครใจยินยอม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5603/2544 การจำนำเครื่องจักรโดยคู่สัญญาจำนำ ตกกลงให้ ช. กรรมการของลูกหนี้เป็นผู้รักษาทรัพย์สินจำนำและลูกหนี้เป็นผู้ใช้ประโยชน์จาก ทรัพย์สินจำนำในการประกอบธุรกิจของตนโดยตลอด ซึ่งเครื่องจักรนั้นผู้จำนำสั่งซื้อมาจาก ต่างประเทศเพื่อผลิตสินค้าออกจำหน่ายสร้างรายได้และนำเงินชำระคืนแก่ผู้รับจำนำ แสดงให้เห็น เจตนาของลูกหนี้ที่ต้องการใช้เครื่องจักรนำมาผลิตสินค้าเพื่อประโยชน์ของตนฝ่ายเดียว แม้สัญญา จำนำจะมีข้อตกลงว่า แม้ผู้จำนำจะได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในเครื่องจักรที่จำนำก็ไม่ถือว่า เครื่องจักรกลับคืนสู่การครอบครองของผู้จำนำก็ตาม ก็เป็นการเขียนเพื่อเลี่ยงกฎหมาย ซึ่งในการ ตีความแสดงเจตนานั้นให้พุ่งเล็งถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรตาม ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 การที่ผู้คัดค้านที่ 1 ซึ่งเป็นผู้รับจำนำเครื่องจักรยอมให้ลูกหนี้เข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินจำนำ ย่อมเป็นการยินยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนสู่ความครอบครองของผู้จำนำ ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 769(2) แล้ว สิทธิจำนำของผู้คัดค้านที่ 1 จึงระงับสิ้นไป

(ค) เมื่อมีการบังคับจำนำทรัพย์สินจำนำ

จำนำย่อมระงับไปเช่นเดียวกับจำนอง ตาม มาตรา 744(5) (6) เพราะเมื่อมีการบังคับจำนำโดยการขายทอดตลาด ผู้ซื้อย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ทำให้การครอบครองของผู้รับจำนำก็เป็นอันสิ้นสุดลง จำนำจึงระงับไปด้วย

4.3 ตัวอย่างสัญญาประกันหนี้ในอนาคตในปัจจุบัน

ปัจจุบันนั้นสัญญาประกันหนี้ในอนาคตมิใช่กันอย่างแพร่หลาย การที่สัญญาประกันหนี้ระบุให้การประกันครอบคลุมถึงหนี้ดอกเบี้ยจากต้นเงินนั้น โดยสภาพแล้วก็ย่อมถือเป็นสัญญาประกันหนี้ในอนาคตเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรณีดอกเบี้ยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 683 กรณีจึงไม่มีประเด็นตามกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วนั้น สามารถจำแนกสัญญาประกันหนี้ในอนาคตตามมาตรา 681 วรรคสอง ที่มีใช้ในทางปฏิบัติออกได้เป็น 3 สัญญา ดังนี้

4.3.1 สัญญาค้ำประกันลูกจ้างเข้าทำงาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5720/2533 จำเลยที่ 1 เข้าทำงานเป็นพนักงานของโจทก์ในตำแหน่งพนักงานรักษาความปลอดภัย โดยมีจำเลยที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกันตามสัญญาค้ำประกันซึ่งมีข้อความว่า "เมื่อจำเลยที่ 1 ได้เข้าทำงานในธนาคารแล้ว ภายหลังได้หลบหนีหายไป หรือได้ออกนอก ขักขอก หรือทำให้ธนาคารได้รับความเสียหาย หรือสูญเสียทรัพย์สินไม่ว่าด้วยประการใด ๆ จำเลยที่ 2 ตกลงชดใช้เงินให้แก่ธนาคาร" ตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวนี้ย่อมหมายถึงความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันเกิดจากการทำงานในหน้าที่ของจำเลยที่ 1 เท่านั้น เมื่อจำเลยที่ 1 เป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย มีหน้าที่ดูแลความสงบและความปลอดภัยภายในธนาคาร ไม่มีหน้าที่เกี่ยวกับการเงิน ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 หลอกหลวงให้ลูกค้ำของโจทก์ลงชื่อในใบถอนเงินและเป็นผู้ถอนเงินไป ก็เป็นการกระทำส่วนตัวของจำเลยที่ 1 เอง ไม่ใช่การกระทำในตำแหน่งหน้าที่ของพนักงานรักษาความปลอดภัย จำเลยที่ 2 ในฐานะผู้ค้ำประกันจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2019/2545 สัญญาค้ำประกันระบุไว้ว่า เมื่อจำเลยที่ 1 เข้าปฏิบัติงานกับโจทก์แล้วภายหลังทำให้ทรัพย์สินของโจทก์สูญหาย หรือเสียหายด้วยประการใด ๆ ก็ดี น้อโงหรือยักยอกก็ดี จำเลยที่ 2 ยอมรับชดใช้แทนจำเลยที่ 1 จนครบถ้วน การที่โจทก์ให้จำเลยที่ 1 ไปช่วยเก็บเงินจากลูกค้าให้แก่บริษัท ส. จำเลยที่ 1 เก็บเงินจากลูกค้าของบริษัท ส. แล้วไม่นำไปมอบให้แก่บริษัท ส. ดังนี้ จำเลยที่ 1 มิได้ทำให้ทรัพย์สินของโจทก์สูญหายหรือเสียหายและจำเลยที่ 1 ก็มีได้น้อโงหรือยักยอกทรัพย์สินของโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันดังกล่าว การที่โจทก์ชดใช้เงินแก่บริษัท ส. แทนจำเลยที่ 1 จะถือว่าเป็นกรณีที่จำเลยที่ 1 ทำให้ทรัพย์สินของโจทก์สูญหายหรือเสียหายตามถ้อยคำในสัญญาค้ำประกันมิได้

4.3.2 สัญญาค้ำประกันผู้รับทุนไปศึกษาต่อต่างประเทศ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1056/2536 สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 มิได้ระบุระยะเวลาที่จำเลยที่ 1 ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษาต่อ ณ ต่างประเทศและสัญญาค้ำประกันที่จำเลยที่ 2 ทำไว้กับโจทก์ก็มิได้ระบุเวลาที่จำเลยที่ 1 ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษาต่อเช่นกัน ฉะนั้น การที่จำเลยที่ 1 ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษาต่อ ณ ต่างประเทศเป็นเวลา 2 ปี ครบแล้วโจทก์ได้อนุมัติให้จำเลยที่ 1 ศึกษาต่ออีกเป็นเวลา 4 ปีเศษ โดยมีได้แจ้งให้จำเลยที่ 2 ทราบ และจำเลยที่ 2 มิได้ยินยอมในการที่โจทก์อนุมัติให้จำเลยที่ 1 ศึกษาต่ออีกนั้น แม้จะเป็นภาระหนักขึ้นแก่จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันแต่ก็ไม่ใช่เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาและเป็นคนละเรื่องกับการที่เจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้ลูกหนี้ จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันจึงไม่หลุดพ้นจากความรับผิด จำเลยที่ 1 ผิดสัญญาต่อโจทก์จะต้องคืนเงินเดือนเงินเพิ่มช่วยค่าครองชีพที่ตนรับไปให้โจทก์เป็นเงิน 161,863.96 บาทและต้องเสียเบี้ยปรับอีกเท่ากับเงินทั้งหมดที่รับไปกับจะต้องเสียดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปี สำหรับเงินต้นรวมกับเบี้ยปรับตามสัญญาด้วยนั้น เบี้ยปรับและดอกเบี้ยดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ระบุความเสียหายหรือความรับผิดในการที่จำเลยไม่ชำระหนี้ไว้ล่วงหน้าเมื่อศาลเห็นว่าเบี้ยปรับสูงเกิน ส่วนศาลก็มีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 383 และเมื่อกำหนดเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายจำนวนพอสมควรแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องให้ค่าเสียหายเป็นดอกเบี้ยอีก

คำพิพากษาฎีกาที่ 1878/2539 เงินทุนของรัฐบาลมาเลเซียซึ่งจำเลยที่ 1 ได้รับโอนตรงจากประเทศมาเลเซียเป็นเงินทุนของการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐบาลต่อรัฐบาลและถูกควบคุมดำเนินการโดยทางราชการตามระเบียบมิใช่เป็นเรื่องจำเลยที่ 1 ได้รับทุนเป็นส่วนตัวและทุนดังกล่าวเป็นทุนที่รัฐบาลต่างประเทศมอบให้รัฐบาลไทยเพื่อส่งข้าราชการไปศึกษาฝึกอบรมทั้งนี้ไม่ว่าทุนนั้นจะจ่ายผ่านกระทรวงหรือจ่ายให้ผู้รับทุนโดยตรง กรณีที่จำเลยที่ 1 ผิดสัญญาเกี่ยวกับการใช้

ทุนความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างจำเลยที่ 1 ปฏิบัติราชการอยู่และอยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบตามสัญญาจำเลยที่ 3 จะต้องรับผิดชอบ

4.3.3 สัญญาประกันการเบิกเงินเกินบัญชี

คำพิพากษาฎีกาที่ 3429/2542 แม้จำเลยผู้กู้เบิกเงินเกินบัญชีได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์สินจำนองให้ไว้แก่โจทก์ก่อนเปิดบัญชีเดินสะพัดและทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสอง บัญญัติว่า หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขจะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนึ่งนั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้ และมาตรา 707 บัญญัติว่า บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยคำประกันนั้น ท่านให้ใช้ได้ในการจำนอง อนึ่ง โฉมตามควรคั้งนั้น สัญญาจำนองซึ่งเป็นหนี้อุปกรณ์จึงสามารถประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชีซึ่งเป็นหนี้ในอนาคตได้ สัญญาจำนองย่อมไม่ตกเป็นโมฆะ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ในอนาคต

แม้ในปัจจุบันจะเป็นที่ชัดเจนว่าสัญญาประกันหนี้ในอนาคตสามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย และมีการใช้เป็นการทั่วไปในทางธุรกิจ เช่น สัญญาค้ำประกันการกู้เบิกเงินเกินบัญชี สัญญาประกันความเสียหายจากการทำงาน หรือสัญญาประกันการกลับมาใช้ทุนเมื่อข้าราชการได้ทุนหรือลาไปศึกษาต่อต่างประเทศ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 681 และมาตรา 707 เท่านั้นที่มีการบัญญัติถึงกรณีประกันเพื่อหนี้ในอนาคต ทำให้เกิดความไม่เพียงพอหรือไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว และส่งผลให้เกิดปัญหากฎหมายตามมา ซึ่งอาจสรุปประเด็นเป็นข้อๆ ได้ ดังนี้

5.1 ปัญหาขอบเขตของหนี้ในอนาคต

ปัญหาอันเป็นส่วนจำเป็นที่จะต้องพิจารณาและกล่าวถึง คือ ประเด็นของหนี้ในอนาคตว่ามีลักษณะเป็นเช่นไร มีขอบเขตเพียงไร และส่วนของการพิจารณาในมุมที่กลับกันว่าสัญญาหนึ่งๆ สามารถที่จะกำหนดให้มีการประกันหนี้ประเภทใดบ้าง รวมตลอดถึงประเด็นว่าขยายความจากบทบัญญัติของกฎหมายได้หรือไม่ จากสาเหตุดังกล่าวนี้ส่งผลเป็นปัจจัยอันจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตของหนี้ในอนาคตว่าควรที่จะต้องมีการตีความ และพิจารณาขอบเขตเพียงไร ดังนั้น จึงขอแยกประเด็นการวิเคราะห์ออกเป็นข้อๆ ดังนี้

5.1.1 หลักการและสภาพปัญหาของขอบเขตของหนี้ในอนาคต

5.1.2 ขอบเขตหนี้ในอนาคตกับประเด็นข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

5.1.2.1 หนี้ในอนาคตคืออะไร

5.1.2.2 หนี้ในอนาคตกับหนี้ที่มีเงื่อนไข

5.1.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างหนี้เดิม และหนี้ในอนาคต

การพิจารณาประเด็นที่ว่าขอบเขตของหนี้ในอนาคตนั้นมีขอบเขตการตีความและการปรับใช้ในกรณีเช่นไรนั้น เป็นสิ่งที่ต้องหาความชัดเจนให้มากที่สุดเพื่อมิให้มีปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย เนื่องจากปัญหาจากความไม่ชัดเจนของการให้ขอบเขตในคำว่า “หนี้ในอนาคต” นี้ได้ส่งผลให้เกิดปัญหาที่ตามมาหลายประการดังได้กล่าวไว้ข้างต้นบ้างแล้ว การพิจารณาจากแนวทางการตีความและการปรับใช้กฎหมายในแง่มุมที่มีข้อเท็จจริงที่มีความแตกต่างกันไปในคำพิพากษาศาลฎีกา อันจะเป็นส่วนหนึ่งที่ได้กล่าวได้ว่า การศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกานั้นเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยสะท้อนภาพข้อเท็จจริงที่มีในอดีตเป็นภาพที่กำหนดขอบเขตได้รวมทั้งภาพดังกล่าวก็จะสะท้อนในบางบริบทได้ดี

5.1.1 หลักการและสภาพปัญหาของขอบเขตของหนี้ในอนาคต

สภาพปัญหาที่เกิดจากความไม่แน่นอนตลอดถึงความไม่ชัดเจนในคำว่า “หนี้ในอนาคต” ซึ่งได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 681 และ มาตรา 707 เท่านั้น ต่างมีส่วนที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางตัวบทและการปรับใช้กฎหมาย คือ มาตรา 681 วรรค 2 ในเรื่องคำประกัน และมาตรา 707 ในเรื่องของจำนองที่ให้นำมาตรา 681 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งการใช้บังคับโดยอนุโลมภายใต้มาตรา 707 นี้ย่อมหมายความรวมถึง “หนี้ในอนาคต” นั้นด้วย โดยหากจะมีการกล่าวถึงประเด็นของความไม่ชัดเจนในส่วน of คำว่า “หนี้ในอนาคต” ที่มีภายใต้บทบัญญัติกฎหมายแล้วย่อมพิจารณาออกได้เป็น 2 ประเด็นคือ

ประเด็นแรก คือ ความไม่ชัดเจนในการตีความของคำว่า “หนี้ในอนาคต” ว่ามีความหมายว่าเช่นไร กล่าวคือ เนื่องจากหนี้ในอนาคตนั้นเป็นสิ่งที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถมีการประกันได้ การกำหนดขอบเขตจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะหากมีการตีความคำว่า “หนี้ในอนาคต” ให้มีขอบเขตที่กว้างมากเกินไปนั้น ก็อาจส่งผลให้มีหนี้ที่สามารถให้ประกันในการเข้าทำสัญญา รวมถึงตลอดถึงส่วนที่เป็นธรรมชาติของการให้ประกันที่มักจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามในฐานะผู้ประกันในสัญญา หากหนี้ในอนาคตมีขอบเขตกว้าง การที่บุคคลที่สามต้องเข้ามารับผิดชอบขอบเขตของการประกันนั้นย่อมมีอยู่มากตามไปด้วย (ในกรณีดังกล่าวนี้จะกล่าวถึงต่อไป) และประเด็นขอบเขตที่เกี่ยวข้องประการสุดท้าย คือ เนื่องจากมาตรา 681 วรรค 2 นั้นมีการบัญญัติถึงทั้งในส่วน of หนี้ในอนาคต และหนี้ที่มีเงื่อนไขนั้น ปัจจัยในการพิจารณาลักษณะของหนี้ทั้งสอง

ประการเป็นลักษณะเช่นไร โดยมีความเห็นว่าหนี้ที่มีเงื่อนไข ก็คือ หนี้ในอนาคตประการหนึ่งนั่นเอง

ประเด็นที่สอง เกี่ยวข้องกับการประกันในสัญญา เนื่องจากเป็นประเด็นที่สืบเนื่องมาจากการประกันหนี้ที่มีอยู่ในอนาคตนั้น จากสัญญาที่เดิมนั้นมีการประกันในหนี้ที่มีอยู่แล้ว และต่อมามีการพัฒนาต่อเนื่องโดยการประกันต่อเนื่องไปในอนาคต โดยเป็นการขยายการประกันในหนี้ออกไป อันส่งผลถึงปัญหาการพิจารณาขอบเขตของการขยายการประกันเพื่อหนี้ในอนาคตที่กำหนดไว้ในสัญญาเดียวกัน

ในการพิจารณาประเด็นทั้งสองดังกล่าวข้างต้นนั้น เนื่องจากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน อันสามารถที่จะมีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวไปพร้อมกันได้ จึงได้มีการพิจารณานวนแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว

5.1.2 ขอบเขตหนี้ในอนาคตกับประเด็นข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

เป็นส่วนที่จะพิจารณาให้เห็นถึงขอบเขตโดยสังเขปภายใต้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ปรากฏในการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหนี้ในอนาคตรวมทั้งการกำหนดขอบเขตของคำว่า “หนี้ในอนาคตรวมทั้ง” นั้นไม่สามารถพิจารณาได้ครบทุกประเด็นหรือครบถ้วน รวมทั้งไม่สามารถพิจารณาคำนิยามได้อย่างชัดเจน ดังนั้น ประเด็นที่น่าจะพิจารณาต่อๆไป คือ ความเหมาะสมในการปรับใช้แนวทางการประกันเพื่อหนี้ในอนาคตรวมทั้ง

(5.1.2.1)

หนี้ในอนาคตรวมทั้งคืออะไร

¹

หนี้ในอนาคตรวมทั้ง หมายถึง หนี้ที่อาจเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ในอนาคตรวมทั้ง โดยหนี้ที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ โดยเป็นการผูกพันเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่มีผลตามกฎหมายนั้นเป็นนิติกรรม หรือนิติเหตุก็ได้ เช่น หนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี ในวันที่ลูกหนี้ทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร ลูกหนี้จะยังไม่เป็นหนี้ธนาคารก็ได้ ต่อมาเมื่อลูกหนี้เช็คสั่งจ่ายเงินจากบัญชีนั้นและธนาคารยอมจ่ายเงินเกินกว่าที่มีในบัญชีไป หนี้ในส่วนนั้นก็สมบูรณ์ จึงมีการทำ

¹ ปัญญา ถนอมรอด. หนังสือรวมคำบรรยาย สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 63 เล่ม 3.

สัญญาให้หลักประกัน เช่น การค้ำประกัน ไว้ล่วงหน้าก็ได้ การประกันเพื่อหนี้ในอนาคตอีกชนิดหนึ่งที่เกิดขึ้นอย่างเสมอๆ คือ การค้ำประกันหนี้ค่าเสียหายซึ่งเกิดจากการทำงานของลูกจ้างซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ขณะทำสัญญาหนี้ของลูกจ้างยังไม่มี ต่อไปในอนาคตหนี้ของลูกหนี้ก็จะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ ถ้าลูกจ้างก่อให้เกิดความเสียหายแก่นายจ้าง หนี้ของลูกจ้างซึ่งเป็นหนี้ประจักษ์เกิดขึ้น ผู้ค้ำประกันที่ทำสัญญาค้ำประกันล่วงหน้าไว้ก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกัน

ทั้งนี้ ย่อมเห็นได้ว่าหนี้ในอนาคตตามมาตรา 681 นั้นนั้น อาจเป็นได้ทั้ง

(1) หนี้ในอนาคตที่มีการทำสัญญารองรับหนี้ประจักษ์ไว้ล่วงหน้า เช่น กรณีการทำสัญญาค้ำประกันบุคคลเข้าทำงาน เป็นต้น ซึ่งแม้ขณะทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตนั้นอาจจะยังไม่มีการทำสัญญาจ้าง แต่ในภายหลังนั้นย่อมต้องมีการทำสัญญาจ้างระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบขอบเขตของหน้าที่ความรับผิดชอบของลูกจ้าง

(2) หนี้ในอนาคตที่ไม่มีการทำสัญญารองรับหนี้ประจักษ์ไว้ล่วงหน้า อย่างไรก็ตาม การที่หนี้ในอนาคตตามมาตรา 681 นั้นสามารถเป็นได้ทั้งหนี้เงินหรือหนี้การกระทำ ตลอดจนอาจมีการทำสัญญารองรับหนี้ประจักษ์เอาไว้ล่วงหน้าหรือไม่ก็ได้ หากได้หมายความว่าหนี้ในอนาคตทุกประเภทระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จะเป็นหนี้ภายใต้สัญญาประกันหนี้ดังกล่าวเสมอไปไม่ ทั้งนี้ เนื่องจาก เพื่อความเป็นธรรมแล้วศาลจึงต้องตีความสัญญาดังกล่าวให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ดังจะได้กล่าวต่อไป

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับขอบเขตของหลักประกันหนี้ในอนาคต

(1) หลักประกันในสัญญาหนึ่งๆนั้นย่อมมีได้ในหนี้ในอนาคต แม้ว่าหนี้นั้นจะเกิดขึ้นไม่พร้อมกับการมีหลักประกันในสัญญาประจักษ์ก็ตาม แต่ไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดว่า หลักประกันในสัญญานั้นจะต้องเกิดขึ้นพร้อมกันกับหนี้ในสัญญาประจักษ์ เพียงแต่หนี้ในสัญญาประจักษ์ต้องเป็นหนี้ที่อาจเกิดผลได้จริงเท่านั้น (ฎ.2715/2538, 1579/2552)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2715/2538 การค้ำประกันสามารถทำได้ทั้งเพื่อการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่ก่อนและหนี้ในอนาคต โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ค้ำประกันได้รู้เห็นด้วยหรือไม่ในขณะที่ลูกหนี้ก่อหนี้ขึ้น ถ้าหนี้นั้นเป็นอันสมบูรณ์ ผู้ค้ำประกันย่อมต้องผูกพันต่อเจ้าหนี้ เมื่อจำเลยที่ 2 ทำสัญญาค้ำประกันไว้จริง แม้มิได้ทำพร้อมกันกับสัญญาผู้ก็มีผลใช้บังคับได้

เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการทำสัญญาค้ำประกันจะต้องทำพร้อมกับสัญญากู้ เมื่อหนี้เงินกู้ระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 มีการกู้ยืมและรับเงินไปแล้วจริงก็เป็นหนี้ที่สมบูรณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1579/2552 แม้การจดทะเบียนจำนองและจดทะเบียนขึ้นเงินจำนองเป็นประกันหนี้จะทำขึ้นก่อนเวลาที่โจทก์จะส่งมอบเงินกู้ทั้ง 2 จำนวนแก่จำเลยที่ 1 ก็ตาม แต่ ป.พ.พ.มาตรา 707 ว่าด้วยจำนอง บัญญัติว่า “บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยค้ำประกันนั้นที่ใช้ในการจำนอง อนุโลมตามควร” กล่าวโดยเฉพาะตามนัยมาตรา 681 ที่ว่าหนี้ที่อาจเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ในอนาคตย่อมทำสัญญาค้ำประกันได้ ดังนั้น เมื่อต่อมาโจทก์มอบเงินกู้ทั้ง 2 จำนวนแก่จำเลยที่ 1 หลังจากทำสัญญาจำนองกันดังกล่าว หนี้เงินกู้ในส่วนนั้นก็สมบูรณ์ การจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ดังกล่าวล่วงหน้าจึงบังคับแก่กันได้

(2) การกำหนดขอบเขตการให้หลักประกันหนี้ที่มีอยู่พร้อมกับทำสัญญาประณานั้น ขยายรวมไปถึงหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้น หากกรณีที่จะบังคับเอาแก่หลักประกันนั้นต้องมีการระบุอย่างชัดแจ้งในมูลแห่งหนี้นั้นๆด้วย หากกำหนดเพียงว่า “หนี้ต่อไปในภายหน้า” นั้น ถือว่าไม่มีการระบุถึงหนี้ในอนาคต ต้องตีความยกประโยชน์ให้จำเลย ตามมาตรา 11 (ฎ.2204/2535)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2204/2535 สัญญาจำนองมีข้อความว่า จำนองที่ดินเป็นประกันเงินซึ่งผู้จำนองเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่ในเวลานี้หรือเวลาใดเวลาหนึ่งต่อไปภายหน้าเป็นจำนวนเงิน 160,000 บาท หรือในเงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งซึ่งผู้จำนองเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่ในเวลานี้หรือจะเป็นหนี้ต่อไปภายหน้าผู้จำนองยอมรับผิดชอบทั้งสิ้น ข้อความในสัญญาตอนแรกระบุว่า การจำนองรายนี้เป็นการประกันการชำระหนี้เงิน 160,000 บาท ซึ่งเท่ากับจำนวนเงินที่โจทก์กู้ยืมไปจากจำเลย ส่วนข้อความในตอนหลังที่ระบุให้การจำนองเป็นประกันเงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งซึ่งผู้จำนองเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่ในเวลานี้ หรือจะเป็นหนี้ต่อไปภายหน้านั้น ไม่ได้ระบุให้เป็นประกันหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดหรือหนี้อื่นๆคนละประเภทที่จะเกิดขึ้นในภายหน้า กรณีมีข้อสงสัยจึงต้องตีความสัญญาจำนองนี้ว่าไม่ได้ประกันหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดซึ่งโจทก์จะต้องรับผิดชอบต่อจำเลยอีกประเภทหนึ่ง

(3) การกำหนดให้หลักประกันในสัญญาประจําาน รวมถึงการให้หลักประกันในหนี้ในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นด้วยนั้น หนี้ในอนาคตดังกล่าวต้องเป็นหนี้ในรายเดียวกัน หรือมีความสัมพันธ์กัน และหนี้ประจําานดังกล่าวยังไม่ระงับสิ้นไปก่อน การประกันหนี้ในอนาคตนั้นย่อมบังคับได้ (ฎีกาที่702/2535,2791/2542,5384/2548)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 702/2535 ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างอนงมีว่า ผู้จ้างอนงได้จ้างอนงเป็นประกันหนี้ซึ่งผู้จ้างอนงเป็นหนี้อยู่แล้วและในเวลาหนึ่งหรือในเวลาใดเวลาหนึ่งในภายหน้า ในเรื่องการกู้ยืมเงิน การเบิกเงินเกินบัญชีและหนี้ในลักษณะอื่น ๆ ทุกประเภทที่เป็นหนี้แก่ผู้รับจ้างอนงทั้งหมด รวมทั้งการขอรับเงินคืนเชื่อประเภทหมุนเวียนอันเป็นประเพณีการให้สินเชื่อของผู้รับจ้างอนง ซึ่งผู้รับจ้างอนงทราบคืออยู่แล้วด้วย รวมวงเงิน10,000,000 บาท ดังนี้ การจ้างอนงยอมมีผลเป็นการประกันหนี้ที่จำเลยก่อขึ้นและเป็นลูกหนี้โจทก์อยู่ไม่ว่าจะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว หรือหนี้ที่เกิดขึ้นในอนาคตในวงเงินไม่เกิน 10,000,000 บาท สัญญาค้ำประกันมีข้อตกลงระบุถึงลักษณะของหนี้ที่ค้ำประกัน โดยไม่มีข้อตกลงว่าค้ำประกันการขายลดตัวสัญญาใช้เงินคราวใดคราวหนึ่ง โดยเฉพาะ เมื่อฟังว่าหนี้ตามสัญญาขายลดตัวแลกเงินที่จำเลยค้ำประกันยังไม่ได้มีการชำระ จำเลยไม่หลุดพ้นจากความรับผิด แม้จำเลยได้มีหนังสือบอกเลิกการค้ำประกันการขายลดตัวสัญญาใช้เงิน และโจทก์ได้รับหนังสือบอกเลิกแล้วแต่เมื่อไม่ปรากฏว่าโจทก์ยินยอมให้จำเลยบอกเลิก จำเลยจึงไม่หลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาค้ำประกัน

คำพิพากษาศาลฎีกา 2791/2542 สัญญาจ้างอนงที่ดินเพื่อเป็นประกันหนี้ของโจทก์และหรือ ถ. ระบุว่าจ้างอนงเป็นประกันหนี้ที่มีอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาจ้างอนงหรือในเวลาใดเวลาหนึ่งในภายหน้าทุกลักษณะหนี้ นอกจากนั้นข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างอนงซึ่งให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจ้างอนงระบุไว้เช่นเดียวกันว่า “เนื่องจากทรัพย์จ้างอนงเป็นประกันหนี้ในขณะที่ทำสัญญาจ้างอนงและหนี้ต่อไปในภายหน้าด้วย ผู้จ้างอนงและผู้รับจ้างอนงจึงตกลงว่าทราบใดที่ผู้จ้างอนงยังมีได้จดทะเบียนไถ่ถอนจ้างอนงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆก็ตามผู้จ้างอนงและผู้รับจ้างอนงยังคงตกลงให้ถือว่าสัญญาจ้างอนงคงมีผลบังคับอยู่เพื่อประกันหนี้ที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าของลูกหนี้ดังกล่าวกับผู้รับจ้างอนง” ดังนี้ เมื่อหนี้เบิกเงินเกินบัญชีของ ถ. กับหนี้บัตรเครดิตของ ถ. กับโจทก์เป็นหนี้ที่มีขึ้นในภายหลังจากการจ้างอนงในขณะที่ยังมีได้จดทะเบียนไถ่ถอนจ้างอนง การจ้างอนงยอมเป็นประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชีและหนี้บัตรเครดิตดังกล่าวด้วย การที่สัญญาเบิกเงินเกินบัญชีและคำขอใช้บัตร

เครดิตมิได้ระบุให้เอาที่ดินตามสัญญาจ้างเองเป็นประกันก็หาเป็นเหตุให้โจทก์ไม่ต้องรับผิดชอบ
ข้อตกลงในสัญญาจ้างเองไม่ แม้โจทก์จะได้ชำระหนี้ที่โจทก์และ ถ. กู้ยืมไปครบถ้วนแล้ว ก็ยังไม่ทำ
ให้โจทก์หลุดพ้นจากหนี้จ้างเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5384/2548 สัญญาจ้างเองที่ดินระหว่างโจทก์และ
จำเลย มีใจความว่า ผู้จ้างเองได้ตกลงจ้างเองที่ดินกับบรรดาส่งปลูกสร้างต่อไปภายหน้าแก่ผู้รับ
จ้างเองเพื่อประกันหนี้เงินซึ่ง ส. สมาชิกได้กู้ไปจากผู้รับจ้างเองแล้วในเวลานี้หรือจะกู้ในเวลาหนึ่ง
เวลาใดต่อไปในภายหน้าดังปรากฏจำนวนต้นเงินและดอกเบี้ยในบัญชีสหกรณ์ กับทั้งหนี้สินต่าง ๆ
ซึ่ง ส. จะต้องรับผิดชอบไม่ว่าในฐานะใด ๆ ต่อสหกรณ์ ตลอดจนค่าอุปกรณ์ทุกอย่างเนื่องจากการผิด
สัญญาของผู้จ้างเองหรือของ ส. เป็นจำนวนเงินไม่เกิน 260,000 บาท จากข้อสัญญาดังกล่าวนี้มี
ความหมายแจ้งชัดว่า สัญญาจ้างเองที่ดินพิพาทนอกจากจะประกันหนี้เงินที่ ส. ได้กู้ไปจากจำเลย
ในขณะที่ทำสัญญาจ้างเองนี้แล้ว ยังรวมถึงเป็นประกันหนี้ที่ ส. จะกู้ไปจากจำเลยต่อไปในอนาคตด้วย
หากสัญญาจ้างเองที่ดินพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลยยังมีผลผูกพันอยู่โดยจำกัดวงเงินจ้างเองที่
โจทก์จะต้องรับผิดชอบทั้งสิ้นไม่เกิน 260,000 บาท ซึ่งตามบทบัญญัติ ป.พ.พ. มาตรา 681 วรรคสอง
บัญญัติว่าหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขจะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้ในอนาคตนั้นอาจเป็นผลได้จริงก็
ประกันได้ และมาตรา 707 บัญญัติว่า บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยค้ำประกันนั้น ท่านให้ใช้ได้ใ
การจ้างเองอนุโลมตามควร จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เมื่อสัญญาจ้างเองกำหนดวงเงินจ้างเองที่โจทก์
จะต้องรับผิดชอบไม่เกิน 260,000 บาท แสดงให้เห็นเจตนาของโจทก์ที่จะรับผิดชอบในหนี้จำนวนดังกล่าว
หลังจากทำสัญญาจ้างเองที่ดินพิพาทแล้ว ส. ได้กู้เงินจำเลยจำนวน 50,000 บาท ซึ่งยังไม่เต็มวงเงิน
จ้างเอง แม้จะได้ชำระหนี้ดังกล่าวให้จำเลยครบถ้วนแล้วในวันที่ 3 มกราคม 2546 แต่เมื่อโจทก์และ
จำเลยมิได้ตกลงเลิกสัญญาจ้างเอง สัญญาจ้างเองที่ดินพิพาทยังมีผลผูกพันอยู่ไม่ระงับสิ้นไป ต่อมา
วันที่ 24 มกราคม 2546 ส. ได้กู้เงินจำเลยจำนวน 130,000 บาท ซึ่งไม่เกินจำนวนวงเงินที่โจทก์
จะต้องรับผิดชอบ จึงต้องถือว่าหนี้กู้เงินครั้งหลังนี้เป็นหนี้ในอนาคต สัญญาจ้างเองที่ดินพิพาทซึ่งเป็นหนี้
อุปกรณ์ย่อมครอบคลุมถึงหนี้กู้ยืมเงินครั้งหลังอันเป็นหนี้ประธานด้วย กรณีหาจำต้องไปจด
ทะเบียนจ้างเองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่กันใหม่อีก การที่ ส. ยังค้างชำระหนี้เงินกู้ครั้งหลังจำนวน
130,000 บาท ที่มีอยู่แก่จำเลย โจทก์จึงมีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบต่อจำเลยตามสัญญาจ้างเองที่ดินพิพาท
ซึ่งประกันหนี้เงินกู้ดังกล่าวอยู่ สัญญาจ้างเองยังไม่ระงับสิ้นไป จำเลยมีสิทธิที่จะไม่จดทะเบียนได้

ถอนงานองที่คืนพิพาทให้โจทก์ได้

ข้อสังเกต หากมีการพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น แล้วนั้น เป็นกรณีที่ศาลวางหลักว่า การให้หลักประกันในสัญญานั้นสามารถให้ครอบคลุมถึงหนี้ในอนาคตได้โดยไม่จำกัดว่าหนี้ดังกล่าวจะเป็นหนี้ที่เกิดจากนิติสัมพันธ์โดยประการลักษณะใด ของคู่สัญญา แม้ว่าหนี้นั้นจะก่อขึ้นโดยบุคคลเดียวกัน หรือฝ่ายเดียวกันก็ตาม หากพิจารณา หลักการดังกล่าวอยู่บนข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่ว่าบุคคลที่เข้าทำสัญญานั้นอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันตามกฎหมาย เศรษฐกิจ ความเชี่ยวชาญ ตลอดจนมีความระมัดระวังในการเข้าทำสัญญา ระหว่างกันนั้น หลักกฎหมายนั้นย่อมสามารถตอบสนองสภาพของการขับเคลื่อนไปของสัญญา ภายใต้การแสดงเจตนาที่เป็นอิสระ แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนั้น สภาพของบุคคลที่เข้าทำ สัญญา ในบางกรณีได้ตกอยู่ในภาวะที่ต้องเข้าทำสัญญา หรือตกอยู่ในภาวะที่เรียกว่า “สัญญาจำ ยอม” โดยที่คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในการเจรจาเข้าทำสัญญา (อย่างเช่น อ่อนแอกว่าในทาง เศรษฐกิจ ความเชี่ยวชาญ หรือแม้แต่ในประสบการณ์ในการพิจารณาสัญญาที่มีความซับซ้อนใน ลิทธิและหน้าที่) จำต้องลงนามในสัญญาโดยไม่มีทางเลือก การที่ศาลได้วางหลักกฎหมายดังกล่าว นั้น ย่อมจะเป็นการที่สร้างความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ในการให้หลักประกันในสัญญาที่ บุคคลภายนอกผู้เข้ามาเป็นผู้ให้หลักประกันนั้นต้องผูกพันกับหนี้ที่ตนเองอาจไม่ได้มีเจตนาที่จะ ให้หลักประกัน แต่จำต้องให้หลักประกันตามสัญญาที่ต้องร่วมลงนามเท่านั้น ดังนี้ เพื่อเป็นการลด ความไม่เป็นธรรมในสัญญาหลักประกันซึ่งเป็นลักษณะการจำยอมไม่ให้เกิดขึ้นอย่างง่ายดาย จึง อาจมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาลักษณะของหนี้ในอนาคตที่จะให้หลักประกันในลักษณะของ การขยายดังกล่าวว่าต้องมี ลักษณะที่เกี่ยวข้องหรือคาบเกี่ยวได้จากสัญญาประธานเดิม โดยไม่ ยินยอมให้มีการกวาดเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้อย่างง่ายดายเช่นเดิม

แม้จะมีการกำหนดในข้อตกลงว่าหลักประกันในสัญญาประธานให้ ขยายรวมไปถึงหนี้ที่จะเกิดในอนาคตด้วยนั้น แต่ถ้ามองข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาประธานได้ ระงับสิ้นไปแล้วไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม หลักประกันที่ให้ขยายรวมไปถึงหนี้ในอนาคตดังกล่าว นั้น ย่อมไม่สามารถบังคับได้ (ฎ.1592/2545 และ ฎ.1395/2547)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1592/2545 แม้ในสัญญาจ้างองที่ดินจะระบุ ข้อความว่า จ้างองเป็นประกันหนี้ซึ่งจำเลยผู้จ้างองมีต่อธนาคาร โจทก์ผู้รับจ้างองในเวลานี้หรือที่ จะมีขึ้นใหม่ในภายหน้าก็ตามแต่เมื่อหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินซึ่งเป็นหนี้ประธานที่มีการจ้างองเป็น ประกันได้ระงับสิ้นไปโดยจำเลยชำระเงินกู้ให้โจทก์ครบถ้วนแล้ว สัญญาจ้างองซึ่งเป็นหนี้

² สมพรชัย เพ็งจันทร์. ปัญหาเกี่ยวกับการจ้างองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ในอนาคต. เอกดุษฎีนิพนธ์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพฯ: 2552

อุปกรณ์ซ่อมรถรับไปด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744(1)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1395/2547 นาย ก. บุตรโจทก์ได้ทำสัญญาเช่าและสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับจำเลยที่ 1 สาขาบางอ้อ มีโจทก์ทำสัญญาค้ำประกัน และจำนองที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างเป็นประกัน เมื่อนาย ก. ได้กู้เงินจากจำเลยที่ 1 สาขาบางอ้อเต็มวงเงินประกัน และได้ชำระหนี้ถูกต้องครบถ้วนแล้ว หนี้ตามสัญญาเช่าเงินและสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีที่จำเลยที่ 1 สาขาบางอ้อ ซึ่งเป็นหนี้ประธานระงับ หนี้สัญญาจำนองของโจทก์เป็นอันระงับด้วย (ตามมาตรา 744 (1)) ส่วนหนี้ของนาย ก. ที่มีกับจำเลยที่ 1 สาขาคลองสานนั้นเป็นหนี้คนละรายกับหนี้ที่เป็นมูลเหตุให้โจทก์ฟ้องคดีนี้ โจทก์ไม่เกี่ยวข้องด้วย จำเลยที่ 1 จึงต้องจดทะเบียนไถ่ถอนจำนองให้กับโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1023/2548 หนี้ประธานทั้งสองจำนวนที่มีอยู่แก่จำเลยเกิดขึ้นคนละสาขากัน และได้มีการทำสัญญาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้เต็มจำนวนหนี้ที่มีอยู่แต่ละสัญญา สัญญาจำนองประกันหนี้ที่มีอยู่แก่จำเลยสาขาบางแค จึงแยกต่างหากจากกัน มิได้มีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับหนี้ที่มีอยู่แก่จำเลยสาขาบางบอนแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นข้อความที่ว่า เป็นประกันหนี้ทุกประเภททุกอย่างในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองจึงหมายถึงหนี้ประกันแต่ละสัญญา หารวมถึงหนี้คนละประเภทและคนละสาขากัน

ข้อสังเกต สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวถึงในกลุ่มที่ 4 นั้น หาได้เป็นส่วนที่ขัดแย้งหรือตรงข้ามกับคำพิพากษาศาลฎีกาในกลุ่มที่ 3 ไม่ เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกาในกลุ่มนี้เป็นลักษณะของหนี้คนละประเภท รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องในการก่อให้เกิดหนี้ต่างเป็นคนละบุคคลกัน ดังนั้นแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าแม้ในสัญญาหลักเดิมจะมีข้อตกลงว่าให้รวมถึงการประกันในหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยแต่ไม่ได้ความรวมถึงกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์กันในหนี้ในลักษณะข้างต้น แต่สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาในกลุ่มที่ 3 นั้นเป็นลักษณะของการที่บุคคลผู้ประกันหนี้ในสัญญาฉบับก่อนนั้นที่มีการกำหนดในข้อตกลงให้รวมถึงหนี้ในอนาคตนั้น หนี้ในอนาคตที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับหนี้เดิม เพียงแต่ที่กล่าวในข้อสังเกตในส่วนกลุ่มที่ 3 นั้น หากพิจารณาเพียงเฉพาะของการมีความสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลในหนี้ขณะเกิดสัญญาและหนี้ในอนาคตเป็นจุดเชื่อมหลักแล้วนั้น เห็นว่าเนื่องจากปัจจุบันนั้นมีการปรากฏขึ้นของสัญญาจำยอมที่มากขึ้น ไม่ว่าจะ เป็นทั้งสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน อันคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่านั้นไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ และตกอยู่ในภาวะจำยอมต้องมีการลงนามในสัญญานั้น ดังนั้นด้วยเหตุดังกล่าว การพิจารณากรณีดังกล่าวจึงควรมีการพิจารณาไปถึงกรณีการมีภาระที่เกินสมควรของคู่สัญญาผู้ประกันในสัญญาหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อความมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและความเป็นธรรมในสังคมที่จะมีมากขึ้น

(5.1.2.2) หนี้ในอนาคต กับหนี้ที่มีเงื่อนไข

นอกเหนือไปจากประเด็นในเรื่องขอบเขตของการให้หลักประกันในหนี้ในอนาคตที่กล่าวในข้างต้นแล้ว ประเด็นต่อมาที่มีส่วนเกี่ยวข้องเนื่องกับการพิจารณาหนี้ในอนาคตนั้น คือ การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหนี้ในอนาคต กับหนี้ที่มีเงื่อนไข กล่าวคือ

หนี้ในอนาคต หมายถึง หนี้ที่อาจเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ในอนาคต โดยหนี้ นั้นอาจจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ โดยเป็นการผูกกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่มีผลตามกฎหมายนั้น เป็นนิติกรรม หรือนิติเหตุก็ได้

สำหรับหนี้ที่มีเงื่อนไข หมายถึง หนี้ประธานที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน ซึ่ง หนี้ นั้นจะสมบูรณ์เมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 183 วรรคหนึ่ง³ เช่น ก. ทำสัญญาซื้อรถยนต์จาก ข. โดยมีเงื่อนไขว่า ก.จะต้องขายรถเก่าของตน ให้แก่ผู้อื่นได้ก่อน ดังนี้ แม้เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ กฎหมายก็ยอมให้มีการทำสัญญาประกันการชำระ หนี้ตามสัญญาซื้อขายระหว่าง ก. กับ ข. ได้

จากพิจารณาถึงการให้คำนิยามข้างต้นของคำทั้งสองคำดังกล่าวแล้ว ย่อม อาจกล่าวเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหนี้ในอนาคต กับหนี้ที่มีเงื่อนไขได้ว่า หนี้ทั้งสองประการที่ ได้กำหนดไว้ในมาตรา 681 วรรค 2 นั้น มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันอย่างมาก ประกอบกับตาม ความเห็นของศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช นั้นได้ให้ความเห็นในเรื่อง “หนี้ในอนาคต” และ “หนี้ที่มีเงื่อนไข” โดยเห็นว่า “ตามมาตรา 681 นั้นแท้จริงแล้วน่าจะเป็นกรณีเดียวกัน” กล่าวคือ ต่างถือ ว่าเป็นกรณีที่หนี้ประธานหรือสัญญาหลักมีเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 182 นั้นได้วางหลักเกี่ยวกับคำว่า “เงื่อนไข” ไว้ว่า เงื่อนไข คือ เหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนอันถูกกำหนดขึ้นเพื่อกำหนดความเป็นผลของ นิติกรรม (เงื่อนไขบังคับก่อน) หรือเพื่อกำหนดความสิ้นสุดของนิติกรรม (เงื่อนไขบังคับหลัง) โดย ทั้งนี้เงื่อนไขดังกล่าวอาจเป็นการกำหนดในการเคลื่อนไหวสิทธิในทางทรัพย์สิน หรือทางหนี้ก็ได้ แต่ อย่างไรก็ตาม หนี้ในอนาคตนั้นหากพิจารณาโดยสภาพแล้วย่อมเป็นไปได้เฉพาะเงื่อนไขบังคับก่อน เท่านั้นโดยสภาพ” ทั้งนี้ เนื่องจากหากพิจารณาตามหลักกฎหมาย และตามความเห็นของนักวิชาการ

³ มาตรา 183 นิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับก่อน นิติกรรมนั้นย่อม เป็นผลต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว

กฎหมาย (ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช) ดังที่กล่าวในข้างต้นนั้นย่อมพิจารณาได้ว่าหนี้ในอนาคตคือหนี้ที่จะสมบูรณ์ในอนาคตนั้น โดยหากพิจารณาจากความหมายดังกล่าวแล้วย่อมหมายความว่า มีนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่จะมีโอกาสส่งผลให้เกิดหนี้แล้ว โดยขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ โดยหากเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดหนี้ได้ จึงได้เรียกว่า “หนี้ในอนาคต” ส่วนในคำว่า “หนี้ที่มีเงื่อนไข” นั้นก็เป็นกรณีที่อาจกล่าวได้ว่าก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน เนื่องจากจากคำว่าหนี้ที่มีเงื่อนไขนั้นย่อมหมายความว่าหนี้ที่นั้นยังไม่สมบูรณ์เป็นหนี้จนกว่าจะมีเหตุการณ์ในอนาคต หรือเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งไม่รู้อาจจะเกิดขึ้นหรือไม่ มาเป็นตัวชี้วัดในการเกิดหนี้ที่ขึ้นอย่างสมบูรณ์ ด้วยเหตุของการพิจารณาดังกล่าว สำหรับความเห็นของผู้เขียนมีความเห็นว่า หนี้ที่มีเงื่อนไขคือหนี้ในอนาคตประเภทหนึ่งนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในส่วนเงื่อนไขกฎหมายในส่วนมาตรา 681 วรรคสอง อันเป็นตัวกำหนดถึงหนี้ในอนาคต หรือหนี้ที่มีเงื่อนไข (บังคับก่อน) ที่สามารถค้าประกัน (หรือมีหลักประกันโดยประการอื่น) ได้นั้นต้องมีลักษณะของการที่ “อาจเป็นผลได้จริง” ซึ่งหากพิจารณาจากเงื่อนไขโดยกฎหมายในประการนี้นั้น ย่อมเป็นส่วนหนึ่งในการทำให้สามารถสรุปได้ชัดเจนขึ้นที่ว่า หนี้ในอนาคต และหนี้ที่มีเงื่อนไข (บังคับก่อน) นั้นมีความเหมือนกันหรือเป็นกรณีเดียวกัน เนื่องจากคำว่า “อาจเป็นผล” ได้นั้นในหนี้ในอนาคต หากมีการเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในส่วนของเงื่อนไขตามมาตรา 187 และ 189 นั้นที่มีการระบุว่าเงื่อนไขบังคับก่อนที่สามารถมีในนิติกรรมใดๆ ได้นั้นต้องไม่มีลักษณะที่เงื่อนไขนั้นไม่สามารถจะสำเร็จลงได้อย่างชัดเจน และเงื่อนไขที่เป็นการพันวิสัยนั่นเอง⁴ ดังนั้นเมื่อมีการเปรียบเทียบภายใต้หลักการของเงื่อนไขตามหลักนิติกรรมข้างต้นแล้วนั้น ในหนี้ในอนาคต กับหนี้ที่มีเงื่อนไข (บังคับก่อน) ย่อมเป็นกรณีเดียวกัน

จากการที่กล่าวมาในข้างต้นทั้งในส่วนความหมาย และแนวคำพิพากษา

⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ในการที่จะพิจารณาว่าเงื่อนไขใดนั้นไม่สามารถสำเร็จลงได้ หรือเป็นการพันวิสัย หากปรากฏโดยชัดเจนถึงเหตุดังกล่าวที่คู่สัญญานั้นทราบถึงการมีเหตุดังกล่าวแล้วนั้นกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการวินิจฉัยที่ง่ายว่า ไม่สามารถถือว่ามีเงื่อนไขนั้นๆ ได้ตามกฎหมาย แต่สำหรับกรณีที่เงื่อนไขดังกล่าวนั้น ในขณะที่กำหนดเงื่อนไข บังคับก่อนหรือหนี้ในอนาคตนั้น หากคู่สัญญาไม่ทราบหรือรู้ถึงเหตุของการที่เงื่อนไขนั้น ไม่สามารถสำเร็จลงได้แล้วนั้น กรณีดังกล่าวจึงน่าจะเป็นการถือเอา เงื่อนไขที่คู่สัญญากำหนดร่วมกันนั้นต้องพิจารณาไปตามหลักศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา และเมื่อมีการรู้ในภายหลังแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามหลักการสุจริตของคู่สัญญาที่เข้าผูกพันกันนั้น

เกี่ยวกับหนี้ในอนาคตนั้น ประเด็นสุดท้ายที่จะต้องมีการกล่าวถึงคือการสรุปแนวการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดให้แน่นอนซึ่งหนี้ในอนาคตนั้น ตามความเห็นของผู้เขียนนั้น การที่กำหนดหนี้ในอนาคตให้มีการประกันได้นั้นเป็นเรื่องที่น่าจะทำได้ในทุกๆกรณีไม่ว่าจะเป็นการค้ำประกันจำนอง หรือแม้แต่การจำนำ เนื่องมาจากด้วยสภาพโดยธรรมชาติของการประกันในสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น ควรจะมีลักษณะที่สอดคล้องกันไปในลักษณะเดียวกัน ยกเว้นแต่กรณีจากสภาพของหลักประกันนั้นจะไม่สามารถกระทำหรือให้หลักประกันในลักษณะประการนั้นได้ โดยหากพิจารณาสำหรับหนี้ในอนาคตในประเด็นนี้แล้วนั้น สภาพของหนี้ในอนาคตหาได้มีข้อจำกัดในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น จึงน่าจะมีการกำหนดลักษณะของมาตรา 681 วรรค 2 ในส่วนของการจำนำได้

ประการต่อมา คือ การสรุปขอบเขตของหนี้ในอนาคตนั้นสำหรับความคิดเห็นของผู้เขียนการกำหนดขอบเขตของหนี้ในอนาคตนั้น จะต้องเป็นการกำหนดในลักษณะของการให้มีลักษณะที่ปรับไปได้ตามสภาวะข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไป แต่อย่างไรก็ตามโดยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการประกันนั้น อันมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงควรมีการจำกัดขอบเขตในเรื่องดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญเพื่อมิให้เกิดข้อสัญญาที่เป็นภาระเกินควรแก่ผู้มีภาระในการประกันนั้นด้วย

(5.1.2.3) ความสัมพันธ์ระหว่างหนี้เดิม และหนี้ในอนาคต

แม้ตามมาตรา 681 วรรคสอง จะบัญญัติให้บุคคลสามารถทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตระหว่างกันได้ อย่างไรก็ตาม แม้ข้อสัญญาจะระบุให้ครอบคลุมหนี้ลักษณะใดๆ ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ก็ไม่ใช่ว่าหนี้ในอนาคตทุกกรณีจะถูกครอบคลุมโดยสัญญาประกันหนี้ดังกล่าว โดยจากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้น จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาจะพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก กล่าวคือ แม้สัญญาประกันหนี้จะระบุว่าเป็นการประกันหนี้ในอนาคต แต่หากเจตนาของคู่สัญญาเป็นเพียงการประกันหนี้เฉพาะราย ผู้ให้ประกันก็ย่อมไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบหนี้ส่วนอื่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1797/ 2549 สัญญาค้ำประกันที่โจทก์ทำให้ไว้แก่จำเลย ข้อ (1) ระบุว่า "ผู้ค้ำประกันยอมเข้าค้ำประกันหนี้สินทุกชนิดบรรดาที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. ได้เป็นหนี้ต่อธนาคารอยู่แล้วก่อนวันทำสัญญานี้ และหรือเป็นหนี้อยู่ในขณะทำสัญญานี้และรวมทั้งหนี้สินที่ลูกหนี้จะได้เป็นหนี้ต่อธนาคารหลังจากวันทำสัญญานี้เป็นต้นไป..." สัญญาค้ำประกัน

ดังกล่าวเป็นแบบฟอร์มของสัญญาสำเร็จรูปที่จำเลยทำขึ้นเพื่อใช้เป็นหนังสือค้ำประกันได้ทุกประเภท ข้อความในสัญญามีลักษณะเขียนครอบคลุมให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต ซึ่งอาจไม่ตรงกับเจตนาของคู่สัญญา เมื่อปรากฏว่าโจทก์มีเจตนาเพียงค้ำประกันหนี้ที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. ขอให้จำเลยออกหนังสือค้ำประกันการยื่นซองประกวดราคา ก่อสร้างหรือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาก่อสร้างเท่านั้น มิได้มีเจตนาที่ค้ำประกันหนี้สินอย่างอื่นที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. มีต่อจำเลย การที่จำเลยนำเงินฝากประจำของโจทก์ไปหักชำระหนี้เงินกู้ และหนี้เบิกเงินเกินบัญชีของห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. จึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5720/2533 จำเลยที่ 1 เข้าทำงานเป็นพนักงานของโจทก์ ในตำแหน่งพนักงานรักษาความปลอดภัย โดยมีจำเลยที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกันตามสัญญาค้ำประกันซึ่งมีข้อความว่า "เมื่อจำเลยที่ 1 ได้เข้าทำงานในธนาคารแล้ว ภายหลังได้หลบหนีหายไป หรือได้ออก โกง ยักยอก หรือทำให้ธนาคารได้รับความเสียหาย หรือสูญเสียทรัพย์สินไม่ว่าด้วยประการใด ๆ จำเลยที่ 2 ตกลงชดใช้เงินให้แก่ธนาคาร" ตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวนี้ย่อมหมายถึงความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันเกิดจากการทำงานในหน้าที่ของจำเลยที่ 1 เท่านั้น เมื่อจำเลยที่ 1 เป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย มีหน้าที่ดูแลความสงบและความปลอดภัยภายในธนาคาร ไม่มีหน้าที่เกี่ยวกับการเงิน ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 หลอกลวงให้ลูกค้ำของโจทก์ลงชื่อในใบถอนเงินและเป็นผู้ถอนเงินไป ก็เป็นการกระทำส่วนตัวของจำเลยที่ 1 เอง ไม่ใช่การกระทำในตำแหน่งหน้าที่ของพนักงานรักษาความปลอดภัย จำเลยที่ 2 ในฐานะผู้ค้ำประกันจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศาลจะตีความสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก โดยหากหนี้ในอนาคตที่เกิดขึ้นนั้น อยู่เกินความคาดหมายของผู้ให้ประกันแล้ว ผู้ให้ประกันย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งหลักการนี้ก็คล้ายคลึงกับหลักเจตนากรรมของคู่สัญญา หรือหลักความเกี่ยวเนื่องกันของหนี้ ของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังได้กล่าวข้างต้น ซึ่งจะให้ผู้ให้ประกันรับผิดชอบในหนี้เพียงเท่าที่มีความเกี่ยวข้องกับหนี้เดิมหรือหนี้แรกเท่านั้น

5.2 ปัญหาการจำนำเพื่อประกันหนี้ในอนาคต

ปัญหาเกี่ยวกับการจำนำเพื่อประกันหนี้ในอนาคตนั้น สามารถพิจารณาประเด็นดังกล่าว โดยแยกออกเป็นเรื่องๆ ได้ดังต่อไปนี้

5.2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการจำนำเพื่อหนี้ในอนาคต

5.2.2 ข้อพิจารณาในผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำนำเพื่อหนี้นอกระบบ

ซึ่งประเด็นการพิจารณาที่ได้ระบุไว้ข้างต้นนั้นจะเป็นขอบเขตการพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ภายใต้กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีอยู่

5.2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการจำนำเพื่อหนี้นอกระบบ

ประเด็นที่กล่าวมาข้างต้นที่ว่า “การจำนำเพื่อหนี้นอกระบบสามารถมีได้หรือไม่” นั้น ประการสำคัญ คือ การพิจารณาตามข้อเท็จจริงอันได้เกิดขึ้นตามคำพิพากษา โดยการวิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลฎีกา อันส่งผลและสร้างความเข้าใจถึงการตีความ และการปรับใช้กฎหมายของศาลในปัจจุบันว่าอยู่ในทิศทางใด แม้ว่าตามระบบกฎหมายของประเทศไทยจะเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Code Law System) ที่ยึดถือหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่คำพิพากษาศาลฎีกาก็อาจเป็นตัววิเคราะห์ให้เห็นถึงการตีความกฎหมายในการจำนำเพื่อหนี้นอกระบบว่ามีหลักการตีความอย่างไร

การจำนำใบรับฝากเงินนั้นไม่ใช่การจำนำตราสาร ตามมาตรา 750 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการจำนำต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “ผู้รับจำนำ” เพื่อการประกันการชำระหนี้ตามสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากเงินฝากประจำนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของอีกฝ่ายหนึ่งแล้วนั้น จึงไม่ใช่การส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายผู้ฝากเงินนั้นคงมีสิทธิเฉพาะการถอนเงินคืนตามจำนวน และอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่คืนเงินจำนวนดังกล่าวตามกฎหมายว่าด้วยการฝากเงิน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 450/2536 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 ในการจำนำผู้จำนำจะต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้แม้จำเลยจะสลักหลังจำนำใบรับฝากเงินประจำและยินยอมให้ผู้ร้อง นำเงินจำนวน 1,396,774.06 บาท ที่ฝากไว้ตามใบรับฝากเงินประจำของจำเลยเป็นประกันหนี้ที่ค้างชำระต่อผู้ร้อง แต่เงินฝากประจำจำนวนดังกล่าวที่จำเลยฝากไว้กับผู้ร้องนั้น ย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องมาตั้งแต่มีการฝากเงินแล้ว จำเลยผู้ฝากคงมีเพียงสิทธิที่จะถอนเงินที่ฝากไปได้ และผู้ร้อง คงมีหน้าที่ต้องคืนเงินให้ครบจำนวนที่ขอถอนเท่านั้นจึงมิใช่การส่งมอบสังหาริมทรัพย์ของจำเลยให้แก่ผู้ร้องตามลักษณะจำนำแต่อย่างใด ผู้ร้องจึงหาสิทธิเหนือทรัพย์สิน ของจำเลย ในทางจำนำหรือมีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำไม่ ผู้ร้องจึงมิใช่เจ้าหนี้นี้มีประกัน

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 6

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3293/2545 เงินฝากของลูกหนี้ที่ฝากไว้กับธนาคารผู้ร้อง ย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องตั้งแต่วันที่มีการฝากเงิน ลูกหนี้มีสิทธิที่จะถอนเงินที่ฝากไปได้ ผู้ร้อง คงมีหน้าที่ต้องคืนเงินให้ครบจำนวนเท่านั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 672 การ ส่งมอบสมุดเงินฝากจึงมิใช่เป็นการส่งมอบเงินฝากซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ สมุดเงินฝากเป็นเพียง หลักฐานการรับฝากและถอนเงินที่ผู้รับฝากออกให้แก่ผู้ฝากยึดถือไว้เพื่อสะดวกในการฝากและถอน เงินในบัญชีของผู้ฝาก สมุดเงินฝากจึงไม่อยู่ในลักษณะของสิทธิซึ่งมีตราสารข้อตกลงที่ลูกหนี้มอบ สมุดเงินฝากให้ผู้ร้องยึดถือไว้เป็นประกันหนี้ต่อผู้ร้องจึงมิใช่เป็นการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสารตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ผู้ร้องจึงมิใช่เจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 6 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลายฯ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 78/2541 โจทก์มีสิทธิถอนเงินจากบัญชีเงินฝากประจำของ จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ โดยยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมตามสัญญาที่ เรียกชื่อว่าสัญญาจำนำสิทธิ จำนวน 500,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยมาชำระหนี้โจทก์ได้ทันทีเมื่อ จำเลยที่ 1 ผิดนัดชำระหนี้ เมื่อปรากฏจำเลยที่ 1 ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาผู้เบิกเงินเกินบัญชีให้เสร็จ สิ้นภายในวันที่ 18 พฤศจิกายน 2535 จำเลยที่ 1 ตกเป็นผู้ผิดนับแต่วันที่ 19 พฤศจิกายน 2535 โจทก์ชอบที่จะใช้สิทธิตามสัญญาดังกล่าวหักบัญชีเงินฝากประจำของจำเลยที่ 2 พร้อมดอกเบี้ย ชำระหนี้โจทก์นับแต่นั้น การที่โจทก์ปล่อยเวลาให้ล่วงเลยไปแล้วจึงค่อยหักเงินจากบัญชีเงินฝาก ประจำของจำเลยที่ 2 มาชำระหนี้ เป็นการไม่ถูกต้อง โจทก์จึงต้องใช้สิทธิตามสัญญาดังกล่าวตาม ข้อตกลงในสัญญานั้น

ข้อสังเกต ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 78/2541 ข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าสิทธิใน เงินฝากนั้นหาใช่ของผู้เป็นลูกหนี้ตามสัญญาหลัก แต่เป็นสิทธิในการไถ่ถอนเงินฝากประจำของ จำเลยที่ 2 การที่ศาลฎีกาใช้คำว่า “สัญญาจำนำสิทธิ” นั้นหาได้เป็นกรณีที่ศาลฎีกาจะเทียบเคียง หรือปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายในส่วนของการจำนำในเรื่องของการจำนำสิทธิอันมีตราสารไม่ เนื่องจากจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3293/2545 ที่วินิจฉัยว่า “สมุดเงินฝากไม่อยู่ในลักษณะของ สิทธิซึ่งมีตราสารข้อตกลงที่ลูกหนี้มอบสมุดเงินฝากให้ผู้ร้องยึดถือไว้เป็นประกันหนี้ต่อผู้ร้องจึง มิใช่เป็นการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750” ดังนั้น การจำนำสิทธิในการถอนเงินดังกล่าวตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 78/2541 จึงมีลักษณะเป็นข้อ สัญญาทั่วไปที่คู่สัญญาตกลงกัน โดยมีเงื่อนไขของการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 มาเป็น เงื่อนไขของสัญญาที่โจทก์สามารถอ้างสิทธิตามสัญญาเบิกถอนเงินของจำเลยที่ 2 ได้เท่านั้น

โดยหาใช่กรณีของการจำนำที่ต้องมีการบังคับกันตามกฎหมายในส่วนจำนำ โดยคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวมิได้ขัดแย้งกันแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3476/2540 แม้ตามข้อตกลงจะแสดงว่าธนาคาร โจทก์มี สิทธิและอำนาจหักถอนบัญชีนำเงินฝากประจำตามสมุดคู่ฝากเงินที่จำเลยจำนำไว้แก่โจทก์มาหัก กลบลดหนี้กับยอดเงินเบิกเกินบัญชีได้เมื่อใดก็ตามแต่สิทธิและอำนาจนี้โจทก์ต้องดำเนินการใน ระหว่างสัญญาผู้เบิกเงินเกินบัญชีมีผลใช้บังคับเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏตามการนัดบัญชีกระแสรายวัน ว่าไม่มีรายการเดินสะพัดทางบัญชีอันจะเป็นหลักฐานว่าโจทก์ยอมให้จำเลยเบิกเงินเกินบัญชีต่อไป อีกนับแต่วันสิ้นสุดของสัญญาผู้เบิกเงินเกินบัญชีในวันที่5พฤศจิกายน2534ทั้งสมุดเงินฝากประจำ ก็ปิดบัญชีแล้วในวันที่11กันยายน2534คงมีแต่จำเลยได้นำเงินบัญชีเพื่อหักถอนหนี้ตามยอดเงินที่ ค้างชำระในวันที่8พฤษภาคม2535จำนวน353,997.70บาทเท่านั้นหาเป็นการเดินสะพัดทางบัญชีแต่ อย่างไม่ได้ ไม่แสดงว่าโจทก์ไม่ประสงค์จะเดินสะพัดทางบัญชีกับจำเลยอีก สัญญาผู้เบิกเงินเกิน บัญชีจึงสิ้นสุดลงนับแต่วันที่5พฤศจิกายน2534เมื่อจำเลยไม่ชำระหนี้ โจทก์ชอบที่จะใช้สิทธินำเงิน ฝากประจำตามสมุดคู่ฝากเงินที่จำเลยจำนำไว้แก่โจทก์มาหักโอนชำระหนี้แก่โจทก์ทันทีหลังจาก นั้นหากจำเลยยังค้างชำระหนี้อยู่จำนวนเท่าใดโจทก์จึงมีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากจำนวนเงินดังกล่าว แบบไม่ทบต้นในอัตราร้อยละ19ต่อปีจนกว่าจะชำระเสร็จเท่านั้นหาใช่โจทก์จะใช้สิทธิและอำนาจ คิดดอกเบี้ยแบบไม่ทบต้นตามอำเภอใจเมื่อใดก็ได้

ข้อสังเกต จากการพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3293/2545 กับที่ 450/2536 ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น แม้ว่าจะไม่มีลักษณะสัญญาอันเป็นหนี้ในอนาคตก็ตาม แต่กรณีย่อมเป็นการ พิจารณาหลักกฎหมายตามที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า การจำนำใบรับฝากเงินหรือสมุดเงินฝากนั้น ไม่ใช่การจำนำอันมีตราสาร ตามมาตรา 750 แต่หากเป็นกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกา 78/2541 นั้นเป็น กรณีที่ตกลงให้มีการให้สิทธิผู้สัญญาในการหักเงินฝากในธนาคารของตนได้ โดยหาใช่ลักษณะ ของการจำนำแต่อย่างใด เมื่อมีการเทียบเคียงการพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว นั้น ย่อมเป็นกรณีที่อาจพิจารณาได้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3476/2540 กับที่ 78/2541 อันเป็น สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี โดยหากพิจารณาตามหลักของสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีแล้วนั้น หรือที่เรียก กันในสัญญาดังกล่าวในชื่อที่ว่า สัญญาโอดี (O.D.) นั้นเป็นลักษณะประการหนึ่งซึ่งชี้ให้เห็นถึง สัญญาอันเป็นลักษณะของหนี้ในอนาคต เนื่องจากลักษณะพื้นฐานของสัญญานั้นจะไม่ก่อให้เกิด หนี้ในขณะที่ทำสัญญานั้น โดยจะก่อให้เกิดหนี้ระหว่างคู่สัญญาหากคู่สัญญาเบิกเงินเกินบัญชีได้ใช้ สิทธิเบิกเงินเกินบัญชีนั่นไป

ตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3476/2540 นั้นคู่สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี ได้ให้สิทธิธนาคารในการเบิกเงินในบัญชีเงินฝากของตนหักกลบลดหนี้กับหนี้ในสัญญาเบิกเงิน

เกินบัญชีนั้นได้ โดยตามข้อเท็จจริงนั้นศาลฎีกาได้ระบุว่า “ตามข้อตกลงจะแสดงว่าธนาคารโจทก์ มีสิทธิและอำนาจหักทอนบัญชีนำเงินฝากประจำตามสมุดคู่ฝากเงินที่จำเลยจำนำไว้แก่โจทก์มาหัก กลบลดหนี้กับยอดเงินเบิกเกินบัญชีได้” หากพิจารณาตามหลักในคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับ ดังกล่าว อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยในประการที่ว่ามีการจำนำได้หรือไม่ แต่หากกรณีได้มีการพิจารณา ตามข้อเท็จจริงโดยละเอียดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวอีกว่า “เมื่อจำเลยไม่ชำระหนี้โจทก์ชอบ ที่จะใช้สิทธินำเงินฝากประจำตามสมุดคู่ฝากเงินที่จำเลยจำนำไว้แก่โจทก์มาหักโอนชำระหนี้แก่ โจทก์ทันที” เมื่อพิจารณาเช่นนี้แล้วย่อมเห็นได้ว่าลักษณะของสัญญาในการให้หักเงินจากบัญชี เงินฝากได้นั้นเป็นกรณีเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 78/2541 ที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั่นเอง โดยตามหลักในคำพิพากษาศาลฎีกานั้นคงเป็นการให้มีการหักกลบลดหนี้อันเป็นเงื่อนไขใน สัญญาประการหนึ่งเท่านั้นที่คู่สัญญากำหนดไว้เป็นหลักประกันตามสัญญาทั่วไป โดยหาใช่ ลักษณะของสัญญาจำนำตามความหมายในลักษณะจำนำตราสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์แต่อย่างใด

5.2.2 ข้อพิจารณาในผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำนำเพื่อหนีในอนาคต

จากที่กล่าวมาข้างต้นในข้อ 1.3 นั้น ได้กล่าวถึงลักษณะของการจำนำสิทธิในการ ถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ โดยมีการเรียกชื่อสัญญาดังกล่าวว่า “สัญญาจำนำสิทธิ” แต่ปรากฏผลทางกฎหมายในคำพิพากษาศาลฎีกาว่าหาใช่ลักษณะของการ จำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่นั้น หาใช่ข้อสรุปที่ว่า การจำนำในสัญญาหลักที่มี การกำหนดหนีในอนาคตนั้นไม่สามารถมีขึ้นได้แต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากนอกเหนือไปจาก ลักษณะของสัญญาจำนำ และการพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาจำนำนั้น มีกรณีทั่วไปที่ นอกเหนือไปจากการจำนำสิทธิอันมีตราสารอันเป็นรูปแบบเฉพาะที่มีการกล่าวไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

ในปัจจุบัน นอกเหนือไปจากการที่มีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น สัญญาที่มีการประกันการชำระหนี้ในอนาคตมิได้ในส่วนคำประกัน และ การจำนองที่กฎหมายให้สิทธิทำการดังกล่าวได้อย่างชัดเจน แต่การจำนำนั้นแม้จะมีการให้ หลักประกันประเภทดังกล่าวเกิดขึ้นในสัญญา ก็มีการพบกับปัญหาที่ว่า ไม่มีกฎหมายกำหนดชัดแจ้งเช่นการจำนำประกัน และการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ลักษณะ ของการจำนำในสัญญาที่มีการกำหนดหนีในอนาคตนั้น สามารถพิจารณาจากตัวอย่างได้ ดังต่อไปนี้ เช่น ในสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างมักมีการกำหนดให้ลูกจ้างผู้จะเข้าทำงานกับตนนั้น ต้องมีการดำเนินการให้หลักประกัน เพื่อเป็นหลักในการรับรองว่าลูกจ้างนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความ

เสียหายโดยประการใดๆแก่นายจ้างในการทำงานของลูกจ้างนั้น โดยการให้หลักประกันนั้นอาจมีลักษณะของการให้หลักประกันที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในทรัพย์สินอันจะเป็นหลักประกัน แต่อย่างไรก็ตาม หากกรณีหลักประกันดังกล่าวเป็นลักษณะของสังหาริมทรัพย์ที่ลูกจ้างได้ส่งมอบให้แก่ นายจ้างตามลักษณะของสัญญาจำนำที่มีบทนิยามลักษณะของสัญญาจำนำไว้ในมาตรา 747⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออีกกรณีหนึ่ง คือ การที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญาบัญชีเดินสะพัด หรือสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี แล้วมีการให้หลักประกันในลักษณะของตราสาร หรือรูปแบบของสังหาริมทรัพย์อื่นใด เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ตามสัญญาบัญชีเดินสะพัด อันเป็นสัญญาที่มีหนี้ในอนาคตทั้งนั้น กรณีการให้ตราสารและสังหาริมทรัพย์ของคู่สัญญาดังกล่าวนั้น เป็นกรณีที่มีปัญหาในประการที่ว่าสามารถปรับบทกฎหมายในส่วน of ลักษณะจำนำได้หรือไม่นั่นเอง

หากพิจารณาจากสภาพปัญหาที่กล่าวมาในข้างต้น ย่อมอาจกล่าวได้ว่าเป็นปัญหาในส่วนของการตีความและการปรับใช้กฎหมาย อันการตีความและการปรับใช้กฎหมายนั้น หากพิจารณาตามวิธีการและแนวปฏิบัติตามกฎหมายที่มีการนิยามใช้กันนั้นสามารถพิจารณาได้ คือ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรก “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆแห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ”

จากการพิจารณาตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายนั้น ย่อมอาจแยกกรณีการตีความกฎหมายออกได้โดยมีหลักเกณฑ์ 2 ประการ ได้แก่

(1) การตีความตามตัวอักษร⁶ ให้ยังทราบความหมายจากตัวอักษรของกฎหมายนั่นเอง โดยลักษณะประการแรกของการตีความกฎหมายนั้น คือ การตีความตามตัวอักษร ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายนั้นที่ต้องการให้มีการตีความ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการตีความเพื่อ

⁵ มาตรา 747 อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

⁶ ให้ยังทราบความหมายจากตัวอักษรของกฎหมายนั่นเอง แยกเป็น

1. ในกรณีที่บทกฎหมายใช้ภาษาธรรมดา ก็ต้องเข้าใจว่ามีความหมายอย่างธรรมดา
2. ในกรณีที่บทกฎหมายใช้ภาษาเทคนิคหรือภาษาวิชาการ ก็ต้องเข้าใจความหมายตามที่เข้าใจกันในทางเทคนิคหรือวิชาการนั้น เช่น “โมฆะ”
3. ในกรณีที่บทกฎหมายประสงค์จะให้ถ้อยคำบางคำมีความหมายเป็นพิเศษ ไปกว่าที่เข้าใจกันอยู่ในภาษาธรรมดาหรือภาษาเทคนิค กฎหมายจะกำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามไว้ แต่บทนิยามของกฎหมายฉบับใดก็ใช้ได้เฉพาะกฎหมายฉบับนั้นเท่านั้น และประโยชน์อีกอย่างหนึ่ง คือ เพื่อให้เป็นคำย่อของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ในการปรับใช้กฎหมายว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้นต้องมีการปรับใช้ในประการลักษณะเช่นใดโดยมุ่งที่พิจารณาจากตัวอักษรเป็นหลัก

(2) การตีความตามเจตนารมณ์⁷ หมายความว่า การหยั่งทราบความหมายของถ้อยคำในบทกฎหมายจากเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นๆ

สำหรับกรณีที่สอง หรือการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเป็นการพิจารณาจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เป็นลักษณะการตีความที่แตกต่างไปจากกรณีการตีความตามตัวอักษร เนื่องจากการตีความตามเจตนารมณ์นั้น เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ทั้งในส่วนการบัญญัติกฎหมาย และเจตนารมณ์ในการใช้กฎหมายฉบับนั้นๆว่าเป็นไปตามลักษณะและเจตนารมณ์การปรับใช้กฎหมายในลักษณะใด

จากการที่กล่าวมานั้นเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับหลักการของการตีความกฎหมายที่มีใช้และเป็นที่ยอมรับในการตีความกฎหมายของกฎหมายไทย กล่าวคือ ในการวิเคราะห์และพิจารณาว่า การจํานำในสัญญาที่มีหนี้ในอนาคตนั้นสามารถมีในระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่นั้น เนื่องจากที่ได้กล่าวมาข้างต้นที่ว่า ไม่มีหลักกฎหมายในลักษณะจํานำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้ โดยในเรื่องของการให้หลักประกันเพื่อหนี้ออนาคตนั้นมีการกำหนดเพียงในค้ำประกันและจํานองดังเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ในการแสวงหาว่า ในเรื่องของบทบัญญัติในลักษณะจํานำสามารถมีเรื่องดังกล่าวได้หรือไม่ จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเข้ามาพิจารณาประกอบด้วย

โดยเนื่องจากหลักที่จะใช้ในการตีความกฎหมายนั้นมีหลักการที่สำคัญรองรับอยู่ 2 ประการดังกล่าวข้างต้น จึงต้องใช้หลักในการตีความตามความเหมาะสมในการพิจารณาและวิเคราะห์ในส่วนที่จะตอบสนองการใช้กฎหมายนั้นให้เป็นที่ตอบสนองต่อเจตนารมณ์ของการใช้กฎหมายและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญามากที่สุด ในส่วนของการตีความโดยอาศัยการตีความตามตัวอักษรนั้น การตีความดังกล่าวย่อมอาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่อาจไม่เหมาะสมกับการตีความปัญหาในส่วนนี้ เนื่องจากเหตุผลประการแรก คือ ตัวบทในส่วนของการประกันหนี้ออนาคตนในส่วนของจํานำนั้นไม่มีปรากฏอยู่ และเหตุผลประการที่สอง คือ การตีความโดยวิธีการตีความตาม

⁷ มี 2 ทฤษฎีค้นหาเจตนารมณ์ คือ

ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) ถือว่าจะค้นหาเจตนารมณ์กฎหมายจากเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายนั่นเอง

ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) เห็นว่าไม่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในทางประวัติศาสตร์ แต่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง

ตัวอักษรนั้นมุ่งพิจารณาเฉพาะตัวอักษรในการปรับใช้กฎหมายนั้น แม้จะมีการเทียบเคียงกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง⁸ โดยใช้หลักการอุดช่องว่างกฎหมายทางแพ่ง กล่าวคือ มีการเทียบเคียงบทบัญญัติในส่วนของคำประกันในมาตรา 681 วรรค 2 ที่ได้กำหนดในเรื่องของหนี้ในอนาคตมาใช้กับจำนำก็ตาม

แต่การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น เป็นกรณีการตีความโดยการหยั่งถึงเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายในฉบับต่างๆ กรณีปัญหาดังกล่าวนี้หากจะได้มีการดำเนินการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าสามารถมีรูปแบบการจำนำในสัญญาที่เป็นกรกำหนดหนี้ในอนาคตได้หรือไม่ นอกเหนือไปจากการพิจารณาตามตัวบทกฎหมายในส่วนที่เทียบเคียงอย่างมาตรา 681 วรรคสองในส่วนของการคำประกัน และมาตรา 707 ในส่วนของการจำนองนั้น การตีความค้นหาเจตนารมณ์เพื่อหยั่งทราบนั้นอาจต้องพิจารณาในทางที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการประกันชำระหนี้ทั้งในส่วนของการคำประกัน จำนอง จำนำนั้นประกอบด้วย โดยหากพิจารณาตามเงื่อนงำดังกล่าวแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าผลการตีความที่ออกมาจึงน่าจะเป็นการตอบสนองต่อการปรับใช้ หรือการบังคับใช้กฎหมายอันมีประสิทธิภาพมากกว่านั่นเอง

หากเป็นการพิจารณาตามส่วนของการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ซึ่งต้องมีการพิจารณาถึงหลักการของการประกันการชำระหนี้ภายใต้สัญญาหลัก และการที่กฎหมายกำหนดให้มีการประกันหนี้ในอนาคตในส่วนของการคำประกันและการจำนองนั้น (โดยหลักการดังกล่าวอาจพิจารณาโดยสังเขปได้ตามที่กล่าวในข้างต้นในข้อ 1.2 นั้น) โดยประเด็นหากพิจารณาตามส่วนของหลักการของการประกันการชำระหนี้ อันเป็นการรวมถึงการคำประกันจำนอง และจำนำนั้นย่อมเห็นได้ว่าปัจจัยที่กฎหมายประสงค์ให้มีการประกันในสัญญานั้นอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน คือ เป็นการประกันแก่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ในส่วนของการให้ความมั่นใจว่าจะได้รับการชำระหรือชดเชยหนี้คืนหากไม่มีการชำระหนี้ตามสัญญานั้นเอง ซึ่งรวมถึงส่วนของหนี้ในอนาคตด้วย (ซึ่งจะได้กล่าวถึงขอบเขตของหนี้ในอนาคตต่อไป) จะเห็นได้ว่าหาได้มีส่วนที่เป็นลักษณะเฉพาะของการประกันในประเภทของคำประกัน และการจำนองเท่านั้น ไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ การปรับใช้บทบัญญัติเรื่องจำนำในสัญญาที่มีหนี้ในอนาคตจึงเป็นกรณีที่สามารถกระทำได้โดยอาศัยพื้นฐานของหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา รวมตลอดทั้งการแสดงเจตนาดังกล่าวหาได้ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและ

⁸ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัย คดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

ศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด (แต่อย่างใดก็ตามในผลของการบังคับใช้ แม้ว่าจะมีการพิจารณาให้เห็นว่าสามารถใช้บังคับได้แล้ว แต่กรณีดังกล่าวอาจต้องพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอื่นๆด้วยอันจะได้กล่าวถึงต่อไป)

จากที่กล่าวมาในข้างต้นถึงการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันในสัญญานั้น เพื่อค้นหาความที่เกี่ยวข้องของหนี้ในอนาคตกับสัญญาหลักประกันประเภทจำนำที่ไม่มีการบัญญัติอย่างชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ย่อมเป็นการที่สามารถสรุปได้ว่า ตามความเห็นของผู้เขียนมีความเห็นว่า การจำนำในสัญญาเพื่อหนี้ในอนาคตนั้นสามารถมีขึ้นได้เช่นเดียวกับการค้ำประกันและจำนอง ในเรื่องดังกล่าวนี้ได้มีนักวิชาการกฎหมาย (รองศาสตราจารย์สุดา วิสฤตพิชญ์) ได้ให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าวไว้ว่า “แม้ในเรื่องจำนำจะไม่มีบทบัญญัติอย่างในมาตรา 681 มาใช้ก็ตาม หนี้ประเภทนี้ก็ต้องสมบูรณ์ เนื่องจากโดยหลักการของสัญญาหลักประกันซึ่งเป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ สัญญาหลักประกันย่อมไม่อาจสมบูรณ์ได้ หากปราศจากหนี้ประเภทที่สมบูรณ์” จากความเห็นดังกล่าวนี้ย่อมสามารถพิจารณาอนุมานได้ว่า กรณีสัญญาจำนำนั้น แม้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ ก็ต้องถือเสมือนว่าอนุโลมบทมาตรา 681 มาใช้บังคับแก่กรณีด้วย เป็นผลให้หนี้ประเภทนี้ในสัญญาจำนำนั้นต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ไปด้วย และเมื่อสัญญาจำนำเป็นหนี้ที่สมบูรณ์แล้วการพิจารณาว่าหนี้ในอนาคตหรือภายใต้เงื่อนไขประการใดประการหนึ่งนั้น ก็น่าจะเป็นกรณีที่สามารถเป็นผลได้เช่นเดียวกัน

5.3 ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาประกันหนี้ในอนาคต

ปัญหานี้เป็นประเด็นที่ต่อเนื่องมาจากประเด็นที่แล้ว คือ ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคต ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ในการวิเคราะห์และพิจารณาประเด็นปัญหานี้สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

5.3.1 หลักการและสภาพปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคต

5.3.2 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

5.3.3 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541

5.3.4 ข้อพิจารณาในผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตรับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541

การพิจารณาในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาให้เห็นถึงปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตรับโดยเฉพาะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาดังกล่าว โดยแยกพิจารณาเป็นข้อๆตามที่กล่าวไว้ข้างต้น

5.3.1 หลักการและสภาพปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคต

ในปัจจุบันสภาพของสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตมีรูปแบบที่พัฒนาขึ้นมาก กล่าวคือ ทั้งในรูปแบบของสัญญาทางการเงินที่ไม่ว่าจะเป็นของสถาบันการเงิน หรือที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน หรือแม้แต่ในสัญญาค้ำประกันการเข้าทำงานนั้นก็เป็นลักษณะประการหนึ่งของสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตรูปแบบหนึ่ง โดยในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่ารูปแบบของสัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าทำนั้นจะอยู่ในลักษณะของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปเสียเป็นส่วนใหญ่ โดยลักษณะของสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาสำเร็จรูป” นั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาที่คู่สัญญานั้นไม่สามารถเข้าทำการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญาในส่วนเงื่อนไข หรือเนื้อหาของสัญญานั้นต้องเข้าไปผูกพันอันก่อสิทธิและหน้าที่ตามสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวได้เลย จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่คู่สัญญานั้นหากต้องการเข้าทำสัญญาดังกล่าว ต้องตกอยู่ภายใต้สภาวะยอมรับหรือจำยอมในการเข้าทำสัญญาลักษณะดังกล่าวที่ถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวนั้นอาจมีลักษณะอันเป็นการส่งผลให้คู่สัญญาเสียเปรียบในทางด้านสิทธิและหน้าที่อยู่มากก็ตาม

หากพิจารณาถึงสาเหตุของการที่คู่สัญญานั้นจำเป็นต้องมีลักษณะของการผูกพันตนภายใต้สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นปัจจัยประการหนึ่งของการที่คู่สัญญานั้นไม่มีสิทธิโต้แย้ง จากสาเหตุของการที่อำนาจในการต่อรอง หรืออำนาจทางเศรษฐกิจในการเข้าทำสัญญานั้นอยู่ในสภาวะที่แตกต่างกันอย่างมากรุนแรงนั่นเอง ตลอดจนหากมองในมุมมองของผู้ประกอบการหรือคู่สัญญาในส่วนของเจ้าหนีภายใต้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนั้น

รูปแบบสัญญาในประเภทและลักษณะประการดังกล่าวอาจมองได้ว่าเป็นการง่ายต่อการใช้งาน เป็นมาตรฐานเดียวกัน และประหยัดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการเข้าทำสัญญาแต่ละฉบับที่อาจมีมากน้อยหากเขียนสัญญาเฉพาะราย ทั้งท้ายที่สุดยังสามารถมีเวลาในการไตร่ตรองในการกำหนดข้อสัญญาอันคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้เห็นว่าเป็นผลประโยชน์ต่อฝ่ายตนมากกว่าด้วย ซึ่งหากมีการพิจารณาในประการต่อมาที่ว่า รูปแบบหนึ่งของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนั้น คือ สัญญาที่มีลักษณะของหนี้ในอนาคตเป็นส่วนหนึ่งด้วย ไม่ว่าจะเป็นกรณีของสัญญาบัญชีเดินสะพัดของสถาบันการเงิน สัญญาค้ำประกันบุคคลเข้าทำงานนั้นย่อมเป็นสัญญาที่อาจจัดกลุ่มเป็นลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปได้เช่นกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นถึงสภาพและปัญหาของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคตนั้น ย่อมมีสภาพและปัญหาที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน โดยอาจกล่าวได้ว่า เป็นสภาพที่เกิดมาจากการบังคับตามกฎหมายของสัญญาสำเร็จรูปเหล่านั้นว่าสามารถบังคับได้หรือไม่และอยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายประการใด ซึ่งหากกรณีผลทางกฎหมายออกมาในทิศทางของการไม่สามารถบังคับได้นั้นย่อมส่งผลถึงสภาพของสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคตที่ตามมา หรือจากลักษณะพื้นฐานของสัญญาประกันดังกล่าวที่จะต้องอาศัยฐานของสัญญาหลัก หรือในที่นี้ คือสัญญาสำเร็จรูปนั่นเอง

5.3.2 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

จากลักษณะของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ถือได้ว่าเป็นลักษณะของสัญญาที่เป็น “สัญญาจำยอม” หรือลักษณะของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือฝ่ายลูกหนี้หนี้ไม่สามารถเจรจาเงื่อนไขภายใต้สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ได้กำหนดเงื่อนไขในสัญญาอันเป็นสิทธิและหน้าที่ทั้งสิ้นแล้วไว้ล่วงหน้า โดยทั้งนี้เนื่องจากสถานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่แตกต่างกัน โดยจากลักษณะดังกล่าวนั้น เป็นเรื่องที่แตกต่างกันไปจากข้อสันนิษฐานพื้นฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญา อันมีพื้นฐานความคิดสำคัญที่ว่า บุคคลที่เข้าทำสัญญานั้นต่างมีสิทธิที่เท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญาหนึ่งๆ และด้วยพื้นฐานความคิดของสัญญาในประการเช่นนี้ จึงเป็นส่วนหนึ่งที่สะท้อนให้เกิดหลักการพื้นฐานทางสัญญาที่สำคัญ คือ หลักศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

นั่นเอง โดยภายใต้หลักการดังกล่าวนี้รัฐไม่สามารถที่จะเข้าแทรกแซงการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของบุคคลที่เป็นคู่สัญญานั้นๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสถานะทางเศรษฐกิจ สังคมที่แปรเปลี่ยนไปทำให้หลักการของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา นั้น ที่สันนิษฐานว่าบุคคลเท่ากันในการเข้าทำสัญญานั้น ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงในบางบริบท และท้ายที่สุดก็ส่งผลให้สิทธิและหน้าที่ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดภายใต้หลักพื้นฐานดังกล่าว นั้น ส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาที่เสียเปรียบในทางสัญญาอันเกิดจากการไม่เท่าเทียมกันนั่นเอง

จากสาเหตุดังกล่าวนี้ ส่งผลให้เห็นนโยบายภาครัฐจำเป็นต้องเข้ามาปกป้องบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าในทางเศรษฐกิจในการเข้าทำสัญญานั้นไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบมากเกินไป รัฐจึงได้มีแนวนโยบายอันเป็นการแทรกแซงหลักการพื้นฐานเดิมของสัญญา คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ให้ถูกจำกัดลงในการมีผลในบางบริบทที่มีการเข้าทำสัญญาที่มีการเอาเปรียบกันมากเกินไปสมควร เพื่อเป็นการสะท้อนหลักการดังกล่าวของภาครัฐจึงได้มีการกำหนดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของฝ่ายลูกหนี้ที่ถูกเอาเปรียบภายใต้สัญญาสำเร็จรูปโดยมีการกำหนดการคุ้มครองโดยแยกออกเป็น 2 ลักษณะ⁹ กล่าวคือ

(5.3.2.1) คุ้มครองก่อนการทำสัญญา

สำหรับการคุ้มครองก่อนการทำสัญญานั้น ในปัจจุบันคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าทั้งในทางเศรษฐกิจ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ในการทำสัญญาจะได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ในส่วนของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาโดยมีกฎหมายกำหนดให้ธุรกิจบางประเภทจะต้องอยู่ภายใต้ความควบคุมในเรื่องของสัญญาเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรมจากสัญญา(ในส่วนนี้จะได้อีกต่อไป)

(5.3.2.2) คุ้มครองในขณะที่ทำสัญญาหรือเมื่อมีการทำสัญญาแล้ว

สำหรับการคุ้มครองเมื่อมีการทำสัญญาแล้วนั้น ในปัจจุบันได้รับการ

⁹ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์,รองศาสตราจารย์ ดร. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 14.สำนักพิมพ์วิญญูชน.กรุงเทพฯ :

คุ้มครองจากราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 อันมีลักษณะของการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าให้ไม่ต้องรับผลที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาเมื่อสัญญานั้นได้มีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาแล้วเป็นสำคัญ โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 อาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้เฉพาะสัญญาในบางประเภทเท่านั้น ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงจัดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทกฎหมายที่มีบทบัญญัติเฉพาะตายตัว¹⁰ และเนื่องจากประการสำคัญที่ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยด้วย ดังนั้น ผู้ที่มีความเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่สัญญาจึงไม่อาจจะตกลงจำกัดหรือยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าวได้ และบทบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องตีความโดยเคร่งครัดด้วย เนื่องจากการที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะ และเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมตลอดถึงส่งผลถึงการมีผลของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวด้วย

จากที่ได้กล่าวในข้างต้นแล้วว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเฉพาะรวมตลอดถึงมีการบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดในสัญญาบางประเภทเท่านั้น ด้วยเหตุนี้การพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญที่จะบ่งบอกให้เห็นถึงขอบเขตของการใช้กฎหมายฉบับนี้ได้อีกประการหนึ่ง กล่าวคือ¹¹

- (1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตาม

มาตรา 4

- (2) สัญญาสำเร็จรูป ตามมาตรา 4

¹⁰ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์,รองศาสตราจารย์ ดร. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 14.สำนักพิมพ์วิญญูชน.กรุงเทพฯ : 2552

¹¹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์,รองศาสตราจารย์ ดร. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 14.สำนักพิมพ์วิญญูชน.กรุงเทพฯ : 2552

- (3) สัญญาขายฝากตามมาตรา 4
- (4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ...ตามมาตรา 5
- (5) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ...ตามมาตรา 6
- (6) ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 6
- (7) ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ตามมาตรา 8
- (8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9

หากพิจารณาตามขอบเขตของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯดังกล่าวกับรูปแบบของสัญญาที่มีการกำหนดในหน้าในอนาคตอันได้กล่าวมาข้างต้น อันรูปแบบของสัญญาที่เป็นหน้าในอนาคตดังกล่าวนี้มักจะปรากฏในรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ อย่างเช่น สัญญาบัญชีเดินสะพัดของสถาบันการเงิน และสัญญาสำเร็จรูปในรูปแบบต่างๆ เช่น สัญญาค้าประกันบุคคลเข้าทำงานที่มักจะมีรูปแบบออกมาเป็นสัญญามาตรฐาน ที่มีความสลับซับซ้อนเสียอย่างมาก ตลอดจนคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าที่จำต้องเข้าทำสัญญาในรูปแบบดังกล่าวยังไม่สามารถต่อรองหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้

จากการวิเคราะห์รูปแบบของสัญญาที่มีหน้าในอนาคตนั้น มักจะพบในรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ และสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งหากพิจารณาตามผลแล้วในส่วนของพระราชบัญญัตินั้นจะเป็นไปตามมาตรา 4¹² แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายได้กำหนดให้อำนาจศาลในการปรับลดส่วนของข้อสัญญาส่วนที่ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าสมควร โดยให้มีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการกำหนดในผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

¹² มาตรา 4 ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ทั้งในกรณีของสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ แต่การพิจารณาประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั้นยังมีข้อที่ต้องผ่านการพิสูจน์เกี่ยวกับความเป็นสัญญาสำเร็จรูปนั้นหรือไม่ รวมทั้งประเด็นที่ว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมหรือไม่ ตามมาอีกด้วยก่อนที่จะพิจารณาในส่วนของผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นๆ ด้วยประเด็นปัญหาต่างๆที่จะตามมาได้ส่งผลให้มีบทบัญญัติของกฎหมายในพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาที่เป็นข้อสงสัยดังกล่าว โดยมีการกำหนดขึ้นเป็นมาตรา 4 วรรคสองที่ว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น” หรือกล่าวคือ จากบทบัญญัตินี้จะส่งผลให้กรณีที่มีความสงสัยนั้นกฎหมายให้มีการตีความซึ่งเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายที่อ่อนแอกว่านั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ข้อที่ต้องให้จุดที่เน้นย้ำในการใช้บทบัญญัติในการตีความในส่วนนี้ได้ คือ ต้องปรากฏว่า “มีข้อสงสัย” เท่านั้น

อนึ่ง แม้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่ช่วยคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าไม่ให้ถูกเอาเปรียบโดยข้อสัญญาโดยคู่สัญญาที่มีฐานะทางเศรษฐกิจ ตลอดจนมีความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ที่มากกว่าในการทำสัญญานั้น จะเป็นข้อกฎหมายที่ส่งผลดีต่อสภาพสังคมไม่ให้มีการเอาเปรียบกันและกัน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมนั้น แต่หากพิจารณาในมุมมองที่กลับกันแล้วนั้น การที่รัฐเข้ามาแทรกแซงการแสดงเจตนาของเอกชนในการเข้าทำสัญญาที่เดิมนั้น ได้ยึดหลักที่ว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” นั้น แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าบทสันนิษฐานอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันนั้นก็ตาม แต่ด้วยหากการใช้บทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มากเกินไปนั้นย่อมจะส่งผลให้ฝ่ายที่อ่อนแอในการเข้าทำสัญญานั้นไม่ปกป้องสิทธิของตนในการเข้าทำสัญญา หรืออาจส่งผลให้ขาดความระมัดระวังในการเข้าทำสัญญานั้นไปได้ ด้วยการเห็นว่ามีกฎหมายอันฝ่ายรัฐนั้นให้ความคุ้มครองด้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่แล้ว ด้วยเหตุประการนี้ การใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงควรพิจารณาควบคู่ไปกับบทสันนิษฐานที่ว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” อย่างมีจุดที่พิจารณาแยกย่อยอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อความเป็นไปในการทำสัญญาในทางด้านการเจริญ

ทางด้านตลาดและทางสังคมที่ต่างกันไปด้วยกันได้นั้นเอง¹³

5.3.3 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541

เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวส่วนหนึ่งนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทางด้านสัญญาให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าทางด้านเศรษฐกิจ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ในการเข้าทำสัญญา โดยรูปแบบของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นั้นมีความแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นั้นเป็นการมุ่งเน้นการคุ้มครองในส่วนก่อนการเข้าทำสัญญา กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบ หรือมาตรการในการป้องปรามสัญญาที่มีการกำหนดเงื่อนไขที่มีข้อความ หรือส่วนที่ไม่เป็นธรรมไม่ให้เกิดขึ้นในข้อสัญญา อันจะได้เป็นส่วนในการยับยั้งไม่ให้เกิดการแก้ไขข้อผิดพลาด หรือเป็นส่วนที่จะได้ไม่ต้องแก้ปัญหที่เกิดขึ้นในภายหลัง หรือภายหลังจากการที่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าเกิดผลกระทบขึ้นมาแล้วจึงจะมาเยียวยาแก้กันภายหลัง ซึ่งการแก้ในภายหลังนั้นย่อมส่งผลต่อความไม่แน่นอนของสัญญารวมตลอดทั้งปัญหาที่มีในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น กฎหมายย่อมไม่สามารถที่จะกำหนดได้ว่าประเด็นข้อสัญญาใดนั้นไม่เป็นธรรม อันจะเป็นข้อเสี่ยงทั้งทางด้านธุรกิจ และบุคคลต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆด้วย

ด้วยเหตุที่กล่าวมาในข้างต้นของเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นั้น ส่งผลให้รูปแบบของการออกแบบกฎหมายเพื่อให้ตอบสนองต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวออกมาในรูปแบบของการใช้ หรือการกำหนดควบคุมข้อสัญญาบางประเภท หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นรูปแบบของกฎหมายเฉพาะที่เป็นการมอบหมายอำนาจให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค นั้นสามารถประกาศควบคุมสัญญาในธุรกิจที่คณะกรรมการเห็นว่ามีกำหนด หรือทางปฏิบัติในข้อสัญญาเงื่อนไขของธุรกิจประเภทนั้นมีส่วนที่อาจไม่เป็นธรรมจึงต้องมีการควบคุม ด้วยเหตุที่กฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในการออก

¹³ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์,รองศาสตราจารย์ ดร. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 14.สำนักพิมพ์วิญญูชน.กรุงเทพฯ : 2552

ประกาศกำหนดให้ธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ดังนั้น รูปแบบของกฎหมายจึงเป็นกรณีที่ใช้เฉพาะธุรกิจที่มีการควบคุมสัญญาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนี้หาได้มีลักษณะของการกำหนดประเภทสัญญาไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯดังที่กล่าวมาข้างต้นแต่ประการใดไม่

การทำความเข้าใจในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 อันเกี่ยวกับการควบคุมสัญญาที่มีความสัมพันธ์เช่นไรกับการเข้าทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นจุดที่พึงต้องพิจารณา ได้แก่

ประการแรก คือ การเกิดขึ้นของสัญญา แม้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในขั้นตอนก่อนเข้าทำสัญญาก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากการเกิดขึ้นของสัญญาหนึ่งสัญญานั้นยังต้องอาศัยหลักการพื้นฐานทั่วไปของนิติกรรมที่ว่าต้องมีบุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาเข้าผูกนิติสัมพันธ์ในการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิอยู่เหมือนเดิม แต่ส่วนของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนี้เป็นเพียงตัวกำหนดเงื่อนไข หรือจำกัดการแสดงเจตนาในบางกรณีของกลุ่มสัญญาให้อยู่ภายใต้การแสดงเจตนาก่อให้เกิดสัญญาภายใต้เงื่อนไข หรือข้อกำหนดของการควบคุมสัญญานั้นๆ ที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศกำหนด ดังนั้น ในส่วนของการเกิดขึ้นของสัญญานั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหาได้มีส่วนสำคัญในการเกิดขึ้นของสัญญาที่แปรเปลี่ยนไปจากเดิมแต่อย่างใด

ประการที่สอง คือ ความสมบูรณ์ของสัญญาและความเป็นผลของสัญญา กล่าวคือ เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นั้นได้ให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในการออกประกาศควบคุมสัญญา โดยภายใต้ประกาศที่ออกควบคุมสัญญาดังกล่าวนั้น จะมีการกำหนดสัญญาแบบเป็นสัญญาควบคุม โดยผู้ประกอบการธุรกิจหรือคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญานั้นจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขให้เป็นไปตามประกาศที่คณะกรรมการดังกล่าวกำหนดไว้

โดยปกตินั้นหากในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาว่าจะใช้บังคับได้หรือไม่

นั้น ปัจจัยหนึ่งที่มีมักจะกล่าวถึง คือ สัญญานั้นต้องไม่ขัดต่อบทกฎหมาย (มาตรา 150) โดยกรณีนี้ หากความเข้าใจทั่วไป หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะสิ้นไปไม่มีผล บังคับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ของสัญญานั้นภายใต้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฉบับดังกล่าวนี้ได้มีการบัญญัติผลของการไม่กระทำหรือการไม่ กำหนดเงื่อนไขในสัญญาของตนให้เป็นไปตามประกาศหรือเป็นไปตามส่วนของตนเอง โดยไม่ได้ ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ประการใด กล่าวคือ ตามมาตรา 35 ตรี¹⁴ และ มาตรา 35 จัตวา¹⁵ ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามประกาศของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ว่า ในกรณีที่ไม่ได้มีการเขียนถึงข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในสัญญา หรือกรณีที่มีการเขียนไว้ใน ข้อสัญญานั้นแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดโดยคณะกรรมการก็ให้ถือเอาประกาศนั้นเป็น ส่วนหนึ่งของข้อสัญญา รวมทั้งกรณีกลับกันของผล กล่าวคือ หากคณะกรรมการประกาศไม่ให้มีข้อ สัญญาใด แต่ในสัญญานั้นกลับมี ตามผลที่กำหนดกล่าวไว้ว่าให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น(ตาม แนวความคิดของรองศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์¹⁶ได้กล่าวในหนังสือคำอธิบาย กฎหมายนิติกรรม-สัญญา โดยเรียกกรณีดังกล่าวว่า “เป็นส่วนเสริมของสัญญาด้วยบทบัญญัติของ กฎหมาย อันไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์แต่ประการใด”) และจากความสมบูรณ์ของสัญญา ดังกล่าวนี้เองที่ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ปฏิบัติตามประกาศนั้น ก็หาได้มีผลหรือบงกชบังคับจากการฝ่าฝืนอัน ส่งผลให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะไม่ ความเป็นผลของสัญญาจึงมีอยู่ตามเดิม โดยหาได้รับผลกระทบ จากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามดังกล่าว และไม่ส่งผลประการต่อมา คือ คู่สัญญาไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะ เดิม แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนั้นยังคงมีช่องว่างของ กฎหมายอันไม่ครบถ้วนในผลของสัญญาที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามประกาศของคณะกรรมการฯ อยู่ กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่สัญญานั้นไม่ปฏิบัติตามประกาศนั้นได้มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือมี

¹⁴ มาตรา 35 ตรี บัญญัติว่า “เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใด โดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นตามมาตรา 35 ทวิแล้ว ถ้าสัญญานั้น ไม่ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาหรือใช้ข้อ สัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้นแล้วแต่กรณี”

¹⁵ มาตรา 35 จัตวา บัญญัติว่า “เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของผู้ประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใดตามมาตรา 35 ทวิแล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่น ว่านั้น”

การชำระหนี้ตามสัญญาขึ้นไปบางส่วนแล้วนั้น ผลของการบังคับให้เป็นไปตามประกาศนั้นจะถือว่าเป็นกรณีเช่นใด รวมตลอดทั้งหากให้มีผลให้เป็นไปตามมาตรา 35 ตรี และมาตรา 35 จัตวานั้นแล้ว ผลจากการที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะเป็นกรณีที่สามารถบังคับกันในกรณีใด โดยในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวคงอาจกล่าวได้ว่าต้องระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยทางศาล¹⁶

5.3.4 ข้อพิจารณาในผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ

ความสัมพันธ์ของการจำนำในสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นั้น ย่อมมีการพิจารณาควบคู่ไปกับสัญญาหลักที่เป็นฐานของสัญญาอุปกรณ์อย่างสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคต เนื่องจากประเด็นในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นกับฝ่ายที่อ่อนแอกว่านั้นมักจะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในสัญญาประธานมากกว่าในส่วนของสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคต ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาประการแรกนั้นจะเป็นการกล่าวถึงสัญญาประธานกับพระราชบัญญัติทั้ง 2 ส่วน กล่าวคือ

ประการแรก คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 จากการที่กล่าวข้างต้นถึงเจตนารมณ์และลักษณะภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมานั้น เป็นกรณีของการควบคุมสัญญาของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา อันสัญญาที่มีการควบคุมนั้นต้องมีการกำหนดเงื่อนไขในข้อสัญญาให้เป็นไปตามประกาศที่กำหนดไว้ โดยหากจะพิจารณาในส่วนดังกล่าวนี้กับสัญญาที่มีหนีในอนาคต อย่างสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีของสถาบันการเงิน หรือสัญญาค้ำประกันบุคคลเข้าทำงานนั้นปัจจุบันยังไม่มีมีการประกาศกำหนดให้เป็นธุรกิจ หรือสัญญาที่ต้องมีการกำหนดควบคุมไว้ นอกจากนี้หากจะพิจารณาในส่วนของการให้หลักประกันในสัญญานั้นปัจจุบันการพิจารณาถึงการให้หลักประกันในสัญญาประเภทอื่นๆ เช่นสัญญาเช่าซื้อที่มีการวางหลักประกันไว้ว่ากรณีของการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาเกี่ยวกับการให้หรือวางหลักประกันนั้นเป็นกรณีที่กำหนดได้ในลักษณะประการใด ดังนั้น ในรูปแบบของสัญญาประกันเพื่อหนีในอนาคตนั้นจึงอาจจำเป็นที่จะต้องพิจารณาในเชิงเทียบเคียงกับประเด็นตัวอย่างสัญญาที่มีการประกาศควบคุมสัญญาว่าควรมีการ

¹⁶ สุขุม สุภนิตย์, ร่องศาสตราจารย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการตลาด, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ :2547

กำหนดในรูปแบบลักษณะ ตลอดจนเงื่อนไขในการให้ประกันการชำระหนี้ประการใด

ประการที่สอง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีเจตนารมณ์และลักษณะของการควบคุมสัญญาตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไว้ แม้ว่าการกระทำลักษณะของสัญญาที่เกี่ยวกับหนี้ในอนาคตนั้นจะเข้าลักษณะประการหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในส่วนของสัญญาเกี่ยวกับผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ กับส่วนของสัญญาสำเร็จรูปนั้นก็ตาม แต่การพิจารณาว่าข้อสัญญาในสัญญาหลัก (สัญญาที่เกี่ยวกับหนี้ในอนาคค เช่น สัญญาบัญชีเดินสะพัดนั้น) มีข้อสัญญาใดที่เข้าลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ นั้น ก็เป็นกรณีที่ต้องวินิจฉัยตามสภาพของเงื่อนไขของข้อสัญญานั้นๆ เป็นรายข้อสัญญาไปว่าเป็นการก่อให้เกิดภาระเกินสมควร หรือจะเป็นการขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นในตลาดหรือไม่ เป็นต้น ดังนี้ ข้อสัญญาในส่วนเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้อื่นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่เกี่ยวกับหนี้ในอนาคตนั้น จึงต้องพิจารณาบนหลักพื้นฐานดังกล่าวเช่นเดียวกัน

การพิจารณาในส่วนผลของสัญญาที่เกี่ยวกับหนี้ในอนาคคที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติดังกล่าว กับข้อสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคคในสัญญานั้น จะเป็นที่เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติทั้งสองนั้นยังคงอยู่บนพื้นฐานของหลักศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ดังนั้น หากข้อสัญญาในสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคคไม่เข้าลักษณะที่เรียกว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ข้อสัญญาในสัญญาประกันเพื่อหนี้ในอนาคคดังกล่าวย่อมสามารถบังคับใช้ได้ โดยเป็นการพิจารณาแยกเป็นเอกเทศเป็นรายข้อสัญญานั้นๆ ไป

ทั้งนี้ เคยปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาประกันหนี้ในอนาคคในประเด็นเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552 ข้อตกลงในสัญญาให้ทุนฝึกอบรมต่างประเทศที่กำหนดให้จำเลยที่ 1 ต้องกลับมาทำงานกับโจทก์เป็นเวลา 3 ปี มิฉะนั้นต้องเสียเบี้ยปรับ 3 เท่า ของจำนวนค่าใช้จ่ายที่จำเลยที่ 1 จะต้องชดใช้คืนพร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปีนั้น จำเลยที่ 1 สามารถจะเลือกเอาได้ว่า จะกลับมาทำงานกับโจทก์หรือชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนโจทก์พร้อมทั้งเสียเบี้ยปรับ 3 เท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน ข้อกำหนดเบี้ยปรับ 3 เท่า จึงไม่เป็น

ข้อกำหนดที่ทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ แต่โจทก์ส่งจำเลยที่ 1 ไปฝึกอบรมเพียง 14 วัน (รวมวันเดินทาง 2 วัน) โดยประมาณการค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรม 300,000 บาท โจทก์เสียค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมของจำเลยที่ 1 ไป 223,871.70 บาท ข้อกำหนดที่ให้จำเลยที่ 1 ต้องกลับมาทำงานกับโจทก์ในตำแหน่งและหน้าที่ที่โจทก์กำหนดเป็นเวลาถึง 3 ปี จึงทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ จึงให้มีผลบังคับได้เพียง 1 ปี เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 5 ส่วนอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปีนั้น เป็นอัตราดอกเบี้ยที่อยู่ในขอบเขตซึ่ง ป.พ.พ. มาตรา 654 บัญญัติไว้ และศาลแรงงานกลางได้ลดอัตราให้เหลือร้อยละ 7.5 ต่อปีแล้ว จึงไม่ทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6087/2550 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูปหรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ดังนั้น การจะพิจารณาว่าข้อตกลงในสัญญาหรือในสัญญาสำเร็จรูปนั้น เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าเป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากนั้นได้เปรียบผู้บริโภคหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ และในมาตรา 4 วรรคสาม ได้กำหนดข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อพิจารณาสัญญาค้ำประกันเอกสารหมาย จ.3 ซึ่งกำหนดให้จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบใช้หนี้แทนจำเลยที่ 1 ลูกหนี้โดยไม่ต้องทวงถามให้จำเลยที่ 1 ชำระหนี้ก่อน อันเป็นการกำหนดให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 อย่างลูกหนี้ร่วมตาม ป.พ.พ. มาตรา 291 ซึ่งตามมาตรา 691 กำหนดให้ผู้ค้ำประกันที่ต้องรับผิดชอบกับลูกหนี้ย่อมไม่มีสิทธิตามมาตรา 688, 689 และ 690 การที่ผู้ค้ำประกันไม่มีสิทธิตามมาตรา 688, 689 และ 690 ดังกล่าว จึงมิใช่การรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด มิได้เป็นผลให้จำเลยที่ 2 ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติประเพณีของสัญญาค้ำประกันแต่อย่างใด การกำหนดให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบตามกฎหมาย

จึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาดังกล่าวยังเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อตกลงให้ปรับเป็นจำนวน 3 เท่าของหนี้ หรือให้สละสิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมาย เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม เรื่องจากปัญหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั้น ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลสามารถวินิจฉัยได้แม้ไม่มีการว่ากล่าวกันมาก่อน ดังนั้น จึงอาจอนุมานจากคำพิพากษาดังกล่าวได้ว่า ข้อตกลงของสัญญาประกันหนี้เพื่อหนี้ในอนาคตนั้น ยังเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ และไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

5.4 สัญญาประกันหนี้หมุนเวียนกับสถาบันการเงิน จะถือว่าหนี้ที่ประกันระงับสิ้นสุดเมื่อใด

เนื่องจาก มาตรา 698 , มาตรา 747 และมาตรา 769 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เขียนฟ้องกันว่าเมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นลง สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ ซึ่งเป็นหนี้อุปกรณย่อยระงับสิ้นลงด้วย ปัญหาคือหากหนี้ที่ประกันเป็นหนี้สินหมุนเวียน (Revolving Credit) ที่สถาบันการเงินมีให้กับลูกค้าของตน ซึ่งหนี้สินหมุนเวียนเหล่านี้จะเกิดขึ้นเป็นครั้งคราวตามความจำเป็นของลูกค้าที่ต้องการใช้วงเงินสินเชื่อจากสถาบันการเงิน และมีลักษณะพิเศษคือเมื่อชำระหนี้ในคราวใดหมดแล้ว ก็สามารถก่อหนี้ขึ้นได้อีกเรื่อยไป จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นกรณีที่หนี้ประกันซึ่งประกันนั้นระงับสิ้นลง อันจะทำให้หนี้ตามสัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ ซึ่งเป็นหนี้อุปกรณย่อยระงับสิ้นลงด้วย

หนี้สินหมุนเวียนที่สถาบันการเงินมีให้กับลูกค้า ได้แก่ หนี้เงินกู้เบิกเกินบัญชี (หนี้ตามสัญญาบัญชีเดินสะพัด) หรือหนี้ตามเลตเตอร์ ออฟ เครดิต (L/C), หนี้ตามสัญญาทรัสต์รีซีท (T/R), หนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินเพื่อการส่งออก (Packing Credit) , หนี้ตามตัวสัญญาใช้เงิน (หนี้กู้ยืมเงินระยะสั้นโดยใช้ตัวสัญญาใช้เงินเป็นหลักฐานประกอบ) หนี้ขายลดตัวเงิน/เช็ค , หนี้จากการที่สถาบันการเงินออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ลูกหนี้ ฯลฯ

สินเชื่อหมุนเวียนเป็นการตกลงกันไว้ล่วงหน้าระหว่างสถาบันการเงิน(เจ้าหนี้)กับลูกค้า (ลูกหนี้)ว่า เจ้าหนี้ยตกลงจะให้ Credit (สินเชื่อ)ประเภทใดประเภทหนึ่งหรือหลายประเภทรวมกันแก่ลูกหนี้ในลักษณะของสินเชื่อหมุนเวียน(Revolving Credit Facilities) โดยมีลักษณะเฉพาะที่สำคัญดังนี้คือ

- (1) ลูกหนี้สามารถเบิกถอนเงินตามเครดิตที่ตกลงกันเมื่อไรก็ได้ ครอบคลุมเท่าที่ยังมีข้อตกลงให้สินเชื่อหมุนเวียนแก่กันอยู่
- (2) ลูกหนี้อาจใช้วงเงินสินเชื่อหมุนเวียนนั้นทั้งหมดตามที่ได้รับอนุมัติล่วงหน้า นั้นในคราวเดียว หรือทยอยเบิกใช้เพียงบางส่วนหลายคราวต่อเนื่องกันไปก็ได้ แต่รวมทั้งสิ้นแล้ว ต้องไม่เกินวงเงินที่ได้รับอนุมัติล่วงหน้า (Pre-approved credit limit) นั้น
- (3) เมื่อหนี้สินแต่ละงวดนั้นถึงกำหนดลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ ซึ่งทำให้ยอดรวมสินเชื่อที่ใช้ไปลดลง และลูกหนี้สามารถใช้สินเชื่อคราวใหม่ซ้ำได้อีก
- (4) อาจมีข้อตกลงให้ลูกหนี้ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมแก่เจ้าหนี้ หากมิได้ใช้สินเชื่อให้ครบตามวงเงินที่ตกลงกันไว้

หนี้สินหมุนเวียนจึงมีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากหนี้ประเภทสัญญากู้ยืมเงินซึ่งเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้เสร็จสิ้นเมื่อใดก็ถือว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไป และเมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปก็ทำให้การค้ำประกัน , จำนอง หรือจำนำ ซึ่งเป็นประกันหนี้เงินกู้ยืมเงินนี้ก็เป็นอันระงับสิ้นลง แต่กรณีของหนี้สินหมุนเวียนนั้น แม้ลูกหนี้จะชำระหนี้จนไม่ปรากฏมียอดหนี้ค้างชำระแก่สถาบันการเงินอีกแล้วก็ตามก็ยังไม่ถือว่าหนี้ที่มีอยู่ต่อกันระงับสิ้นลงแต่อย่างใด เนื่องจากยังมีข้อตกลงผูกพันระหว่างกันอยู่ว่าลูกหนี้สามารถเบิกถอนเงินตามประเภทที่ตกลงกันไว้ได้อีก จึงทำให้หลักประกันไม่ว่าจะเป็นด้วยการค้ำประกัน หรือ จำนอง หรือจำนำ จึงยังไม่ระงับสิ้นลงไป

ตัวอย่างเช่น ธนาคาร เอ. ตกลงให้สินเชื่อหมุนเวียนแก่บริษัท ก. ประเภทหนี้กู้ยืมเงินระยะสั้นโดยใช้ตัวสัญญาใช้เงินเป็นหลักฐานประกอบ (Short Term Loan against P/N) ซึ่งนิยมเรียกกันในวงการธุรกิจว่าหนี้ P/N เป็นวงเงินทั้งสิ้น 10 ล้านบาท โดยมีที่ดินของนาย ข. จำนองเป็นประกัน เช่นนี้ บริษัท ก. ก็สามารถกู้ยืมเงินจากธนาคาร เอ. โดยจะเบิกใช้สินเชื่อเมื่อใดก็ได้ โดยจะเบิกใช้กี่คราวก็ได้ เป็นจำนวนเงินคราวละเท่าใดก็ได้ แต่รวมกันแล้วต้องไม่เกินวงเงิน 10 ล้านบาทตามที่กำหนดไว้ โดยในการเบิกถอนเงินแต่ละคราวนั้น บริษัท ก. จะได้ออกตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ให้ธนาคาร เอ. ยึดถือไว้แทนการทำเป็นสัญญากู้ยืมเงิน (Loan Agreement) สมมุติว่าบริษัท ก. เบิกถอนเงินด้วยการออกตัวสัญญาใช้เงินครั้งแรกไป 6 ล้านบาท บริษัท ก. ก็ยังมีวงเงินเครดิตคงเหลือ (Credit Availability) อีก 4 ล้านบาท ที่จะเบิกถอนด้วยการออกตัวสัญญาใช้เงินฉบับอื่นอีกเมื่อไรก็ตามตามความต้องการใช้เงินทุนของบริษัท ก. และแม้ว่าบริษัท ก. จะมีได้เบิกถอนเงินตามเครดิตคงเหลือนั้นเลย แต่ได้ชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินนั้นหมดสิ้นไปก็ตาม การชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงิน ฉบับแรก 6 ล้านบาทของบริษัท ก. ก็มีผลเพียงทำให้วงเงินเครดิตคงเหลือ (Credit Availability) ของบริษัทกลับมาเต็มจำนวน 10 ล้านบาทอีกเท่านั้น ไม่ถือว่าการชำระหนี้ดังกล่าวทำ

ให้หนี้สินระหว่างบริษัท ก. กับธนาคารจะระงับสิ้นลง เพราะธนาคาร เอ. ยังมีข้อตกลงผูกพันที่จะให้บริษัท ก. เบิกถอนเงินต่อไปได้อีก ฉะนั้น การจำนองที่ดินเป็นประกันของนาย ข. จึงยังไม่ระงับไปเพราะเหตุหนี้ที่ประกันระงับสิ้นลงตามที่มาตรา 744 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้แต่อย่างใด

ปัญหาคือเมื่อใดจึงจะถือว่าหนี้สินหมุนเวียนระหว่างบริษัท ก. กับธนาคาร เอ. สิ้นสุดลง

ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาตกลงให้สินเชื่อหมุนเวียนระหว่างบริษัท ก. กับธนาคาร เอ. มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่งตามบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญา และคู่สัญญาต้องมีหน้าที่ที่ต้องผูกพันและปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงที่กำหนดไว้ นั่น สัญญานี้จึงอาจสิ้นสุดลงด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้คือ

- (1) เมื่อครบระยะเวลาที่ตกลงกันไว้
- (2) ด้วยการที่คู่สัญญาตกลงพร้อมใจกันให้เลิกสัญญา หรือในกรณีที่สัญญานั้นตกลงกันให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจที่จะบอกเลิกได้ ได้บอกกล่าวเลิกสัญญาไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง
- (3) หากเป็นหนี้ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชี ซึ่งเป็นหนี้ตามสัญญาบัญชีเดินสะพัด เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาบัญชีเดินสะพัดนั้นตามมาตรา 859 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- (4) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือเลิกกิจการ หรือถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หรือเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลาย
- (5) เมื่อการชำระหนี้ตกเป็นอันพ้นวิสัย เช่น มีประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยมิให้สถาบันการเงินให้สินเชื่อหมุนเวียนแก่ลูกค้า เป็นต้น

เมื่อสัญญาวงเงินสินเชื่อหมุนเวียนนั้นสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุประการใดดังกล่าวแล้วก็ตาม ถ้าไม่มีหนี้สินค้างชำระอยู่ระหว่างบริษัท ก. กับธนาคาร เอ. ก็ดี หรือมีหนี้สินค้างชำระอยู่ ณ วันที่สัญญาสิ้นสุดแต่ได้มีการชำระหนี้จนหมดสิ้นไปในภายหลังก็ดี เช่นนี้จึงจะเป็นกรณีถือว่าหนี้ที่ประกันระงับสิ้นลงแล้วและมีผลทำให้การจำนองที่ดินของนาย ข. สิ้นสุดลงไปด้วย

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือหากไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาวงเงินสินเชื่อหมุนเวียนสิ้นสุดลง และทำให้ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง หรือผู้จำนำ ต้องผูกพันรับผิดชอบหนี้สินนี้ต่อไปโดยไม่สิ้นสุดแล้ว ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง หรือผู้จำนำจะมีสิทธิตามกฎหมายอย่างใดบ้างหรือไม่ที่จะทำให้เขาพ้นจากภาระผูกพันประกันหนี้สินหมุนเวียนนี้ได้

ถ้าเป็นกรณีผู้ค้ำประกันแล้วก็ไม่ยุ่งยาก เพราะผู้ค้ำประกันสามารถใช้มาตรา 699 ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “การค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ยัน ท่านว่าผู้ค้ำประกันอาจเลิกเสียเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้ โดยบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่เจ้าหนี้ยัน” ทั้งนี้เนื่องจากสินเชื่อหมุนเวียนก็เป็นกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ยันอย่างหนึ่ง ผู้ค้ำประกันจึงสามารถยุติความผูกพันประกันหนี้ยันของตนลงได้ด้วยการบอกกล่าวความประสงค์ไปยังเจ้าหนี้ยันโดยไม่จำเป็นต้องให้เจ้าหนี้ยันตกลงยินยอมด้วยแต่อย่างใด และเมื่อการบอกกล่าวนั้นไปถึงเจ้าหนี้ยันแล้วในกรณีเช่นนี้ ผู้ค้ำประกันก็ไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการที่ลูกหนี้ยันกระทำลงภายหลังคำบอกกล่าวนั้นได้ไปถึงเจ้าหนี้ยัน (มาตรา 699 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

อย่างไรก็ดี การที่ผู้ค้ำประกันจะบอกเลิกการค้ำประกันได้นั้น สันเกตว่ามีได้เป็นการที่ผู้ค้ำประกันบอกเลิกสัญญาสินเชื่อหมุนเวียนระหว่างลูกหนี้ยันและเจ้าหนี้ยันแต่อย่างใด เพราะผู้ค้ำประกันซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาด้วยไม่สามารถจะทำได้อยู่แล้ว คงทำได้แต่เพียงบอกเลิกการค้ำประกันของตนเท่านั้น และจะทำได้ก็แต่เฉพาะหนี้ยันที่จะเกิดขึ้นภายหลังที่ตนได้บอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้ยันแล้ว หรือ “เพื่อคราวอันเป็นอนาคต” เท่านั้น หมายความว่าผู้ค้ำประกันยังต้องผูกพันประกันหนี้ยันที่เกิดขึ้นก่อนที่ตนจะบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้ยันอยู่ต่อไป กรณีนี้เจ้าหนี้ยันก็ไม่เสียหายเพราะหนี้ยันที่เกิดขึ้นแล้วยังมีผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอยู่ แต่หากจะให้สินเชื่อหมุนเวียนแก่ลูกหนี้ยันต่อไป หนี้ยันที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังนี้ก็จะไม่มีการค้ำประกันอีกแล้ว จึงถือว่า มาตรา 699 นี้ให้ความเป็นธรรมทั้งกับฝ่ายลูกหนี้ยันและฝ่ายเจ้าหนี้ยันอย่างเท่าเทียมกันแล้ว

ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ หากเป็นกรณีของผู้จ้างเอง หรือผู้จ้างนำ แล้ว จะสามารถใช้มาตรา 699 นี้บอกเลิกภาระผูกพันด้วยการจ้างเองหรือจ้างนำของตนสำหรับ “หนี้ยันเพื่อคราวอันเป็นอนาคต” อย่างเดียวกับผู้ค้ำประกันได้หรือไม่ เพียงใด

โดยในประเด็นนี้ก็มีความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะการตีความของกฎหมายของนักกฎหมายแต่ละท่าน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามาตรา 699 นี้ ย่อมไม่อาจนำมาใช้กับจ้างเองและจ้างนำด้วย¹⁷ ทั้งนี้เนื่องจากเห็นว่ากรณีจ้างเองและจ้างนำ นั้น ได้มีการบัญญัติถึงเงื่อนไขแห่งการระงับซึ่งจ้างเองและจ้างนำไว้โดยเฉพาะแล้วตามมาตรา 744 และมาตรา 769 ตามลำดับ อีกทั้ง เห็นว่าลักษณะของการประกันหนี้ยันด้วยทรัพย์สินและการประกันหนี้ยันด้วยบุคคลมีลักษณะที่แตกต่างกัน เมื่อไม่มีการบัญญัติให้อนุโลมบทมาใช้ตามสมควร โดยชัดแจ้งอย่างกรณีมาตรา 707 ของจ้างเองกรณีจึงไม่น่าจะสามารถนำมาตรา 699 มาบังคับใช้กับกรณีสัญญาจ้างเอง หรือสัญญาจ้างนำได้

อย่างไรก็ตาม ตามความเห็นของผู้เขียน เห็นว่าในกรณีจ้างเองนั้น แม้จะไม่มีกฎหมาย

¹⁷ สมพร พรหมพิตร, นายประกัน, กรุงเทพฯ : [ม.ป.พ., ม.ป.ป.].

บัญญัติให้นำมาตรา 699 ไปใช้กับกรณีจำนองโดยตรงก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 707 บัญญัติให้สามารถนำมาตรา 681 เรื่องหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นี้อาจเป็นผลได้จริงก็ได้ มาใช้กับกรณีสัญญาจำนองด้วย ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 681 กับมาตรา 699 เป็นมาตราที่บัญญัติไว้ควบคู่กันและต้องใช้ด้วยกันเสมอ กล่าวคือเมื่อมาตรา 681 บัญญัติให้สามารถมีการค้ำประกันเพื่อหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขได้ ก็มีมาตรา 699 ที่บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันที่จะบอกเลิกการค้ำประกันเพื่อหนี้ในอนาคตนั่นได้ ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันค้ำประกันหนี้อยู่ต่อไปโดยไม่มีวันสิ้นสุด และมาตรา 699 นี้ก็มิได้ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบเพราะเป็นการเลิกเฉพาะหนี้ในคราวอนาคต(ที่ยังไม่เกิดขึ้น)เท่านั้น แต่หนี้ที่เกิดขึ้นแล้วระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันยังต้องผูกพันรับผิดชอบอยู่ ฉะนั้น แม้มาตรา 707 และมาตรา 727 จะมีได้อนุญาตให้นำมาตรา 699 มาใช้บังคับกับสัญญาจำนองโดยตรงก็ตาม ก็ควรต้องอาศัยหลักการตีความในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แปลความว่าสามารถนำมาตรา 699 นี้มาใช้แก่กรณีจำนองได้ด้วยในฐานะเป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่จะบอกเลิกการจำนองเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้ ทั้งนี้เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้จำนองจะไม่ต้องผูกพันเป็นประกันหนี้อยู่ต่อไปโดยไม่มีวันสิ้นสุด เช่นเดียวกับกรณีผู้ค้ำประกันที่มีมาตรา 699 บัญญัติไว้โดยตรง เพราะไม่มีเหตุผลที่จะแปลความว่ากฎหมายต้องการจะคุ้มครองหรือให้ความเป็นธรรมเพียงเฉพาะแก่กรณีของผู้ค้ำประกันเท่านั้น โดยจะมีให้ความคุ้มครองหรือความเป็นธรรมแก่ผู้จำนองด้วยแต่อย่างใด

ในกรณีของสัญญาจำนำ ผู้เขียนก็ยังมีความเห็นเช่นเดียวกับกรณีของสัญญาจำนองอยู่เช่นกัน เพราะแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้สามารถจำนำเพื่อเป็นประกันหนี้ในคราวอนาคตได้ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถจำนำเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้เช่นเดียวกับสัญญาจำนอง ฉะนั้น ผู้จำนำจึงสามารถใช้มาตรา 699 แจ้งความประสงค์ไปยังเจ้าหนี้เพื่อบอกเลิกการจำนำเป็นประกันหนี้ในคราวอนาคตได้เช่นกัน (เว้นแต่เป็นการจำนำของที่เก็บไว้ในคลังสินค้า ซึ่งจะกล่าวถึงโดยละเอียดในประเด็น 5.6 ต่อไป)

5.5 เจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลาย แต่ทรัพย์สินซึ่งจำนองหรือจำนำนั้น เป็นประกันเพื่อหนี้ในอนาคตให้กับบุคคลอื่นที่ไม่ล้มละลายด้วย จะมีสิทธิเพียงใด

เจ้าหนี้มีประกันตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 6 ให้คำนิยามไว้หมายความว่า “ เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำนำ หรือสิทธิยึดเหนี่ยว หรือเจ้าหนี้ผู้มีบริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ” เช่น นาย ก. ทำสัญญากู้เงินธนาคาร โดยมีที่ดินของนาย ก. จำนองไว้เป็นประกันกับธนาคาร หากนาย ก. ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์

แล้ว ธนาคารก็จะเป็นเจ้าของที่มีประกันของนาย ก. แต่หากเจ้าของทรัพย์สินนั้นมิใช่ลูกหนี้ที่ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เช่นนาย ก. ทำสัญญากู้เงินธนาคาร โดยมีนาย ข. จำนองที่ดินไว้เป็นประกันกับธนาคาร หากนาย ก. ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ก็ไม่ถือว่าธนาคารเป็นเจ้าของที่มีประกันของนาย ก. แต่อย่างใด

เมื่อลูกหนี้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว เจ้าหนี้ที่มีประกันก็สามารถเลือกใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งได้ดังต่อไปนี้คือ

(1) ยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายนั้น ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 96 ซึ่งบัญญัติให้เจ้าหนี้ที่มีประกันผู้ยื่นคำขอรับชำระหนี้จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้คือ

(i) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

(ii) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(iii) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(iv) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(2) ไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายนั้น แต่เลือกที่จะใช้สิทธิของตนในฐานะผู้รับจ้าง หรือผู้รับจำนำ หรือผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงต่อไป ตามมาตรา 95 ที่บัญญัติว่า เจ้าหนี้ที่มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น

ปัญหาคือหากหนี้ที่ประกันนั้นเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขแล้ว เจ้าหนี้มีประกันจะยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 ได้หรือไม่ เพราะมาตรา 96 มิได้เขียนไว้ชัดเจนอย่างกรณีการยื่นคำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ไม่มีประกันตามมาตรา 94 ที่บัญญัติว่า เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม

ข้อนี้เห็นว่าแม้มาตรา 96 จะมีได้เขียนไว้ชัดเจนว่าเจ้าหนี้มีประกันสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขอย่างไรตามมาตรา 94 ก็ตาม แต่เจ้าหนี้มีประกันก็สามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 ได้ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม

ตาม เพราะเหตุผลดังต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อพิจารณาตามความใน (1) ของมาตรา 96 ที่ว่าเจ้าหนี้มีประกันจะสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว อนุมาตรา(1) นี้เป็นเรื่องเจ้าหนี้มีประกันยินยอมสละสิทธิจำนองหรือจำนำของตน ซึ่งคล้ายกับมาตรา 97 ที่ว่าถ้าเจ้าหนี้มีประกันขอรับชำระหนี้โดยไม่แจ้งว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้ นั้นต้องคืนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นเป็นอันระงับสิ้นไป จึงเท่ากับเป็นการยื่นขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน ซึ่งอาจยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม

(2) เมื่อพิจารณาตามความใน(4) ของมาตรา 96 ที่ว่าเมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินตามราคานั้นได้ ถ้าเห็นว่าราคานั้น ไม่สมควร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นตามวิธีการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และเจ้าหนี้ตกลงกัน ถ้าไม่ตกลงกัน จะขายทอดตลาดก็ได้แต่ต้องไม่ให้เสียหายแก่เจ้าหนี้นั้น และเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ เมื่อขายได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาในคำขอ หมายความว่าให้ราคาทรัพย์สินที่เจ้าหนี้ตีราคามานั้นเป็นอันถูกต้องเท่านั้นและเงินที่ขายได้นั้นก็ให้เจ้าหนี้อึดถือไว้เป็นหลักประกันหนี้ต่อไปตามหลักเรื่องช่วงทรัพย์ตามมาตรา 226 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงแสดงว่าหนี้ประธาณนั้นสามารถเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้เอาเงินสุทธินั้นไปชำระหนี้แต่อย่างใด

แม้จะถือว่าเจ้าหนี้มีประกันสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้แม้หนี้ที่ประกันจะเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม แต่ปัญหาที่ตามมาอีกก็คือ หากหนี้ที่ประกันมิใช่เป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไข แต่เป็นหนี้ที่อาจเกิดในอนาคตประเภทสินเชื่อหมุนเวียน (Revolving Credit Facility) ซึ่งลูกหนี้สามารถใช้งินสินเชื่อซ้ำได้อีก แม้จะชำระหนี้ในคราวก่อนหมดแล้ว เช่น เป็นหนี้ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชี หรือหนี้ตามเลตเตอร์ ออฟ เครดิต หรือทรัสต์รีซีท หรือหนี้ประเภทขายลดตั๋วเงิน/เช็ค เป็นต้นแล้ว สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะเป็นประการใดบ้าง

หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้และเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้นเป็นบุคคลคนเดียวกัน เช่น นาย ก. ทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร โดยมีที่ดินของนาย ก. เองจำนองไว้เป็นประกัน เช่นนี้ปัญหาก็จะไม่ยุ่งยาก เพราะถือว่าธนาคารเป็นเจ้าหนี้มีประกันแล้ว ส่วนตัวลูกหนี้คือนาย ก. เมื่อถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้วก็ไม่มีอำนาจจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนอีกต่อไป นาย ก.จึงไม่สามารถใช้งินสินเชื่อซ้ำได้อีก ธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันของนาย ก.จึงสามารถ

ดำเนินการโดยใช้ทางเลือกอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวแล้วได้ คือจะยื่นคำขอรับชำระหนี้หรือไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้แต่ให้ใช้สิทธิในฐานะเป็นผู้รับจ้างของต่อไปก็ได้ทั้งสิ้น

แต่ปัญหายุ่งยากจะเกิดขึ้นหากว่าลูกหนี้และเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้นมิได้เป็นบุคคลคนเดียวกัน เช่นนาย ก. ทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร โดยมีที่ดินของนาย ข. จ้างงไว้เป็นประกันแล้วต่อมา นาย ข. ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดโดยที่นาย ข. เองไม่มีหนี้สินกับธนาคาร แต่นาย ก. ลูกหนี้ชั้นต้นยังมีสิทธิใช้วงเงินกู้เบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร ได้อีกต่อไป(เพราะนาย ก. มิได้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์) เช่นนี้ สัญญาจ้างงนั้นจะใช้บังคับเป็นประกันหนี้ให้กับนาย ก. ต่อไปได้อีกหรือไม่เพียงใด และธนาคารในฐานะเจ้าหนี้มีประกันของนาย ข. จะสามารถดำเนินการอย่างไรต่อไปได้บ้าง รวมทั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไปเพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลายและเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย

ในส่วนของธนาคารแล้ว แม้นาย ก. จะมีได้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ก็ตาม โดยทางปฏิบัติปกติของการควบคุมความเสี่ยงสินเชื่อแล้ว จะถือว่าสินเชื่อรายของนาย ก. มีสัญญาณอันตราย (Warning Sign) แล้ว ธนาคารจะประเมินความเสี่ยงของสินเชื่อรายนาย ก. นี้ใหม่ หากพิจารณาแล้วว่าหลักประกัน(คือการจ้างงที่ดินของนาย ข. ที่ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์)มีความเสี่ยงสูง ธนาคารก็จะเรียกหลักประกันอย่างอื่นเพิ่มเติมจากนาย ก. หรือมิฉะนั้น ก็จะลดวงเงินสินเชื่อผู้เบิกเงินบัญชีที่ให้แก่นาย ก. ลงคงเหลือเพียงบางส่วนตามจำนวนที่ธนาคารเห็นสมควรว่าเป็นความเสี่ยงที่พอยอมรับได้ หรืออาจยกเลิกวงเงินกู้เบิกเงินบัญชีของนาย ก. เสียทั้งหมดก็ได้

ในกรณีที่ธนาคารเห็นสมควรจะยกเลิกวงเงินกู้เบิกเงินบัญชีของนาย ก. ทั้งหมด ธนาคารก็สามารถทำได้ทันทีโดยใช้อำนาจตามมาตรา 859 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ คู่สัญญาฝ่ายใดจะบอกเลิกสัญญาบัญชีเดินสะพัดและให้หักทอนบัญชีกันเสียในเวลาใด ๆ ก็ได้ ถ้าไม่มีอะไรปรากฏเป็นข้อขัดกับที่กล่าวมานี้ ” และเมื่อบอกเลิกสัญญาบัญชีเดินสะพัดแล้วก็จะทำให้สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีสิ้นสุดลงไปพร้อมกันด้วย และนาย ก. ต้องชำระหนี้ส่วนที่เป็นจำนวนคงเหลือโดยคุณลักษณะตามมาตรา 856 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แก่ธนาคารต่อไป จึงเป็นการทำให้หนี้ของนาย ก. เปลี่ยนสภาพจากสินเชื่อหมุนเวียนมาเป็นหนี้ค้างชำระซึ่งนาย ก. จะต้องชำระคืนแก่ธนาคารต่อไป หากชำระไม่ได้ธนาคารก็จะบังคับเอาแก่หลักประกันคือการจ้างงที่ดินของนาย ข. ซึ่งถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว โดยยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 96 หรือไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้แต่ใช้สิทธิในฐานะผู้รับจ้างของธนาคารต่อไปตามมาตรา 95

ปัญหาต่อมาคือหากธนาคารเห็นสมควรให้นาย ก. ได้ใช้วงเงินกู้เบิกเงินบัญชีต่อไป โดยถือว่านี้ดังกล่าวมีหลักประกัน(คือการจ้างงที่ดินของนาย ข.)คุ้มหนี้แล้ว จะทำได้หรือไม่ และหากธนาคารสามารถทำได้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะสามารถดำเนินการอย่างไรได้หรือไม่เพื่อรักษา

ประโยชน์สูงสุดแก่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลายและเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย

เห็นว่าการที่ธนาคารเห็นสมควรจะให้ นาย ก. ได้ใช้วงเงินกู้เบิกเงินบัญชีต่อไปนั้น ย่อมเป็นคุณพินิจเด็ดขาดของธนาคาร โดยที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่สามารถจะโต้แย้งหรือเรียกให้ธนาคารปฏิบัติเป็นประการอื่นได้ เพราะนาย ก. มิได้เป็นบุคคลล้มละลายหรือเป็นผู้ที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แต่อย่างใด การให้สินเชื่อใด ๆ แก่ นาย ก. จึงอยู่นอกเหนืออำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และสัญญาจำนองนั้นก็เป็นสัญญาที่ นาย ข. ได้ทำไว้แล้วก่อนที่จะถูกพิทักษ์ทรัพย์ จึงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายและผูกพันเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะต้องรับเอาผลแห่งสัญญาจำนองนี้ทุกประการ และเมื่อสัญญาจำนองระบุว่าเป็นประกันให้กับหนี้ในอนาคตของ นาย ก. แล้วสัญญาจำนองของ นาย ข. นี้ก็ย่อมต้องคิดภาระผูกพันเป็นประกันหนี้กู้เบิกเงินเกินบัญชีของธนาคารอยู่ต่อไป

ในเรื่องค้ำประกันนั้น มีมาตรา 699 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “ การค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันอาจเลิกเสียเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้ โดยบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่เจ้าหนี้ ” ซึ่งคำว่าหนี้ในกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ก็คือหนี้ในอนาคตหรือหนี้สินหมุนเวียนนั่นเอง ผู้ค้ำประกันจึงสามารถบอกเลิกการค้ำประกันหนี้ในอนาคตนี้นี้ได้ด้วยเพียงบอกกล่าวความประสงค์ที่จะเลิกการค้ำประกันนั้นแก่เจ้าหนี้เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องให้ธนาคารเจ้าหนี้ตกลงยินยอมด้วยแต่อย่างใด และเมื่อการบอกกล่าวนั้นไปถึงธนาคารเจ้าหนี้แล้วในกรณีเช่นนี้ ผู้ค้ำประกันก็ไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการที่ลูกหนี้กระทำลงภายหลังคำบอกกล่าวนั้นได้ไปถึงเจ้าหนี้ (มาตรา 699 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

เช่นนี้จึงมีข้อพิจารณาว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาศัย มาตรา 699 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ เพื่อบอกเลิกการจำนองซึ่งเป็นประกันหนี้ในอนาคตของ นาย ก. ได้หรือไม่เพียงใด

ข้อนี้อาจมีข้อพิจารณาได้หลายแนวทางคือ

แนวทางที่หนึ่ง มาตรา 699 นั้นไม่นำมาใช้กับสัญญาจำนองเพราะในมาตรา 707 และมาตรา 727 ซึ่งบัญญัติให้นำบทกฎหมายในส่วนของการค้ำประกันมาใช้บังคับกับจำนองด้วยนั้นมิได้อนุญาตให้นำมาตรา 699 มาใช้กับเรื่องจำนองด้วย โดยมาตรา 707 บัญญัติว่า “ บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยค้ำประกันนั้น ท่านให้ใช้ได้ในการจำนอง อนุโลมตามควร ” และ มาตรา 727 บัญญัติว่า “ ถ้าบุคคลคนเดียวจำนองทรัพย์สินแห่งตนเพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 697, 700 และ 701 ว่าด้วยค้ำประกันนั้นบังคับอนุโลมตามควร ” ซึ่งมีได้รวมถึงมาตรา 699 แต่อย่างใด ฉะนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะอาศัย มาตรา 699 นี้บอกเลิกการจำนอง

ซึ่งประกันหนี้ในอนาคตของนาย ก. ไม่ได้

แนวทางที่สอง มาตรา 699 นั้น นำสามารถมาใช้บังคับกับจำนองได้ด้วยเพราะมาตรา 681 กับมาตรา 699 เป็นมาตราที่บัญญัติไว้ควบคู่กันและต้องใช้ด้วยกันเสมอ กล่าวคือเมื่อมาตรา 681 บัญญัติให้สามารถมีการค้ำประกันเพื่อหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขได้ ก็มีมาตรา 699 ที่บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันที่จะบอกเลิกการค้ำประกันเพื่อหนี้ในอนาคตนั้นได้ ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันค้ำประกันหนี้อยู่ต่อไปโดยไม่มีวันสิ้นสุด และมาตรา 699 นี้ก็ได้ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบเพราะเป็นการเลิกเฉพาะหนี้ในคราวอนาคต(ที่ยังไม่เกิดขึ้น)เท่านั้น แต่หนี้ที่เกิดขึ้นแล้วระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันยังต้องผูกพันรับผิดชอบ

ฉะนั้น แม้มาตรา 707 และมาตรา 727 จะมีได้อนุญาตให้นำมาตรา 699 มาใช้บังคับกับสัญญาจำนองโดยตรงก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 707 บัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 681 มาใช้บังคับกับจำนองโดยอนุโลมตามควร จึงต้องแปลความว่าต้องให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่จะบอกเลิกการจำนองเป็นประกันหนี้ในอนาคตนั้นได้ เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้จำนองมิให้ต้องผูกพันเป็นประกันหนี้อยู่ต่อไปโดยไม่มีวันสิ้นสุด เช่นเดียวกับผู้ค้ำประกันด้วย เพราะไม่มีเหตุผลที่จะแปลความว่ากฎหมายต้องการจะคุ้มครองหรือให้ความเป็นธรรมเพียงเฉพาะแก่ผู้ค้ำประกันเท่านั้น โดยมีให้ความคุ้มครองหรือความเป็นธรรมแก่ผู้จำนองด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับแนวทางการพิจารณาที่สองว่า มาตรา 699 นั้น นำสามารถมาใช้บังคับกับจำนองได้ด้วย ฉะนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงสามารถให้สิทธิตามมาตรา 699 นี้บอกเลิกการจำนองเป็นประกันหนี้ในอนาคตนั้นได้ (แต่มิได้เป็นการบอกเลิกสัญญากู้ยืมเงินเกินบัญชีหรือบัญชีเดินสะพัดของนาย ก.กับธนาคารซึ่งกล่าวแล้วว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่สามารถดำเนินการได้แต่อย่างใด) และมีผลทำให้ทรัพย์จำนองของนาย ข.ผู้ล้มละลายไม่ต้องผูกพันเป็นประกันหนี้ในอนาคตของนาย ก. อีกต่อไป คงผูกพันเป็นประกันเฉพาะหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการบอกกล่าวเท่านั้น ฉะนั้น ไม่ว่าธนาคารจะขอรับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้มีประกันหรือไม่ก็ตาม ทรัพย์จำนองของนาย ข.ก็ไม่มีภาระหนี้สินเพิ่มขึ้นอีกแล้วซึ่งจะเป็นประโยชน์และเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย

5.6 กรณีของการนำสินค้าที่เก็บไว้ในคลังสินค้า จะนำลำดับแรกเป็นประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้สินหมุนเวียน แต่จำนองเป็นหนี้เงินที่มีกำหนดระยะเวลาซึ่งถึงกำหนดชำระก่อน เช่นนี้จะบังคับจำนองได้หรือไม่เพียงใด

ข้อนี้หากเป็นเรื่องจำนองก็จะไม่มีปัญหาเลย เพราะมีมาตรา 731 ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์บัญญัติว่าผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เท่ากับเป็นการห้ามมิให้ผู้รับจำนองคนหลังบังคับจำนองตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อน แต่มาตรา 731 มิได้นำมาบังคับกับสัญญาจำนองด้วย จึงทำให้มีปัญหาว่า หากมีการการทำสัญญาจำนองสองลำดับ โดยจำนองครั้งแรกเป็นประกันหนึ่อนาคตหรือหนึ่สินหมุนเวียน แต่จำนองครั้งที่สองเป็นหนึ่เงินกู้ ซึ่งถึงกำหนดชำระก่อน เช่นนี้จะบังคับจำนองกันอย่างไร

อาจมีผู้เข้าใจว่าจำนองนั้น ไม่สามารถมีจำนองสองลำดับซ้อนกัน ได้ เพราะการจำนองจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง ตามมาตรา 747 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น เมื่อการครอบครองทรัพย์สินจำนองอยู่กับผู้รับจำนองเสียแล้ว ก็ย่อมไม่สามารถมีจำนองลำดับสองได้ในตัว

แต่แท้จริงแล้วการจำนองสองลำดับซ้อนกันนั้นสามารถมีได้หากว่าเป็นการจำนองที่เก็บไว้ในคลังสินค้า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 17 ว่าด้วยเก็บของในคลังสินค้า มาตรา 785 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 785 สินค้าซึ่งเก็บรักษาไว้นั้นอาจจำนองได้แต่ด้วยสลักหลังประหวอนสินค้าเมื่อประหวอนสินค้าได้สลักหลังแล้ว สินค้านั้นจะจำนองแก่ผู้อื่นอีกชั้นหนึ่งด้วยสลักหลังใบรับของคลังสินค้าอย่างเดียวกับสลักหลังประหวอนสินค้านั้นก็ได้ ”

หมายความว่าเมื่อจำนองประหวอนสินค้าเป็นจำนองลำดับที่ 1 แล้ว ผู้ฝากสินค้ายังสามารถจำนองใบรับของคลังสินค้าเป็นจำนองครั้งที่ 2 ได้ด้วย ฉะนั้น จึงน่าจะศึกษาถึงปัญหาเรื่องการบังคับจำนองลำดับหลังจะสามารถทำได้แค่ไหนเพียงใด โดยเฉพาะหากว่าจำนองครั้งแรกเป็นประกันหนึ่อนาคตหรือหนึ่สินหมุนเวียน แต่จำนองครั้งที่สองเป็นหนึ่ซึ่งถึงกำหนดชำระแล้ว

น่าสังเกตว่าในลักษณะ 17 ว่าด้วยเก็บของในคลังสินค้านี้ มิได้มีบทบัญญัติให้นำเอาบทมาตราใด ๆ ในเรื่องจำนองมาใช้ในการเก็บของในคลังสินค้าด้วยเลย โดยที่การนำบทกฎหมายลักษณะอื่นมาใช้ในการเก็บของในคลังสินค้านั้น มีเพียงมาตรา 771 ที่บัญญัติว่าบทบัญญัติทั้งหลายในประมวลกฎหมายนี้อันว่าด้วยฝากทรัพย์สินนั้นท่านให้นำมาใช้บังคับแก่การเก็บของในคลังสินค้า ด้วยเพียงเท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติในลักษณะนี้ , มาตรา 772 ที่บัญญัติว่าให้นำบทบัญญัติมาตรา 616, 619, 623, 625, 630, 631 และ 632 อันว่าด้วยการรับขนนั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับแก่การเก็บของในคลังสินค้า อนุโลมตามควร และมาตรา 795 ที่บัญญัติว่า บทบัญญัติทั้งหลายในประมวลกฎหมายนี้อันว่าด้วยตัวเงินนั้นท่านให้ใช้ได้ถึงประหวอนสินค้าและใบรับของคลังสินค้าซึ่งได้สลักหลังอย่างประหวอนสินค้านั้นด้วย เพียงที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะนี้เท่านั้น

ในเรื่องของการบังคับทรัพย์สินจำนองต่างลำดับกันนั้น ในลักษณะ 17 ว่าด้วยเก็บของในคลังสินค้ากล่าวถึงไว้เฉพาะเพียงกรณีที่มีการบังคับจำนองลำดับแรก(คือบังคับจำนองประหวอนสินค้า)

เท่านั้น คือ

มาตรา 790 ถ้าหนี้ซึ่งสินค้าจำเป็นประกันมิได้ชำระเมื่อวันถึงกำหนดไซ้ ผู้ทรงประทวนสินค้าเมื่อได้ยื่นคำคัดค้านตามระเบียบแล้วชอบที่จะให้นายคลังสินค้าขายทอดตลาดสินค้านั้นได้ แต่ท่านห้ามมิให้ขายทอดตลาดก่อนแปดวันนับแต่วันคัดค้าน

มาตรา 791 ผู้ทรงประทวนสินค้าต้องมีจดหมายบอกกล่าวให้ผู้ฝากทราบเวลาและสถานที่จะขายทอดตลาด

มาตรา 792 นายคลังสินค้าต้องหักเงินที่ค้างชำระแก่ตนเนื่องด้วยการเก็บรักษาสินค้านั้นจากจำนวนเงินสุทธิที่ขายทอดตลาดได้ และเมื่อผู้ทรงประทวนสินค้านำประทวนมาเวนคืน ต้องเอาเงินที่เหลือนั้นให้ตามจำนวนที่ค้างชำระแก่เขา

ถ้ามีเงินเหลือเท่าใด ต้องใช้แก่ผู้รับจำนำคนหลังเมื่อเขาเวนคืนใบรับของคลังสินค้าหรือถ้าไม่มีผู้รับจำนำคนหลัง หรือผู้รับจำนำคนหลังได้รับชำระหนี้แล้ว ก็ให้ชำระเงินที่เหลืออยู่นั้นแก่ผู้ทรงใบรับของคลังสินค้า

ซึ่งมาตราทั้ง 3 ที่แสดงไว้ข้างต้นนี้มีได้กล่าวถึงกรณีที่จะต้องบังคับจำนำลำดับสอง (คือการจำนำโดยใช้ใบรับของคลังสินค้า) แต่อย่างไรก็ดี กรณีจึงเป็นปัญหาที่จะยกขึ้นพิจารณาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

ปัญหาแรก คือ จะจำนำประทวนสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้หรือไม่

ข้อนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการจำนำประทวนสินค้านั้น จะจำนำได้แต่เฉพาะหนี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น จะจำนำเป็นประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้สินหมุนเวียนไม่ได้ ทั้งนี้โดยพิจารณาจากความในบทบัญญัติแห่งมาตรา 782 มาตรา 787 และมาตรา 790 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า

มาตรา 782 เมื่อใดผู้ฝากจำนำสินค้าและส่งมอบประทวนสินค้าแก่ผู้รับสลักหลังแล้ว ผู้รับสลักหลังเช่นนั้นต้องมีจดหมายบอกกล่าวแก่นายคลังสินค้าให้ทราบจำนวนหนี้ซึ่งจำนำสินค้านั้นเป็นประกัน ทั้งจำนวนดอกเบี้ยและวันอันหนี้จะถึงกำหนดชำระ เมื่อนายคลังสินค้าได้รับคำบอกกล่าวเช่นนั้นแล้วต้องจดยการทั้งนั้นลงในต้นขั้ว

มาตรา 787 ในการสลักหลังลงในประทวนสินค้าครั้งแรกนั้น ต้องจดแจ้งจำนวนหนี้ที่จำนำสินค้าเป็นประกัน ทั้งจำนวนดอกเบี้ยที่จะต้องชำระและวันที่หนี้จะถึงกำหนดชำระด้วย

มาตรา 790 ถ้าหนี้ซึ่งสินค้าจำเป็นประกันมิได้ชำระเมื่อวันถึงกำหนดไซ้ ผู้ทรง

ประทวนสินค้าเมื่อได้ยื่นคำคัดค้านตามระเบียบแล้วชอบที่จะให้นายคลังสินค้าขายทอดตลาดสินค้านั้นได้ แต่ท่านห้ามมิให้ขายทอดตลาดก่อนแปดวันนับแต่วันคัดค้าน

จะเห็นว่าทั้ง 3 มาตราข้างต้น ล้วนแต่บัญญัติถึงวันถึงกำหนดชำระของหนี้ที่ประกันทั้งสิ้น ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่สามารถจำหน่ายประทวนสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตรหัสหรือหนี้สินหมุนเวียนที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แน่นอนได้

ปัญหาที่สอง คือ จะจำหน่ายครั้งที่สองโดยใช้ใบรับของคลังสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้หรือไม่

ข้อนี้กฎหมายทั้งลักษณะ 17 ว่าด้วยเก็บของในคลังสินค้า มิได้กล่าวเอาไว้เลยว่าจะจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าเป็นประกันนั้นจะต้องเป็นหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาอย่างกรณีจำหน่ายประทวนสินค้าหรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้หลายแนวทางดังนี้

ความเห็นที่หนึ่ง มองว่าการจำหน่ายเป็นประกันหนี้สิ่งใดนั้นนั้น เป็นอำนาจของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินโดยเด็ดขาด หากไม่มีกฎหมายห้ามกระทำหรือหากไม่มีกฎหมายบังคับให้กระทำแล้ว โดยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาแล้วก็ย่อมทำได้ทั้งสิ้น เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นเรื่องที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อมาตรา 782 , มาตรา 787 และมาตรา 790 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดบังคับเฉพาะกรณีจำหน่ายประทวนสินค้าเท่านั้นว่าต้องประกันหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน แต่มิได้บังคับถึงกรณีจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าด้วย ก็ย่อมสามารถจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้

ความเห็นที่สอง มองว่าแม้มาตรา 782 , มาตรา 787 และมาตรา 790 กำหนดบังคับเฉพาะกรณีจำหน่ายประทวนสินค้าเท่านั้นก็ตาม แต่การใบรับของคลังสินค้าซึ่งเป็นการจำหน่ายครั้งหลังก็ต้องถูกบังคับด้วยโดยอนุโลมตามมาตรา 785 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 785 สินค้าซึ่งเก็บรักษาไว้นั้นอาจจำหน่ายได้ด้วยสลักหลังประทวนสินค้าเมื่อประทวนสินค้าได้สลักหลังแล้ว สินค้านั้นจะจำหน่ายแก่ผู้อื่นอีกชั้นหนึ่งด้วยสลักหลังใบรับของคลังสินค้าอย่างเดียวกับสลักหลังประทวนสินค้านั้นก็ได้

เมื่อมาตรา 785 บังคับให้การจำหน่ายครั้งหลังจะทำได้ด้วยการสลักหลังใบรับของคลังสินค้า อย่างเดียวกับการสลักหลังประทวนสินค้าแล้ว ก็ต้องแปลว่าแบบพิธีของการจำหน่าย หรือข้อข้อบังคับใด ๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องการสลักหลังจำหน่ายสินค้า ก็ต้องนำมาใช้กับการสลักหลังจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าด้วย ฉะนั้น จึงไม่สามารถจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตรหัสหรือหนี้สินหมุนเวียนที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แน่นอนได้เช่นกับการจำหน่ายโดยสลัก

หลังประทวนสินค้าเช่นกัน

ผู้เขียนมีความเห็นตามข้อพิจารณาในแนวทางพิจารณาที่สอง ที่ว่าไม่อาจนำมาใบรับของคลังสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้สินหมุนเวียนที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แน่นอน ได้ตามความเห็นข้างต้น และมีความเห็นเพิ่มเติมด้วยการจำหน่ายสินค้าที่เก็บไว้ในคลังสินค้าไม่ว่าจะเป็นการจำหน่ายด้วยการสลักหลังประทวนสินค้าหรือสลักหลังใบรับของคลังสินค้าก็ตาม จะต้องนำมาเพื่อเป็นประกันหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้โดยแน่นอนเท่านั้น ไม่สามารถนำมาเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้สินหมุนเวียนได้อย่างกรณีการจำหน่ายทรัพย์สิน โดยทั่วไป เพราะโดยปกติประเพณีของการเก็บของในคลังสินค้านั้น ผู้ฝากประสงค์เพียงจะฝากสินค้าไว้ในชั่วระยะเวลาจำกัดเท่านั้น เนื่องจากต้องเสียค่าฝากหรือค่าบำเหน็จแก่นายคลังสินค้าด้วย หากจะให้จำหน่ายเพื่อเป็นประกันหนี้สินหมุนเวียนซึ่งสามารถใช้ได้อย่างต่อเนื่องไม่มีจำกัดระยะเวลาแล้วก็จะทำให้สินค้านั้นต้องเก็บรักษาไว้ในคลังสินค้าอย่างยาวนานโดยไม่มีระยะเวลาจำกัด และมีลักษณะเป็นการเข้าพื้นที่เพื่อใช้เก็บสินค้า ซึ่งเป็นกิจการที่นายคลังสินค้าจะกระทำมิได้ ฉะนั้น หากยอมให้มีการจำหน่ายเพื่อเป็นประกันหนี้สินหมุนเวียนหรือหนี้ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แล้วก็จะเป็นการขัดกับเจตนาของผู้ฝาก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่บัญญัติให้มีเรื่องการเก็บของในคลังสินค้าด้วย

ปัญหาที่สาม คือ การบังคับจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าจะทำได้อย่างไร เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติวิธีการไว้อย่างกรณีการบังคับจำหน่ายประทวนสินค้า

ผู้เขียนเห็นว่าแม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติวิธีการบังคับจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าไว้อย่างกรณีการบังคับจำหน่ายประทวนสินค้าก็ตาม แต่จะแปลความว่าเมื่อกฎหมายไม่บัญญัติวิธีการไว้จึงบังคับจำหน่ายไม่ได้ เช่นนี้ก็ไม่ต้องเพราะจะเป็นการแปลความกฎหมายในลักษณะที่บังคับไม่ได้หรือทำให้จำหน่ายเป็นอันไร้ผลจึงไม่ต้อง เพราะเมื่อกฎหมายอนุญาตให้มีการจำหน่ายลำดับ 2 ด้วยการจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าแล้วก็ต้องสามารถบังคับจำหน่ายลำดับ 2 นั้นได้

แต่เมื่อกฎหมายกำหนดวิธีการจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าว่าจะทำได้ด้วยการสลักหลังใบรับของคลังสินค้าอย่างเดียวกับการสลักหลังประทวนสินค้าแล้ว ฉะนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงวิธีการบังคับจำหน่ายไว้โดยเฉพาะเจาะจง จึงต้องนำวิธีการบังคับจำหน่ายประทวนสินค้าซึ่งถือเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั่นคือการบังคับจำหน่ายใบรับของคลังสินค้าจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่เทียบเคียงจากการบังคับจำหน่ายประทวนสินค้าในมาตรา 790 ถึงมาตรา 794 ดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อหนี้ที่จำหน่ายใบรับของคลังสินค้าถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้

ทรงใบรับของคลังสินค้าจะต้องทำคำคัดค้านตามระเบียบในเรื่องการคัดค้านตัวเงินก่อน (เทียบเคียง มาตรา 790)

(2) ผู้ทรงใบรับของคลังสินค้าจะต้องมีหนังสือแจ้งให้นายคลังสินค้าทราบถึงเหตุที่ไม่ชำระหนี้ นั้น พร้อมด้วยคำคัดค้าน เพื่อขอให้นายคลังสินค้าขายทอดตลาดสินค้านั้น (เทียบเคียง มาตรา 790)

(3) ผู้ทรงใบรับของคลังสินค้าจะต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฝากและลูกหนี้(กรณีที่ยานำเพื่อเป็นประกันหนี้ให้กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ตัวผู้ฝากเอง) ทราบวัน เวลา และสถานที่ขายทอดตลาด(เทียบเคียงมาตรา 790)

(4) เมื่อขายทอดตลาดแล้ว นายคลังสินค้ามีสิทธิหักเงินค่าใช้จ่ายในการขายทอดตลาดและค่าฝากที่ค้างแก่ตนได้ก่อน เหลือเงินสุทธิเท่าใดนายคลังสินค้าต้องมอบให้แก่ผู้รับจำนำลำดับแรก(คือผู้ทรงประทวนสินค้า) เมื่อเขาเวนคืนประทวนสินค้า (เทียบเคียงมาตรา 792 วรรคแรก)

(5) หากยังมีเงินเหลืออยู่อีก นายคลังสินค้าจึงจะมอบให้แก่ผู้รับจำนำคนหลัง(คือผู้ทรงใบรับของคลังสินค้า)เมื่อเขาเวนคืนใบรับของคลังสินค้า (เทียบเคียงมาตรา 792 วรรค 2)

(6) เมื่อผู้รับจำนำทุกคนได้รับชำระหนี้แล้ว หากมีเงินเหลืออยู่อีก นายคลังสินค้าต้องมอบให้แก่ผู้ฝาก (เทียบเคียงมาตรา 792 วรรค 2)

(7) หากผู้รับจำนำ(ไม่ว่าจะเป็นผู้รับจำนำลำดับแรกคือผู้ทรงประทวนสินค้า หรือผู้รับจำนำคนหลังคือผู้ทรงใบรับของคลังสินค้า) ยังมีได้รับชำระหนี้ครบถ้วน ก็มีสิทธิไล่เบียดเอากับผู้สละหลังคือผู้จำนำ หรือลูกหนี้ที่ประกันได้ แต่ต้องปรากฏว่าได้มีการขายทอดตลาดภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่คำคัดค้าน (เทียบเคียงมาตรา 794 วรรคแรก)

(8) และมีให้ฟ้องไล่เบียดเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขายทอดตลาด (เทียบเคียงมาตรา 794 วรรค 2)

5.7 การทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต

5.7.1 หลักฐาน หรือแบบของการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต

แบบแห่งนิติกรรม หมายถึง หลักเกณฑ์หรือพิธีการอันใดอันหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตามเพื่อให้การแสดงเจตนาของตนสมบูรณ์เป็นนิติกรรม และหากผู้แสดงเจตนามิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบพิธีการที่กฎหมายกำหนด

แล้ว นิติกรรมนั้นก็จะเป็น โฆษะตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 ซึ่งมาตรานี้บัญญัติไว้ว่า การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็น โฆษะแม้ว่ากฎหมายจะเคารพในการแสดงเจตนาของบุคคล แต่ถ้การแสดงเจตนาของบุคคลไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กฎหมายก็ไม่บังคับให้และยังกำหนดให้การนั้น ตกเป็น โฆษะทันที ไม่เกิดเป็นผลนิติกรรมแต่อย่างใด

แบบแห่งนิติกรรม แบ่งได้ เป็น 5 แบบ คือ

(1) แบบทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมประเภทนี้เป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญ กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ และต้องจดทะเบียน กล่าวคือ ต้องให้เจ้าพนักงานบันทึกเกี่ยวกับนิติกรรมนั้นๆ เอาไว้เป็นหลักฐาน กฎหมายกำหนดไว้ว่า นิติกรรมประเภทใดบ้างที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าไม่ทำจะเป็น โฆษะทันทีไม่มีผลบังคับตามกฎหมายแต่อย่างใด เช่น การทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์พิเศษ การขายฝากอสังหาริมทรัพย์ แลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ การจำนอง การให้ เป็นต้น นิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จะเป็นทรัพย์สินประเภทที่มีค่ามากรัฐต้องเข้าควบคุมการโอน การเปลี่ยนมือ เพื่อป้องกันการหลอกลวง การฉ้อโกง การข่มขู่ซึ่งอาจเกิดมีขึ้นได้

(2) แบบต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ประเภทนี้กฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ แต่บังคับให้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น จดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญ จดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด จดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิ จัดตั้งบริษัทจำกัด การจดทะเบียนบริษัท การจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ คำว่า “ทะเบียน” มีความหมายกว้างคือ

(ก) ทะเบียนนิติกรรม เช่น ห้างหุ้นส่วนบริษัท

(ข) ทะเบียนกรรมสิทธิ์ เช่น โฉนดที่ดิน เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ค.

ทะเบียนสถานบุคคล เช่น คนเกิด คนตาย สมรส หย่า รับบุตรบุญธรรม

(3) แบบต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ กรณีนี้แม้จะต้องทำเป็นหนังสือต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ก็มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด นิติกรรมแบบนี้คล้ายการจดทะเบียน ต่างที่เพียงแต่ไปปรากฏตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แสดงตน โดยทำเป็นหนังสือไม่มีแบบพิมพ์หรือแบบฟอร์มให้ เช่นการทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองจะต้องทำต่อหน้านายอำเภอ ทำพินัยกรรมเอกสารลับการคัดค้านตัวเงินก็ต้องคัดค้านต่อนายอำเภอ เป็นต้น

(4) แบบต้องทำเป็นหนังสือระหว่างกันเอง คือเป็นกรณีที่ทำนิติกรรมจะต้องทำเป็นหนังสือกันเองเพื่อไม่ให้เกิดการแสดงเจตนาขึ้นเป็นการเลื่อนลอยจนเกินไป ไม่จำเป็นต้องให้พนักงานเจ้าหน้าที่รับรู้เป็นเพียงเกี่ยวข้องกันเฉพาะระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น เช่นการทำสัญญาเช่าซื้อ การรับสภาพหนี้ ตัวเงิน การโอนหุ้น การโอนหนี้ สัญญาเช่าโดยความยินยอม เป็นต้น

(5) แบบอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นแบบเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดเป็นเรื่องๆ ไปต่างไปจากนิติกรรม 4 แบบ ดังกล่าวข้างต้น แต่เป็นนิติกรรมที่ กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น เชื้อ ต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตัวสัญญาใช้เงินต้องมีรายการระบุไว้ มิฉะนั้นจะเป็นเชื้อและตัวสัญญาใช้เงินไม่สมบูรณ์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในส่วนหลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ข้างต้นนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดถึงแบบแห่งนิติกรรมไว้เฉพาะกรณีของสัญญาจำนอง โดยบัญญัติให้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนสัญญาจำนองนั้นแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องแบบเอาไว้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรา 747 บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้” การจำนำจึงย่อมไม่สมบูรณ์จนกว่าจะได้มีการส่งมอบซึ่งสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว ในขณะที่สัญญาค้ำประกันนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงการทำสัญญาแต่อย่างใด นิติกรรมการค้ำประกันนั้นสามารถกระทำได้โดยวาจา แต่จะสามารถฟ้องบังคับกันได้ก็แต่เมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือกันเท่านั้น

โดยในส่วนของ การประกันหนี้ในอนาคตนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 และมาตรา 707 ไม่ได้กล่าวถึงรูปแบบหรือวิธีการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตไว้ โดยเฉพาะแต่อย่างใด ทำให้เกิดความสงสัยได้ว่าในกรณีที่มีการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตนั้น จะต้องมีการทำสัญญากันในลักษณะใด เป็นไปตามหลักการทั่วไปของสัญญาประกันหนี้ประเภทนั้นๆหรือไม่

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาปรากฏแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาจำนองว่าสัญญาจำนองที่ตกลงให้ประกันหนี้ในอนาคตนั้น トラบใดที่ยังไม่มีการเลิกสัญญาจำนองต่อกัน เมื่อมีหนี้ประชนเกิดขึ้นภายหลัง หากหนี้นั้นเกี่ยวข้องกับหนี้เดิม สัญญาจำนองต้องประกันหนี้ด้วย โดยไม่ต้องจดทะเบียนจำนองกันใหม่อีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5348/2548 สัญญาจำนองที่ดินระหว่าง โจทก์และจำเลยเป็นประกันหนี้ที่ ส. ได้กู้ไปจากจำเลยในขณะที่ทำสัญญาจำนอง และหนี้ที่ ส. จะกู้จากจำเลยในอนาคต

ด้วย โดยมีวงเงินจะต้องรับผิดชอบไม่เกิน 260,000 บาท หลังจากทำสัญญาจำนองที่ดินแล้ว ส. ได้กู้เงินจากจำเลย 50,000 บาท ซึ่งยังไม่เกินวงเงินจำนอง แม้จะได้ชำระหนี้ดังกล่าวให้จำเลยครบถ้วนแล้ว แต่เมื่อโจทก์และจำเลยยังไม่ได้ตกลงยกเลิกสัญญาจำนอง สัญญาจำนองที่ดินพิพาทยังไม่ระงับ เมื่อต่อมา ส. ได้กู้เงินจำเลยจำนวน 130,000 บาท ต้องถือว่าหนี้เงินกู้คราวหลังนั้นเป็นหนี้ในอนาคต สัญญาจำนองข้อนี้เป็นสัญญาอุปกรณ์ย่อมครอบคลุมถึงหนี้กู้ยืมเงินครั้งหลังอันเป็นหนี้ประธานด้วย หากจำเป็นต้องไปจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่กันใหม่อีก

กล่าวคือ การทำสัญญาจำนองเพื่อหนี้ในอนาคตนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนเพิ่มวงเงิน หรือจดทะเบียนจำนองกันใหม่ トラบใดที่หนี้ที่เกิดขึ้นในภายหลังนั้นเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกันกับหนี้เดิมหรือหนี้แรก โดยไม่เกินกว่าวงเงินที่กำหนด

ทั้งนี้ ในส่วนของสัญญาค้ำประกัน และสัญญาจำนำนั้น เมื่อพิเคราะห์ประกอบกับแนวทางการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เน้นบัญญัติเรื่องแบบเฉพาะในกรณีที่เป็นสัญญาจำนอง และบัญญัติให้สัญญาจำนำสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายให้ความสำคัญในการกำกับดูแลและให้ความคุ้มครองต่อการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินมากกว่าการประกันหนี้ด้วยบุคคล ทั้งนี้ อาจเพราะการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้น จะก่อให้เกิดทรัพย์สินติดติดกับตัวทรัพย์สินอันจะมีผลต่อบุคคลภายนอกที่รับโอนทรัพย์สินไป ในขณะที่การประกันหนี้ด้วยบุคคลนั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิ และมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกไม่มากเท่ากรณีการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน จึงอาจพิเคราะห์เทียบเคียงจากแนวคำพิพากษาข้างต้นได้ว่า เมื่อสัญญาจำนองยังไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนใหม่ การทำสัญญาค้ำประกันหรือสัญญาจำนำเพื่อหนี้ในอนาคตนั้น ก็ไม่น่าจะต้องมีการทำสัญญากันใหม่เช่นกัน

5.7.2 วงเงินการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้เฉพาะสัญญาจำนองเท่านั้นที่จะต้องมีการระบุจำนวนเงิน หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราเป็นประกัน ทั้งนี้ก็เพราะว่าสัญญาจำนองเป็นประกันด้วยทรัพย์สิน เช่น จำนองบ้าน ที่ดิน ซึ่งผู้ที่ได้รับจำนองหรือติดต่อซื้อขายย่อมที่จะรู้ราคา หรือประมาณราคากันได้ ดังนั้นการระบุจำนวนเงินไว้ในสัญญาจำนองก็เพื่อให้บุคคลภายนอกนั้นจะได้รู้ทรัพย์สินสิ่งนั้นว่าคิดภาระจำนองหรือไม่ หรือมีหนี้ผูกพันอยู่เป็นจำนวนเท่าใด ผู้ที่เข้ามารับจำนองหรือซื้อขายสามารถที่จะตรวจสอบได้ทางทะเบียน เช่น มายด์ กู้เงิน มินต์ จำนวนเงิน 150,000 บาท โดย มอนต์ เอาที่สวนมาจำนองเป็นประกัน สัญญาจำนองก็ต้องระบุว่าเป็นประกันหนี้เงินกู้ 150,000 บาทนั้น และจำนวนเงินที่ระบุนั้นต้องระบุเป็น

เงินไทยด้วย เพราะว่าทรัพย์สินที่จำนองอยู่ในประเทศไทย และคู่กรณีมาจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดิน ซึ่งอยู่ในประเทศไทยเช่นกัน ส่วนที่ว่าเป็นจำนวนแน่นอนตรงตัวนั้น เมื่อเป็นการรู้แน่แล้วว่าหมายความว่าเงินจำนวนนั้น ส่วนหนึ่งอย่างหนึ่งในอนาคตนั้นต้องระบุขึ้นสูงสุดไว้

มาตรา 708 ได้บังคับให้ระบุจำนวนเงินของทรัพย์สินเป็นประกัน เพราะทรัพย์สินที่จำนองนั้นอาจจะจำนองต่อได้อีก หรือจะโอนต่อไปอีกได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 702 และ มาตรา 712 ผู้ที่รับโอนทรัพย์สินก็สามารถที่จะจำนองต่อไปได้อีก ซึ่งจำนวนเงินที่ระบุไว้ในสัญญาจำนองนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่รับจำนอง ผู้รับจำนองจะได้อำนาจเพื่อที่จะช่วยในการตัดสินใจที่จะเข้าผูกพันต่อไปในกรณีที่สัญญาจำนองไม่ระบุจำนวนเงินอันแน่นอนหรือขึ้นสูงสุดไว้ หรือระบุจำนวนเงินไว้แต่ได้ระบุไว้เป็นเงินต่างประเทศ สัญญาจำนองดังกล่าวก็เรียกไม่ได้ว่าได้ระบุจำนวนเงินอันเป็นการแน่นอนตามมาตรา 708 เพราะมาตรานี้เป็นบทบังคับและเป็นส่วนหนึ่งของแบบสัญญาจำนอง ดังนั้นหากไม่ทำตามแบบสัญญาจำนองย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152

ส่วนในกรณีสัญญาค้ำประกันนั้น กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีกำหนดวงเงินกันเอาไว้ บัญญัติเพียงแต่ว่าการค้ำประกันอย่างไม่มีจำกัดนั้นย่อมคุ้มครองถึงดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระคิดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้นด้วย ส่วนการค้ำประกันโดยระบุวงเงิน ผู้ค้ำประกันก็ยังคงรับผิดชอบในต้นเงินตามวงเงินที่ระบุและดอกเบี้ยตามที่ระบุในสัญญา (คำพิพากษาฎีกาที่ 2730/2534 และ 382/2537) สรุปได้ว่าถ้าสัญญาระบุว่า “ค้ำประกันวงเงิน 100,000 บาท” ผู้ค้ำประกันต้องร่วมรับผิดชอบเป็นเงิน 100,000 บาท บวกดอกเบี้ยตามสัญญาผู้แต่หากระบุว่า “ค้ำประกันทั้งต้นเงินดอกเบี้ยรวมทั้งอุปกรณ์แห่งหนี้ไม่เกิน 100,000 บาท” หมายความว่าความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน เมื่อรวมทุกอย่างเข้าด้วยกันแล้วจะรับผิดชอบไม่เกิน 100,000 บาท

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปรากฏว่าสถาบันการเงินหลายแห่งกำหนดข้อสัญญาค้ำประกันให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบในหนี้ในอนาคตของลูกหนี้โดยไม่จำกัดจำนวน ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงได้ออกประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส. 1/2552 เรื่อง การทำสัญญาค้ำประกันด้วยบุคคลของสถาบันการเงิน โดยกำหนดห้ามไม่ให้สถาบันการเงินทำข้อตกลงให้ผู้ค้ำประกันทำสัญญาค้ำประกันแบบไม่จำกัดจำนวน หรือต้องระบุวงเงินของต้นเงินในสัญญาให้ชัดเจน ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นกรณีที่บริษัทแม่ทำสัญญาค้ำประกันบริษัทลูกต่อสถาบันการเงิน ก็อาจทำสัญญาค้ำประกันโดยไม่จำกัดวงเงินได้

ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติเรื่องการจำกัดวงเงินสำหรับการทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะ กรณีเห็นควรอาศัย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 เทียบเคียงตามหลักทั่วไปของสัญญาจำนอง และสัญญาค้ำ

ประกันข้างต้น ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น แม้จะเป็นกรณีการทำสัญญาจ้างเพื่อหนีในอนาคต เจ้าหนี้และผู้จ้างก็ต้องระบุงเงินให้ชัดเจน มิฉะนั้นแล้วสัญญาจ้างย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ข้างต้น ส่วนสัญญาค้ำประกันนั้น หากเป็นกรณีของสถาบันการเงินก็ย่อมต้องจำกัดหรือกำหนดจำนวนต้นเงินให้ชัดเจนเช่นกัน

5.7.3 กรณีมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาประกันหนีใน

อนาคต

ในกรณีของการประกันหนีด้วยทรัพย์สิน เช่น สัญญาจำนำ หรือสัญญาจ้างงอน นั้น กฎหมายบัญญัติให้ผู้ที่มีสิทธิจะนำทรัพย์สินดังกล่าวมาเป็นประกันนั้น จะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากในกรณีที่ต้องมีการบังคับตามสัญญาประกันหนีแล้วนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว การมีกรรมสิทธิ์หรือการเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นจึงมีความสำคัญ หากสัญญาประกันนั้นกระทำโดยผู้อื่นที่มีไม่ใช่เจ้าของแล้ว เจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงย่อมสามารถติดตามเอาคืนได้ตาม มาตรา 1336 แม้ว่าผู้รับจำนอง หรือผู้รับจำนำจะสุจริตก็ตาม เช่น จำเลยเอาที่ดินมือเปล่าของผู้ร้องไปออก น.ส. 3 แล้่นำไปจำนองไว้กับโจทก์ ๆ รับจำนองไว้โดยสุจริต เข้าใจว่าเป็นของจำเลย โจทก์จะยึดทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดไม่ได้ เว้นแต่กรณีเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ว่าผู้จ้างต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เนื่องจากเจ้าของมีส่วนผิด เช่น ลงนามในใบมอบอำนาจเปล่า โดยถือเป็นการนำหลักกฎหมายปิดปาก มิให้เจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงยกขึ้นเถียงผู้รับจำนองอันสุจริต

หรือในกรณีการประกันหนีด้วยบุคคล เช่น สัญญาค้ำประกัน นั้น เงื่อนไขสำคัญในการเป็นผู้ค้ำประกันก็คือ บุคคลนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรม

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในกรณีการทำสัญญาประกันหนีในอนาคตนั้น อาจมีช่องว่างของเวลาดังแต่การทำสัญญาประกันหนีในอนาคต จนถึงเวลาที่เกิดหนี้ประชน หรือหนี้ประชนสมบูรณ์ขึ้น เช่นนี้แล้ว หากภายในระยะเวลาดังกล่าว ผู้จ้างงอน และผู้จำนำจำหน่ายโอนทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินนั้นสูญสลายไป หรือผู้ค้ำประกันถึงแก่กรรมลง จะเกิดผลเช่นไรกับสัญญาประกันหนีในอนาคตดังกล่าว

ทั้งนี้ เมื่อพิเคราะห์แล้ว แม้โดยหลักการแล้วความสมบูรณ์ของสัญญาประกันหนีซึ่งถือเป็นสัญญาอุปกรณนั้นจะขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาประชน อย่างไรก็ตาม เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประกันหนีในอนาคตแล้วนั้น สัญญาดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันเสมือนสัญญาประกันหนีทั่วไปที่หนี้ประชนสมบูรณ์แล้ว เพียงแต่

เจ้าหนี้ตามสัญญาประกันหนี้ในอนาคต ย่อมจะยังไม่สามารถบังคับให้ผู้ให้ประกันรับผิดชอบได้ จนกว่าหนี้ประธาณจะเกิดสมบูรณ์ขึ้นและลูกหนี้ประธาณนั้นได้ผิดนัดแล้ว¹⁸

ดังนั้น เมื่อในขณะที่ทำสัญญาประกันหนี้ในอนาคตนั้นผู้จำนอง หรือผู้จำนำ เป็นเจ้าของทรัพย์สินจริง แม้ต่อมาภายหลังจะได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินไป สัญญาประกันหนี้นั้นก็ย่อมสมบูรณ์ โดยในกรณีสัญญาจำนองนั้น สัญญาจำนองย่อมปรากฏอยู่ในทะเบียน บุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินไปย่อมทราบถึงและต้องผูกพันตามทรัพย์สินดังกล่าว อย่างไรก็ตาม มนกรณีของสัญญาจำนำนั้น เมื่อความสมบูรณ์ของการจำนำนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ การส่งมอบ หากผู้จำนำนำทรัพย์สินมาจากผู้รับจำนำและส่งมอบให้ผู้รับโอนได้แล้ว ย่อมหมายความว่าสัญญาจำนำได้ระงับลง เพราะถือว่าผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนสู่ความครอบครองของผู้จำนำแล้ว

ส่วนในกรณีสัญญาค้ำประกันนั้น ถือเป็นสัญญาที่ก่อบุคคลสิทธิผูกพันเฉพาะบุคคล เมื่อผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นผู้สัญญาถึงแก่กรรมก่อนหนี้ประธาณสมบูรณ์ สัญญาค้ำประกันย่อมระงับ โดยทายาทของผู้ค้ำประกันไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด

5.8 การจัดลำดับสิทธิระหว่างเจ้าหนี้จำนองเหนือทรัพย์สินจำนองขึ้นเดียวกัน

ทรัพย์สินสิ่งเดียวเมื่อเจ้าของจำนองแล้วก็ไม่ห้ามที่จะจำนองซ้ำกับเจ้าหนี้อื่นได้อีก ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 712

มาตรา 712 บัญญัติว่า “แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตามทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้แก่บุคคลคนหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในช่วงเวลาที่สัญญาต่อก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้”

มาตรานี้เป็นเรื่องของทรัพย์สินสิ่งเดียว ซึ่งได้มีการจำนองแล้ว แต่กลับนำไปจำนองอีกก็ได้ ถึงแม้สัญญาจำนองเดิมมีข้อห้ามนำไปจำนองอีกก็ตาม แต่การจำนองครั้งหลังๆ ก็ไม่ทำให้ผู้รับจำนองคนแรกเสียผลประโยชน์แต่อย่างใด เช่น เอ กู้เงิน บี จำนวน 50,000 บาท เอาที่สวนราคา 100,000 บาท มาจำนองเป็นประกัน ต่อมา เอ กู้เงิน ซี 30,000 บาท เอาที่สวนแปลงเดียวกันจำนอง และ เอ กู้เงิน พี อีก 20,000 บาท เอาที่สวนแปลงเดียวกันจำนองเป็นประกัน

ดังตามตัวอย่างข้างต้น เอ เอาที่สวนแปลงเดียวกันไปจำนองเป็นประกันหนี้กับเจ้าหนี้หลายราย ซึ่งตามมาตรานี้ เอ ย่อมมีอำนาจจะกระทำ ในบางกรณีทรัพย์สินที่จำนองอาจจะมีราคาสูงกว่าหนี้ซึ่งจำนองไว้ในครั้งแรกมากเจ้าของเขามีสิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอน ส่วนผู้รับจำนอง

¹⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525

รายหลัง เช่น ซี ดังตัวอย่างก็คงจะพิจารณาแล้วว่าตนไม่เสียหายในการที่จะรับจำนองเพราะทรัพย์ที่จำนองมีราคาท่วมเงินที่กู้รายแรกมาก แม้จะบังคับจำนองรายแรกเงินที่จะเหลือพอที่จะชำระหนี้ของตน ส่วนผู้รับจำนองรายหลังๆ เช่น พี ก็คงจะพิจารณาเหตุผลทำนองเดียวกันจึงรับจำนองไว้

ผลของการที่จำนองเอาทรัพย์ของตนไปจำนองซ้อน ผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับจำนองให้เป็นที่เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนแรกหาได้ไม่ แม้ว่าหนี้ของตนจะถึงกำหนดชำระก่อนก็ตาม ผู้รับจำนองรายหลังจะมีสิทธิรับเงินก็เฉพาะส่วนที่เหลือจะชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองคนแรกแล้วเท่านั้นเพราะต้องลำดับสิทธิของผู้รับจำนองแต่ละรายตามวันเวลาจดทะเบียน ดังที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 730 มาตรา 731 และ มาตรา 732

ทั้งนี้ ในกรณีของการทำสัญญาจำนองเพื่อหนี้ในอนาคตนั้น เมื่อตามหลักการจัดลำดับหนี้ระหว่างเจ้าหนี้จำนองตามมาตรา 730 ถึงมาตรา 732 ข้างต้นนั้น ประมวลกฎหมายให้พิจารณาจากเวลาที่ได้มีการทำสัญญาจำนองเป็นสำคัญ ไม่ว่าหนี้ประธานตามสัญญาจำนองดังกล่าวจะถึงกำหนดก่อนหรือหลังกว่ากัน ระบอบกับ ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ในการทำสัญญาจำนองเพื่อหนี้ในอนาคตนั้น ผู้จำนองไม่จำเป็นต้องทำการจดทะเบียนจำนองใหม่ หรือทำการจดทะเบียนเพิ่มเติมวงเงิน หากหนี้ประธานที่เกิดขึ้นภายหลังนั้น เกี่ยวข้องกับหนี้เดิม และยังไม่เกิดวงเงิน ดังนี้แล้ว หนี้ประธานที่แม้จะสมบูรณ์ขึ้นภายหลัง หนี้ตามสัญญาจำนองครั้งที่สอง ก็ย่อมถือว่ามีลำดับสิทธิสูงกว่า เจ้าหนี้ตามสัญญาจำนองรายแรกย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน และเจ้าหนี้รายหลังจะบังคับจำนองให้เป็นที่เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนแรกไม่ได้ ทั้งนี้ หมายความว่าเจ้าหนี้รายหลังย่อมไม่สามารถบังคับจำนองในส่วนที่เจ้าหนี้รายแรกได้ระบุงวงเงินไว้ ทั้งนี้ แม้ขณะนั้นจะยังไม่เกิดหนี้กันจริง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ในปัจจุบันสัญญาหลักประกันจะได้ทวีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศในฐานะที่เป็นเงื่อนไขหรือปัจจัยหลักที่เจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินต่างๆ ใช้พิจารณาประกอบการให้สินเชื่อหรือวงเงินกู้ยืมต่างๆ ทั้งนี้ เนื่องจากแม้โดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้นิยมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และสามารถบังคับชำระหนี้ของตนได้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เงินต้นเชิงตามมาตรา 214 อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วสิทธิดังกล่าวอาจไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ เนื่องจาก การบังคับชำระหนี้ในลักษณะดังกล่าวย่อมต้องผ่านกระบวนการหลายขั้นตอน และมีค่าใช้จ่ายสูง และก็ไม่แน่นอนว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้หรือไม่ เนื่องจากต้องขึ้นอยู่กับจำนวนทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ทั้งหมด ว่ามีมากน้อยเพียงใด

ด้วยเหตุนี้จึงเกิดหลักเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ขึ้น เพื่อเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ว่าแม้ลูกหนี้จะมีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการบังคับชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ยังสามารถใช้สิทธิบังคับเอาจากหลักประกันซึ่งอาจเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้หรือของบุคคลภายนอกทดแทนก็ได้ หรือบังคับให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทน ในกรณีที่ไม่ใช่หนี้เฉพาะตัว ทั้งนี้ สามารถแบ่งการประกันหนี้ออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ได้แก่

- (1) การประกันหนี้ด้วยบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกเข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้ว่าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระหนี้แทน และ
- (2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการที่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกนำทรัพย์สินมาวางเป็นประกัน โดยหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้สามัญอื่นใดในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินนั้น

ทั้งนี้ หลักการประกันการชำระหนี้ที่ดีนั้น จะต้องสามารถรับรองสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่นใดได้ ด้วยวิธีการบังคับหลักประกันที่สะดวกรวดเร็วและค่าใช้จ่ายต่ำ แต่ก็ต้องไม่ตัดสิทธิลูกหนี้ หรือผู้ให้หลักประกันในการใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าว โดยควรเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันได้โดยไม่จำกัดชนิด หรือประเภท ตลอดจนต้องสามารถวางหลักประกันเพื่อหนี้อื่นในอนาคตได้ด้วย โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน หรือทำสัญญากันใหม่

อนึ่ง ในส่วนของการประกันหนี้ในอนาคตนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 681 และมาตรา 707 ว่าคู่สัญญาย่อมสามารถทำสัญญาค้ำประกันหรือสัญญาจำนองเพื่อหนี้ในอนาคตได้ โดยให้เงื่อนไขว่าหนี้ดังกล่าวนั้นต้องเป็นหนี้ที่อาจเป็นผลได้

อนึ่ง แม้จะปรากฏการพาดพิงถึงลักษณะของหนี้ในอนาคตในกฎหมายหลายเรื่อง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องเงื่อนไข (มาตรา 182) เรื่องละเมิด (มาตรา 444) และเรื่องการประกันภัย (มาตรา 861) หรือในกฎหมายล้มละลาย มาตรา 9 ซึ่งกำหนดถึงหนี้ที่ อาจถูกนำมาคำนวณว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ โดยผู้เขียนสามารถสรุปแนวทางการจำกัดความของ “หนี้ในอนาคต” ได้เป็น 2 ลักษณะด้วยกันกล่าวคือ

- (1) กรณีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้มีนิติสัมพันธ์และเกิดหนี้แล้ว แต่เจ้าหนี้ยังไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ เนื่องจากติดเงื่อนไขบางประการ
- (2) กรณีที่ยังไม่เกิดหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้แต่อย่างใด แต่มีแนวโน้มว่าจะได้เกิดมีขึ้น โดยเจ้าหนี้และลูกหนี้อาจได้มีการทำสัญญาอีกฉบับเพื่อรองรับว่าต่อไปจะได้มีการก่อหนี้ระหว่างกัน เช่น กรณีธนาคารอนุมัติวงเงินสินเชื่อให้ลูกค้า เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หนี้ในอนาคตตามมาตรา 681 ตามประเด็นที่ศึกษานั้น น่าจะเป็นกรณีที่ (2) ซึ่งยังไม่เกิดหนี้เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เนื่องจากหากเป็นกรณีที่มีหนี้ระหว่างกันเกิดขึ้นแล้ว แม้จะยังติดเงื่อนไขอยู่ก็ถือว่าเป็นหนี้ที่สมบูรณ์แล้วตามมาตรา 681วรรคหนึ่ง และไม่จัดเป็นการประกันหนี้ในอนาคตแต่อย่างใด

ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น นั้น สามารถสรุปหลักการว่าด้วยการประกันหนี้ของแต่ละประเทศได้ว่า แต่ละประเทศจะมีการแบ่งลักษณะการประกันหนี้ด้วยบุคคล และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินออกจากกัน โดยการประกันหนี้ด้วยบุคคลนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะคล้ายกัน คือสมบูรณ์โดยการตกลงด้วยวาจา แต่การบังคับตามสัญญานั้นต้องอาศัยหลักฐานเป็นหนังสือ ส่วนการประกันด้วยทรัพย์สินนั้น จะมีลักษณะที่ค่อนข้างแตกต่างกัน โดยจำแนกได้ ดังนี้

(1) ประเทศอังกฤษ

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอังกฤษนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ Pledge, Mortgage และ Charge โดย Pledge คือการประกันหนี้โดยการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ ดังนั้น ความสมบูรณ์ของ Pledge จึงขึ้นอยู่กับ การครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ

ส่วน Mortgage นั้น จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน(Transfer of the title) เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ โดยอาจเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Title) หรือเป็นเพียงการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สิน ดังกล่าว (Beneficial Title) ก็ได้

สำหรับ Charge นั้น เป็นหลักประกันที่ไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง ทั้งนี้ เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาตามหลักความเป็นธรรม (Equitable concept) โดยเจ้าหนี้จะเกิดสิทธิในการกำกับดูแลทรัพย์สินภายใต้ข้อตกลง Charge เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ หรือกระทำการอื่นใดตามแต่ที่ได้ตกลงกันว่าให้ถือเป็นการผิดสัญญา

(2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

สัญญาหลักประกัน (Secured Transaction) นั้น ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code) โดยมาตรานี้จะครอบคลุมสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ ไม่ว่าในรูปแบบใดๆ ที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อประโยชน์ในทางประกันการชำระหนี้ให้กับบุคคลหนึ่ง เหนือทรัพย์สินของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น การจำนำ, การ โอนสิทธิเรียกร้อง, การ จำนอง หรือ การตั้งทรัสต์ (trust) เป็นต้น

ทั้งนี้ สัญญาจะเกิดขึ้นได้นั้นต่อเมื่อผู้ให้ประกันซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ได้ลงลายมือชื่อในสัญญาประกันหนี้โดยระบุถึงทรัพย์สินและขอบเขตความรับผิดชอบ โดยเจ้าหนี้อาจเลือกบังคับชำระหนี้ได้หลายวิธีการ เจ้าหนี้มีประกันอาจบังคับหลักประกันผ่านกระบวนการทางศาล หรือบังคับด้วยวิธีอื่นตามที่คู่สัญญาตกลงกัน

(3) ประเทศญี่ปุ่น

การประกันด้วยทรัพย์สินอาจเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของลูกหนี้หรือบุคคลที่สามก็ได้ โดยสามารถกระทำได้หลายรูปแบบนิติสัมพันธ์ เช่น Preferential Right, Mortgage, Right of retention, Title transfer security, Pledge, Hypothec อย่างไรก็ตาม ในที่นี้ขออธิบายถึงเฉพาะในส่วนของ Pledge และ Hypothec โดย Pledge คือ สัญญาหลักประกันที่ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการถือครองทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้หรือของบุคคลที่สาม โดยสามารถกระทำได้ทั้งต่อสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ส่วน Hypothec นั้น คือ สัญญาหลักประกันอย่างหนึ่งที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน โดยอาจทำเหนืออสังหาริมทรัพย์ อุปกรณ์การเกษตร อุปกรณ์การก่อสร้าง เรือ เครื่องบิน ยานพาหนะ และสิทธิสัมปทานต่างๆ

จากหลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ในต่างประเทศข้างต้นนั้น แม้จะปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการประกันหนี้ในอนาคตที่ชัดเจนในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม มีเพียงประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ที่บัญญัติรับรองการประกันหนี้ในอนาคตเอาไว้อย่างชัดเจน

แต่ถึงกระนั้น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดขอบเขตของหนี้ในอนาคตเอาไว้ ดังนั้นอำนาจดุลพินิจในการจำกัดขอบเขตของหนี้ในอนาคตจึงเป็นของผู้พิพากษาในแต่ละมลรัฐ ซึ่งก็จะมี การตีความที่แตกต่างกันไปตามลักษณะสังคมของแต่ละท้องถิ่น โดยสามารถสรุป หลักการตีความหลักได้ดังนี้ (1) หลักเจตนารมณ์ของกลุ่มสัญญา หรือหลักความเกี่ยวเนื่องกันของหนี้ (Determining Intent หรือ Same Class-Relatedness Rule) ซึ่งมีหลักการว่าหนี้ในอนาคตที่จะอยู่ ภายใต้สัญญาประกันหนี้ในอนาคตนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับหนี้ประธานแรกเริ่ม หรืออยู่ใน ความคาดหมายของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย และ (2) หลักความสุจริตและทางปกติการค้า (Good Faith and Conscionability) ซึ่งจะกำหนดขอบเขตของหนี้ในอนาคตว่าต้องเป็นหนี้ที่ไม่เกินกว่าตามปกติ การค้า

ส่วนหลักการว่าด้วยการประกันหนี้ในอนาคตของประเทศญี่ปุ่น และประเทศอังกฤษนั้น แม้จะไม่มี การบัญญัติชัดเจน แต่ก็ต่างเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการว่าสามารถกระทำได้ โดยใน ประเทศอังกฤษได้ปรากฏความพยายามในการจำกัดขอบเขตของหนี้ในอนาคตในกฎหมายเกี่ยวกับการ จำนองที่ดินบางฉบับ เช่น Uniform Land Security Interest Act โดยกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน ยิ่งขึ้นของคำว่า Obligatory Advance หรือหนี้ที่เจ้าหนี้มีพันธะต้องกระทำ กล่าวคือ ครอบคลุม เฉพาะหนี้บังคับเท่านั้น

อนึ่ง ในส่วนของหลักการประกันหนี้ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น ก็สามารถแบ่ง ออกเป็นการประกันหนี้ด้วยบุคคลและการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเช่นกัน โดยมีหลักการสอดคล้อง กันว่าสัญญาประกันหนี้ นั้น เป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ ดังนั้นความสมบูรณ์ของสัญญาประกันหนี้จึง ย่อมขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้ประธานเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับกรณีของ กฎหมายระเทศสหรัฐอเมริกา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจน ว่าสัญญาค้ำประกันและสัญญาจำนองนั้น สามารถกระทำเพื่อหนี้ในอนาคตได้ หากหนี้ดังกล่าว นั้น อาจเกิดขึ้นได้จริง

อย่างไรก็ตาม ด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ขยายความถึงขอบเขต และ หน้าที่ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาประกันหนี้ในอนาคตไว้โดยเฉพาะ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาใน การตีความถึงลักษณะของหนี้ในอนาคตที่อาจอยู่ภายใต้สัญญาประกันหนี้ในอนาคต รูปแบบและ วิธีการทำสัญญา ตลอดจนการสิ้นสุดของสัญญา เป็นต้น

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้นำเสนอปัญหาต่าง ๆ ของการประกันเพื่อหนีในอนาคตมาแต่ต้นแล้วนั้น จะเห็นว่าปัญหาทั้งหมดเกิดจากการกฎหมายมีบัญญัติถึงประกันเพื่อหนีในอนาคตไว้เพียงในมาตรา 681 และมาตรา 707 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เท่านั้น ทำให้เกิดความไม่เพียงพอหรือไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของการประกันเพื่อหนีในอนาคตดังกล่าว ทำให้ต้องอาศัยการตีความกฎหมาย หรือแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามาช่วยสนับสนุนความเพิ่มเติม แต่อย่างไรก็ดียังมีในหลายประเด็นปัญหาที่ยังคงไม่ชัดเจนและยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐาน

เพื่อแก้ข้อขัดข้องนี้ จึงขอเสนอแนะให้มีการดำเนินการดังต่อไปนี้คือ

1. ให้เพิ่ม คำนิยามเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของคำว่า “หนีในอนาคต” ลงใน ป.พ.พ. ให้เกิดความชัดเจนว่า หนีในอนาคตหรืออะไร มีความหมายและขอบเขตเพียงใด เหมือนหรือต่างกับหนีมีเงื่อนไขหรือไม่

ดังที่ได้ยกเป็นปัญหามาพิจารณาแล้วว่า หนีในอนาคตกับหนีที่มีเงื่อนไขนั้นเป็นอย่างไรกันหรือไม่ ซึ่งความเห็นของผู้เขียนมีความเห็นว่า หนีที่มีเงื่อนไขคือหนีในอนาคตประเภทหนึ่งนั่นเอง เนื่องจาก มาตรา 681 วรรคสอง อันเป็นตัวกำหนดถึงหนีในอนาคต หรือหนีที่มีเงื่อนไข (บังคับก่อน) ที่สามารถค้ำประกัน (หรือมีหลักประกัน โดยประการอื่น) ได้นั้นต้องมีลักษณะของการที่ “อาจเป็นผลได้จริง” ซึ่งหากพิจารณาจากเงื่อนไขโดยกฎหมายในประการนี้นั้น ย่อมเป็นส่วนหนึ่งในการทำให้สามารถสรุปได้ชัดเจนขึ้นที่ว่า หนีในอนาคต และหนีที่มีเงื่อนไข (บังคับก่อน) นั้นมีความเหมือนกันหรือเป็นกรณีเดียวกัน เนื่องจากคำว่า “อาจเป็นผลได้จริง” ได้นั้นในหนีในอนาคต หากมีการเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในส่วนของเงื่อนไขตามมาตรา 187 และ 189 นั้นที่มีการระบุว่าเงื่อนไขบังคับก่อนที่สามารถมีในนิติกรรมใดๆ ได้นั้นต้องไม่มีลักษณะที่เงื่อนไขนั้นไม่สามารถจะสำเร็จลงได้อย่างชัดแจ้ง และเงื่อนไขที่เป็นการพ้นวิสัยนั่นเอง ดังนั้นเมื่อมีการเปรียบเทียบภายใต้หลักการของเงื่อนไขตามหลักนิติกรรมข้างต้นแล้วนั้น ในหนีในอนาคต กับหนีที่มีเงื่อนไข (บังคับก่อน) ย่อมเป็นกรณีเดียวกัน

การนิยามขอบเขตและความหมายของหนีในอนาคตนั้น ผู้เขียนเสนอว่าจะต้องเป็นการกำหนดในลักษณะของการให้มีลักษณะที่ปรับไปได้ตามสภาวะข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไป เช่นหนีในอนาคตของบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้บริโภค กับหนีในอนาคตของหุ้นส่วนบริษัทซึ่งเป็นองค์กรทางธุรกิจก็ควรจะแตกต่างกันออกไป โดยต้องพยายามจำกัดขอบเขตของคำว่าหนีในอนาคต

สำหรับบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้บริโภค ให้แคบและมีความหมายที่จำกัดกว่าหนี้ในอนาคตของหุ้นส่วนบริษัท เป็นต้น และควรกำหนดไว้ชัดเจน โดยเฉพาะเรื่องการประกันหนี้อาาคต เพราะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการประกันด้วยจำนองหรือจำนำนั้น อาจมีบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้จำนองหรือผู้จำนำประกันหนี้ให้กับลูกหนี้ จึงควรมีการจำกัดขอบเขตในเรื่องการประกันหนี้อาาคตดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญเพื่อมิให้เกิดข้อสัญญาที่เป็นภาระเกินควรแก่ผู้จำนองหรือผู้จำนำในการประกันนั้นด้วย

2. ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะ 11 ว่าด้วยคำประกัน, ลักษณะ 12 ว่าด้วยจำนอง และลักษณะ 13 ว่าด้วยจำนำ ในเรื่องดังต่อไปนี้คือ

2.1 กฎหมายได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในเรื่องของคำประกัน และจำนองว่าสามารถทำขึ้นเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 681 และ 707 ตามลำดับ แต่ในเรื่องจำนำนั้นกลับมิได้บัญญัติไว้ จึงเห็นควรให้เพิ่มบทบัญญัติอย่างชัดเจนในการจำนำว่าสามารถทำขึ้นเพื่อเป็นประกันหนี้ในอนาคตได้ด้วย

2.2 ประเด็นเรื่องการให้สิทธิผู้คำประกันสามารถบอกเลิกการประกันเพื่อหนี้ในคราวอนาคตตามมาตรา 699 ได้ แต่มิได้ให้สิทธิในการบอกเลิกประกันเช่นเดียวกันนั้นแก่ผู้จำนองและผู้จำนำได้ด้วยทั้งที่มาตรา 681 กับมาตรา 699 เป็นมาตราที่บัญญัติไว้ควบคู่กันและต้องใช้ด้วยกันเสมอ กล่าวคือเมื่อมาตรา 681 บัญญัติให้สามารถมีการคำประกันเพื่อหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขได้ ก็มีมาตรา 699 ที่บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้คำประกันที่จะบอกเลิกการคำประกันเพื่อหนี้ในอนาคตนั้นได้ ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้คำประกันต้องผูกพันคำประกันหนี้อยู่ต่อไปโดยไม่มีวันสิ้นสุด และก็ควรให้สิทธิในการบอกเลิกการจำนองหรือจำนำซึ่งบุคคลภายนอกให้ไว้เป็นประกันหนี้ในอนาคตได้เช่นเดียวกับผู้คำประกันด้วย จึงเห็นควรให้เพิ่มบทบัญญัติอย่างชัดเจนในลักษณะ 12 ว่าด้วยจำนอง และลักษณะ 13 ว่าด้วยจำนำ ให้ให้นำมาตรา 699 มาใช้กับการจำนองและการจำนำซึ่งบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ได้เช่นเดียวกับผู้คำประกันด้วย

3. ควรใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ให้คุ้มครองแก่สัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นหนี้ในอนาคต รวมทั้งการคำประกัน จำนอง หรือจำนำ ซึ่งเป็นประกันหนี้ โดยให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาออกประกาศให้สัญญาหนี้สินหมุนเวียน กับสัญญาหลักประกันแห่งหนึ่งซึ่งผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภค เป็นสัญญาควบคุม อยู่ภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้ผิดบังคับตามมาตรา 35 ตรี

และมาตรา 35 จัตวา ต่อไป คือในกรณีที่ไม่ได้มีการเขียนข้อสัญญาให้เป็นไปตามเงื่อนไขก็ดี หรือเขียนไว้แต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขก็ดี ให้ถือเอาประกาศและเงื่อนไขของคณะกรรมการ ฯ เป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา รวมทั้งกรณีกลับกันของผล กล่าวคือ หากคณะกรรมการประกาศไม่ให้มีข้อสัญญาใด แต่ในสัญญานั้นกลับมี ตามผลที่กำหนดกล่าวไว้ว่าให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น

4. ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะ 14 ว่าด้วยเก็บของในคลังสินค้า โดยกำหนดให้ชัดเจนในเรื่องดังต่อไปนี้คือ

4.1 กำหนดมิให้จำนำของที่เก็บไว้ในคลังสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้หนี้ในอนาคตได้ เฉพาะที่มีได้เป็นหนี้สินเชื่อหมุนเวียนเท่านั้น เช่น สามารถทำขึ้นเพื่อเป็นประกันหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินที่ยังมิได้ทำขึ้นในขณะที่ทำจำนำประทวนสินค้า หรือจำนำใบรับของคลังสินค้านั้นได้ แต่จะจำนำประทวนสินค้า หรือจำนำใบรับของคลังสินค้าเพื่อเป็นประกันหนี้หมุนเวียนเช่น สัญญากู้ยืมเงินเกินบัญชี สัญญาทรัสต์รีซีท หรือเลตเตอร์ ออฟ เครดิต ไม่ได้ เพราะโดยปกติประเพณีของการเก็บของในคลังสินค้านั้น ผู้ฝากประสงค์เพียงจะฝากสินค้าไว้ในชั่วระยะเวลาจำกัดเท่านั้น เนื่องจากต้องเสียค่าฝากหรือค่าบำเหน็จแก่นายคลังสินค้าด้วย หากจะให้จำนำเพื่อเป็นประกันหนี้สินหมุนเวียนซึ่งสามารถใช้ได้อย่างต่อเนื่องไม่มีจำกัดระยะเวลาแล้วก็จะทำให้สินค้านั้นต้องเก็บรักษาไว้ในคลังสินค้าอย่างยาวนาน โดยไม่มีระยะเวลาจำกัด และมีลักษณะเป็นการเช่าพื้นที่เพื่อใช้เก็บสินค้า ซึ่งเป็นกิจการที่นายคลังสินค้าจะกระทำมิได้ ฉะนั้น หากยอมให้มีการจำนำเพื่อเป็นประกันหนี้สินหมุนเวียนหรือหนี้ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แล้วก็จะเป็นการขัดกับเจตนาของผู้ฝากและขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่บัญญัติให้มีเรื่องการเก็บของในคลังสินค้าด้วย

4.2 เนื่องจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 14 ว่าด้วยเก็บของในคลังสินค้า บัญญัติไว้เพียงแต่กรณีการบังคับจำนำประทวนสินค้านั้น มิได้บัญญัติไว้ถึงกรณีบังคับจำนำใบรับของคลังสินค้าซึ่งถือเป็นการจำนำลำดับ 2 ไปด้วย ทั้งที่เป็นเรื่องสำคัญ จึงควรกำหนดให้ชัดเจนถึงวิธีการบังคับจำนำใบรับของคลังสินค้าไว้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องกำหนดเงื่อนไขให้คล้ายกับการบังคับจำนองลำดับหลังในมาตรา มาตรา 731 ว่า ผู้รับจำนำใบรับของคลังสินค้าจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนำประทวนสินค้า ซึ่งเป็นผู้รับจำนำคนก่อนไม่ได้

ข้อที่ควรบัญญัติเพิ่มเติมถึงวิธีการบังคับจำนำใบรับของคลังสินค้านั้น มีดังต่อไปนี้

1. ผู้รับจำนำใบรับของคลังสินค้าจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนำประทวนสินค้า ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่(เทียบเคียงมาตรา 731)

2. เมื่อหนี้ที่นำมาใบรับของคลังสินค้าถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้ทรงใบรับของคลังสินค้าจะต้องทำคำคัดค้านตามระเบียบในเรื่องการคัดค้านตัวเงินก่อน (เทียบเคียงมาตรา 790)
3. ผู้ทรงใบรับของคลังสินค้าจะต้องมีหนังสือแจ้งให้นายคลังสินค้าทราบถึงเหตุที่ไม่ชำระหนี้ นั้น พร้อมด้วยคำคัดค้าน เพื่อขอให้นายคลังสินค้าขายทอดตลาดสินค้านั้น (เทียบเคียงมาตรา 790)
4. ผู้ทรงใบรับของคลังสินค้าจะต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฝากและลูกหนี้ (กรณีที่ยำนำเพื่อเป็นประกันหนี้ให้กับบุคคลอื่นที่มีใช้ตัวผู้ฝากเอง) ทราบวัน เวลา และสถานที่ขายทอดตลาด (เทียบเคียงมาตรา 790)
5. เมื่อขายทอดตลาดแล้ว นายคลังสินค้ามีสิทธิหักเงินค่าใช้จ่ายในการขายทอดตลาดและค่าฝากที่ค้างแก่ตนได้ก่อน เหลือเงินสุทธิเท่าใดนายคลังสินค้าต้องมอบให้แก่ผู้รับจำนำลำดับแรก (คือผู้ทรงประทวนสินค้า) เมื่อเขาเวนคืนประทวนสินค้า (เทียบเคียงมาตรา 792 วรรคแรก)
6. หากยังมีเงินเหลืออยู่อีก นายคลังสินค้าจึงจะมอบให้แก่ผู้รับจำนำคนหลัง (คือผู้ทรงใบรับของคลังสินค้า) เมื่อเขาเวนคืนใบรับของคลังสินค้า (เทียบเคียงมาตรา 792 วรรค 2)
7. เมื่อผู้รับจำนำทุกคนได้รับชำระหนี้แล้ว หากมีเงินเหลืออยู่อีก นายคลังสินค้าต้องมอบให้แก่ผู้ฝาก (เทียบเคียงมาตรา 792 วรรค 2)
8. หากผู้รับจำนำ (ไม่ว่าจะเป็นผู้รับจำนำลำดับแรกคือผู้ทรงประทวนสินค้า หรือผู้รับจำนำคนหลังคือผู้ทรงใบรับของคลังสินค้า) ยังมีได้รับชำระหนี้ครบถ้วน ก็มีสิทธิไต่เบี่ยเอา กับผู้สตั้กหลังคือผู้จำนำ หรือลูกหนี้ที่ประกันได้ แต่ต้องปรากฏว่าได้มีการขายทอดตลาดภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ม่คำคัดค้าน (เทียบเคียงมาตรา 794 วรรคแรก)
9. และมีให้ฟ้องไต่เบี่ยเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขายทอดตลาด (เทียบเคียงมาตรา 794 วรรค 2)

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา (น.๑๐๑), กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552
- จำปี โสทธิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547
- ปัญญา ถนอมรอด. หนังสือรวมคำบรรยาย สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, สมัยที่ 63 เล่ม 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. กฎหมายค่าประกัน จำนอง จำนำ, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545
- ปุ่นลลิตา ต่วนสวัสดิ์. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิโดยผู้ให้หลักประกัน, วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549
- ผาสุก เจริญเกียรติ. การนำวัตถุไม่มีรูปร่างมาเป็นประกันการชำระหนี้, บทบัณฑิตย 61, มีนาคม, 2548
- ภิญโญ ชีรินิติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ค่าประกัน จำนอง จำนำ, กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประยูรวงศ์ จำกัด, 2530
- ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย ค่าประกัน จำนอง จำนำ, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525
- มานิตย์ จุมปา. เอกสารประกอบการสอน วิชา กฎหมายผลแห่งหนี้ (กฎหมายลักษณะหนี้), กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548
- ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2544
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. สรุปวิชากฎหมายค่าประกัน จำนอง จำนำ, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538
- วิชา มหาคุณ. คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกค้าหนี้, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549
- วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. แพ่งพิศดาร, กรุงเทพมหานคร : หจก.แสงจันทร์การพิมพ์, 2551
- ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, รองศาสตราจารย์ ดร. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายใน ส่วนของพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์

ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552

สมพร พรหมหิตาธร. นายประกัน, กรุงเทพมหานคร : [ม.ป.พ., ม.ป.ป.].

สมพรพร พึ่งจันทร์. ปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงานเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ในอนาคต, เอกัตศึกษา
หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กรุงเทพมหานคร: 2552

สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิสฤตพิชญ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน
จ้างงาน จ้างนำ, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547

สุขุม สุภินิตย์,รองศาสตราจารย์. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการตลาด, กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547

ภาษาอังกฤษ

Adams david. Banking and Capital Markets : The College of Law Publishing, 2009

Andrews Geraldine. Millett Richard. Law of Guarantees, London : Sweet & Maxwell 2005

Black Law Dictionary. 4th ed., St. Paul : west Publishing, 1968

Bruce A. Campbell. Contracts Jurisprudence and Article nine of the Uniform Code : the
Allowable scope of future advance and all obligations clauses in commercial security
agreements, Hasting Law Journal, July, 1986

Calnan Richard. Taking Security: Law and Practice, Bristol : Jordans Publishing Limited, 2006

Christopher V. Hawkins. Prepetition Security interests and postpetition Future Advances.
California Bankruptcy Journal, 2006

Douglass Boshkoff and Gerald Bepko. Secured Transactions : Herbert Legal Series, 1988

European Bank. Model Law on Secured Transactions, London : European Bank, 1994

Gabriel Moss Q.C. abd David Marks. Rowlatt on Principal and Surety, London : Sweet &
Maxwell, 1999

Gerard McCormark. Rewriting the English Law of Personal Property Securities and Article 9 of
the US Uniform Commercial Code. Company Lawyer, 2003

Gregory G. Gosfield, Esq.. Manual on Guaranties and sureties : เอกสารประกอบการสอน
Philadelphia Cle Seminar, 2009

- Hisashi Tanikawa. Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance, St. Lucia, New York : University of Queensland Press, 1973
- Kazuo Hatoyama. The Civil Code of Japan Compared with the French CivilCode. Yale Law Journal, April issue, 1902
- Kevin Patrick Mc Guinness. The law of Guarantee, Carswell & Sweet & Maxwell, 1986
- Philip R Wood. Comparative Law of Security and Guarantees, London : Sweet & Maxwell, 1995
- Robert Burgess. Assignment of Debt – Modification of Mortgage’s rights. Journal of Business Law : Thomson Reuters, 1996
- Russell A. Hakes. the ABC of the UCC Article 9 : Secured Transactions, American Bar Association, 1996
- Ryan A. Hackney. RIPPING HOLES IN THE DRAGNET: THE FAILINGS OF U.C.C. § 9-204(C) AS APPLIED TO CONSUMER TRANSACTIONS, Texas Law Review, May 2009
- Shelley A. Bentley. Ongoing Liabilities. Estates: Out of the Ordinary Problems paper 2.2, 2008
- Stroud's Judicial Dictionary. 7th ed., London : Sweet & Maxwell Ltd., 2007
- University college London, เอกสารประกอบการสอนวิชา International and comparative secured transactions : University college London, 2009
- Zoya Dronova, Trade and Project Finance Security Interest with particular reference to English and Russian Law. Master of Business Law, University of Geneva, 2009

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ชื่อ : นางสาวเกสรี่ นิติมนต์รี

วันเดือนปีเกิด : 14 สิงหาคม พ.ศ. 2529

สถานที่เกิด : กรุงเทพมหานคร

วุฒิการศึกษา : นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย