

บทที่ 3

ลักษณะของหลักประกันและสิทธิของผู้ให้หลักประกัน

3.1 ลักษณะของหลักประกัน

สัญญาหลักประกันเป็นสัญญาแห่งหนี้อุปกรณ¹ ทั้งนี้การที่จะมีสัญญาหลักประกันได้ก่อนอื่นต้องมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อน ซึ่งเรียกว่าหนี้ประธาน แล้วจึงมีสัญญาหลักประกันอันถือเป็นสัญญาแห่งหนี้อุปกรณ เมื่อสัญญาหลักประกันเป็นสัญญาแห่งหนี้อุปกรณดังนั้น ความสมบูรณ์และใช้บังคับได้หรือไม่ได้ของสัญญาอุปกรณจึงต้องขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์แห่งหนี้ประธานด้วย คือ แม้สัญญาหลักประกันจะสมบูรณ์เพียงใดแต่หากมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของหนี้ประธาน ก็อาจทำให้หลักประกันนั้นไม่มีผลบังคับได้

3.1.1 ความหมายของหลักประกัน

“หลักประกัน” หรือ “Security” ตามหนังสือ Black's Law Dictionary ให้ความหมายว่า “Security. Protection; assurance; indemnification. The term is usually applied to an obligation, pledge, mortgage, deposit, lien, etc., given by a debtor in order to make sure the payment or performance of his debt, by furnishing the creditor with a resource to be used in case of failure in the principal obligation. The name is also sometimes given to one who becomes surety or guarantor for another...”¹ แปลหลักประกัน เป็นการคุ้มครอง การทำให้มั่นใจ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งคำว่าหลักประกันนี้ มักจะใช้กันในเรื่องหนี้ จำน่า จำนอง มัดจำ และสิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ซึ่งจะให้โดยลูกหนี้เพื่อทำให้เจ้าหนี้มั่นใจว่าเขาจะชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถจะบังคับหลักประกันได้ในกรณีที่การชำระหนี้ประธานล้มเหลว หลักประกันนี้อาจเป็นการให้โดยผู้ค้ำประกันหรือผู้ให้หลักประกันเพื่อประกันหนี้ของบุคคลอีกคนหนึ่ง

Professor Aubrey L. Diamond ได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับการมีหลักประกันในทางกฎหมายไว้ว่า การมีหลักประกันจะทำให้ลูกหนี้เกิดความกลัวที่จะถูกบังคับหลักประกันจะได้ไม่ผิดนัดชำระหนี้ เพราะสิ่งที่เจ้าหนี้ต้องการไม่ใช่หลักประกันแต่คือการได้รับชำระหนี้ อย่างไรก็ตามหากจะต้องมีการบังคับหลักประกันในที่สุด มูลค่าของหลักประกันนั้นก็จะต้องเพียงพอที่จะ

¹ Henry Campbell Black, M.A., Black's Law Dictionary, 6th ed, P.1522

ชำระหนี้ การยึดและการขายจะต้องไม่ชักช้าหรือก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย และในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลายเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะต้องได้รับความคุ้มครอง²

3.1.2 ข้อแตกต่างระหว่างทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิ

“บุคคลสิทธิ” หรือ “หนี้” ในกฎหมายโรมันหมายถึงการชำระหนี้ในลักษณะของการกระทำหรือการละเว้นการกระทำบางอย่าง ภายหลังจากที่เกิดหนี้แล้ว ผู้มีสิทธิเรียกร้องให้มีการชำระหนี้คือเจ้าหนี้ ซึ่งมีความหมายในภาษาละตินว่าเป็นผู้ซึ่งให้ความไว้วางใจแก่บุคคลอื่น และเชื่อถือในเจตนาและความสามารถของลูกหนี้ในการชำระหนี้ ส่วนลูกหนี้หรือคู่กรณีซึ่งต้องชำระหนี้ นั้น มีหน้าที่จะชำระหนี้ในอนาคต โดยที่ความคิดเรื่องหนี้ไม่จำเป็นต้องมีพันธะทางกายภาพบีบบังคับลูกหนี้เสมอไป แม้นิติสัมพันธ์ผูกพันเฉพาะเจ้าหนี้กับลูกหนี้เท่านั้น หากมีบุคคลที่สามดำเนินการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยที่ลูกหนี้ไม่ทราบหรือไม่ยินยอมก็ถือว่าได้มีการชำระหนี้ไปโดยเรียบร้อยแล้ว ความผูกพันของลูกหนี้แสดงถึงการที่เจ้าหนี้มีอำนาจควบคุมเหนือบุคคลหรือทรัพย์สิน ต่อมาเมื่อทรัพย์สินเป็นสิ่งเดียวในการบังคับชำระหนี้ ส่วนชีวิตและร่างกายของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันก็หมดไป³

ทรัพย์สินซึ่งตรงกับ Real right ในภาษาอังกฤษ และ Jus in rem ในภาษาละติน คือ สิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน บังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรง เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ทรัพย์สินที่ย่อมใช้ยื่นแก่บุคคลทั่วไป ทรัพย์สินจึงจะก่อตั้งขึ้นได้ก็โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายมาตรา 1298 จะก่อตั้งขึ้นเองโดยนิติกรรมซึ่งไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้หาได้ไม่ ส่วนบุคคลสิทธิ ซึ่งตรงกับ Personal right ในภาษาอังกฤษ และ Jus in personam ในภาษาละติน คือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งในลักษณะนี้เรียกว่าสิทธิเรียกร้อง หรืออาจกล่าวได้ว่าบุคคลสิทธิ คือสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคล เป็นสิทธิที่บังคับเอาแก่ตัวบุคคลให้กระทำหรือมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นสิทธิของเจ้าหนี้ตามสัญญากู้เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวลูกหนี้เท่านั้น จะบังคับยื้อแย่ง

² Professor Aubrey L. Diamond, LL.M. Current Legal Problems 1989, (London : Stevens and Sons, 1990), pp.231-232 อ้างถึงใน ฐนิตา วิรุฬห์กุล, “การใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกัน” , (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 36

³ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เดือนตุลา , 2541), หน้า 155

เอาจากตัวทรัพย์เลยมิได้ ถ้าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสิทธินั้นๆ เจ้าหนี้ต้องฟ้องร้องบังคับสิทธิในศาล บุคคลสิทธิไม่อาจใช้ยื่นแก่บุคคลทั่วไป จะใช้บังคับได้แต่เฉพาะตัวลูกหนี้ ทายาทหรือผู้สืบสิทธิของลูกหนี้เท่านั้น จึงสรุปได้ว่าทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิมีข้อแตกต่างกันดังนี้

1. ทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินโดยตรง เช่น ผู้รับจำนองยอมมีสิทธิบังคับจำนองเอาจากตัวทรัพย์ที่จำนองได้เสมอ ไม่ว่าทรัพย์นั้นจะตกไปอยู่ที่ผู้ใด บุคคลสิทธิ มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำตามมาตรา 194 และมาตรา 213

2. ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น สิทธิยึดหน่วงบุริมสิทธิ จำนองและจำนำ เกิดขึ้นได้เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้อำนาจไว้ บุคคลสิทธิย่อมเกิดขึ้นได้โดยนิติกรรม หรือเกิดโดยนิติเหตุ

3. ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป คือบุคคลอื่นใดก็ตามมีหน้าที่ต้องงดเว้นไม่ขัดขวางต่อการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน เช่น จำนองตกติดไปกับทรัพย์เสมอ ไม่ว่าผู้ใดจะได้ทรัพย์ภายใต้ทรัพย์สินไปก็ต้องยอมรับรู้ทรัพย์สินเหล่านี้ จะขัดขวางหรือไม่ยอมให้ผู้ทรงทรัพย์สินใช้สอยหรือบังคับสิทธินั้นหาได้ไม่ บุคคลสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลเฉพาะเจาะจงเท่านั้น คือคู่สัญญา ทายาทหรือผู้สืบสิทธิของคู่สัญญาเท่านั้นที่มีหน้าที่กระทำหรืองดเว้นการกระทำตามสัญญา

4. ทรัพย์สินมีลักษณะคงทนถาวรและไม่หมดสิ้นไปโดยการไม่ใช้ เช่น จำนองยอมตกติดไปกับทรัพย์ที่จำนองเสมอ มีข้อยกเว้นสำหรับทรัพย์สินอยู่ 2 ประเภทเท่านั้น คือการจำยอมและการติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมาตรา 1399 และ 1434 บัญญัติว่า ถ้าไม่ใช้สิบบ้างยืมสิ้นไป บุคคลสิทธิมีลักษณะไม่ถาวรและย่อมสิ้นไป ถ้ามิได้ใช้สิทธินี้ภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ กำหนดเวลานี้เรียกว่า อายุความ ตามมาตรา 193/9 และอายุความก็บัญญัติไว้ในมาตรา 193/30 ถึงมาตรา 193/35

ข้อสังเกต คือ มาตรา 1299 บัญญัติว่า การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่จะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิได้บัญญัติว่าเป็นโมฆะ ฉะนั้นน่าจะต้องถือตัวบทเป็นสำคัญ และที่ว่าใช้บังคับกันมิได้นั้นหมายถึงบังคับในฐานะเป็นทรัพย์สินมิได้เท่านั้น แต่อาจบังคับกันในฐานะเป็นบุคคลสิทธิได้ เช่น กู้เงินกันแล้วมอบที่ดินและโฉนดให้ผู้ให้กู้ครอบครองและเก็บผลประโยชน์จากที่ดินนั้น การยึดถือที่ดินของผู้ให้กู้ตามลักษณะนี้เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เมื่อมิได้จดทะเบียนยอมเป็นโมฆะใช้บังคับกันมิได้ ต้องคืน

ที่ดินให้ผู้กู้ แต่ถ้าผู้กู้รับเงินไปแล้วบิดพลิ้ว ไม่มอบที่ดินให้ผู้ให้กู้ครอบครองเก็บผลประโยชน์ตามสัญญา ผู้ให้กู้ย่อมฟ้องบังคับให้ส่งมอบที่ดินตามสัญญาได้⁴

เมื่อพิจารณาความแตกต่างของสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันด้วยบุคคลได้แก่ผู้ค้ำประกันและประกันด้วยทรัพย์ได้แก่ จำนอง จำนำแล้ว แม้การประกันด้วยบุคคลอาจจะสะดวกรับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ที่ยอมเสี่ยงที่จะเข้ามาค้ำประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ เพราะบุคคลที่เข้ามาทำการค้ำประกันอาจเป็นบุคคลที่ลูกหนี้รู้จักหรือมีผลประโยชน์ร่วมกันจึงยอมเข้ามาค้ำประกันลูกหนี้ให้ ซึ่งหากบุคคลที่เข้ามาค้ำประกันมีความน่าเชื่อถือเพียงพอต่อเจ้าหนี้หรือเจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ค้ำประกันแล้ว การค้ำประกันก็เกิดขึ้นได้ง่ายเพราะกฎหมายต้องการเพียงหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้น แต่การประกันด้วยบุคคลไม่ค่อยมีความมั่นคงแน่นอนแก่เจ้าหนี้ เพราะเพียงทำให้เจ้าหนี้มีกองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันมาเป็นประกันชำระหนี้เพิ่มเติมจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น แต่ก็ไม่ทราบว่าเป็นทรัพย์สินชิ้นใด เป็นการบังคับเอาทรัพย์สินทั่วไป หากผู้ค้ำประกันยอมชำระหนี้ก็จะไม่เกิดปัญหาใดๆ แต่หากผู้ค้ำประกันไม่ยอมชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะมีหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งสามารถฟ้องร้องผู้ค้ำประกันได้ ก็ไม่แน่ว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ เพราะผู้ค้ำประกันอาจมีเจ้าหนี้หลายราย ซึ่งอาจมีทั้งเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยบุคคล หรือเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์ประเภทต่างๆ การบังคับชำระหนี้เอากับกองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกัน เจ้าหนี้ค้ำประกันจะตกอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้สามัญทันที เพราะเจ้าหนี้มีประกันประเภทนี้จะมีเพียง “บุคคลสิทธิ” ที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ซึ่งการบังคับชำระหนี้ อาจได้เพียงส่วนเฉลี่ย หรือหากไม่มีทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันเหลือ ก็อาจไม่ได้รับชำระหนี้ใดๆ เลย แต่เจ้าหนี้มีประกันด้วยทรัพย์เป็นผู้มี “ทรัพย์สินสิทธิ” เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น โดยเจ้าหนี้เชื่อในมูลค่าหรือราคาของทรัพย์สินนั้นที่จะนำมาขายเพื่อชำระหนี้ได้ และไม่ว่าทรัพย์สินที่เป็นประกันจะอยู่ ณ ที่ใด เจ้าหนี้ก็ยังคงติดตามบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินนั้นได้ โดยมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้สามัญในทรัพย์สินที่ประกันนั้น⁵

⁴ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามพริ้นติ้ง กรุ๊ป, 2540), หน้า 54-59

⁵ หนัยรัตน์ ถาวรพานิชกิจ, “สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 25

3.1.3 ลักษณะของสัญญาหลักประกัน

การประกันอาจบัญญัติได้หลายวิธีแต่สรุปแล้วก็มีเพียง 2 อย่าง การประกันด้วยบุคคล คือมีบุคคลภายนอกยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้โดยรับรองว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ตนจะใช้ให้ ซึ่งเรียกว่าค้ำประกัน และการประกันด้วยทรัพย์สิน เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาประกัน ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของคนอื่นก็ได้ เจ้าหนี้ธรรมดาของเจ้าของทรัพย์สินที่ประกันนั้น จะเข้ามาแย่งขอแบ่งชำระหนี้ด้วยไม่ได้ ทรัพย์สินที่เอามาเป็นประกันบางอย่างยังอยู่ในครอบครองของลูกหนี้ แต่เอามาทำสัญญาว่าเป็นประกันการชำระหนี้ วิธีนี้เรียกว่าจำนอง หรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เลย โดยสัญญาให้เขาเป็นประกันการชำระหนี้ วิธีนี้เรียกว่าจำนำ⁶

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินข้างต้นแล้ว จะพบว่ามีความหมายแตกต่างกันหลายประการ แต่ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดของการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คือสิทธิในการบังคับชำระหนี้ เพราะเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยบุคคลจะมีเพียงบุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกันรับผิดชอบ แต่ในกรณีของเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สิน เจ้าหนี้มีทรัพย์สินหรือสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญ

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนมีความประสงค์จะศึกษาเฉพาะกรณีผู้ให้หลักประกันที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงหรือสัญญาอันได้แก่ ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง ผู้จำนำ เท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจะไม่ขอกล่าวถึงผู้ให้หลักประกันที่เกิดขึ้นโดยข้อกฎหมาย เช่นบุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วง

3.1.3.1 สัญญาประกันด้วยบุคคล

1. สัญญาค้ำประกัน

สัญญาค้ำประกันมีลักษณะ คือ มาตรา 680 "อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้" วรรคสอง "อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่" ผู้ค้ำประกันรับรองกับเจ้าหนี้ว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ตนจะเป็นผู้ใช้นั้นแทน ส่วนคำว่า "บุคคลภายนอกคนหนึ่ง" หรือ "เจ้าหนี้คนหนึ่ง" มิได้จำกัดว่าหนี้รายหนึ่งมีผู้ค้ำประกันได้คนเดียวหรือหนี้ที่ค้ำประกันจะต้องมีเจ้าหนี้คนเดียว ฝ่ายเจ้าหนี้มีหลายคนก็ได้ และผู้ค้ำประกันจะมีหลายคนก็ได้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 682 วรรคสอง "ถ้าบุคคลหลายคน ยอมตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันใน

⁶ พจนานุกรมคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 5, หน้า 3

หนี้รายเดียวกันไซ้ร้ทำงานว่าผู้ค้ำประกันเหล่านั้นมีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกัน แม้ถึงว่ามีได้เข้ารับ
ค้ำประกันรวมกัน"

สาระสำคัญของสัญญาค้ำประกันจะต้องมีลูกหนี้ที่จะทำการชำระหนี้ให้
เจ้าหนี้ยู่ชั้นหนึ่ง จึงจะมีการค้ำประกันเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เป็นลูกหนี้ในชั้นที่สอง
ทั้งนี้ ค้ำประกันด้วยบุคคลตามลักษณะนี้ ผู้ที่ค้ำประกันต้องไม่ใช่ลูกหนี้ ต้องเป็นบุคคลภายนอกทำ
สัญญากับเจ้าหนี้รับรองจะใช้หนี้แทน เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ ถ้าลูกหนี้ทำสัญญาค้ำประกันเสียเองยอม
ไม่เกิดประโยชน์อันใด เพราะลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้ที่เต็มจำนวนอยู่แล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่ได้
หลักประกันอะไรเพิ่ม ดังนั้น ถ้าลูกหนี้จะค้ำประกันตัวเองต้องประกันด้วยทรัพย์สิน เช่น จำนองประกัน
ทำให้เจ้าหนี้ได้ทรัพย์สินที่จำนองมาเป็นหลักประกันเพิ่มขึ้นจากข้อสัญญาจะชำระหนี้ของลูกหนี้⁷

จากมาตรา 680 เห็นได้ว่าสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่ทำกันระหว่าง
บุคคลภายนอกกับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรู้เห็นด้วย ตามมาตรา 314 นั้น มีหลักว่าบุคคลภายนอกที่
มีส่วนได้เสียจะเข้าชำระหนี้โดยฝืนใจลูกหนี้ก็ยอมทำได้ เมื่อผู้ค้ำประกันเข้าค้ำประกันแล้วก็
กลายเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เนื่องจากต้องรับผิดชอบเพื่อลูกหนี้ จึงสามารถชำระหนี้ได้แม้จะฝืนใจลูกหนี้⁸
ในการตีความความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลภายนอกและไม่ใช่ตัวลูกหนี้
ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันจึงเป็นเรื่องผูกพันเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันมี
ความรับผิดชอบแต่เพียงชั้นที่สอง ไม่มีความรับผิดชอบเป็นชั้นต้นเหมือนลูกหนี้ หรือเกินความรับผิดชอบของ
ลูกหนี้ การตีความความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยศาลย่อมตีความไปในทางที่
เป็นคุณแก่ผู้ค้ำประกันเพื่อมิให้ต้องรับภาระมากเกินไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 232/2509) เมื่อ
กฎหมายให้บทนิยามไว้แล้วว่า การค้ำประกันคืออะไร ข้อความเพียงว่าใครค้ำประกันใครในหนี้
รายใดก็เป็นการเพียงพอแล้ว แต่ถ้าคู่กรณีรายใดไม่ใช่คำในกฎหมายว่า ค้ำประกัน จะถือว่าเป็น
สัญญาค้ำประกันหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ว่าข้อความครบองค์ประกอบของการค้ำประกันหรือไม่ ใน
การตีความแสดงเจตนาอัน ให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร
ข้อความที่ว่า "ขอรับรองการชำระหนี้ของนาย ก. ตามข้อความข้างต้นทุกประการ" นั้น จะตีความ
ว่า ได้ละเว้นไว้ในที่เข้าใจว่า ถ้านาย ก. ไม่ชำระเงินให้เจ้าหนี้ ตน "ผู้รับรอง" จะยอมชำระแทนได้
หรือไม่ ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 942/2513 แสดงว่าจะตีความไปถึงเพียงนั้นหาได้ไม่ ปัญหา

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5

⁸ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน
 จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2516), หน้า 10

ไม่ได้เกิดจากถ้อยคำที่ใช้ในเอกสาร แต่เป็นเรื่องไม่มีถ้อยคำอันเป็นทางให้ตีความเลย และข้อความที่ขาดไปนั้นเป็นข้อความสำคัญสำหรับการค้าประกันด้วย⁹

2. สัญญารับประกันความเสียหาย (CONTRACT OF INDEMNITY)

เป็นสัญญาที่มีลักษณะคล้ายกับสัญญาการค้าประกัน แต่ไม่ใช่สัญญาการค้าประกัน เป็นการสัญญาระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายว่า แม้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบที่รับรองจะรับผิดชอบ เห็นได้ว่าคล้ายการค้าประกันแต่ไม่ใช่การค้าประกันตามมาตรา 680 เพราะไม่มีหนี้ประธาน สัญญาที่รับรองเป็นหนี้ประธานขึ้นมาเอง จะถือแต่ถ้อยคำว่ารับรอง หรือรับประกันหรือการค้าประกันมายึดถือว่าเป็นสัญญาการค้าประกันเสมอไปไม่ได้ ถ้าบุคคลภายนอกมิได้ทำสัญญาผูกพันตนต่อเจ้าหนี้แต่ผูกพันระหว่างบุคคลภายนอกด้วยกัน ก็ไม่เป็นการค้าประกันตามลักษณะนี้ แต่เป็นสัญญาธรรมดา มีข้อตกลงจะรับผิดชอบใช้กันอย่างไร ต้องเป็นไปตามสัญญาที่ตกลงกัน จะนำบทบัญญัติในลักษณะการค้าประกันไปปรับบทกับสัญญาธรรมดาไม่ได้ เช่นวานให้ประกัน เสียหายเท่าใดจะรับใช้เมื่อเขาเข้าไปประกันตามข้อตกลงมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เขา ผู้วานจะยกกฎหมายเรื่องการค้าประกันมาเถียงเพื่อไม่ต้องรับใช้ตามสัญญาธรรมดาที่วานประกันนั้นไม่ได้ เพราะสัญญานี้ไม่ใช่สัญญาการค้าประกัน เอกากฎหมายการค้าประกันมาใช้ไม่ถูกเรื่อง¹⁰

สัญญารับประกันความเสียหายนี้ต่างจากสัญญาการค้าประกันตรงที่ สัญญาการค้าประกันต้องมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ก่อนจึงจะมีการค้าประกันนี้ดังกล่าวได้ ถ้าไม่มีหนี้แม้จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาผูกพันก็ถือว่าเป็นการค้าประกันตามมาตรา 680 ไม่ได้ เช่น ก.ทำสัญญาจะไม่สร้างบ้านปิดบังบ้าน ข. ถ้าก.ไม่ได้สัญญาว่าหากก.ผิดสัญญายอมให้ ข.ปรับวันละ 1,000 บาท แต่ค. เข้าทำสัญญากับ ข. ว่า ถ้าก. ผิดสัญญาจะยอมให้ข. ปรับ ค. เป็นเงินวันละ 1,000 บาท ดังนี้ จะถือว่าเป็นสัญญาการค้าประกันไม่ได้ แต่จะถือว่าสัญญาระหว่างข.กับค. เป็นเอกเทศสัญญาอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นสัญญาประกันความเสียหาย ซึ่งมีผลผูกพันค. เมื่อไม่ใช่สัญญาการค้าประกัน ค. จะใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้เหมือนผู้ค้าประกัน เช่นมาตรา 688-690 ไม่ได้ จะไปใช้สิทธิได้เสียจากก. ในฐานะผู้ค้าประกันก็ไม่ได้ เพราะก. ไม่ได้ยอมรับผิดชอบ ข.ว่าจะใช้ค่าปรับ¹¹

⁹ ประทีป ชุ่มวัฒนะ, หมายเหตุท้ายฎีกา 942/2513

¹⁰ พจนี ปุษาปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยการค้าประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 5, หน้า 5-6

¹¹ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วย การค้าประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 9

Contract of indemnity เป็นหลักในกฎหมายอังกฤษ เป็นสัญญาประกันความเสียหาย ต่างกับสัญญาค้ำประกันซึ่งเรียกว่า Contract of suretyship สัญญาประกันความเสียหายมีตัวอย่างที่ใช้กันในเมืองไทย เช่นเกี่ยวกับการส่งสินค้าลงเรือไปต่างประเทศ บริษัทเรือให้ผู้ส่งสินค้าเซ็นสัญญารับรองว่า ถ้าสินค้าที่ส่งไปนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทเรือ ผู้ส่งสินค้าจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัทเรือ แต่สัญญาชนิดนี้ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน เพราะไม่ใช่เป็นการที่คนภายนอกยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ เพื่อทำการชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ เป็นสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งรับจะใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง มีลักษณะคล้ายกับสัญญาประกันภัย ซึ่งบริษัทรับประกันภัยตกลงกับผู้ถือกรรมกรรมว่า ถ้าเกิดวินาศภัยขึ้น อันเป็นภัยแก่ชีวิตหรือร่างกายก็ดี แก่ทรัพย์สินก็ดี บริษัทจะจ่ายเงินประกันให้แก่ผู้ถือกรรมกรรม¹²

หนังสือคำอธิบายกฎหมายอังกฤษอธิบาย Contract of indemnity ต่างจากสัญญาค้ำประกัน ดังนี้

1. มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย แต่สัญญาค้ำประกันมีสามฝ่ายคือเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ประธาน และผู้ค้ำประกัน

2. ผู้ที่รับประกันความเสียหายมีความรับผิดชอบเป็นหนี้ขั้นต้นและไม่มีความรับผิดชอบขั้นที่สอง แต่สัญญาค้ำประกันต้องมีความรับผิดชอบขั้นต้นก่อนและผู้ค้ำประกันจะรับผิดชอบเมื่อลูกหนี้ประธานไม่ใช้หนี้

3. ผลบังคับทางกฎหมายต่างกัน Contract of indemnity ไม่ต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ แต่สัญญาค้ำประกันต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ "...guarantee is required by the Statute of Frauds to be evidenced by a note or memorandum in writing, while a contract of indemnity is not."¹³

ตัวอย่าง ก.และข.ไปที่ร้านของ ค.และก.ได้พูดกับค.ว่าส่งมอบสินค้าให้ข.ไปหากข.ไม่ชำระราคาก.ยินดีจะชำระแทน สัญญาที่ก.ทำกับค.นี้เป็นสัญญาค้ำประกัน(Contract of

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4

¹³ Paul Dobson and Clive M. Schmitthoff, Charlesworth's Business Law, P.520

guarantee) โดยข.เป็นลูกหนี้ขั้นต้น ก.จะมีความรับผิดชอบเมื่อข.ผิดนัดชำระหนี้ แต่หากข้อเท็จจริงเป็นว่า ก.บอกให้ค.ส่งมอบสินค้าให้กับข.และก.ยินดีจะชำระราคาให้ นี่เป็น Contract of indemnity¹⁴

หลักเรื่อง Contract of indemnity นี้อาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 109/2478 ว่า คำรับรองว่าจะไม่ให้ใครเสียหายนั้น จะถือเอาว่าเป็นสัญญาค้ำประกันได้เสมอไปหรืออย่างไร เทียบตามกฎหมายอังกฤษมีสัญญาสองชนิดคล้ายกัน แต่ต่างกันอยู่ คือสัญญาค้ำประกัน (Contract of guarantee) กับสัญญารับใช้ความเสียหาย (Contract of indemnity) เช่น ก.พา ข. เพื่อนของตนไปหา ค. ขอให้ ค.ให้ ข. ได้กู้เงิน ถ้า ก. รับรองกับ ค. ว่าเมื่อ ข. กู้ไปแล้วไม่ใช้ ก. จะใช้ให้ดังนี้ เป็นสัญญาค้ำประกัน เพราะมี ข. เป็นลูกหนี้ขั้นต้นอยู่ ก.รับผิดชอบเข้ามาเป็นประกัน กล่าวคือ ก.จะใช้ต่อเมื่อ ข.ไม่ใช้ แต่ถ้า ค.เกี่ยววงไม่ยินยอมด้วย เพราะไม่เชื่อมั่นในฐานะการเงินของ ข. ต้องการให้ ก. เป็นลูกหนี้ด้วย ก. จะเป็นผู้ใช้ให้ ค. เอง เมื่อ ก. ยอมเข้าเป็นลูกหนี้โดยตรงเช่นนี้ กฎหมายอังกฤษถือว่าเป็นสัญญาอีกชนิดหนึ่งคือสัญญารับใช้ความเสียหาย ตามกฎหมายอังกฤษสัญญาค้ำประกันต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ส่วนสัญญารับใช้ความเสียหายไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 680 สัญญาค้ำประกันก็เป็นเรื่องที่คนหนึ่งยอมรับใช้หนี้ต่อเมื่อลูกหนี้ขั้นต้นไม่ใช้เหมือนกัน ถ้าบุคคลยอมเข้าเป็นลูกหนี้ขั้นต้นทีเดียวจะว่าเป็นสัญญาค้ำประกันตามมาตรา 680 ไม่ได้ ข.เอาเงินของ ค. ไป ก.เป็นผู้ยอมรับใช้ดังนี้ จะว่าเป็นสัญญาค้ำประกันไม่ได้ เพราะไม่มีลูกหนี้ขั้นต้นคนไหนนอกจาก ก. เท่ากับ ก. กู้ไปเอง เอาประโยชน์ไปให้ ข. แต่มีมาตรา 691 พุดถึงกรณีที่ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ ซึ่งถ้าต้องรับผิดชอบกันแล้ว ก็ไม่ใช่จะยอมรับผิดต่อเมื่อลูกหนี้ขั้นต้นไม่ใช้หนี้ เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้จะเรียกชำระหนี้คืนเชิงจากผู้ค้ำประกันหรือลูกหนี้คนใดคนหนึ่งก็ได้ ตามมาตรา 291 ข้อนี้เป็นการแสดงว่ากฎหมายไทยไม่แยกเป็นข้อแตกต่างระหว่างสัญญาค้ำประกันกับสัญญารับใช้ความเสียหายอย่างกฎหมายอังกฤษ

ผู้เขียนเห็นว่า Contract of indemnity นี้ไม่ใช่สัญญาค้ำประกันที่ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ เพราะผู้ให้สัญญาเป็นลูกหนี้ขั้นต้น คือตนจะเป็นผู้ใช้นี้ให้เอง เมื่อใช้นี้ไปแล้วก็ไปไล่เบี้ยลูกหนี้ไม่ได้เพราะจะมาใช้สิทธิไล่เบี้ยตามมาตรา 693 วรรคหนึ่งเรื่องผู้ค้ำประกันก็ได้ แต่ถ้าเป็นสัญญาค้ำประกันที่ร่วมรับผิดชอบกับลูกหนี้ผู้ค้ำประกันยอมใช้สิทธิตามมาตราดังกล่าวได้

¹⁴ Kenneth Smith and Denis L. Keenan, *Mercantile Law*, 4th Ed, (London: Pitman publishing limited, 1977), p. 461

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 924/2476 ซึ่งอาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาเกี่ยวกับ Contract of indemnity ไว้ มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า นายแพและนายเจริญ กู้เงินโจทก์ไป โดยมีจำเลยทั้งสองเป็นผู้ค้ำประกัน ลูกหนี้ผิดนัดไม่ใช้เงินกู้ โจทก์จึงฟ้องผู้กู้ทั้งสองคน แล้วจำเลยพาผู้กู้มาทำอมความต่อศาลยอมยกโรงสีให้แก่โจทก์ เป็นอันเลิกหนี้สินต่อกัน โดยจำเลยพูดรับรองว่า ถ้าการโอนโรงสีไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย จำเลยจะจัดการชำระหนี้ให้โจทก์ใหม่ โจทก์จึงยอม ต่อมาเจ้าหนี้ยึดโรงสีขายทอดตลาด และผู้เป็นหุ้นส่วนโรงสีก็ฟ้องขอแบ่ง โจทก์ยื่นคำร้องขอตทรัพย์ว่าโรงสีเป็นของโจทก์ ศาลสั่งยกคำร้อง ทำให้โจทก์หมดโอกาสที่จะรับโอนโรงสี จึงมาฟ้องผู้ค้ำประกันให้ใช้ต้นทุนและดอกเบี้ย ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า สัญญาอมความมีความชัดเจนว่าเป็นการชำระหนี้สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง ผู้ค้ำประกันจึงหลุดพ้น การที่โจทก์ไม่ได้ทรัพย์ตามสัญญา เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลัง ไม่กระทบกระเทือนถึงความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน ส่วนข้อที่จำเลยพูดรับรองจะใช้หนี้ให้โจทก์อีกนั้น เข้าอยู่ในลักษณะค้ำประกัน ต้องทำเป็นหนังสือตามกฎหมาย เพียงแต่พูดว่าจะใช้หนี้ หากเป็นการถูกต้องตามกฎหมายไม่

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การทำสัญญาอมความกับลูกหนี้ยอมรับโอนโรงสีแทนการชำระหนี้ นั้น เป็นการชำระหนี้เสร็จสิ้นกันไปแล้ว หนี้รายนี้ย่อมระงับสิ้นไปตามมาตรา 321 จำเลยซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันก็ยอมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามมาตรา 698 ส่วนที่จำเลยรับรองว่าถ้าโรงสีไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย จำเลยจะจัดการชำระหนี้ให้โจทก์ใหม่นั้น เข้าอยู่ในลักษณะประนีประนอมยอมความตามมาตรา 850 ซึ่งตามมาตรา 851 บัญญัติว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่คดีนี้จำเลยพูดรับรองด้วยวาจา ฉะนั้นถึงหากจะเป็นความจริง โจทก์ก็ฟ้องร้องให้จำเลยรับผิดไม่ได้

อาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ทำให้หนี้อันเป็นประธานระงับสิ้นไปแล้ว หนี้ส่วนของผู้ค้ำประกันอันเป็นอุปกรณ์ก็ระงับสิ้นด้วย เพราะการค้ำประกันจะต้องประกอบด้วยหนี้ประธานซึ่งมีลูกหนี้ชั้นต้นต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้โดยตรง ผู้ค้ำประกันเป็นแต่สัญญาว่าจะใช้หนี้ในเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เรื่องนี้หนี้ประธานได้ระงับสิ้นไปแล้ว โดยการโอนทรัพย์สินแทนการชำระหนี้ตามมาตรา 321 เมื่อไม่มีลูกหนี้จะต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้ การที่จำเลยได้ตกลงกับโจทก์ไปอย่างไรก็ตามอาจเป็นสัญญาค้ำประกันไม่ แต่คำพูดรับรองว่าจะใช้หนี้แทนคนอื่นด้วยเจตนาแท้จริงจะผูกพัน โดยตนเองจะเป็นผู้รับผิดโดยตรงต่อเจ้าหนี้ นั้น เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งอาจบังคับได้ โดยมีไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องทำตามแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างไร กฎหมายอังกฤษเรียกว่าสัญญารับใช้ความเสียหาย (Contract of indemnity) ต่างกับสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาว่าจะใช้หนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้ (Contract of guarantee) เป็นสัญญารับใช้โดยตนเองเข้าเป็นลูกหนี้ชั้นต้น ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน การที่บุคคลรับใช้หนี้แทนผู้อื่น

อาจเป็นการทำได้ตามกฎหมายไทยและไม่จำเป็นต้องบังคับตามสัญญาผู้ยืมหรือค้ำประกัน คงเป็นแต่นิติกรรมสัญญาธรรมดาที่บังคับกันได้

จากคำพิพากษาฎีกา ที่จำเลยบุตรรับรองว่าถ้าการโอนโรงสีไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายจำเลยจะจัดการชำระหนี้ให้โจทก์นั้น ดูเผินๆ อาจเข้าใจว่าเป็นสัญญาจะใช้หนี้ดังกล่าวข้างต้น แต่เมื่อพิเคราะห์ดูให้ดี จะเห็นได้ว่าแท้จริงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ เพราะสัญญารับใช้หนี้นั้น โดยปกติผู้ตกลงรับใช้ไม่มีข้อพิพาทโต้เถียงกับเจ้าหนี้มาก่อน แต่เรื่องนี้จำเลยเคยเป็นผู้ค้ำประกันต่อโจทก์ มีข้อพิพาทที่อาจถูกโจทก์ฟ้องร้องในขณะที่ตกลงให้ลูกหนี้เอาโรงสีมาใช้หนี้ หรืออาจมีข้อพิพาทเกิดฟ้องร้องกันขึ้นได้ การที่จำเลยรับรองดังกล่าวนี้จึงเป็นสัญญาจะรับข้อพิพาทเข้าลักษณะประนีประนอมยอมความตามมาตรา 850 เมื่อมิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 850 จะฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้ ความจริงหาใช่เรื่องตกลงรับใช้หนี้แทนผู้อื่นตามที่กล่าวข้างต้น

การยอมเข้าผูกพันรับใช้หนี้ที่ผู้อื่นต้องชำระ ไม่เป็นสัญญาค้ำประกันเสมอไป ต้องดูลักษณะความผูกพันนั้นว่าตนยอมใช้หนี้เสียเอง หรือจะใช้แทนเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ ถ้าเป็นอย่างหลังจึงจะเป็นสัญญาค้ำประกัน¹⁵

สรุปได้ว่า Contract of indemnity มีลักษณะและผลทางกฎหมายที่แตกต่างจากสัญญาค้ำประกัน จึงไม่นำบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันมาใช้ แต่ Contract of indemnity ก็เป็นสัญญาประกันอย่างหนึ่งที่ให้โดยบุคคลภายนอกเช่นกัน เป็นการประกันด้วยบุคคลและเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กันในประเทศอังกฤษ โดยบุคคลภายนอกคนหนึ่งที่ไม่มีส่วนได้เสียระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เข้าไปผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เป็นลูกหนี้ชั้นต้นโดยตรงเลยว่า ตนจะใช้หนี้ให้แทนลูกหนี้ เรียกว่าสัญญารับใช้ความเสียหาย ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ของไทยเราไม่มีหลักดังกล่าว อาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช มีข้อสังเกตว่าอาจเข้ากรณีเรื่องผู้ค้ำประกันรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ตามมาตรา 691

ผู้เขียนเห็นว่าหากเข้ามาตรา 691 ตามที่ท่านอาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวไว้แล้วผลก็คือ เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกให้ลูกหนี้และบุคคลภายนอกดังกล่าวให้ชำระหนี้สินเชิงได้ โดยบุคคลภายนอกนี้จะรับผิดชอบโดยไม่มีสิทธิยกเว้น แต่ระหว่างตนเองกับลูกหนี้ ตนสามารถไต่เบี่ยลูกหนี้ได้ทั้งจำนวนตามมาตรา 693 วรรคหนึ่งและรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ได้ตามมาตรา 693 วรรค

¹⁵ พจนี ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 15

สองเหมือนผู้ค้ำประกันทั่วไป เพราะกฎหมายไทยมองว่ากรณีนี้บุคคลภายนอกก็ยังไม่ใช่ลูกหนี้
ชั้นต้น เป็นเพียงผู้ค้ำประกันลูกหนี้เท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะปรับเข้าเรื่องผู้ค้ำประกันร่วมรับผิดชอบกับลูกหนี้ตามมาตรา
691 เพราะตามที่กล่าวมาแล้วว่า Contract of indemnity นี้บุคคลภายนอกที่รับประกันความ
เสียหายนี้เข้ารับประกันเป็นลูกหนี้ชั้นต้น ซึ่งไม่ใช่ผู้ค้ำประกันแน่นอน เพราะผู้ค้ำประกันจะต้องเป็น
ลูกหนี้อุปกรณ์ จะรับผิดชอบเมื่อลูกหนี้ชั้นต้นผิดนัด แต่แม้ Contract of indemnity จะไม่มีบัญญัติ
ไว้ในกฎหมายไทย แต่ก็สามารถนำมาใช้บังคับได้ หากคู่กรณีตกลงทำสัญญาดังกล่าวขึ้น ผู้รับ
ประกันความเสียหายก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายไปตามที่ตกลง แม้จะตกลงด้วยวาจาก็สามารถ
ใช้บังคับได้ เพราะสัญญานี้ไม่มีแบบและไม่ต้องการหลักฐานใดๆ เป็นเรื่องการแสดงเจตนาเป็น
สัญญาก่อนนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นอย่างหนึ่ง จึงต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ตามมาตรา 194 นอกจากนี้
ลักษณะของสัญญาดังกล่าว ผู้ตกลงรับใช้ค่าเสียหายนี้จะต้องไม่มีข้อพิพาทโต้แย้งกับเจ้าหนี้มา
ก่อน แต่เข้ามารับใช้ค่าเสียหายแทนลูกหนี้เพราะหากเป็นกรณีที่มีข้อพิพาทกับเจ้าหนี้มาก่อน อาจ
กลายเป็นเรื่องการประนีประนอมยอมความไป ซึ่งจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือถึงจะฟ้องร้อง
บังคับคดีกันได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 489/2537 โจทก์ทั้งสองนำโฉนดที่ดินไปจำนองไว้แก่
ธนาคาร เพื่อเป็นประกันหนี้ของรัฐ. โดยจำเลยและจำเลยร่วมทำหนังสือสัญญาค้ำประกันการ
จำนองไว้ต่อโจทก์ทั้งสองมีข้อความสำคัญว่า จำเลยและจำเลยร่วมยอมร่วมรับผิดชอบเป็นลูกหนี้
ร่วมกับรัฐ. หาก รัฐ. ผิดสัญญาไม่ไถ่ถอนจำนองให้โจทก์ทั้งสอง จำเลยและจำเลยร่วมยอมรับผิดชอบ
ไถ่ถอนให้และยินดีชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการจำนองให้โจทก์ทั้งสองเช่นนี้ โจทก์ทั้งสองมี
ฐานะเป็นลูกหนี้ของธนาคาร หาใช่เจ้าหนี้ของรัฐ. สัญญาที่จำเลยและจำเลยร่วมทำกับโจทก์จึง
ไม่ใช่สัญญาค้ำประกันตาม ป.พ.พ.มาตรา 680 แต่เป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่บังคับระหว่างคู่กรณีกัน
ได้ตามกฎหมาย เมื่อรัฐ. ไม่ชำระหนี้แก่ธนาคาร โจทก์ทั้งสองจึงนำเงินชำระหนี้แทนรัฐ. และไถ่ถอน
จำนองแล้ว ซึ่งทำให้โจทก์เสียหาย จำเลยและจำเลยร่วมต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ทั้งสองตามสัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 333/2532 โจทก์ทำสัญญาประกันตัวป.ต่อศาลในการปล่อย
ชั่วคราวป.ในระหว่างสอบสวนโดยมีจำเลยทำสัญญาต่อโจทก์ว่า หากศาลสั่งปรับโจทก์จำเลยจะ
ยอมใช้เงินค่าปรับตามคำสั่งศาลแทนโจทก์ ดังนี้ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยเป็นสัญญาต่างตอบแทน
แทน มิใช่สัญญาค้ำประกันตาม ป.พ.พ.ลักษณะ11

3.1.3.2 สัญญาประกันด้วยทรัพย์สิน

1. จำนอง

มาตรา 702 “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง” วรรคสอง “ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

จำนองเป็นสัญญาซึ่งต้องมีบุคคลตกลงกับเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินที่ระบุไว้ เป็นประกันการชำระหนี้ ทรัพย์สินที่จะเอาประกันการชำระหนี้ในการจำนองต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดไว้ การทำสัญญาจำนองนั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ซึ่งมีวิธีการต่างกับค้ำประกัน แต่มีสาระสำคัญเหมือนกันว่าต้องมีหนี้ของลูกหนี้ ตัวผู้ทำสัญญาเอาทรัพย์สินมาประกันจะเป็นลูกหนี้เองหรือคนอื่นก็ได้ เพราะมิได้เอาตัวบุคคลเข้าผูกพันในการประกัน แต่เอาทรัพย์สินเข้าผูกพันว่าให้เอาชำระหนี้จากทรัพย์สินนี้ก็ไม่ได้ ไม่เหมือนค้ำประกันที่เอาตัวบุคคลเข้าผูกพันเป็นลูกหนี้ชั้นที่สอง ลูกหนี้จึงค้ำประกันตัวเองไม่ได้ ไม่มีผลเป็นการค้ำประกัน ข้อสำคัญในการจำนองจึงมี 2 อย่างคือ ต้องมีหนี้ของลูกหนี้และมีสัญญาประกันด้วยตัวทรัพย์สิน¹⁶

เจ้าหนี้จำนองมีลักษณะที่ต่างไปจากเจ้าหนี้สามัญ คือ เจ้าหนี้สามัญได้แต่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินใดๆ ที่ยังเป็นของลูกหนี้เท่านั้น ถ้าลูกหนี้โอนไปแล้วหรือกลายเป็นของคนอื่นเสียแล้วก็ไปบังคับชำระหนี้ไม่ได้ เพราะไม่ใช่ทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่สิทธิของผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำนองเรียกว่าทรัพย์สินสิทธิ ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะติดตามเอาทรัพย์สินจำนองชำระหนี้ได้ แม้ว่าทรัพย์สินนั้นได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ถ้าหากว่าไม่ให้สิทธิติดตามเอาชำระหนี้ได้ การจำนองจะไม่มีประกันการชำระหนี้เลย เสียเปรียบยิ่งกว่าประกันด้วยบุคคล เพราะจำนองเพียงเอาตัวทรัพย์สินเป็นประกัน ตัวบุคคลที่ทำสัญญาเอาตัวทรัพย์สินมาเป็นประกันหาได้ผูกพันจะต้องชำระหนี้ด้วยไม่ ถ้าตัวลูกหนี้เอาทรัพย์สินมาจำนองเอง ลูกหนี้โอนไปแล้วติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นไม่ได้ ก็เหมือนกับเจ้าหนี้ธรรมดา หรือถ้าผู้เอาทรัพย์สินมาประกันไม่ใช่ลูกหนี้ เป็นแต่ประกันหนี้ของลูกหนี้ ถ้าโอนไปแล้วติดตามไม่ได้ก็เหมือนไม่ได้เอามาเป็นประกัน ทำสัญญาไว้ก็

¹⁶ พจนี ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอง สิทธิยึดหน่วง บริมสิทธิ, หน้า 156

ไม่มีประโยชน์ สำคัญในการจำนองจึงอยู่ที่เจ้าหนี้ คือผู้รับจำนองมีสิทธิติดตามเอาชำระหนี้จากตัวทรัพย์สินได้เสมอ แม้ว่าจะได้ออนไปก็ทอดกักตาม จำนองคงติดตัวทรัพย์สินนั้นอยู่ตลอดไป ไม่มีอายุความ¹⁷

ต่างจากการประกันด้วยบุคคล เช่นค้ำประกัน สิทธิที่เจ้าหนี้มีต่อผู้ค้ำประกันเป็นเพียงบุคคลสิทธิ เจ้าหนี้มีเพียงสิทธิเรียกร้องที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่ตน โดยมีสิทธิเรียกบังคับเอาทรัพย์สินทุกอย่างของผู้ค้ำประกันจนกว่าจะเพียงพอกับหนี้ ไม่เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นทรัพย์สินใดเหมือนจำนอง จำนำ แต่หากทรัพย์สินใดของผู้ค้ำประกันได้มีการโอนไปยังบุคคลภายนอกทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ก็ไม่สามารถจะตามไปบังคับชำระหนี้ได้ และการบังคับชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันนั้นเป็นเพียงหนี้สามัญ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิพิเศษใดๆ ที่จะได้รับชำระหนี้ในทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น หากผู้ค้ำประกันมีเจ้าหนี้หลายราย และมีการบังคับยึดทรัพย์สินเดียวกัน หากเจ้าหนี้รายอื่นมีสิทธิพิเศษมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าว เขาก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน แต่หากเจ้าหนี้หลายรายนั้นเป็นเพียงเจ้าหนี้สามัญเหมือนกัน ก็ต้องมาเฉลี่ยกันตามสัดส่วนหนี้

2. จำนำ

มาตรา 747 “อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้” จำนำเหมือนกับจำนองในข้อที่ว่า เอาทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ จึงต้องมีหนี้ หนี้นั้นอาจจะเป็นผู้จำนำเอง หรือจำนำเป็นประกันหนี้ที่บุคคลอื่นจะต้องชำระก็ได้ เจ้าหนี้มีสิทธิจะเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำเหมือนกับผู้รับจำนอง แต่ในดวบทมาตรา 747 มิได้บัญญัติอย่างจำนองว่าได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำก่อนเจ้าหนี้สามัญ แต่มีบัญญัติไว้ในเรื่องบุริมสิทธิตามมาตรา 282 ว่า เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิจำนำสังหาริมทรัพย์ ท่านว่าผู้รับจำนำย่อมมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่งดังที่เรียงไว้ในมาตรา 278 ซึ่งผู้ทรงบุริมสิทธินั้นมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ เมื่อมีทรัพย์สินส่งให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำเป็นประกันการชำระหนี้ ผู้รับจำนำจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นเช่นเดียวกับผู้รับจำนอง¹⁸

สิทธิจำนำเป็นทรัพย์สินสิทธิภาระจึงติดอยู่กับตัวทรัพย์สินมิใช่ติดกับตัวผู้จำนำ ถ้าผู้จำนำกับลูกหนี้ไม่ใช่บุคคลคนเดียวกัน คือ เป็นการจำนำประกันหนี้ของบุคคลอื่น หลังจากมีการบังคับจำนำแล้ว ผู้จำนำไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าได้เงินไม่พอชำระหนี้เจ้าหนี้ต้องไปเรียกร้องเอาส่วนที่ขาดจากลูกหนี้ แต่หากผู้จำนำกับลูกหนี้เป็นคนเดียวกัน ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดอยู่

¹⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 168

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 298

ซึ่งเป็นความรับผิดชอบตามมูลหนี้เดิม มิใช่ความรับผิดชอบตามมูลหนี้จำนำเพราะจำนำระงับไปแล้ว สัญญาจำนำจึงสิ้นสุดลง จำนำต่างจากจำนองตรงที่สังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จำนำได้ แต่จำนองต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์และมีสังหาริมทรัพย์บางอย่างที่กฎหมายให้จำนองได้ จำนำต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้อยู่ในความครอบครองของผู้จำนำ หรือบุคคลที่สามเพื่อประกันการชำระหนี้ ส่วนจำนองไม่ต้องส่งมอบแต่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้จำนำสามารถบังคับโดยการขาดทอดตลาดโดยไม่ต้องฟ้องศาล ส่วนจำนองต้องฟ้องศาลขอให้สังหาริมทรัพย์ขาดทอดตลาด และจำนำสามารถบังคับชำระหนี้ได้เฉพาะดอกผลนิติินยเท่านั้น แต่จำนองสามารถบังคับทั้งดอกผลธรรมดาและดอกผลนิติินย¹⁹

3.2 สิทธิของผู้ให้หลักประกัน

สิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เข้าประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระหนี้ เมื่อผู้ให้หลักประกันได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไปแทนลูกหนี้หรือถูกบังคับหลักประกันแล้วจะเกิดสิทธิอะไรที่ตอบแทนการชำระหนี้ของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งในบทที่ 2 ได้มีการอธิบายถึงหลักสิทธิไต่เบี่ยและหลักรับช่วงสิทธิไว้ ในหัวข้อนี้จะนำหลักดังกล่าวมาวิเคราะห์ควบคู่ไปกับผู้ให้หลักประกันประเภทต่างๆ เพื่อพิจารณาว่าผู้ให้หลักประกันจะมีสิทธิไต่เบี่ยลูกหนี้และรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ได้มากน้อยเพียงใด

การที่ผู้ให้หลักประกันจะเกิดสิทธิไต่เบี่ยและรับช่วงสิทธิได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลภายนอกเข้าประกันหนี้ของลูกหนี้ เพื่อให้ง่ายต่อการอธิบายขอแยกวิเคราะห์ตามประเภทของหลักประกันดังนี้ คือ ประกันด้วยบุคคลและประกันด้วยทรัพย์สิน

3.2.1 ผู้ให้หลักประกันด้วยบุคคล

3.2.1.1 สิทธิไต่เบี่ยของผู้ค้ำประกัน

อย่างที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 ว่าสิทธิไต่เบี่ยเป็นสิทธิของผู้มีสิทธิไต่เบี่ยเอง จะเกิดขึ้นได้โดยกฎหมายกำหนดให้ใครมีสิทธิไต่เบี่ยใคร ในเรื่องผู้ค้ำประกันก็เช่นกัน กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิไต่เบี่ยลูกหนี้ได้ ตามมาตรา 693 วรรคหนึ่งว่า “ผู้ค้ำประกันซึ่งได้ชำระหนี้แล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้เพื่อต้นเงินกับดอกเบี้ยและเพื่อการที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างไร้ เพราะการค้ำประกันนั้น” ผู้ค้ำประกันที่จะใช้สิทธิไต่เบี่ยได้ต้องชำระหนี้แทนลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว เพราะมาตรานี้บัญญัติว่า “ซึ่งได้ชำระหนี้แล้วย่อมมีสิทธิไต่เบี่ย” แต่การที่ผู้ค้ำประกันจะเข้าใช้หนี้ได้ มิใช่ว่าตามอำเภอใจ จะใช้ก่อนหนี้ของลูกหนี้ถึง

¹⁹ ชูชาติ ศิรินิล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บริมสิทธิ, (กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2530), หน้า 171

กำหนดชำระไม่ได้ ถ้าใช้ไปก่อนกำหนดผู้ค้ำประกันก็ยังไม่มียกมัดมัดเงินจนกว่าหนี้ประธานจะถึงกำหนดชำระ ถึงจะเกิดสิทธิไต่เบี่ยเพราะหน้าที่ของผู้ค้ำประกันที่จะต้องชำระหนี้เกิดเมื่อลูกหนี้ผิดนัด แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์เด็ดขาด

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 กำหนดไว้ในมาตรา 27 “เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ได้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินี้ แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นเจ้าหนี้ที่ได้ฟ้องคดีแพ่งไว้แล้ว แต่คดียังอยู่ในระหว่างพิจารณาก็ตาม” แม้หนี้มันจะยังไม่ถึงกำหนดก็ขอรับชำระหนี้ได้เพราะประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาของลูกหนี้หมดสิ้นไปแล้ว แต่ถ้าเจ้าหนี้ไม่ขอรับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้จะรอเอาแก่ผู้ค้ำประกันเมื่อถึงกำหนดชำระ ภาระก็จะตกแก่ผู้ค้ำประกัน เพราะผู้ค้ำประกันจะไปไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ภายหลังก็หมดโอกาสแล้ว เนื่องจากเจ้าหนี้ทุกประเภทจะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในกำหนด 2 เดือน นับแต่วันประกาศคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ดังนั้น ผู้ค้ำประกันควรจะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีที่ลูกหนี้ล้มละลายเสียก่อน แม้ตนจะยังไม่ถูกเจ้าหนี้ฟ้องให้ใช้หนี้หรือตนยังมีได้ใช้หนี้แทนลูกหนี้ก็ตาม เพราะพระราชบัญญัติล้มละลายเปิดโอกาสให้ผู้ค้ำประกันขอรับชำระหนี้ในการไต่เบี่ยล่วงหน้าได้ ตามมาตรา 101 วรรคหนึ่ง “ถ้าลูกหนี้ร่วมบางคนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้ร่วมคนอื่นอาจยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไต่เบี่ยในเวลาภายหลังหน้าได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้เต็มจำนวนแล้ว” วรรคสอง “บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับแก่ผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันร่วมหรือบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้โดยอนุโลม”

กฎหมายได้ผ่อนผันเป็นพิเศษเพราะมีเหตุที่จะต้องรวบรวมเจ้าหนี้ให้รู้จำนวนเงินที่ลูกหนี้จะต้องใช้หนี้ให้แน่นอน จึงบังคับให้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เสียให้เสร็จภายใน 2 เดือน ไม่ว่าจะถึงกำหนดชำระหนี้หรือเกิดสิทธิไต่เบี่ยขึ้นข้างหน้า แต่ต้องมีความผูกพันที่จะใช้หนี้มาก่อนวันพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ซึ่งผู้ค้ำประกันก็อยู่ในลักษณะนี้ โดยมีความผูกพันตั้งแต่ตกลงเข้าค้ำประกัน เป็นแต่เวลาชำระหนี้และเวลาที่จะไต่เบี่ยเท่านั้นยังไม่ถึง กฎหมายล้มละลายจึงบัญญัติว่า “อาจใช้สิทธิไต่เบี่ยในเวลาภายหลังหน้า” และใช้แก่กรณีค้ำประกันด้วย แม้ผู้ค้ำประกันยังมีได้ใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ก็ใช้สิทธิไต่เบี่ยได้ แต่การใช้สิทธิไต่เบี่ยล่วงหน้าเป็นแต่เพียงยื่นคำขอ และได้รับคำสั่งศาลให้มีสิทธิชำระหนี้ แต่จะได้รับชำระหนี้จริงก็ต้องใช้หนี้ให้เจ้าหนี้เสียก่อน²⁰ ประเด็นปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์โดยละเอียดในบทวิเคราะห์ปัญหาต่อไป

²⁰ พจนี ปุษาปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนวน ๑๖๖ หน้า, สหพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ ๕, หน้า 75-76

ไล่เบี้ยอะไรได้บ้างมาตรา 693 วรรคหนึ่งกำหนดให้ไล่เบี้ยได้ในต้นเงิน ดอกเบี้ย และค่าที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างไร้ เพราะการค้ำประกันนั้น ไล่เบี้ยในเรื่องค้ำประกันนั้น ผู้ค้ำประกันจะไล่เบี้ยได้มากกว่าที่จ่ายให้เจ้าหนี้ไป คือ สามารถไล่เบี้ยในค่าที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างไร้ เพราะการค้ำประกันด้วย ซึ่งต่างจากรับช่วงสิทธิเพราะรับช่วงสิทธิต้องเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ ผู้รับช่วงสิทธิไม่อาจมีสิทธิมากกว่าที่เจ้าหนี้มี แต่ค่าที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างไร้ เพราะการค้ำประกันนี้ เป็นสิทธิของผู้ค้ำประกันเอง การไล่เบี้ยเพื่อชดเชยความเสียหายอย่างไร้ เพราะการค้ำประกันนั้นอาจมีได้ เช่น เมื่อเจ้าหนี้มาบังคับชำระหนี้เอากับผู้ค้ำประกันแล้วผู้ค้ำประกันไม่มีให้ จึงไปกู้ยืมเงินจากบุคคลอื่นมาให้เจ้าหนี้โดยเสียดอกเบี้ยไปร้อยละ 15 ต่อปี ดอกเบี้ยดังกล่าวนี้ ถือเป็นค่าที่เสียหายที่ผู้ค้ำประกันเสียไปเพราะการค้ำประกันที่ผู้ค้ำประกันจะไล่เบี้ยให้ลูกหนี้ชดใช้ได้ หรือผู้ค้ำประกันถูกเจ้าหนี้ฟ้องต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความตามคำพิพากษา ก็ถือเป็นค่าเสียหายที่ผู้ค้ำประกันไล่เบี้ยลูกหนี้ได้เช่นกัน

อายุความในการที่ผู้ค้ำประกันฟ้องไล่เบี้ยจากลูกหนี้ใช้อายุความอะไร ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 อายุความในการใช้สิทธิไล่เบี้ยนั้น หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก็ต้องใช้หลักทั่วไป ตามมาตรา 193/30 คือ 10 ปี จะใช้อายุความตามมูลหนี้ประธาณนั้นไม่ได้เพราะกรณีไม่ใช่การรับช่วงสิทธิ

กรณีมีผู้ค้ำประกันหลายคนเมื่อคนหนึ่งชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันหลายคนนี้จะมีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันคนอื่นรับผิดชอบโดยถือว่าเป็นสิทธิไล่เบี้ยหรือการรับช่วงสิทธิในมูลหนี้

มาตรา 682 “ถ้าบุคคลหลายคนยอมตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในหนี้รายเดียวกันไซ้ร่า่านว่าผู้ค้ำประกันเหล่านั้นมีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกัน”

ความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกันนั้น เจ้าหนี้จะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้แต่คนใดคนหนึ่งสิ้นเชิงหรือแต่โดยส่วนก็ได้ตามแต่จะเลือก แต่ลูกหนี้ก็ยังคงต้องผูกพันอยู่ทุกคนจนกว่าหนี้นั้นจะได้ชำระเสร็จสิ้นเชิง ในกรณีที่มีผู้ค้ำประกันหลายคน ไม่ว่าจะค้ำประกันคราวเดียวกันหรือต่างคราวแต่ประกันหนี้รายเดียวกัน เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเอาจากผู้ค้ำประกันคนใดคนหนึ่งทั้งหมดก็ได้ ผลของการเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ถ้ามีการใช้หนี้ปลดหนี้ยอมเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ทุกคน ถ้ามีผู้ค้ำประกันหลายคน เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ผู้ค้ำประกันคนหนึ่งแล้วจะมาเรียกจากผู้ค้ำประกันคนอื่นเต็มจำนวนหนี้ประกันหาได้ไม่ ต้องหักส่วนของผู้ที่ปลดหนี้ให้ออกเสียก่อน²¹ หมายความว่าเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะ

²¹ ภิญญู สิรินิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประยูรวงศ์, 2530), หน้า 58

เรียกให้ผู้ค้ำประกันคนหนึ่งชำระหนี้โดยสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ได้ตามแต่จะเลือก และทุกคนต้องผูกพันอยู่จนกว่าหนี้จะได้ชำระสิ้นเชิงตามมาตรา 291

เมื่อผู้ค้ำประกันคนหนึ่งชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แล้วยอมมีสิทธิไต่เบียดลูกหนี้ได้ตามมาตรา 693 วรรคหนึ่งและรับช่วงสิทธิในหลักประกันได้ตามมาตรา 693 วรรคสอง กฎหมายได้บัญญัติความรับผิดของผู้ค้ำประกันต่อเจ้าหนี้ไว้ในมาตรา 682 วรรคสองบัญญัติ แต่ความรับผิดระหว่างผู้ค้ำประกันด้วยกันกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าผู้ค้ำประกันจะมีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันอีกคนหนึ่งชำระหนี้ให้กับตนได้หรือไม่ และเพียงใดในกรณีนี้

เรื่องดังกล่าวนี้ กฎหมายสหรัฐอเมริกา Louisiana Civil Code ได้วางหลักไว้ใน CHAPTER 5. THE EFFECTS OF SURETYSHIP AMONG SEVERAL SURETIES มาตรา 3055 "Co-sureties are those who are sureties for the same obligation of the same obligor. They are presumed to share the burden of the principal obligation in proportion to their number unless the parties agreed...that he who bound himself first would bear the entire burden of the obligation..." หมายความว่าผู้ค้ำประกันจะต้องแบ่งส่วนความรับผิดตามจำนวนคนที่ค้ำประกัน ยกเว้นตกลงกันเป็นอย่างอื่น

มาตรา 3056 "A surety who pays the creditor may proceed directly or by way of subrogation to recover from his co-sureties the share of the principal obligation each is to bear..." ผู้ค้ำประกันเมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ผู้ค้ำประกันอีกคนหนึ่งชำระหนี้ได้ โดยเรียกให้รับผิดโดยตรงหรือรับช่วงสิทธิก็ได้ ตามจำนวนที่แบ่งส่วนความรับผิดกัน

มาตรา 3057 "A surety who pays the creditor more than his share may recover the excess from his co-sureties in proportion to the amount of the obligation each is to bear as to him. If a surety obtains the conventional discharge of other co-sureties by paying the creditor, any reduction in the amount owed by those released benefits them proportionately" หากผู้ค้ำประกันชำระหนี้เกินจากส่วนที่ตนต้องรับผิด ผู้ค้ำประกันมีสิทธิเรียกส่วนที่เกินไปนั้นคืนจากผู้ค้ำประกันคนอื่นได้ ถ้าผู้ค้ำประกันได้รับการปลดหนี้ให้เมื่อตนได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ ส่วนที่ปลดให้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ค้ำประกันร่วมทุกคนตามสัดส่วน²²

²² <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=110115> ,15Jan 2006

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้ค้าประกันทั้งสองรายนั้นมีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกัน ตามมาตรา 682 จึงต้องนำกฎหมายเรื่องลูกหนี้ร่วมมาพิจารณาด้วย คือมาตรา 296 ว่าเมื่อผู้ค้าประกันชำระหนี้แล้วยอมเรียกให้ผู้ค้าประกันอีกคนชำระหนี้ได้เพียงครึ่งหนึ่งเพราะจะต้องแบ่งความรับผิดชอบกัน จะเรียกเอาเต็มจำนวนเท่าที่ชี้ให้เจ้าหนี้ไปไม่ได้ ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 เรื่องลูกหนี้ร่วมกันนั้น เมื่อลูกหนี้คนหนึ่งชี้หนี้ให้เจ้าหนี้ไปยอมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้อีกคนใช้คืนตนตามส่วนที่ต้องรับผิดชอบ โดยเป็นการใช้สิทธิไล่เบียดไม่ใช่การรับช่วงสิทธิ ดังนั้นเมื่อมีผู้ค้าประกันหลายรายมาตรา 682 ให้รับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกัน จึงนำมาตรา 296 เรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้ ผู้ค้าประกันที่ชำระหนี้ไปแล้วจึงมีสิทธิไล่เบียดผู้ค้าประกันอีกคนได้ภายใต้อายุความ 10 ปี โดยเริ่มนับเมื่อผู้ค้าประกันชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ ไม่ใช่การรับช่วงสิทธิแต่อย่างใด

3.2.1.2 สิทธิของผู้ค้าประกันในการรับช่วงสิทธิ

มาตรา 693 วรรคสอง “อนึ่ง ผู้ค้าประกันยอมเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ บรรดาหนี้ของลูกหนี้ด้วย” ต้องพิจารณา มาตรา 226 วรรคหนึ่งประกอบด้วย “บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ ขอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้ รวมทั้งประกันแห่งหนี้นั้นได้ในนามของตนเอง”

การรับช่วงสิทธิของผู้ค้าประกันนั้น มีบัญญัติไว้ในมาตรา 226 ถ้าเจ้าหนี้ที่ผู้ค้าประกันรับผิดชอบชี้หนี้ไปเป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิหรือมีสิทธิยึดหน่วง หรือเป็นเจ้าหนี้มีประกันพิเศษ โดยการจำนอง จำนำ เมื่อผู้ค้าประกันชี้หนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ยอมได้เข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ที่ว่่านั้นทั้งหมดทุกอย่างในนามของตนเอง โดยถึงแม้การจำนองจะได้ทำไว้กับเจ้าหนี้ในนามของเจ้าหนี้ ไม่ได้ทำกับผู้ค้าประกัน ผู้ค้าประกันก็ยังบังคับจำนองเพื่อขดเชยการที่ตนชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้เสมือนว่า ผู้ค้าประกันเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเอง คือผู้จำนองจะเถียงว่าไม่ได้ทำจำนองไว้กับผู้ค้าประกัน ผู้ค้าประกันจะมาบังคับจำนองไม่ได้ เพราะการรับช่วงสิทธิของผู้ค้าประกันนั้นเกิดขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมาย ไม่ต้องอาศัยสัญญาตามมาตรา 229 (3)²³

สิทธิไล่เบียดตามมาตรา 693 วรรคหนึ่ง ต่างจากรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ตามมาตรา 693 วรรคสอง คือ สิทธิไล่เบียดเป็นสิทธิที่จะไปเรียกเอาเงินต้นและดอกเบี้ย ซึ่งการเรียกจากลูกหนี้นั้นไม่มีบุริมสิทธิ คือผู้ค้าประกันไปเรียกกับลูกหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญธรรมดา หากหนี้ที่ผู้ค้าประกันชำระไปนั้นเป็นหนี้บุริมสิทธิ ผู้ค้าประกันจะได้สิทธิในบุริมสิทธินั้นมาด้วยหรือไม่ต้องเป็นไปตาม

²³ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ

มาตรา 693 วรรคสอง คือตามหลักรับช่วงสิทธิในหลักประกัน เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ ย่อมมีสิทธิรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ ซึ่งสิทธิของเจ้าหนี้เหล่านี้เช่น ประกันและบุริมสิทธิในหนี้นั้น คือต้อง พิจารณาว่าประกันหนี้อะไร เช่นประกันหนี้เงินกู้ ก็รับช่วงสิทธิบังคับหลักประกันเพื่อนำมาชำระหนี้ เงินกู้ที่ตนได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไป โดยผู้ค้ำประกันมีสิทธิได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่ค่าใช้จ่ายที่ผู้ค้ำ ประกันเสียไปจากการค้ำประกันนั้น ผู้ค้ำประกันสามารถเรียกจากลูกหนี้ได้ โดยใช้สิทธิไล่เบียดซึ่ง เป็นสิทธิของผู้ค้ำประกันเองไม่ใช่สิทธิของเจ้าหนี้ตามมาตรา 693 วรรคหนึ่ง ในส่วนนี้เป็นหนี้สามัญที่ผู้ ค้ำประกันจะต้องไปเฉลี่ยจากเจ้าหนี้คนอื่นด้วย หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายรายเพราะหนี้ในส่วนนี้ไม่มี ประกัน ผู้ค้ำประกันจะนำเงินที่ได้จากการบังคับหลักประกันไปชำระหนี้ที่เกิดจากค่าใช้จ่ายในการค้ำ ประกันก่อนเจ้าหนี้คนอื่นไม่ได้

3.2.1.3 ขอบเขตการรับช่วงสิทธิภายหลังการเข้าชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน

ในมาตรา 693 วรรคสองใช้คำว่า "สิทธิของเจ้าหนี้บรรดามีเหนือลูกหนี้" จึงมี ปัญหาว่าถ้าทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกันแห่งหนี้ไม่ใช่ทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้แก่ เจ้าหนี้แล้วจะรับช่วงสิทธิในประกันที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ลูกหนี้ชั้นต้นได้ หรือไม่ ปัญหานี้มีผู้ให้ความเห็นไว้เป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่าควรต้องยึดถือหลักการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 226 เป็น สำคัญ เพราะการที่ผู้รับช่วงสิทธิจะใช้สิทธิทั้งหลายของเจ้าหนี้ รวมทั้งประกันแห่งหนี้ นั้น มาตรา 226 ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้ แม้จะเป็นประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้ ผู้รับ ช่วงสิทธิก็ยังบังคับเขาได้ คำว่า "....เหนือลูกหนี้" ในวรรคสองแคบไป เช่น ก. กู้เงิน ข. ค.ค้ำ ประกัน ง. จำนองที่ดินเป็นประกันหนี้รายเดียวกัน สิทธิของ ข.ที่จะบังคับจำนองเท่ากับที่ดินของ ง. สิทธิอันนี้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้เหนือบุคคลที่สาม คือ ง. ไม่ใช่สิทธิเหนือลูกหนี้ ถ้า ค.ใช้หนี้ ข.แล้ว ค. จะรับช่วงสิทธิบังคับจำนองกับที่ดินของ ง.ได้หรือไม่ ตามมาตรา 226 ค.บังคับจำนองได้ เพราะการ ใช้หนี้รับช่วงสิทธิและบังคับเขาเท่ากับประกันแห่งหนี้ ตามมาตรา 226 ไม่ได้จำกัดไว้ว่าต้องเป็น ประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้ แม้จะเป็นประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้ ผู้ใช้หนี้รับช่วงสิทธิก็ยังบังคับเขาได้ จึงควรเข้าใจมาตรา 693 วรรคสองในความหมายอย่างกว้าง²⁴

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำ นำ, หน้า 46 และภิญโญ ธีรนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 62

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าจะต้องถือเคร่งครัดตามถ้อยคำในมาตรา 693 วรรคสอง คือ ผู้ค้ำประกันจะรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ได้เฉพาะสิทธิที่มีอยู่เหนือลูกหนี้เท่านั้น ไม่เหมือนการรับช่วงสิทธิทั่วไปตามมาตรา 226 ซึ่งผู้รับช่วงสิทธิทั้งหลายที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้รวมทั้งประกันแห่งหนึ้นั้นได้ในนามของตนเอง ไม่ว่าจะสิทธิหรือประกันแห่งหนึ้นนั้นจะมีอยู่เหนือลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก การตีความเช่นนี้เพราะมาตรา 693 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติเรื่องรับช่วงสิทธิในลักษณะค้ำประกันโดยเฉพาะ ต้องถือตามหลักกฎหมายพิเศษยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป²⁵ เช่น ก. กู้เงิน ข. หนึ่งแสนบาท ค.ผู้ค้ำประกัน และง.จำนวนทรัพย์สินของตนประกันหนี้ของก. เมื่อ ก. ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ค.ชำระหนี้แทนไปจะรับช่วงสิทธิของ ข.ไปบังคับเอาที่ที่ดินของ ง.ไม่ได้ เพราะสิทธิจำนองนี้ไม่ได้มีอยู่เหนือ ก.ลูกหนี้ แต่มีอยู่เหนือ ง.ผู้จำนอง ถือว่าการรับช่วงสิทธิกรณีนี้เป็นการรับช่วงสิทธิในลักษณะพิเศษเฉพาะเรื่อง ยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณี เพราะ ค. และง. อยู่ในฐานะผู้ประกันหนี้ของ ก.เหมือนกัน ต่างกันแต่ว่ากรณีของค. เป็นการประกันด้วยบุคคล ส่วน ง.ประกันด้วยทรัพย์สิน เมื่อค. ชำระหนี้แทน ก.ไปแล้ว ก็รับช่วงสิทธิบังคับจำนองเอาที่ ง. ไม่ได้ ในทำนองเดียวกัน ถ้า ง.ชำระหนี้แทน ก. รับช่วงสิทธิไปบังคับกับค.ไม่ได้เช่นกัน เพราะไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ค้ำประกันร่วมตามมาตรา 682 วรรคสอง ได้แต่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามมาตรา 724 เท่านั้น²⁶ อาจารย์ชุมพล จันทรทิตย์ เห็นว่าถ้าเป็นทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ผู้ค้ำประกันไม่มีสิทธิรับช่วงสิทธิเพราะต่างก็อยู่ในฐานะประกันเช่นเดียวกัน มาตรา 693 วรรคสองนี้ ต้องอ่านติดต่อกับมาตรา 690 และมาตรา 697 ซึ่งทั้งสองมาตรานี้ก็เช่นเดียวกัน ผู้ค้ำประกันจะมีอำนาจเกี่ยงหรือปิดตนให้พ้นจากความรับผิดชอบได้ก็เฉพาะเมื่อทรัพย์สินที่ประกันเป็นของลูกหนี้ให้ไว้เป็นประกัน มิใช่เป็นของบุคคลภายนอก²⁷

เนื่องจากปัญหาดังกล่าวข้างต้นมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 697 ผู้เขียนจะขออธิบายไปพร้อมกันดังต่อไปนี้

มาตรา 697 “ถ้าเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้เองเป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกัน ไม่อาจเข้ารับช่วงได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสิทธิที่ดีจำนองก็ดี จำนำก็ดี และบุริมสิทธิ

²⁵ถาวร โพธิ์ทอง,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันด้วยบุคคล และทรัพย์สิน,หน้า 23 และประเสริฐ ตันศิริ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ,(กรุงเทพมหานคร:อรุณการพิมพ์,2530),หน้า 50

²⁶ปรีชา วิศาลเวทย์,เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 3, หน้า 69

²⁷ชุมพล จันทรทิตย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ,หน้า 32

คำพิพากษาฎีกาที่ 2718/2515 ลูกหนี้กู้เงินไปจากเจ้าหนี้และมอบโฉนดที่ดินที่ลูกหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้เจ้าหนี้อยึดถือไว้เป็นประกัน และมีผู้ค้ำประกันหนึ่งดังกล่าว ต่อมาเจ้าหนี้คืนโฉนดให้กับลูกหนี้ไป จึงมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่า การคืนโฉนดดังกล่าวไปนั้น ผู้ค้ำประกันจะหลุดพ้นจากความรับผิดหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า สิทธิตามป.พ.พ.มาตรา 697 ต้องเป็นสิทธิที่ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การจำนอง จำน่า หรือบุริมสิทธิ การที่ลูกหนี้มอบโฉนดให้เจ้าหนี้อยึดถือไว้ ไม่ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิใดๆ ในตัวทรัพย์สินคือที่ดินตามโฉนด ฉะนั้นเมื่อเจ้าหนี้คืนโฉนดให้แก่ลูกหนี้ไป จึงไม่เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันพ้นความรับผิด

ความเห็นที่สอง เห็นว่าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามมาตรา 697 จะเป็นทรัพย์สินของใครก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ชั้นต้น คำพิพากษาฎีกาที่ 2718/2515 มีประเด็นโดยตรง คือ การมอบโฉนดให้ยึดถือ เป็นสิทธิตามมาตรา 697 หรือไม่ คำวินิจฉัยที่เกินเลยไม่ถือว่าเป็นการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี ฉะนั้น ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามมาตรา 697 จึงไม่จำเป็นต้องเป็นของลูกหนี้เป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นก็ได้ ปัญหานี้ได้มีการนำมาออกข้อสอบเนติบัณฑิตสมัยที่ 19 กับ 30 มาแล้ว ซึ่งตรงคำตอบทั้งสองสมัยมีแนวคำตอบไปในแนวทางเดียวกันว่า ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามมาตรา 693 และมาตรา 697 ไม่จำเป็นต้องเป็นของลูกหนี้³³

มีอาจารย์กัญญา ธีรนิติ เห็นด้วยกับฝ่ายนี้ว่า ตามมาตรา 697 การกระทำของเจ้าหนี้เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันเสียหายโดยทรัพย์สินตามมาตรา 697 นี้เป็นของลูกหนี้หรือบุคคลอื่นให้ไว้แก่เจ้าหนี้ก็ได้³⁴

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สองโดยเห็นว่าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามมาตรา 697 และมาตรา 693 วรรคสอง นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ แม้เป็นทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันก็สามารถรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับหลักประกันนั้นๆ ได้ คำว่า "...เหนือลูกหนี้" ตามมาตรา 693 วรรคสองนั้น ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ควรที่จะตีความในความหมายอย่างกว้างมากกว่า ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้ค้ำประกันที่ไม่ได้เป็นลูกหนี้ชั้นต้น เป็นเพียงผู้ค้ำประกันลูกหนี้เท่านั้น เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยจึงควรตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ค้ำประกัน หากตีความเช่นนี้จะทำให้ผู้ค้ำประกันเมื่อ

³³ ปัญญา ถนอมรอด, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 57, การบรรยายครั้งที่ 7, หน้า 258

³⁴ กัญญา ธีรนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 108

ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้ว มีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น เพราะสามารถไปบังคับกับหลักประกันอื่นๆ ที่นำมาประกันหนี้ของลูกหนี้ได้มากขึ้น ไม่เฉพาะแต่ชั้นที่ลูกหนี้นำมาประกันเท่านั้น

3.2.1.4 ผู้ค้ำประกันสินสิทธิไต่เบี่ย

เหตุที่ผู้ค้ำประกันจะเสียสิทธิไต่เบี่ยมีอยู่ 2 เหตุ ดังนี้

1. สิทธิไต่เบี่ยเพราะละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้

มาตรา 694 "นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้ำประกันมีต่อเจ้าหนี้นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลาย ซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย" มาตรา 695 "ผู้ค้ำประกันซึ่งละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้นั้น ท่านว่ายอมสินสิทธิที่จะไต่เบี่ยเอาแก่ลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้นและที่ไม่รู้เช่นนั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของตนด้วย"

ผู้ค้ำประกันมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้กับเจ้าหนี้ได้สองประการ คือข้อต่อสู้ของตนเอง และใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้มาต่อสู้กับเจ้าหนี้ได้ด้วย เหตุผลที่กฎหมายยอมให้ผู้ค้ำประกันใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้ได้เพราะเป็นหนี้รายเดียวกัน แต่มีคนที่ต้องใช้หนี้สองคน คือลูกหนี้ที่ต้องใช้หนี้ก่อน และผู้ค้ำประกันที่ต้องใช้หนี้ทีหลังเมื่อลูกหนี้ไม่ใช้ ประโยชน์ของคนทั้งสองนี้ได้ร่วมกัน ถ้าลูกหนี้ไม่ต้องใช้หนี้ผู้ค้ำประกันก็ไม่ต้องใช้ เสียประโยชน์ก็ร่วมกัน เช่นถูกฟ้องหรือรับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ ทำให้อายุความยืดออกไป เพราะสะดุดหยุดลงแล้วนับใหม่ก็เป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกัน เมื่อมีประโยชน์ร่วมกันกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้ใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้ได้ ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้ แล้วแพคดีต้องใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ไปแล้ว ภายหลังไปไต่เบี่ยเอาแก่ลูกหนี้ ลูกหนี้ก็เถียงได้ว่าลูกหนี้ไม่ต้องใช้หนี้แล้ว เจ้าหนี้ยังไม่มีสิทธิจะเรียกร้อง ผู้ค้ำประกันจะมาเรียกร้องได้อย่างไร ยิ่งกว่านั้นไม่เพียงอนุญาตให้ใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้เท่านั้น กฎหมายยังบังคับให้ผู้ค้ำประกันยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นสู้เจ้าหนี้ด้วยเป็นหน้าที่ของผู้ค้ำประกัน ถ้ารู้แล้วละเลยเสียไม่ต่อสู้จะกลับมาไต่เบี่ยจากลูกหนี้ไม่ได้เท่าที่ลูกหนี้เสียหายจากการละเลยของผู้ค้ำประกันนั้น³⁵ เหตุผลก็เพราะหนี้ของลูกหนี้เป็นหนี้ประธาน ถ้ามีอันเป็นไปแก่ลูกหนี้อย่างไรยอมมีผลถึงสัญญาค้ำประกันด้วย เช่นถ้าผู้ค้ำประกันยกข้อต่อสู้แล้วทำให้หนี้นั้นระงับ การที่จะยอมให้ผู้ค้ำประกันทำให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบมาอีกโดยไปไต่เบี่ยลูกหนี้ได้ ทั้งๆ ที่เขามีข้อต่อสู้ไม่ต้องชำระหนี้ยอมเป็นการไม่ยุติธรรม³⁶

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 112

³⁶ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนวน จำนวน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 38

ต่างกับเรื่องที่คุณค้าประกันไม่ใช่สิทธิของเขาเองตามมาตรา 688 มาตรา 689 และ มาตรา 690 ซึ่งไม่ทำให้ลูกหนี้เสียหาย จึงไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิไต่เบี่ยของคุณค้าประกัน เช่นการค้ำประกันไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องบังคับคดี คุณค้าประกันไม่ได้ยกข้อนี้ขึ้นต่อสู้เป็นเหตุให้ต้องใช้นั้นแก่เจ้าหนี้ คุณค้าประกันไม่ถูกตัดสิทธิไต่เบี่ยตามมาตรา 695 เพราะที่คุณค้าประกันไม่ได้ยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้มันเป็นข้อต่อสู้ของเขาเอง ไม่ใช่ข้อต่อสู้ของลูกหนี้

ข้อต่อสู้ของลูกหนี้เช่น ความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมในหนี้ประธาน ขาดอายุความฟ้องร้อง ลูกหนี้เลิกสัญญาหรือลูกหนี้ชำระหนี้ประธานทำให้หนี้ระงับไปแล้ว ถ้าคุณค้าประกันไม่ยกข้อต่อสู้เหล่านี้ คุณค้าประกันก็จะสิ้นสิทธิไต่เบี่ยเพียงเท่าที่ไม่ได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เท่านั้น มิได้สิ้นสิทธิไต่เบี่ยไปทั้งหมด คุณค้าประกันยังคงไต่เบี่ยลูกหนี้ได้ในส่วนที่เหลือ เว้นแต่จะไม่รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้นโดยมิใช่ความผิดตน หน้าที่พิสูจน์นี้ตกอยู่กับคุณค้าประกัน เมื่อลูกหนี้มีข้อต่อสู้แล้วคุณค้าประกันใช้ไปโดยไม่สู้คดี ย่อมเสียสิทธิไต่เบี่ยเพราะเท่ากับสมครใจชำระหนี้โดยไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระ อีกทั้งเป็นหน้าที่ของคุณค้าประกันที่จะต้องระวัง ต้องสอบถามลูกหนี้เพื่อทราบถึงข้อต่อสู้ก่อนที่จะชำระหนี้ มาตรา 695 จึงบัญญัติไว้เลยว่าสิ้นสิทธิไต่เบี่ยเพราะถือว่าเป็นความบกพร่องประมาทเลินเล่อของคุณค้าประกันด้วย

2. สิ้นสิทธิไต่เบี่ยเพราะลูกหนี้ชำระหนี้ซ้ำ

มาตรา 696 "คุณค้าประกันไม่มีสิทธิจะไต่เบี่ยเอาแก่ลูกหนี้ได้ ถ้าว่าตนได้ชำระหนี้แทนไปโดยมิได้บอกลูกหนี้และลูกหนี้ยังมีความมาชำระหนี้ซ้ำอีก" วรรคสอง "ในกรณีเช่นนี้ คุณค้าประกันก็ได้แต่เพียงจะฟ้องเจ้าหนี้เพื่อคืนลามิควรรได้เท่านั้น"

เป็นหน้าที่ของคุณค้าประกันเมื่อชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้วต้องบอกกล่าวลูกหนี้เพราะมิใช่เป็นหนี้ของตนโดยตรง อีกทั้งการค้ำประกันนั้น ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรู้เห็นด้วย ฉะนั้นเมื่อจะชำระหนี้ก็ควรจะต้องบอกเขา ถ้าไม่บอก ลูกหนี้ไม่รู้มาชำระหนี้ซ้ำอีกจะถือว่าเป็นความผิดลูกหนี้ไม่ได้ เป็นความผิดของคุณค้าประกันที่ไม่ทำตามหน้าที่ของตน ในเวลาที่ค้ำประกันชำระหนี้หนี้้นยังมีอยู่ ความผูกพันของคุณค้าประกันต่อเจ้าหนี้ยังมีอยู่ เมื่อคุณค้าประกันชำระหนี้ยอมมีสิทธิไต่เบี่ยและเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ ลูกหนี้มาชำระซ้ำโดยไม่รู้ เจ้าหนี้ขึ้นรับชำระหนี้ก็ไม่มีมูลที่จะเอาทรัพย์สินของเขาไว้โดยอ้างกฎหมายได้ ทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบอาจถูกค้ำประกันไต่เบี่ยได้ ตามมาตรา 693 แต่วิธีการตามกฎหมายถ้าไม่มีมาตรานี้ ลูกหนี้จะต้องเอาคืนจากเจ้าหนี้มาใช้ค้ำประกัน แต่ที่จริงเป็นความประมาทเลินเล่อของคุณค้าประกันที่ไม่ถามไม่บอก และเป็นความผิดของเจ้าหนี้ที่ขึ้นรับ 2 หน กฎหมายจึงบัญญัติให้คุณค้าประกันเอาคืนจากเจ้าหนี้โดยตรง กรณีเช่นนี้เจ้าหนี้ต้องคืนเต็มตามมาตรา 412 เพราะการรับชำระหนี้ซ้ำ โดยปกปิดไม่บอกให้ลูกหนี้ทราบจะ

แม้ว่ารับไว้โดยสุจริตหาได้ไม่³⁷ มาตรา 696 วรรคสองจึงบัญญัติไว้เป็นพิเศษให้ผู้ค้าประกันเรียกคืนจากเจ้าหนี้ฐานลามิควรได้ได้ เพราะถ้าไม่บัญญัติไว้แล้วผู้ค้าประกันก็ไม่มีสิทธิเรียกคืน

เมื่อกฎหมายเรื่องค้ำประกันได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสิ้นสิทธิไต่เบี่ยไว้ ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาว่าเมื่อผู้ค้าประกันสิ้นสิทธิไต่เบี่ยแล้ว จะสามารถรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ตามมาตรา 693 วรรคสองคือรับช่วงสิทธิในประกัน และสามารถรับช่วงสิทธิในมูลหนี้โดยใช้หลักทั่วไปตามมาตรา 229(3) ประกอบมาตรา 226 ได้อีกหรือไม่ ผู้เขียนจะขอนำไปวิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

3.2.2 ผู้ให้หลักประกันด้วยทรัพย์สิน

3.2.2.1 สิทธิไต่เบี่ยของผู้จำนอง

มาตรา 709 “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้”

มาตรา 724 “ผู้จำนองใดได้จำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระแล้ว และเข้าชำระหนี้เสียเองแทนลูกหนี้เพื่อจะปกป้องมิให้ต้องบังคับจำนอง ท่านว่าผู้จำนองนั้นชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนที่ตนได้ชำระไป” วรรคสอง “ถ้าว่าต้องบังคับจำนอง ท่านว่าผู้จำนองชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองนั้น”

การจำนองทรัพย์สินประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ความเกี่ยวพันในระหว่างผู้จำนองกับลูกหนี้ทำนองเดียวกับผู้ค้าประกันกับลูกหนี้ แต่ไม่เต็มบริบูรณ์เพราะมาตรา 727 ให้นำบทบัญญัติเรื่องค้ำประกันมาใช้โดยอนุโลมเพียง 3 มาตรา คือ มาตรา 697 มาตรา 700 และ 701

ศาสตราจารย์พจน์ ปุษปาคมเห็นว่าสิทธิที่จะเรียกเอาเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามมาตรา 724 นั้นเป็นสิทธิไต่เบี่ย โดยเห็นว่าสิทธิไต่เบี่ยของผู้จำนองประกันหนี้อันผู้อื่นต้องชำระฐานะของผู้จำนองในกรณีนี้ทำนองเดียวกับผู้ค้าประกัน เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้ไม่ชำระเจ้าหนี้อย่อมบังคับจำนองได้ ดังนั้น มาตรา 724 จึงให้ผู้จำนองประกันหนี้เข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้เพื่อป้องกันมิให้บังคับจำนองได้ แล้วผู้จำนองไปเรียกเอาเงินที่ใช้แทนจากลูกหนี้ การใช้เงินแทนลูกหนี้ในกรณีนี้ต้องใช้เต็มจำนวนที่กำหนดในสัญญาจำนอง ถ้าชำระไม่เต็มจำนวน เป็นการชำระหนี้บางส่วน เจ้าหนี้อาจไม่ยอมรับก็ได้ ถึงแม้จะยอมรับก็ไม่ทำให้พ้นจากการถูกบังคับจำนอง

³⁷ ปรีชา วิศาลเวทย์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 3, หน้า 75

เพราะตราบดที่หน้างานยังมีอยู่เมื่อถึงกำหนดชำระแล้วเจ้าหนี้ย่อมบังคับจำนองได้ ดังนั้นผู้จำนองประสงค์จะป้องกันมิให้บังคับจำนองด้วยวิธีใช้หนี้แทนลูกหนี้ก็ต้องใช้ทั้งหมดเต็มจำนวนเมื่อชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้วผู้จำนองย่อมมีสิทธิเรียกเอาเงินใช้คืนจากลูกหนี้เท่าที่ชำระไป

ถ้าผู้จำนองไม่ใช้หนี้ตามความในวรรคแรกของมาตรา 724 ปล่อยให้บังคับจำนองผู้จำนองเรียกเอาจากลูกหนี้ได้เพียงเท่าที่ผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินในการบังคับจำนองเท่านั้น แม้ที่ดินที่จำนองจะมีราคาสูงกว่านั้น แต่เมื่อถูกขายทอดตลาดราคาตกต่ำกว่าการขายธรรมดา ก็เรียกเอาราคาที่คืนไม่ได้ คงเรียกได้เท่าที่เจ้าหนี้ได้รับ ดังนั้นผู้จำนองจึงต้องหาทางป้องกันมิให้ถูกบังคับจำนอง ถ้าที่ดินมีราคาท่วมจำนวนหนี้ที่ประกันไว้ด้วยวิธีปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง³⁸

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 724 ไม่ว่าจะป็นวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ต่างก็มีลักษณะเป็นสิทธิไล่เบียดไม่ใช่การรับช่วงสิทธิแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้สิทธิของผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนี้ไว้เป็นการเฉพาะอันมีลักษณะเป็นสิทธิของผู้จำนองเอง ไม่ได้มีสิทธิมาโดยการรับช่วงสิทธิจากเจ้าหนี้ ดังนั้น เมื่อผู้จำนองได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้หรือถูกบังคับจำนอง ผู้จำนองย่อมสามารถที่จะไปเรียกเงินที่ตนเสียไปนั้นคืนจากลูกหนี้ชั้นต้นได้ เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำหลักอายุความทั่วไปตามมาตรา 193/30 คืออายุความ 10 ปีมาใช้ โดยจะเกิดสิทธิเมื่อมีการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ไป

มาตรา 725 “เมื่อบุคคลสองคนหรือกว่านั้นต่างได้จำนองทรัพย์สินแห่งตนเพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียวอันบุคคลอื่นจะต้องชำระและมีได้ระบุดำดับไว้ไซ้ ท่านว่าผู้จำนองซึ่งได้เป็นผู้ชำระหนี้ หรือเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งต้องบังคับจำนองนั้นหาสิทธิไล่เบียดเอาแก่ผู้จำนองอื่น ๆ ต่อไปได้ไม่” กรณีไม่ระบุดำดับการบังคับจำนอง ตามมาตรา 725 คือเป็นเรื่องผู้จำนองและลูกหนี้เป็นคนละคนกัน ผู้จำนองมีหลายคนจำนองประกันหนี้รายเดียวกันและมีได้ระบุดำดับการบังคับจำนอง ผลก็คือ ผู้จำนองด้วยกันไม่มีสิทธิไล่เบียดกันเองตามมาตรา 725 ที่ว่า “...หาสิทธิไล่เบียดเอาแก่ผู้จำนองอื่น ๆ ต่อไปได้ไม่” ต่างกับผู้ค้าประกันตามมาตรา 682 ทั้งนี้เพราะผู้จำนองหลายรายมิได้เป็นลูกหนี้ร่วมกันจะไล่เบียดแก่กันตามมาตรา 296 มิได้เพราะสิ่งที่มาเป็น

³⁸ พจนี ปุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง ปริณาสิต, หน้า 213

ประกันหนี้คือ ทรัพย์³⁹ และไม่มีสิทธิเกี่ยวข้องว่าจะต้องไปบังคับจำนองจากผู้จำนองอีกคนหนึ่งก่อน การจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้ของลูกหนี้เท่ากับเป็นการให้สัญญาต่อเจ้าหนี้ว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก็ให้เจ้าหนี้อำนาจบังคับจำนองได้ ต่างกับการค้ำประกันด้วยบุคคลที่ผู้ค้ำประกันสัญญาว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ผู้ค้ำประกันจะชำระให้ จึงนำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 689 ในลักษณะค้ำประกันมาใช้กับจำนองไม่ได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ผู้จำนองจะขอให้ บังคับชำระหนี้ เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้หรือทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันก่อนหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1187/2517)

แต่หากกระบุลำดับไว้จะไล่เบียดกันเองได้หรือไม่ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า กรณีตามมาตรา 725 ที่ไม่มีการระบุลำดับ ผู้จำนองไล่เบียดจากกันไม่ได้ เพราะไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกัน สำหรับกรณีตามมาตรา 726 ที่มีการระบุลำดับ ก็ไล่เบียดกันไม่ได้อีกเหมือนกัน เพราะเหตุเดียวกันที่ไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกัน บุคคลหลายคนต่างคนต่างจำนองทรัพย์สินของตนไว้เป็นประกันหนี้รายเดียวกันนั้น ถ้าไม่มีการตกลงเป็นลูกหนี้ร่วมกัน สิทธิไล่เบียดซึ่งกันและกันย่อมจะไม่มี เหมือนที่บัญญัติไว้ในมาตรา 296 เพราะฉะนั้น เมื่อทรัพย์สินของเจ้าของคนใดคนหนึ่งถูกบังคับ จำนอง ผู้ที่เป็นเจ้าของจะไปไล่เบียดเอาจากผู้จำนองคนอื่นที่ไม่ถูกบังคับจำนองหาได้ไม่ คงมีแต่สิทธิไล่เบียดเอาจากลูกหนี้ตามมาตรา 724 นอกจากนั้นทางแก้ก็มีบัญญัติไว้แล้วสำหรับบุคคลที่เอา ทรัพย์สินมาจำนองทีหลัง เพราะตามมาตรา 710 บุคคลที่ว่านี้ชอบที่จะเกี่ยวให้จัดลำดับการบังคับ จำนองได้ โดยให้บังคับจำนองเอาจากทรัพย์สินของคนอื่นก่อนตามลำดับก่อนหลัง เมื่อไม่ได้ทำได้ เช่นนั้น แล้วเจ้าหนี้มาบังคับจำนองเอาจากทรัพย์สินของตนก่อน ก็โทษใครไม่ได้ จะยกเป็นเหตุผล ขึ้นอ้างว่า เพราะทรัพย์สินของตนถูกบังคับจำนอง ผู้จำนองคนอื่นจึงไม่ต้องเดือดร้อนก็ยังไม่เป็น เหตุที่จะไปไล่เบียดเอาจากเขาได้ เพราะตามมาตรา 710 และมาตรา 716 เมื่อทรัพย์สินหลายสิ่งจำนอง เป็นประกันหนี้รายเดียวกัน เจ้าหนี้จะเลือกบังคับจำนองเอาจากทรัพย์รายไหนก็ได้⁴⁰

อาจารย์ปัญญา ถนอมรอด เห็นว่าแม้ระบุลำดับการบังคับจำนองไว้ ผู้จำนองก็ไล่ เบียดผู้จำนองด้วยกันไม่ได้ การระบุลำดับทำให้ผู้จำนองมีสิทธิตามมาตรา 726 เท่านั้น⁴¹ มาตรา

³⁹ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 9, หน้า 89

⁴⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, 2516, หน้า 109

⁴¹ ปัญญา ถนอมรอด, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 57, การบรรยายครั้งที่ 10, หน้า 134

726 “เมื่อบุคคลหลายคนต่างได้จำนองทรัพย์สินแห่งตนเพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียว อันบุคคลอื่นจะต้องชำระและได้ระบุดำดับไว้ด้วยไซ้ ท่านว่าการที่ผู้รับจำนองยอมปลดหนี้ให้แก่ผู้จำนองคนหนึ่งนั้น ย่อมทำให้ผู้จำนองคนอื่นๆ ได้หลุดพ้นด้วยเพียงขนาดที่เขาต้องรับความเสียหายแต่การนั้น”

ความเกี่ยวพันในระหว่างผู้จำนองเป็นประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ไม่เหมือนค้ำประกันหลายคนที่มีได้ประกันร่วมกัน มาตรา 682 บัญญัติให้ผู้ค้ำประกันมีความรับผิดชอบร่วมกัน แต่จำนองประกันหนี้คนอื่น มีผู้จำนองหลายรายก็ตาม ผู้จำนองเหล่านั้นไม่เกี่ยวข้องกัน เมื่อผู้จำนองใช้หนี้แทนลูกหนี้หรือถูกบังคับจำนองต้องไปเรียกเอาจากลูกหนี้เท่านั้น จะเรียกให้ผู้จำนองคนอื่นแบ่งความรับผิดชอบไม่ได้ เพราะตัวบุคคลไม่ได้ผูกพัน ตามมาตรา 725⁴² ผู้จำนองที่ถูกบังคับจำนองหรือได้ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปมีสิทธิอยู่ประการเดียว คือไล่เบี้ยหรือรับใช้เงินคืนจากลูกหนี้ตามมาตรา 724⁴³

ผู้เขียนได้ศึกษาร่างกฎหมายมาตรา 725 จากสำนักงานกฤษฎีกาซึ่งมีการร่างไว้ดังนี้ 18-25th October 1916, (Examination of the Draft on mortgage) Chapter 3 Rights and Duties of Mortgages and Mortgagor

Section 26. When two or more persons have mortgaged their properties as security for the performance of one and the same obligation by another person and no order has been specified, the mortgagor who has performed the obligation or on whose property the mortgage has been enforced has no right of recourse against the other mortgagors.

นอกจากนี้คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มี Comment เกี่ยวกับมาตราดังกล่าวไว้สรุปใจความได้ว่า เมื่อมีบุคคลภายนอกหลายคนจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อประกันหนี้ของบุคคลอื่น ผู้จำนองสามารถระบุดำดับในการบังคับจำนองได้ หรืออาจไม่ระบุดำดับการบังคับจำนองก็ได้ คณะกรรมการร่างกฎหมายเห็นว่าเรื่องดังกล่าวนี้ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องลูกหนี้ร่วมเพราะผู้จำนองเป็นเพียงผู้ให้หลักประกันและไม่ได้เป็นลูกหนี้ จึงไม่ควรที่จะใช้หลักเดียวกับลูกหนี้ร่วม การจำนองผู้

⁴² พจนี ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ, หน้า 211

⁴³ ปัญญา ถนอมรอด, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 57, การบรรยายครั้งที่ 10, หน้า 133

จำนองมักจะทราบแต่แรกแล้วว่าตนไม่สามารถที่จะไปไล่เบียดผู้จำนองคนอื่น ๆ ได้ ซึ่งประเด็นนี้ คณะกรรมการร่างกฎหมายไม่คิดว่าเป็นภาระที่หนักเกินไปสำหรับผู้จำนองเพราะผู้จำนองคนแรกก็ยังไม่ทราบเลยว่าจะมีผู้จำนองคนอื่น ๆ อีกหรือไม่ กรณีมีผู้จำนองหลายรายมาจำนองทรัพย์สินของตนในเวลาเดียวกัน และต้องการที่จะมีสิทธิเหนือกว่าผู้จำนองคนอื่น ๆ ก็สามารถทำได้โดยการระบุลำดับไว้ซึ่งการระบุลำดับนี้เป็นสิทธิที่ดีกว่าสิทธิไล่เบียดเสียอีก

กรณีที่มีบุคคลภายนอกหลายรายจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อประกันหนี้ของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ และมีได้ระบุลำดับในการบังคับจำนองไว้ เมื่อผู้จำนองคนหนึ่งชำระหนี้ให้เจ้าหนี้หรือถูกบังคับจำนองจะมีสิทธิไล่เบียดผู้จำนองรายอื่น ๆ หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้มีมาตรา 725 กำหนดไว้ชัดเจนว่าไม่อาจไล่เบียดได้ โดยมีแนวคิดที่มาของกฎหมายอยู่ว่าผู้จำนองเหล่านี้ไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกัน นอกจากนี้หากผู้จำนองรายใดต้องการที่จะมีสิทธิดีกว่าผู้จำนองรายอื่น กฎหมายจำนองก็เปิดช่องให้โดยการให้ผู้จำนองระบุลำดับการบังคับจำนองก่อนหลังกันได้ เมื่อผู้จำนองหลายรายเหล่านี้ไม่ยอมระบุลำดับการบังคับจำนองไว้ก็ต้องยอมรับผลที่ตามมา คือเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับจำนองทรัพย์สินขึ้นไหนก่อนก็ได้

ข้อสังเกต ผู้เขียนเห็นว่า "สิทธิไล่เบียด" ตามมาตรา 725 นี้เป็นสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ให้กับผู้มีสิทธิไล่เบียด ซึ่งเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ฉะนั้นสิทธิไล่เบียดของผู้จำนองที่ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้หรือถูกบังคับจำนองตามมาตรา 725 นี้จึงหมายถึงสิทธิที่จะไปเรียกร้องให้ผู้จำนองรายอื่น ๆ ชำระหนี้ให้กับตนในจำนวนที่ตนได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ไป เป็นสิทธิเรียกร้องอย่างเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น คือ หากผู้จำนองรายอื่น ๆ ไม่ชำระหนี้ให้กับตน ผู้มีสิทธิไล่เบียดนี้ก็มีสิทธิที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ได้ แต่หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้อีกหลายคน ผู้มีสิทธิไล่เบียดก็ไม่มีสิทธิใดๆ ที่จะไปบังคับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นนั้น ต้องไปเฉลี่ยระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน ถ้าเจ้าหนี้อื่นมีสิทธิดีกว่าก็ต้องให้เขาบังคับชำระหนี้ก่อน มาตรา 725 ที่กำหนดห้ามไม่ให้ผู้จำนองมีสิทธิไล่เบียดกันเองนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ได้หมายความว่าถึงผู้จำนองเมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้วไม่อาจรับช่วงสิทธิในประกันต่างๆ ที่เจ้าหนี้มีอยู่แล้วได้เพราะรับช่วงสิทธิในประกันเป็นการที่ผู้รับช่วงสิทธิใช้สิทธิบังคับในหลักประกันด้วยทรัพย์สินซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีสิทธิบังคับเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดบังคับชำระหนี้ได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ต่างกับสิทธิไล่เบียดอย่างสิ้นเชิง

เมื่อกฎหมายห้ามไว้ว่าผู้จำนองไม่อาจไล่เบียดกันเองได้ แต่ไม่ได้ห้ามเรื่องรับช่วงสิทธิจึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาต่อไปว่าเมื่อมีผู้จำนองหลายรายและมีได้ระบุลำดับไว้ เมื่อผู้จำนอง

รายหนึ่งชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้วจะรับช่วงสิทธิในประกันอันได้แก่จำนองรายอื่นๆ ที่ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ได้หรือไม่ ผู้เขียนจะขออธิบายในหัวข้อต่อไป

3.2.2.2 ขอบเขตการรับช่วงสิทธิของผู้จำนอง

กฎหมายเรื่องจำนองมิได้บัญญัติให้สิทธิผู้จำนองที่จำนองประกันหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระและถูกบังคับจำนองหรือได้ชำระหนี้ไปสามารถเข้ารับช่วงสิทธิได้เหมือนอย่างผู้ค้ำประกันตามมาตรา 693 กรณีนี้มีมาตราที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 727 "ถ้าบุคคลคนเดียวจำนองทรัพย์สินแห่งตนเพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 697 700 และ 701 ว่าด้วยค้ำประกันนั้นบังคับอนุโลมตามควร"

มาตรา 697 "ถ้าเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้เองเป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกัน ไม่อาจเข้ารับช่วงได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสิทธิก็ตีจำนองก็ดี จำนำก็ดี และบุริมสิทธิอันได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้แต่ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาค้ำประกันเพื่อชำระหนี้นั้นท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนต้องเสียหายเพราะการนั้น"

มาตรา 727 กล่าวถึงการรับช่วงสิทธิของผู้จำนองไว้โดยนำมาตรา 697 มาใช้โดยอนุโลม โดยต้องเป็นกรณีที่มีบุคคลคนเดียวจำนองทรัพย์สินประกันหนี้ของลูกหนี้ ฉะนั้น หากมีผู้จำนองหลายรายที่เป็นบุคคลภายนอกก็ไม่อาจนำมาตรา 697 มาใช้บังคับได้ แต่ก็มีบางกรณีที่เกี่ยวข้องคือ หากมีผู้จำนองสองราย โดยรายหนึ่งเป็นลูกหนี้จำนองเองและอีกรายเป็นบุคคลภายนอกมาจำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ เช่น ก.เป็นเจ้าหนี้ให้ ข.กู้เงินไป หนึ่งล้านบาท โดย ข. ได้นำบ้านของตนมาจำนองประกันหนี้ไว้กับเจ้าหนี้ และ ค. ได้นำบ้านมาจำนองประกันหนี้ เช่นนี้สามารถนำมาตรา 697 มาใช้บังคับได้เพราะมีบุคคลภายนอกคนเดียวจำนองประกันหนี้ลูกหนี้ หากเจ้าหนี้ปลดจำนองบ้านของ ข. ไป และไปบังคับจำนองกับบ้านของ ค. การกระทำของเจ้าหนี้ดังกล่าวทำให้ ค. ไม่อาจที่จะรับช่วงสิทธิในหลักประกันของ ข. ได้ ทำให้ค. มีโอกาสได้รับชำระหนี้น้อยลง

การนำมาตรา 697 มาใช้ในเรื่องจำนองโดยอนุโลม คือเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้ เป็นเหตุให้ผู้จำนองไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ในสิทธิจำนอง จำนำ และบุริมสิทธิอันให้ไว้แก่เจ้าหนี้แต่ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ นั้น ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนต้องเสียหายเพราะการนั้น การที่จะนำมาตรา 697 มาใช้ในเรื่องจำนองได้ จะต้องเป็นเรื่องเจ้าหนี้ทำให้ผู้จำนองไม่อาจรับช่วงสิทธิจำนอง จำนำ บุริมสิทธิ หรือสิทธิอื่นทำนองเดียวกับสิทธิดังกล่าวข้างต้น คือ ต้องเป็นสิทธิเหนือ

ทรัพย์สินไม่ใช่สิทธิเหนือบุคคล⁴⁴ เช่น ก. กู้เงิน ข. 1 แสนบาท มี ค. จำนองที่ดินเป็นประกันการชำระหนี้ และ ง. เป็นผู้ค้ำประกันการชำระหนี้ของ ก. ต่อมา เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับผู้ค้ำประกัน สิทธิตามสัญญาค้ำประกันเป็นสิทธิเหนือบุคคล ไม่ใช่สิทธิตามมาตรา 697 ดังนั้น ค. ผู้จำนองย่อมไม่หลุดพ้นจากความรับผิด

เหตุที่กฎหมายให้อุโลมเรื่องค้ำประกันมาใช้เฉพาะกรณีผู้จำนองที่เป็นบุคคลภายนอกเพียงคนเดียว เพราะถ้ามีผู้จำนองหลายคนจะเป็นปัญหาว่า ผู้จำนองคนใดจะเป็นผู้มีสิทธิอ้างเหตุหลุดพ้นนั้น เนื่องจากผู้จำนองต่างคนต่างรับผิดตามที่ทรัพย์สินของตนจำนองประกัน ไม่มีความสัมพันธ์กันโดยบุคคล ถ้าให้ผู้จำนองคนใดอ้างจะเป็นประโยชน์เฉพาะบุคคลนั้นที่หลุดพ้น ซึ่งไม่เป็นธรรมกับผู้จำนองคนอื่น ๆ ต่างจากผู้ค้ำประกัน แม้มีหลายคนเข้าค้ำประกันในหนี้รายเดียวกัน ผู้ค้ำประกันคนใดอ้างเหตุหลุดพ้นย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ค้ำประกันคนอื่น ๆ ด้วย เพราะผู้ค้ำประกันเหล่านั้นมีความสัมพันธ์อย่างลูกหนี้ร่วมกันเอง ถ้าจะให้ผู้จำนองทั้งหลายหลุดพ้นไปตามมาตรา 697 700 และ 701 ก็จะทำให้ขัดกับหลักดังกล่าว⁴⁵

เมื่อเรื่องจำนองกฎหมายไม่ได้กำหนดให้สิทธิในการรับช่วงสิทธิของผู้จำนองไว้โดยตรง ทำให้เกิดปัญหาว่าผู้จำนองเมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้หรือถูกบังคับจำนองแล้วจะสามารถรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ได้หรือไม่ กรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นไว้เป็นสองแนวทาง คือ

ความเห็นแรกเห็นว่า นอกจากผู้จำนองจะมีสิทธิได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามมาตรา 724 แล้วก็ยังรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันมีอยู่เหนือลูกหนี้ในมูลหนี้รวมทั้งประกันทั้งหลายด้วย ฉะนั้น ถ้าสิทธิหรือจำนอง หรือจำนำ บุริมสิทธิที่ผู้จำนองจะรับช่วงจากเจ้าหนี้ดังกล่าว อันลูกหนี้ได้ให้ไว้แก่ผู้รับจำนองก่อนหรือขณะที่ทำสัญญาจำนอง หากเจ้าหนี้ทำอย่างไรเป็นเหตุให้ผู้จำนองไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิดังกล่าวได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นความรับผิดเท่าที่เขาต้องเสียหายเพราะการนั้น โดยอนุโลมตามมาตรา 697⁴⁶

⁴⁴ ปัญญา ถนอมรอด, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 57, การบรรยายครั้งที่ 10, หน้า 135

⁴⁵ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 85 และชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 103

⁴⁶ ดาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์, หน้า 80

ความเห็นที่สองเห็นว่า มาตรา 727 เป็นกรณีซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียว จำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ ไม่นำมาใช้ในกรณีผู้จำนองหลายคนก็เพราะผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง มีความผูกพันต่อเจ้าหนี้และระหว่างกันเองแตกต่างกัน ผู้ค้ำประกันทั้งหลายเป็นลูกหนี้ร่วมกัน เมื่อหลุดพ้นก็หลุดไปทั้งหมด แต่ผู้จำนองมิได้เป็นลูกหนี้ร่วมกันและไล่เบียดกันมิได้ ถ้าจะให้ผู้จำนองทั้งหลายหลุดพ้นไป ตามมาตรา 697 700 701 ก็จะทำให้ขัดกับหลักดังกล่าว และเป็นปัญหาว่าจะให้ใครหลุดพ้น การนำมาตรา 697 มาใช้นั้นนำมาใช้โดยอนุโลมตามควรเท่านั้น จะนำมาใช้โดยแปลไปในทางกลับกันว่าผู้จำนองคนเดียวซึ่งเป็นบุคคลภายนอกชำระหนี้หรือถูกบังคับจำนองก็จะรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ในสิทธิ จำนอง จำนำหรือบูรณสิทธิที่เจ้าหนี้มีเหนือลูกหนี้ด้วยเป็นที่น่าสงสัยว่าจะแปลเช่นนั้นหาได้ไม่ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนต่างกับค้ำประกันที่บัญญัติไว้ในมาตรา 693 ทั้งการแปลเช่นนั้นจะเป็นการขัดมาตรา 724 ซึ่งผู้จำนองมีสิทธิแต่เพียงได้รับใช้เงินคืนจากลูกหนี้เท่านั้น กรณีนี้การรับช่วงสิทธิไม่น่าจะเกิดขึ้นได้⁴⁷

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นแรกโดยเห็นว่าผู้จำนองสามารถรับช่วงสิทธิได้ตาม มาตรา 727 ประกอบมาตรา 697 โดยผู้จำนองนั้นจะต้องเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวได้จำนองทรัพย์สินของตนประกันหนี้ของลูกหนี้ หากนั้นลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินของตนมาจำนอง หรือ จำนำ ผู้จำนองก็สามารถที่จะรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับหลักประกันนั้นได้ โดยเป็นการอาศัยสิทธิตามสอง มาตราดังกล่าว แต่หากกรณีมีบุคคลภายนอกหลายคนได้จำนองทรัพย์สินของตนประกันหนี้ของลูกหนี้แล้วก็ไม่อาจจะนำสองมาตราดังกล่าวมาใช้ได้

ทำให้เกิดปัญหาว่าผู้จำนองหลายรายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนี้จะสามารถรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ได้หรือไม่ ปัญหาที่ผู้เขียนขออธิบายต่อไปในหัวข้อการรับช่วงสิทธิในกรณีมีผู้จำนองหลายราย

3.2.2.3 สิทธิไล่เบียดของผู้จำนำ

บุคคลภายนอกที่นำทรัพย์สินของตนไปจำนำนั้น เป็นแต่เพียงเอาทรัพย์สินไปผูกพันประกันหนี้โดยที่ตนเองมิได้เป็นลูกหนี้ด้วย และถ้าเจ้าหนี้บังคับจำนำได้เงินไม่พอชำระหนี้ เขาก็มีต้องรับผิด ลูกหนี้เท่านั้นที่ยังคงรับผิดชอบต่อไปจนกว่าหนี้จะได้รับการชำระหนี้สิ้นเชิง ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้ได้บอกกล่าวตามมาตรา 764 ก่อนที่จะบังคับจำนำ ถ้าผู้จำนำต้องการปิดป้องไม่ให้ทรัพย์สินของตนถูกขายทอดตลาดก็ทำได้โดยเข้าชำระหนี้ซึ่งเรียกว่าสิทธิไถ่ถอนจำนำ เช่นเดียวกับผู้จำนองหรือถ้าผู้จำนำไม่ประสงค์จะได้ทรัพย์สินนั้นคืนมา จะปล่อยให้ทรัพย์สินนั้นถูกขายทอดตลาดก็ทำได้ ทำ

⁴⁷ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 102

ให้เกิดปัญหาว่า เมื่อผู้จำหน่ายชำระหนี้หรือถูกบังคับจำหน่ายแล้วจะมีสิทธิเอาเงินคืนจากลูกหนี้ได้หรือไม่ กฎหมายมิได้บัญญัติไว้

สำหรับในกรณีนี้นั้นเมื่อผู้จำหน่ายได้เข้าชำระหนี้ของลูกหนี้เพื่อป้องกันการถูกบังคับจำหน่าย หรือกรณีที่ผู้จำหน่ายถูกบังคับจำหน่ายแล้ว ผู้จำหน่ายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้นำทรัพย์สินของตนประกันหนี้ของลูกหนี้จะมีสิทธิไล่เบียดลูกหนี้ได้หรือไม่ กรณีนี้กฎหมายเฉพาะในเรื่องจำหน่ายไม่ได้บัญญัติไว้ ทำให้เกิดปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ ปัญหานี้มี 2 แนวทางในการแก้ปัญหาคือ

แนวทางแรก เห็นว่ามีผู้ให้ความเห็นว่าโดยเหตุที่จำนอง จำนำ ต่างก็เป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน น่าจะนำมาตรา 724 แห่งลักษณะจำนองซึ่งเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับแก่ผู้จำหน่ายได้ ดังนั้น ถ้าผู้จำหน่ายเข้าชำระหนี้ ผู้จำหน่ายนั้นก็ชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนที่ตนชำระไป แต่ถ้าต้องบังคับจำหน่าย ผู้จำหน่ายก็ชอบที่จะได้รับเงินคืนจากลูกหนี้ตามจำนวนที่ผู้จำหน่ายได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำหน่ายนั้น⁴⁸ เนื่องจากว่ากฎหมายลักษณะจำนองและจำนำต่างก็เป็นการประกันด้วยทรัพย์สินเช่นเดียวกัน เพียงแต่ต่างกันตรงที่จำนองเป็นการนำอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์พิเศษตามที่กฎหมายกำหนดมาจดทะเบียนจำนองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนจำนำเป็นการนำสังหาริมทรัพย์มามอบให้เจ้าหนี้เพื่อประกันหนี้ และกฎหมายจำนองก็มีการกำหนดวิธีการแก้ปัญหาในกรณีนี้ไว้ตามมาตรา 724 ว่าเป็นผู้จำหน่ายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้วสามารถไล่เบียดลูกหนี้ได้ แนวทางแรกจึงเห็นว่าควรนำ มาตรา 724 มาใช้กับเรื่องจำหน่ายด้วยทำให้ผู้จำหน่ายไล่เบียดลูกหนี้ได้

แนวทางที่สอง เห็นว่าเมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดในเรื่องสิทธิของผู้จำหน่ายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกดังกล่าวไว้ ก็ควรที่นำหลักทั่วไปมาใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องไปนำกฎหมายลักษณะจำนองมาใช้โดยอนุโลม เพราะแนวทางนี้มองว่ากฎหมายแต่ละเอกเทศสัญญาย่อมมีความแตกต่างกัน ผู้ร่างกฎหมายถึงได้บัญญัติแยกไว้เป็นเอกเทศสัญญาต่างหากจากกัน เมื่อเอกเทศสัญญาหนึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ก็ไม่ควรข้ามไปนำกฎหมายอีกเอกเทศสัญญามาใช้เพราะต่างก็มีลักษณะเฉพาะสัญญาที่แตกต่างกันออกไป เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งได้วางหลักทั่วไปเพื่อเป็นฐานให้กับเรื่องต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้นำมาปรับ

⁴⁸ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 128 และ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ คำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 162

ใช้ได้อยู่แล้ว ฉะนั้นจึงควรนำหลักทั่วไปมาใช้ ซึ่งตรงกับเรื่องรับช่วงสิทธิตามมาตรา 229 (3) ประกอบมาตรา 226 เป็นการรับช่วงสิทธิในมูลหนี้ไปเรียกกับลูกหนี้นั่นเอง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางที่สองว่า แม้กฎหมายเรื่องจำนำจะมีลักษณะเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินเช่นเดียวกับการจำนอง แต่กฎหมายในเรื่องเอกเทศสัญญาก็ได้บัญญัติกฎหมายลักษณะจำนองและลักษณะจำนำแยกต่างหากจากกันอย่างชัดเจน มีการกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้จำนองและผู้จำนำไว้แยกต่างหากจากกัน ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะจำนองและจำนำนั้น โดยหลักแล้วควรมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้นเรื่องใดที่กฎหมายในแต่ละเอกเทศสัญญามีบัญญัติไว้ก็ต้องบังคับใช้ไปตามที่กฎหมายกำหนด แต่เรื่องการใช้สิทธิไต่เบี่ยลูกหนี้กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้ ก็ควรที่จะนำหลักทั่วไปเรื่องการรับช่วงสิทธิในมูลหนี้มาใช้ได้

3.2.2.4 สิทธิรับช่วงสิทธิของผู้จำนำ

เมื่อผู้จำนำไม่อาจไต่เบี่ยลูกหนี้ได้ตามเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นแต่ผู้จำนำจะมีสิทธิรับช่วงสิทธิหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณากฎหมายลักษณะจำนำแล้วจะเห็นได้ว่าไม่มีมาตราใดบัญญัติเรื่องการรับช่วงสิทธิของผู้จำนำซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไว้เลย ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้ควรที่จะนำหลักทั่วไปเรื่องการรับช่วงสิทธิมาใช้ตามมาตรา 229(3) ประกอบมาตรา 226 โดยผู้จำนำซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนี้ ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความผูกพันเพื่อผู้อื่นในอันที่จะต้องใช้นั้นและเข้าใช้นั้นนั้น คือ เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้นั้นและผู้จำนำถูกบังคับจำนำหรือผู้จำนำได้เข้าใช้นั้นให้เจ้าหน้าที่เพื่อป้องกันการบังคับจำนำ ผู้จำนำจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในหนี้นั้นตามที่กฎหมายกำหนด คือตามมาตรา 229 (3) จึงสามารถที่จะรับช่วงสิทธิในมูลหนี้ และรับช่วงสิทธิในหลักประกันต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่มีเหนือหนี้นั้นได้ในนามของตนเอง

3.2.3 การรับช่วงสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหาย เสียหาย

กรณีดังกล่าวนี้มีมาตราที่เกี่ยวข้อง คือมาตรา 226 วรรคสอง “ช่วงทรัพย์สินได้แก่เอาทรัพย์สินอันหนึ่งเข้าแทนทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง” ช่วงทรัพย์สินเป็นเรื่องที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้เช่นเดียวกับรับช่วงสิทธิ การที่ทรัพย์สินอันหนึ่งเข้าแทนที่ทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง โดยไม่มีกฎหมายรับรองว่าเป็นช่วงทรัพย์สินหรือเป็นการตกลงกันเองหาเป็นการช่วงทรัพย์สินไม่ การเข้าแทนที่กันของทรัพย์สินที่จะเป็นช่วงทรัพย์สินนั้น จะต้องแทนที่กันโดยมีฐานะตามกฎหมายอย่างเดียวกันด้วย⁴⁹ หมายความว่า พฤติการณ์เช่นที่เจ้าหน้าที่จะเรียกเอาของแทนซึ่งลูกหนี้ได้มา หรือจะใช้สิทธิบังคับเอา

⁴⁹ โสภณ รัตนาร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 266

โดยประการใดๆ ได้ ดูว่าของแทนนั้นเป็นวัตถุแห่งหนี้้นมาแต่ต้น จึงได้ชื่อว่าเป็นการเอาทรัพย์สินเข้าแทนที่กัน อยู่ในฐานะนิติบัญญัติอย่างเดียวกัน⁵⁰ เช่น ก.กู้เงิน ข. โดยจำนองบ้านเป็นประกัน ก.ได้เอาบ้านไปประกันภัยไว้ด้วย ถ้าบ้านถูกไฟไหม้และผู้รับประกันภัยสร้างบ้านใหม่ให้ ก. ตามสัญญาประกันก็ดี หรือใช้ค่าประกันให้ก็ดี บ้านที่สร้างใหม่หรือค่าประกันจะอยู่ในฐานะประกันหนี้เช่นเดียวกับบ้านหลังเก่า

มาตรา 231 "ถ้าทรัพย์สินที่จำนอง จำนำ หรืออยู่ในบังคับบุริมสิทธิประการอื่นนั้น เป็นทรัพย์สินอื่นได้เอาประกันภัยไว้ไซ้ ท่านว่าสิทธิจำนอง จำนำหรือบุริมสิทธิอย่างอื่นนั้น ย่อมครอบไปถึงสิทธิที่จะเรียกร้องเอาแก่ผู้รับประกันภัยด้วย

ในกรณีที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ ถ้าผู้รับประกันภัยได้รู้ หรือควรจะรู้ว่ามิใช่จำนอง หรือบุริมสิทธิอย่างอื่นไซ้ ท่านยังมีให้ผู้รับประกันภัยใช้เงินแก่ผู้เอาประกันภัยจนกว่าจะได้บอกกล่าวเจตนาเช่นนั้นไปยังผู้รับจำนอง หรือเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิคนอื่นแล้ว และมีได้รับคำคัดค้านการที่จะใช้เงินนั้นมาภายในเดือนหนึ่งนับแต่วันบอกกล่าว แต่สิทธิอย่างใดๆ ที่ได้ไปจดทะเบียน ณ หอทะเบียนที่ดินนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นอันรู้ถึงผู้รับประกันภัย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการจำนองสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายอนุญาตให้ทำนั้นด้วย

ในกรณีที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ผู้รับประกันภัยจะใช้เงินให้แก่ผู้เอาประกันภัยโดยตรงก็ได้ เว้นแต่ตนจะรู้หรือควรจะรู้ว่าทรัพย์สินนั้นตกอยู่ในบังคับจำนำ หรือบุริมสิทธิอย่างอื่น

ผู้รับประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ ถ้าทรัพย์สินอื่นได้เอาประกันภัยไว้หนี้คืนได้คืนมา หรือได้จัดของแทนให้

วิธีเดียวกันนี้ท่านให้อนุโลมใช้บังคับแก่กรณีบังคับซื้อกับทั้งกรณีที่ต้องใช้ค่าเสียหายอันควรจะได้แก่เจ้าของทรัพย์สิน เพราะเหตุทรัพย์สินทำลายหรือบุบสลายนั้นด้วย "

กรณีที่ทรัพย์สินซึ่งเอาประกันภัยไว้ถูกทำลายหรือเสียหาย อันมีผลให้ผู้เอาประกันภัยได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยนั้น โดยปกติผู้รับประกันภัยก็ยอมจ่ายเงินให้แก่ผู้เอาประกันหรือผู้รับประโยชน์ เพื่อผู้รับประกันจะได้เข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยต่อไป แต่กรณีที่ทรัพย์สินที่เอาประกันภัยไว้ตกอยู่ภายใต้จำนำ จำนอง หรือบุริมสิทธิ ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้อื่นนั้น ผู้รับประกันภัยจะจ่ายค่าสินไหมทดแทน

⁵⁰ เสนีย์ ปราโมช,ม.ร.ว.,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์),หน้า 1020

หรือเงินตามสัญญาประกันภัยให้แก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประกันภัยไปเลยหาได้ไม่ เพราะกฎหมายได้กำหนดให้ค่าสินไหมทดแทนหรือเงินตามสัญญาประกันภัยนั้นไปแทนที่ทรัพย์สินเดิมในสถานะเดียวกัน คือตกเป็นประกันหนี้ที่อยู่ภายใต้จำนำ จำนอง หรือบุริมสิทธิเหมือนกับตัวทรัพย์สินเดิม มีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ จำนอง หรือผู้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้รับประกันภัยจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้ของตนได้⁵¹

มาตรา 231 นี้เป็นการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้รับ จำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิมีสิทธิที่จะได้รับช่วงสิทธิในกรณีที่ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันแก่ตนนั้นสูญหายเสียหาย หากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นได้มีการทำสัญญาประกันภัยไว้ เจ้าหนี้จำนองก็สามารถที่จะรับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยที่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายนี้จากบริษัทประกันภัย โดยเจ้าหนี้สามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องนี้ได้ในนามตนเอง กฎหมายเรียกการรับช่วงสิทธิในลักษณะนี้ว่าช่วงทรัพย์สิน เนื่องจากว่ามีลักษณะที่มีทรัพย์สินใหม่มาแทนที่ทรัพย์สินเก่าที่สูญหาย เสียหายไป นอกจากนี้เมื่อกฎหมายกำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ไว้แล้ว กฎหมายยังกำหนดหน้าที่ของบริษัทประกันภัยไว้ด้วย โดยกำหนดให้ผู้รับประกันต้องให้ความระมัดระวัง ในการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เอาประกันภัย ว่าถ้าบริษัทประกันภัยรู้หรือควรรู้ว่าทรัพย์สินที่นำมาประกันภัยไว้กับตนนั้นมีภาระจำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิแล้ว ห้ามมิให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เอาประกันภัย ต้องจ่ายแก่เจ้าหนี้ผู้รับ จำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิเท่านั้น

ถ้าผู้รับประกันภัยรู้ถึงการ จำนอง จำนำ ดังกล่าวแล้วยังขึ้นใช้เงินไป ตัวทบทไม่ได้กล่าวถึงความรับผิดของผู้รับประกันภัยไว้ แต่มีหลักทั่วไปว่า ใครชำระหนี้ไม่ดีไม่ต้องอาจต้องชำระหนี้สองซ้ำ (Qui paye mal paye deux fois)⁵² แต่ถ้าผู้รับประกันภัยไม่รู้ถึงการประกันดังกล่าว ผู้รับประกันภัยได้จ่ายเงินให้แก่ผู้เอาประกันไปก็ไม่ถือว่ามีความรับผิดใดๆ ต่อผู้รับประกันภัย การที่จะถือว่ารู้หรือไม่รู้นั้น หากเป็นการ จำนอง ต้องรู้เสมอ เพราะ จำนอง จะมีการจดทะเบียน จำนอง ไว้ แต่ถ้าเป็นการ จำนำ ส่งหาทรัพย์สินนั้นก็ไม่มี การจดทะเบียนใดๆ ที่จะทำให้ผู้รับประกันภัยรู้ถึงการประกันนั้นได้ หากความจริงผู้รับประกันไม่รู้แล้วใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เอาประกันภัยไปก็หาต้องรับผิดอย่างใดไม่

⁵¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 270

⁵² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1026

หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นได้กลับคืนมาหรือมีการนำทรัพย์สินใหม่มาแทนที่ ผู้รับประกันภัยก็ไม่ต้องบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 231 อีกเพราะหลักประกันของเจ้าหนี้ในกรณีนี้ก็ไม่ได้สูญหายไป เจ้าหนี้ไม่ได้เสียหายอะไร เพราะเจ้าหนี้สามารถใช้หลักช่วงทรัพย์สินไปบังคับกับทรัพย์สินใหม่ที่มาแทนนั้นได้ตามมาตรา 228 อยู่แล้ว

เหตุที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิสามารถเรียกเอาเงินประกันภัยได้ ในกรณีที่เกิดวินาศภัยไม่มีทรัพย์สินที่จะเป็นประกันแก่เขาต่อไปดั้งเดิม อาจเสียหายแก่เจ้าหนี้มีประกันนี้ได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้มีผลเป็นการช่วงทรัพย์สิน เพื่อที่เจ้าหนี้จะได้บังคับเอาเงินประกันได้เหมือนอย่างทรัพย์สินที่เป็นประกันเขาดั้งเดิม⁵³

กรณีมีการบังคับซื้อทรัพย์สินที่มีภาระจำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิ ที่เรียกว่าการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินนั้นถูกทำลาย หรือเสียหาย ผู้บังคับซื้อจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน ต้องมีหน้าที่เกี่ยวกับการจ่ายค่าตอบแทนทรัพย์สินที่บังคับซื้อ หรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายทำนองเดียวกับผู้รับประกันภัย คือต้องแจ้งให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิทราบก่อนว่าจะจ่ายเงินแก่เจ้าของทรัพย์สิน หากเจ้าหนี้ไม่คัดค้านภายในกำหนดจึงจะจ่ายได้

ถ้าหนี้ของเจ้าหนี้จำนอง จำนำ หรือบุริมสิทธิยังไม่ถึงกำหนด เจ้าหนี้ก็ไม่อาจเรียกมาชำระหนี้ได้ มาตรา 332 จึงกำหนดให้เจ้าหนี้และผู้ต้องจ่ายเงินตกลงกับเจ้าหนี้ ถ้าตกลงไม่ได้ให้นำเงินไปฝากที่สำนักงานวางทรัพย์สินก่อน เว้นแต่ลูกหนี้จะหาหลักประกันให้ตามสมควร

3.2.4 การรับช่วงสิทธิในกรณีมีผู้จำนองหลายราย

ในหนึ่งหนึ่งๆ นั้นเจ้าหนี้อาจเรียกหลักประกันหลายสิ่งให้นำมาประกันหนี้ของตนได้เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจว่าจะได้รับชำระหนี้คืนครบถ้วน ลูกหนี้อาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอจึงมีการนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมามอบไว้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ ซึ่งอาจมีกรณีที่เจ้าหนี้รับจำนองจากบุคคลภายนอกมากกว่าหนึ่งราย เมื่อผู้จำนองรายหนึ่งได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เพื่อป้องกันการบังคับจำนองทรัพย์สินของตน ซึ่งจะต้องชำระหนี้ทั้งหมดถึงจะป้องกันการบังคับจำนองได้เพราะตามมาตรา 716 “จำนองย่อมครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่งแม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน” เนื่องจากสิทธิจำนองนั้นแบ่งแยกไม่ได้ยังคงครอบไปทุกสิ่ง เว้นแต่จะมีการตกลงกันว่าให้ทรัพย์สินแต่ละสิ่งประกันหนี้ส่วนใดตามมาตรา 710 (2) เมื่อผู้จำนองรายหนึ่งชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไปแล้ว หรือถูกบังคับจำนองแล้วยอมมีสิทธิรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ได้ หากเจ้าหนี้มีหลักประกัน

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1025

ด้วยทรัพย์สินอื่นที่จะให้รับช่วงสิทธิได้ เช่นหากทรัพย์สินนั้นเป็นจำนำที่ให้โดยบุคคลภายนอก ผู้จำนองก็รับช่วงสิทธิไปบังคับจำนำนั้นได้ ตามมาตรา 229 (3) และ 226 แต่หากหลักประกันนั้นเป็นการจำนองที่ให้โดยบุคคลภายนอกผลจะเป็นอย่างไร ผู้จำนองจะรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับหลักประกันนั้นเอาออกขายทอดตลาดได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าต้องแยกพิจารณาเป็นบุคคลภายนอกหลายคนเอาทรัพย์สินของตน จำนองประกันหนี้ของบุคคลอื่นโดยระบุลำดับจำนองและไม่ระบุลำดับ

3.2.4.1 ระบุลำดับจำนอง

กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้จำนองหลายคนที่จำนองประกันหนี้ของบุคคลอื่นตกลงกันตามมาตรา 710 วรรคสอง (1) ให้ผู้จำนองใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินซึ่งจำนองตามลำดับอันระบุไว้ คือเมื่อถึงเวลาขายทอดตลาดก็ขายไปตามลำดับที่ระบุ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องระบุลำดับ ถ้าไม่มีการตกลงระบุลำดับกันไว้ก่อนตามมาตรา 716 สิทธิของผู้รับจำนองก็มีอยู่ตามมาตรา 716 คือจำนองครอบไปถึงทรัพย์สินทุกสิ่ง เจ้าหนี้มีสิทธิจะเลือกบังคับจำนองแก่ทรัพย์สินสิ่งใดก่อนหลังอย่างไรก็ได้ หรือจะบังคับทั้งหมดพร้อมกันก็ได้แต่ต้องอยู่ภายใต้มาตรา 734 การระบุลำดับจะเป็นการตัดปัญหาไม่ให้ได้เถียงกันว่าใครจะถูกบังคับจำนองก่อน อีกทั้งเพื่อให้เป็นวิธีการบังคับไม่ให้เจ้าหนี้กระทำการตามอำเภอใจเพราะได้ตกลงระบุลำดับกันไว้แล้ว เนื่องจากมาตรา 726 ได้กำหนดลงโทษเจ้าหนี้ที่ไม่ได้บังคับจำนองตามลำดับไว้

ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้จำนองทุกรายได้ตกลงกันไว้แล้ว ว่าใครเป็นลำดับที่เท่าใดก็เท่ากับทุกฝ่ายได้แสดงเจตนาว่า ตกลงกันที่จะถูกบังคับจำนองก่อนหลังกันอย่างไรไว้แล้วตั้งแต่ต้น จึงเห็นว่าหากผู้จำนองลำดับที่หนึ่งถูกบังคับจำนองหรือชำระหนี้เพื่อป้องกันการบังคับจำนอง ย่อมไม่มีสิทธิที่จะรับช่วงสิทธิในจำนองลำดับถัดๆ ไปได้ เพราะหากยอมให้มีการกระทำได้แล้วก็จะเท่ากับลำดับการบังคับจำนองยอมไม่มีประโยชน์ เนื่องจากผู้จำนองลำดับหลังๆ ก็ยังถูกบังคับจำนองจากผู้รับช่วงสิทธิอยู่ดี การระบุลำดับเท่ากับผู้จำนองแสดงเจตนายอมรับผิดก่อนผู้จำนองคนอื่น ผู้จำนองลำดับหลังจะมีความรับผิดชอบเมื่อบังคับจำนองลำดับก่อนตนแล้วไม่พอชำระหนี้ ดังนั้น หากมีการระบุลำดับการบังคับจำนองไว้แล้วย่อมไม่อาจรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับจำนองกับผู้จำนองในลำดับถัดจากตนได้ มีสิทธิเพียงรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับหลักประกันอื่นๆ และได้เบี่ยงลูกหนี้ตามมาตรา 724 เท่านั้น ตัวอย่างเช่น ก.เป็นเจ้าหนี้ ข.เป็นลูกหนี้ ค.จำนองทรัพย์สินของตนประกันหนี้ของลูกหนี้ระบุลำดับไว้เป็นลำดับที่ 1 ง.จำนองระบุลำดับที่ 2 จ.นำทรัพย์สินของตนมาจำนำ เมื่อค.ถูกบังคับจำนอง ค.มีสิทธิคือรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับจำนำต่อจ.ตามมาตรา 229

(3) ประกอบมาตรา 226 และมีสิทธิไล่เบียด ข. ลูกหนี้ได้ตามมาตรา 724 แต่ไม่มีสิทธิรับช่วงสิทธิไป บังคับทรัพย์จำนองของ ง.

3.2.4.2 การไม่ระบุนลำดับ

ผู้จำนองหลายรายต่างจำนองทรัพย์สินของตนเป็นประกันหนี้รายเดียวและไม่มี การระบุนลำดับในการบังคับจำนองไว้ ไม่มีกฎหมายเขียนไว้โดยตรงถึงเรื่องการรับช่วงสิทธิว่าจะมี ผลอย่างไร แต่มีมาตราที่เกี่ยวข้องคือมาตรา 725 และ 726 ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไว้แล้วในเรื่องสิทธิ ไล่เบียดของผู้จำนอง กฎหมายกำหนดไว้แต่เรื่องสิทธิไล่เบียดว่าหากไม่ระบุนลำดับการบังคับจำนองไว้ ก็หาสิทธิไล่เบียดผู้จำนองด้วยกันไม่ และจากมาตรา 726 ทำให้เห็นว่า หากมิได้ระบุนลำดับการ จำนอง ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองจากทรัพย์รายใดก่อนก็ได้ ฉะนั้น ถ้าผู้รับจำนองปลดจำนอง ให้ผู้รับจำนองรายใด ย่อมไม่มีผลกระทบกระเทือนผู้จำนองรายอื่นไม่ทำให้ผู้จำนองรายอื่นหลุดพ้น จากความรับผิดชอบ

การไม่ระบุนลำดับจำนองกฎหมายห้ามไว้แต่เรื่องไล่เบียดว่าผู้จำนองไม่อาจไล่เบียดผู้ จำนองด้วยกันได้ ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อน แต่ผู้จำนองจะรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้หลักประกัน ไปบังคับทรัพย์จำนองที่บุคคลภายนอกนำมาเป็นหลักประกันในหนี้ของเจ้าหนี้รายเดียวกันได้ หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาในกรณีนี้มีลักษณะในการวิเคราะห์คล้ายคลึงกันกับปัญหาระหว่างผู้ จำนอง ผู้จำนำ และผู้ค้ำประกันจะมีสิทธิรับช่วงสิทธิระหว่างกันได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบาย รวมกันในหัวข้อถัดไป

3.2.5 ความสัมพันธ์ที่ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง ผู้จำนำซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้าทำ การประกันหนี้รายเดียวกันพึงมีต่อกันตามกฎหมาย

มีทฤษฎีในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อนี้ คือ หลักความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ ร่วมกัน หรือ Joint Liable ว่าเป็นลักษณะที่บุคคลหนึ่งได้เข้ามาผูกพันรับผิดชอบร่วมกันกับบุคคลอีก คนหนึ่งโดยที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้ก่อความเสียหายขึ้น หรือก่อหนี้ใดๆ ขึ้น ไม่ได้มีความผูกพันในหนี้ นั้นจริงๆ อย่างกรณีลูกหนี้ร่วม แต่ที่ต้องมารับผิดเพราะมีกฎหมายกำหนดให้เข้ามารับผิด เช่น นายจ้างลูกจ้าง ตัวการตัวแทน เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้หรือผู้ได้รับความเสียหายมีโอกาส ได้รับความชำระหนี้มากขึ้น เนื่องจากว่าสามารถที่จะเรียกให้ใครก็ได้ชำระหนี้เป็นการเพิ่มตัวบุคคลผู้ที่ จะทำการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้มากขึ้น

ดังนั้น เมื่อเขาไม่ได้เป็นผู้ก่อความเสียหายจริง เมื่อได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไปแล้ว จึง มีกฎหมายเฉพาะอยู่หลายมาตราด้วยกันที่กำหนดให้สิทธิของบุคคลนั้นที่จะไปเรียกคืนในเงินที่เขา ได้ชำระให้เจ้าหนี้ไป เช่นมาตรา 426 นายจ้างลูกจ้าง เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลซึ่งมีความรับ

ผิดอย่างลูกหนี้ร่วมนี้เขามีเพียงความรับผิดชอบกับลูกหนี้เท่านั้น แต่เขาไม่ได้เป็นลูกหนี้ที่แท้จริง เขาจึงสามารถไปเรียกเงินที่จ่ายไปคืนได้ทั้งหมด

นายประมุล สุวรรณศรีได้เคยให้ความเห็นไว้ในที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ในคำพิพากษาฎีกาที่ 601/2507 (ประชุมใหญ่) ว่าเมื่อมีละเมิดเกิดขึ้นก็มีข้อพิพาทระหว่างลูกจ้างกับผู้เสียหาย และระหว่างนายจ้างกับผู้เสียหาย แต่ข้อพิพาทระหว่างนายจ้างกับผู้เสียหายนั้นเป็น "ความรับผิดชอบ" มิใช่ผู้ละเมิดหรือลูกหนี้โดยตรง โดยเห็นว่านายจ้างไม่ได้ละเมิดเลย เป็นแต่เข้าร่วมรับผิดชอบด้วยเท่านั้น มาตรา 425 ซึ่งใช้คำว่า "Joint liable" "ร่วมกันรับผิดชอบ" ซึ่งคำว่า "ร่วมกันรับผิดชอบ" นี้มีความหมายว่าประการใด โดยถ้าดูมาตรา 426 ต่อไป จะเห็นว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างเข้ามามีฐานะคล้ายนายประกันลูกจ้างต่อคนภายนอกที่อาจถูกละเมิดและตามมาตรา 429 430 และ 431 หลักเหล่านี้จะเห็นว่าอยู่ที่ตัวผู้ละเมิด ส่วนนายจ้างนั้นเอาเป็นหลักประกัน⁵⁴

เกิดปัญหาว่าในระหว่างบุคคลผู้มีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกันนี้จะมี ความสัมพันธ์ต่อกันอย่างไร

เห็นว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างกันเองนั้น เป็นคนละกรณีกับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้านี้กับผู้มีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม ความสัมพันธ์ระหว่างกันเองนั้นจะเป็นอย่างไร ขึ้นอยู่กับว่าได้มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ เช่นกรณีนายจ้างลูกจ้างนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างกันเองมีกฎหมายมาตรา 426 กำหนดให้นายจ้างสามารถเรียกให้ลูกจ้างชดใช้เงินที่ตนจ่ายไปคืน หมายความว่าหากนายจ้างชำระค่าสินไหมทดแทนไปเท่าใด ก็สามารถเรียกให้ลูกจ้างชดใช้คืนได้เท่านั้น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

ในกรณีผู้ค้ำประกัน ผู้จ้างและผู้จ้่านำซึ่งเป็นบุคคลภายนอกต่างเข้ามาประกันหนี้รายเดียวกันนั้น จะมีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกันเป็น "Joint Liable" หรือไม่ และมีความรับผิดชอบต่อกันอย่างไร

จะเห็นได้ว่าทั้งผู้ค้ำประกัน ผู้จ้างและผู้จ้่านำนั้น ต่างก็เป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามาผูกพันตนเองหรือผูกพันด้วยทรัพย์ของตนเองกับเจ้านี้คนเดียวกันว่าตนยินดีจะชำระหนี้ให้เจ้านี้ หรือให้เจ้านี้บังคับกับทรัพย์ที่ตนนำมาประกัน หากลูกหนี้ที่ตนประกันนั้นไม่สามารถชำระหนี้ให้เจ้านี้ได้ อันมีลักษณะเป็นการผูกพันตนว่าจะรับผิดชอบกับเจ้านี้นั่นเอง เมื่อพิจารณาตาม

⁵⁴ ประภาสน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา เล่ม 2 หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, กรุงเทพมหานคร:สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, 2536

เจ้าหนี้แล้วจะเห็นว่า เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้แล้ว เจ้าหนี้ก็จะเรียกบุคคลใดให้รับผิดชอบได้ ระหว่างผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง ผู้จำนำ ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยผู้จำนำและผู้จำนองเจ้าหนี้จะมีสิทธิบังคับได้กับทรัพย์สินที่เขานำมาเป็นหลักประกันเท่านั้น ไม่มีสิทธิบังคับกับทรัพย์สินอื่นๆ ของเขาได้ แต่สำหรับผู้ค้ำประกันนั้น เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้กับทรัพย์สินทุกอย่างของผู้ค้ำประกัน เพราะลักษณะในการเข้ามาผูกพันกับเจ้าหนี้นั้นต่างกัน โดยจำนองและจำนำนั้นเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน แต่ค้ำประกันเป็นการประกันด้วยบุคคล เมื่อบุคคลทั้งสามนี้เข้ามาผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนเดียวกันในหนี้รายเดียวกัน แม้จะไม่ได้ตกลงว่าตนยินดีรับผิดชอบร่วมกันอันมีลักษณะเป็นลูกหนี้ร่วมก็ตาม แต่เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกให้คนใดคนหนึ่งชำระหนี้จนหมดสิ้นได้ และย่อมมีผลให้บุคคลที่เหลือหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไป หรือหากเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากคนใดคนหนึ่งไปยังไม่ครบจำนวนหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถเรียนส่วนที่ขาดจากบุคคลที่เหลืออยู่ได้อีก

ดังนั้น จึงเห็นว่าผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนี้ต่างมีส่วนได้เสียได้ประโยชน์ซึ่งกันและกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ได้แก่ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนองและผู้จำนำนี้ มีลักษณะที่มีความรับผิดชอบร่วมกันต่อเจ้าหนี้รายเดียวกันและเพื่อลูกหนี้คนเดียวกัน อันมีลักษณะเป็น Joint Liable

ทำให้เกิดปัญหาต่อไปว่าบุคคลเหล่านี้หากใครได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไปแล้วจะมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันอย่างไร ก็ต้องไปพิจารณาในกฎหมายเฉพาะของแต่ละเอกเทศสัญญาว่าได้กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันไว้หรือไม่

กรณีผู้ค้ำประกันนั้น กฎหมายเรื่องค้ำประกันมาตรา 693 วรรคสองได้กำหนดให้สิทธิผู้ค้ำประกันเมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้วมีสิทธิที่จะรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ในประกันต่างๆ ที่เจ้าหนี้มีเหนือหนี้นั้นได้ ไม่ว่าจะทรัพย์สินนั้นจะเป็นของลูกหนี้เองหรือเป็นทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนำมามอบไว้เป็นหลักประกันก็ตามดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อการรับช่วงสิทธิของผู้ค้ำประกัน

ส่วนกรณีผู้จำนองนั้นเมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้วจะมีสิทธิต่อผู้จำนองด้วยกันหรือผู้ค้ำประกันหรือผู้จำนำหรือไม่ เนื่องจากในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเหมือนกับเรื่องผู้ค้ำประกัน ดังนั้น จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าผู้จำนองนั้นจะสามารถรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไม่ว่าจะเป็นการรับช่วงสิทธิในมูลหนี้ไปเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ หรือรับช่วงสิทธิในประกันไปบังคับหลักประกันคือจำนำ จำนองได้หรือไม่ หากนำหลักการรับช่วงสิทธิดังกล่าวนี้มาใช้จะทำให้แนวคิดในหลักประกันเปลี่ยนไปหรือไม่เพราะผู้จำนองไม่ใช่ลูกหนี้ เขาเพียงแต่นำทรัพย์สินของตนเองมาเป็นหลักประกันเท่านั้น

ปัญหาดังกล่าวนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1067/2524 ได้วางหลักการรับช่วงสิทธิไว้ที่
อาจนำมาเทียบเคียงได้กับปัญหาดังกล่าว ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าโจทก์กับจำเลยที่ 1 ได้ร่วมกันยกยอก
เงินของเจ้าหนี้ไปจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้โดยต้องรับผิดชอบเป็น
เท่าๆ กัน เมื่อโจทก์ได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ จะรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้มาเรียกกับจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2
ซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันของจำเลยที่ 1 ได้หรือไม่ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ แต่
ศาลฎีกาเห็นว่าโจทก์ย่อมสามารถรับช่วงสิทธิมาเรียกเอากับจำเลยที่ 1 และผู้ค้ำประกันของจำเลย
ที่ 1 ได้ตามส่วนที่จำเลยที่ 1 จะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 226

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวนี้นำให้เห็นได้ว่าแม้ลูกหนี้ร่วมผู้ทำการชำระหนี้ให้
เจ้าหนี้ นั้น จะไม่มีความสัมพันธ์กับผู้ค้ำประกันของลูกหนี้ร่วมอีกคนหนึ่ง แต่ศาลฎีกาก็เห็นว่าลูกหนี้
ร่วมกันเมื่อคนหนึ่งชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไปแล้วย่อมจะมีสิทธิไปเรียกให้ผู้ค้ำประกันของลูกหนี้ร่วมอีก
คนหนึ่งชำระหนี้แทนลูกหนี้ร่วมคนที่ตนประกันได้ โดยใช้หลักการรับช่วงสิทธิในมูลหนี้นั่นเอง

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาว่า ผู้จำนองจะมีสิทธิต่อผู้จำนอง
ด้วยกันหรือผู้ค้ำประกันหรือผู้จำนำซึ่งเป็นบุคคลภายนอกอย่างไรว่า ผู้จำนองไม่มีสิทธิเหมือนผู้ค้ำ
ประกันเพราะผู้ค้ำประกันมีหน้าที่จะต้องชำระต่อเจ้าหนี้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น แต่ผู้จำนองไม่มี
หนี้ เพียงแต่เอาทรัพย์สินเข้ามาผูกพันเป็นหนี้ ค้ำประกันสิ่งที่ประกัน คือบุคคล แต่จำนองสิ่งที่ประกัน
ประกันคือทรัพย์สิน มิใช่บุคคลเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สินเป็นแต่เข้ามาผูกพันเป็นหนี้ที่จะต้องยอม
ให้เขาบังคับเอาทรัพย์สินที่จำนอง ถ้าขายทอดตลาดได้เงินไม่พอก็เรียกร้องจากเขาอีกไม่ได้ แม้ลูกหนี้
จะตกลงให้เรียกส่วนที่ขาดได้ กรณีที่ผู้จำนองถูกฟ้องในฐานะเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าหนี้จะบังคับอย่าง
ลูกหนี้ธรรมดาในบรรพ 2 หาได้ไม่ ไม่เหมือนผู้ค้ำประกัน ผู้จำนองมีความผูกพันตราบเท่าที่สัญญา
มีอยู่ จะถอนทรัพย์สินที่จำนองออกโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หาได้ไม่ จำนองจะติดกับ
ทรัพย์สินจนกว่าหนี้จะระงับสิ้นไป ถ้านี้ที่ค้ำประกันมีจำนอง จำนำ โดยลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันก็รับ
ช่วงสิทธิเป็นเจ้าหนี้จำนอง จำนำด้วย แต่ผู้จำนองหาสิทธิเช่นนั้นไม่ เพราะผู้รับช่วงสิทธิต้องมีหนี้
ผูกพันเพื่อผู้อื่นและเข้าใช้หนี้หนี้ตามมาตรา 229⁵⁵

กรณีนี้มีกฎหมายแห่งฎีกาได้บัญญัติไว้ คือ มาตรา 501 "A person who has
subrogated into the position of the creditor...exercise all rights which the creditor

⁵⁵ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน
จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 92

possessed in respect to the validity and the security for obligation; but the following rules must be observed.

....(4) In case there are several persons who have furnished their properties as securities for the obligation of another person, when one of them asserts subrogation against others, the provisions of the preceding number apply correspondingly the subrogation can be exercised in proportion to the value of the security furnished by each of them. หมายความว่าหากมีบุคคลหลายคนนำทรัพย์สินของตนมาประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่น เมื่อคนหนึ่งรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ไปบังคับกับคนอื่น ๆ ให้นำบทบัญญัติข้างต้นมาใช้บังคับกับบุคคลดังกล่าวด้วย โดยเขาสามารถรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้ได้ตามส่วนของมูลค่าของหลักประกันของตน

เมื่อผู้ให้หลักประกันคนหนึ่งชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แทนลูกหนี้ และต้องการจะรับช่วงสิทธิไปบังคับกับผู้ให้หลักประกันคนอื่น ผู้รับช่วงสิทธิต้องเตือนให้ทราบก่อน(subrogation noted) ว่าจะมีการรับช่วงสิทธิเมื่อตนได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ โดยต้องเตือนก่อนที่ผู้ให้หลักประกันคนอื่นจะจดทะเบียนสิทธิจำนำหรือจำนอง เพราะด้วยเหตุผลที่สมควรแล้วผู้ให้หลักประกันอื่นๆ ควรที่จะได้ทราบก่อนว่าใครจะมีสิทธิในหลักประกันนี้ หากผู้รับช่วงสิทธิได้มีการลงทะเบียนการรับช่วงสิทธิไว้แล้ว(subrogation registered) ผู้ให้หลักประกันอื่นๆ จะได้ปกป้องตัวเองจากความเสียหายในการที่ผู้รับช่วงสิทธิจะรับช่วงสิทธิมาบังคับกับเขา ในทางตรงกันข้าม หากไม่ได้มีการเตือนผู้ให้หลักประกันคนอื่นก่อน ผู้รับช่วงสิทธิก็ไม่สามารถที่จะรับช่วงสิทธิไปบังคับเขาได้

(5) As between a surety and a person who has furnished his property as security for the obligation of another (namely, a "real" guarantor), subrogation is exercised in proportion to the number of persons as is the case between sureties, and not in proportion to the value of the securities furnished. For example, when there are two sureties and one "real" guarantor the subrogation can be exercised by one of them against each of the others to the amount of reimbursement for which he is responsible namely, one-third of the total amount of claim for reimbursement. หมายความว่า หากมีผู้ค้ำประกันคนเดียวและมีบุคคลคนเดียวนำทรัพย์สินของตนมาประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นคนเดียว การรับช่วงสิทธิย่อมเป็นไปตามส่วนของจำนวนคน เช่นเดียวกับกรณีผู้ค้ำประกันหลายคน โดยไม่เป็นไปตามส่วนของมูลค่าของหลักประกัน ตัวอย่างเช่นมีผู้ค้ำประกันสองคนและมีผู้นำทรัพย์สินมา

ประกันหนึ่งคน การรับช่วงสิทธิสามารถทำได้โดยหนึ่งในบุคคลเหล่านี้ไปบังคับกับบุคคลอื่นๆ ตามจำนวนซึ่งแต่ละคนต้องรับผิดชอบคือ เพียงคนละ 1 ใน 3 ของจำนวนที่ชำระไป

But when there are several "real" guarantors the surety's part in the obligation is deducted, and subrogation is exercised with regard to the remainder in proportion to the value of the property furnished by each "real" guarantors. When, for example there are two sureties, and three "real" guarantors with property, two-fifths of the total amount of claim for reimbursement is the share to be borne by the two sureties, and it is therefore subtracted from the total amount and subrogation is exercised with regard to the remainder against each of the "real" guarantors, not in proportion to the number of persons, but in proportion of the value of the securities furnished by each of them.

แต่ถ้ามีบุคคลนำทรัพย์สินของตนมาประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นหลายคน ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันจะน้อยลง การรับช่วงสิทธิจะเป็นไปตามมูลค่าทรัพย์สินของแต่ละคนที่นำมาเป็นหลักประกัน ตัวอย่างเช่นมีผู้ค้ำประกันสองคนและมีบุคคลนำทรัพย์สินของตนมาประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นสามคน ผู้ค้ำประกันสองคนจะต้องแบ่งความรับผิดชอบกันเป็นจำนวน 2 ใน 5 ของจำนวนหนี้ทั้งหมด ดังนั้นจำนวนหนี้ที่เหลืออยู่จะมีการรับช่วงสิทธิไปบังคับกับผู้นำทรัพย์สินมาเป็นประกันแต่ละคน โดยจะไม่เป็นไปตามจำนวนคน แต่จะเป็นไปตามมูลค่าทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันของแต่ละคน

In the above case, if the properties are immovable the provisions of No.1 apply correspondingly, namely, subrogation cannot exercised against the "real" guarantors unless the surety has had the subrogation noted beforehand in the registration of material security.

จากที่กล่าวมาข้างต้น หากทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจเคลื่อนย้ายได้ให้นำข้อ 1 มาใช้ด้วยโดยอนุโลม การรับช่วงสิทธิไม่อาจบังคับกับผู้นำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันได้ยกเว้นแต่ผู้ค้ำประกันได้บอกกล่าวการรับช่วงสิทธิไว้ก่อนที่จะมีการนำทรัพย์สินมาจดทะเบียนเป็นหลักประกัน⁵⁶

จะเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนำ และผู้จำนองมีความสัมพันธ์ระหว่างกันอย่างชัดเจน โดยกำหนดให้เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไป

⁵⁶ J.E. de BECKER, Civil Code of Japan, Volume 2 , P.103-105

สามารถเรียกให้ผู้ค้าประกันด้วยกันหรือผู้จ้างด้วยกันรับผิดชอบได้ โดยกำหนดให้เรียกได้ตามส่วน
 ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

ปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าแม้กฎหมายไทยจะไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบระหว่าง
 ผู้ค้าประกัน ผู้จ้างและผู้จํานำไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อบุคคลทั้งสามประเภทนี้ต่างก็มี
 ความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยมีลักษณะเป็นความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกันดังเหตุผลที่ได้อธิบาย
 มาแล้วข้างต้น ผู้ค้าประกัน ผู้จ้างและผู้จํานำ เมื่อชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไปแล้วย่อมมีสิทธิที่จะเรียก
 ให้บุคคลทั้งสามเหล่านี้ร่วมรับผิดชอบในเงินที่ตนได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไป หรือในกรณีที่ดินถูกเจ้าหนี้
 บังคับจํานอง บังคับจํานำ แต่เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าระหว่างกันนั้นจะ
 มีความรับผิดชอบต่อกันอย่างไรเหมือนดังเช่นกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะนำหลักทั่วไป
 ในบรรพ 2 มาใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้าทำการ
 ประกันหนี้รายเดียวกัน โดยนำหลักรับช่วงสิทธิมาตรา 226 และ 229(3) มาใช้ โดยเห็นว่าผู้ค้า
 ประกัน ผู้จ้างและผู้จํานำต่างเป็นผู้ที่มีความผูกพันเพื่อลูกหนี้ในหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ โดย
 ตนเองเป็นผู้มีส่วนได้เสียในหนี้

ดังนั้นเมื่อผู้จ้าง ผู้จํานำ ได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ไปแล้ว ย่อมมีสิทธิ
 ที่จะรับช่วงสิทธิต่างๆ ที่เจ้าหนี้มี อันได้แก่รับช่วงสิทธิในมูลหนี้ คือสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่เจ้าหนี้มีใน
 มูลหนี้นั้น และรับช่วงสิทธิในหลักประกัน คือประกันด้วยทรัพย์สินต่างๆ ที่เจ้าหนี้มีเหนือหนี้นั้น ฉะนั้น
 ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้จ้างและผู้จํานำจึงสามารถรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ในมูลหนี้ไปเรียกให้ผู้ค้า
 ประกันชำระหนี้ให้กับตนได้หากเจ้าหนี้มีผู้ค้าประกันในมูลหนี้นั้น และยังมีสิทธิรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้
 ในประกันอันได้แก่จํานองและจํานำรายอื่นๆ ที่เจ้าหนี้มีเหนือหนี้นั้นได้ เมื่อระหว่างผู้ค้าประกัน ผู้
 จ้างและผู้จํานำมีลักษณะความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้อย่างลูกหนี้ร่วมกัน (Joint Liable) ดังที่ได้กล่าว
 มาแล้ว ซึ่งไม่มีการกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันเองไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้ค้าประกัน ผู้จ้างและผู้
 จํานำมีสิทธิที่จะรับช่วงสิทธิเจ้าหนี้มาบังคับซึ่งกันและกันได้ ในจำนวนทั้งหมดที่ตนเองได้จ่ายให้
 เจ้าหนี้ไป ไม่ใช่บังคับได้เพียงตามส่วน เนื่องจากหากบังคับได้ตามส่วนต้องมีลักษณะเป็นลูกหนี้
 ร่วมอย่างแท้จริง หรือลูกหนี้ร่วมอย่างสิ้นเชิง แต่กรณีนี้เป็นเพียง Joint Liable เท่านั้น

ส่วนผลในเรื่องการปลดหนี้ นั้น หากเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ผู้ค้าประกันหรือผู้จ้าง
 หรือผู้จํานำไปบางส่วน จะมีผลอย่างไรนั้น จะเห็นได้จากมาตรา 697 กรณีที่เจ้าหนี้ทำให้ผู้ค้า
 ประกันไม่อาจรับช่วงสิทธิได้ ผู้ค้าประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนต้องเสียหาย
 จากการนั้น หมายความว่าหากเจ้าหนี้ปลดจํานอง จํานำไป ส่วนที่ปลดให้นั้นก็พ้นแก่เจ้าหนี้ ผู้
 ค้าประกันหาต้องรับผิดชอบอีกไม่ แต่กรณีผู้จ้างหลายรายไม่ระบุลำดับ หากเจ้าหนี้ปลดจํานองราย

หนึ่ง จะไม่มีผลใดๆ แก่ผู้จำนองรายอื่น ผู้จำนองรายอื่นยังคงมีความรับผิดชอบอยู่เต็มจำนวนตาม มาตรา 726 ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง ผู้จำนำ ด้วยกันนั้น หากเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้คนใดคนหนึ่งไป ผู้เขียนเห็นว่า หากมิใช่กรณีตามมาตรา 697 แล้ว กรณีนี้ไม่ควรนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ค้ำประกัน ผู้ จำนองและผู้จำนำนั้น ไม่ได้มีลักษณะเป็นลูกหนี้ร่วมกัน เป็นเพียง Joint Liable เท่านั้น จึงไม่อาจ นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้ได้ ฉะนั้น หากเจ้าหนี้ปลดหนี้แก่ผู้ค้ำประกันหรือผู้จำนองหรือผู้จำนำไป ย่อมไม่มีผลถึงบุคคลที่ร่วมรับผิดชอบคนอื่นๆ หมายความว่าส่วนที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ผู้ให้หลักประกันคนใด ไปย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้ให้หลักประกันคนนั้น แต่คนอื่นๆ ก็ยังคงมีความรับผิดชอบอยู่เต็มจำนวน

3.2.6 สิทธิของผู้ให้หลักประกันในกรณีลูกหนี้ล้มละลาย

3.2.6.1 แนวคิดและวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายมีแนวคิดที่ว่าเมื่อบุคคลไม่สามารถชำระหนี้ได้ เช่นเมื่อหนี้พ้น กำหนดชำระแล้ว บุคคลนั้นอาจร้องขอให้ตนล้มละลายเพื่อให้ศาลเข้าดำเนินการจัดการทรัพย์สิน แทน อันจะมีผลทำให้บุคคลนั้น เป็นอิสระจากหนี้สินและเริ่มต้นชีวิตใหม่ด้วยการพ้นจากการเป็น บุคคลล้มละลายตามคำสั่งศาล อีกทั้งเป็นการยับยั้งบุคคลจากการก่อหนี้โดยไม่รอบคอบอันทำให้ บุคคลนั้นไม่สามารถชำระหนี้ได้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ก็สามารถฟ้องคดีล้มละลายต่อลูกหนี้เพื่อให้ศาล เข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้⁵⁷ โดยให้เจ้าหนี้ทุกคนของลูกหนี้มีสิทธิเสมอภาคกันตามส่วนใน ทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ว่าเจ้าหนี้จะเป็นเจ้าหนี้เงินหรือเจ้าหนี้ที่มีวัตถุเป็นสิทธิในทรัพย์สินเฉพาะ อย่าง การฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในคดีล้มละลายต่างจากคดีแพ่งสามัญ เนื่องจากการฟ้องให้ชำระ หนี้ในคดีแพ่งสามัญนั้น ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้ก็ยึดทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ของตนเป็นการ ส่วนตัวโดยเฉพาะ แต่ในคดีล้มละลายเจ้าหนี้ฟ้องเพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมด ทั้งที่มีอยู่ใน ปัจจุบันหรือจะมีขึ้นภายหลัง และติดตามทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้โอนใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ไปก่อนแล้วมา รวมเป็นกองกลาง แล้วเฉลี่ยแบ่งให้เจ้าหนี้ที่มาขอรับชำระหนี้ทุกคนตามส่วนมากและน้อย กฎหมายล้มละลายมีขึ้นเพื่อมิให้เจ้าหนี้นับคั้นลูกหนี้และมีให้ลูกหนี้ทุจริตต่อเจ้าหนี้ซึ่งกฎหมาย แพ่งทั่วไปให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ ให้เจ้าหนี้ได้รับความสะดวกรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย เช่นค่าธรรมเนียมเสียน้อยกว่าคดีแพ่ง

⁵⁷ วิชา มหาคุณ ,คำอธิบายกฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์,พิมพ์ครั้งที่ 8

3.2.6.2 เจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลาย

เจ้าหนี้มีประกัน หมายความว่าเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของ “ลูกหนี้” ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้เช่นเดียวกับผู้รับจำนำ

เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายต่างจากเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือตามกฎหมายแพ่งอาจมีประกันได้ทั้งด้วยบุคคลและด้วยทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่ตามกฎหมายล้มละลายนั้นเจ้าหนี้มีประกันหมายถึงเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สิน และจะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ส่วนสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้นั้นจะต้องเป็นสิทธิในทางจำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วงหรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้จำนำ เช่น เจ้าสำนักโรงแรมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้มาพักสำหรับชำระค่าเช่าที่พัก ผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้เช่าที่อยู่ในอสังหาริมทรัพย์ สำหรับชำระค่าเช่า เป็นต้น

ในคดีแพ่งทั่วไปนั้นหากหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระเจ้าหนี้ก็ไม่มีอำนาจบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้ แต่คดีล้มละลายนั้นหนี้ไม่จำเป็นต้องถึงกำหนดชำระเจ้าหนี้ก็ฟ้องล้มละลายได้ แต่นั้นต้องกำหนดได้แน่นอน เพราะกฎหมายถือว่าลูกหนี้มีหนี้สิ้นสิ้นพันตัวแล้ว ไม่ควรให้เจ้าหนี้รอฟ้องเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เพราะหากรอถึงกำหนดชำระเจ้าหนี้อาจได้รับความเสียหายได้ และการฟ้องคดีล้มละลายก็เป็นการฟ้องเพื่อจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ใช่เป็นการฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยตรง กำหนดเวลาชำระหนี้จึงมิใช่สาระสำคัญของคดีล้มละลาย

3.2.6.3 การขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

ในคดีล้มละลายเมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้วเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยอำนาจของศาลแพ่งได้ จะบังคับชำระหนี้ได้ตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายเท่านั้น ตามมาตรา 27 “เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดแล้วเจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ได้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินี้ แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นเจ้าหนี้ที่ได้ฟ้องคดีแพ่งไว้แล้ว แต่คดียังอยู่ในระหว่างพิจารณาก็ตาม”

1. เหตุและผลของการยื่นคำขอรับชำระหนี้

เมื่อเกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ในทางแพ่ง เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งสามัญ หรืออาจใช้สิทธิฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลาย ซึ่งในคดีล้มละลายไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องร้องเกิดสิทธิในการได้รับชำระหนี้เหมือนดังเช่นคดีแพ่งสามัญ หากแต่เจ้าหนี้ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีซึ่งเป็นวิธีการจัดสรรการชำระหนี้ เพราะกฎหมายล้มละลายไม่ต้องการให้เจ้าหนี้ไปฟ้องต่อศาลเป็นรายๆ ไปอันต้องเสียค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมจำนวนมาก โดยหน้าที่

ที่อาจขอรับชำระได้นั้น มูลแห่งหนี้ต้องเกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลพิทักษ์ทรัพย์ ไม่ว่าจะหนี้นั้นจะยังไม่ถึงกำหนดชำระ หรือมีเงื่อนไขก็ตาม ซึ่งรวมไปถึงลูกหนี้ร่วมและผู้ค้ำประกันสำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไล่เบี้ยในอนาคต เพราะถ้ารอให้ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ก่อนแล้วจึงให้ขอรับชำระหนี้ได้ ก็อาจเลยระยะเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้แล้ว อย่างไรก็ตามถ้าเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้แล้ว ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันย่อมหมดสิทธิที่จะยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนหนี้ที่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ไปแล้วเต็มจำนวนหรือเพียงบางส่วน เพราะหนี้รายเดียวกันย่อมไม่อาจขอรับชำระหนี้ซ้อนกันได้⁵⁸

2. การขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ธรรมดา

มาตรา 94 “เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตามเว้นแต่

(1) หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดีหรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้

(2) หนี้ที่เจ้านี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้น เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่ไม่รวมถึงหนี้ที่เจ้านี้ยอมให้กระทำขึ้นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้”

หนี้ที่ไม่อาจขอรับชำระหนี้ได้ในกฎหมายล้มละลายมี 3 ประเภทคือ

1. หนี้ที่มีมูลแห่งหนี้เกิดขึ้นในวันหรือภายหลังวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์
2. หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีหรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้

3. หนี้ซึ่งเจ้านี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่ไม่รวมถึงหนี้ที่เจ้านี้ยอมให้กระทำขึ้นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้

3. การขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกัน

โดยหลักของกฎหมายล้มละลายแล้วเจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องขอรับชำระหนี้ก็ได้และเป็นสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน เพราะเจ้าหนี้มีประกันนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้ที่ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ตามมาตรา 95 “เจ้าหนี้มีประกันย่อมมีสิทธิ

⁵⁸ หลวงสารนิยประศาสน์, พระราชบัญญัติล้มละลาย, บทบัญญัติ เล่ม 13 ตอนที่ 3 (กันยายน 2484) : หน้า 1204

เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น” ฉะนั้น เจ้าหนี้มีประกันจะขอรับชำระหนี้ก็ได้ ไม่ขอรับชำระหนี้ก็ได้ เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิ 2 ทาง คือ ถ้าไม่ขอรับชำระหนี้จะต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินซึ่งอยู่ในอำนาจของเจ้าหนี้มีประกัน

หากเจ้าหนี้มีประกันขอรับชำระหนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการ ตามมาตรา 96 ดังนี้

(1) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

เจ้าหนี้มีประกันนั้นยินยอมสละสิทธิในฐานะเจ้าหนี้มีประกัน คือยินยอมให้ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นหลุดพ้นจากฐานะของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ทรัพย์สินนั้นก็ตกมาเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายโดยปลอดจากสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน แล้วเจ้าหนี้นั้นก็ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวนโดยขอรับชำระหนี้ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ธรรมดา ปกติเจ้าหนี้มีประกันจำนวนน้อยที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 96 (1) นี้เพราะเป็นการเสี่ยงที่ไม่น่าจะทำได้ เพื่อความสะดวกในกรณีนี้ เจ้าหนี้มีประกันควรจะดูทรัพย์สินในคดีล้มละลายก่อนว่ามีพอจะชำระหนี้ให้แก่ตนได้⁵⁹ เว้นแต่หลักประกันนั้นไม่มีค่าแก่เจ้าหนี้นั้นเลย

(2) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

เจ้าหนี้มีประกันขอรับชำระหนี้โดยมีเงื่อนไขว่าเมื่อเจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งตามปกติ ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องเข้ามาดำเนินการแทนลูกหนี้เพราะลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว จึงไม่มีอำนาจจัดการใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของตน เมื่อเจ้าหนี้ชนะคดีแล้วบังคับหลักประกันขายทอดตลาด หากได้เงินไม่พอชำระหนี้จะขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนเงินที่ยังขาดอยู่นั้น

(3) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

⁵⁹ ปรีชา พาณิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), หน้า 359

วิธีการนี้เป็นเงื่อนไขที่เจ้าหนี้มีประกันขอใช้สิทธิในการขอรับชำระหนี้มากที่สุดเพราะเหตุว่าไม่ยุ่งยากแก่เจ้าหนี้เหมือนใน (2) เพราะตาม(2) เจ้าหนี้ต้องไปฟ้องร้องบังคับคดีเอง แต่ใน(3) เจ้าหนี้ไม่ต้องฟ้องร้อง เจ้าหนี้เพียงกำหนดเงื่อนไขขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขาดทอดตลาด ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีอำนาจที่จะขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อยู่แล้ว ฉะนั้นตามมาตรา (3) นี้ ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดได้เงินสุทธิไม่พอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปเท่าใด เจ้าหนี้มีประกันก็ขอรับชำระหนี้สำหรับส่วนที่ขาดนั้นได้⁶⁰

(4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินตามราคาดังนั้นได้ ถ้าเห็นว่าราคาดังนั้นไม่สมควร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นตามวิธีการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และเจ้าหนี้ตกลงกัน ถ้าไม่ตกลงกันจะขายทอดตลาดก็ได้ แต่ต้องไม่ให้เสียหายแก่เจ้าหนี้นั้นและเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มีอำนาจเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ เมื่อขายได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาในคำขอ

วิธีนี้ต้องระวังให้ราคาเป็นไปตามสมควรเพราะถ้าเจ้าหนี้ตีราคาต่ำไป เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจไถ่ถอนเองแล้วนำไปขายเอง ส่วนหน้าที่เจ้าหนี้ยังไม่ได้รับก็มาขอรับชำระหนี้เฉลี่ยกับเจ้าหนี้อื่น ถ้าตีราคาสูงไปเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ยอมให้บังคับหลักประกันไปเลย เจ้าหนี้ก็ขาดทุน เช่น ก. กู้เงิน ข.ไป 1 ล้านบาท และนำรถยนต์ไปจำหน่ายเป็นหลักประกัน เมื่อ ก.ล้มละลาย ข.อาจตีราคาหลักประกันเพียง 5 แสนบาทแล้วขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ขาดอีก 5 แสนบาทได้ แต่ถ้าราคาตลาดรถยนต์มีราคาอยู่ 8 แสนบาท แล้วเจ้าหนี้ตีราคามาเพียง 5 แสนบาท เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจใช้สิทธิขอไถ่ถอนรถในราคาที่เจ้าหนี้ตีมาคือ 5 แสนบาทแล้วนำรถยนต์ไปขายได้เงินมาในราคา 8 แสนบาทแล้วนำเงินเข้าไปรวมไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ส่วนเจ้าหนี้คือ ข.ก็ต้องไปขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ขาดอีก 5 แสนบาทโดยได้เพียงส่วนเฉลี่ยกับเจ้าหนี้อื่น

เจ้าหนี้มีประกันยื่นคำขอรับชำระหนี้ โดยไม่แจ้งว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันเจ้าหนี้นั้น ต้องคืนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นเป็นอันระงับ เว้นแต่เจ้าหนี้นั้นจะแถลงต่อศาลว่าเป็นการพลั้งเผลอ เพราะเท่ากับเป็นการ

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 360

หลอกลวงเอาประโยชน์สองซ้ำ คือยึดถือหลักประกันไว้ชั้นหนึ่งแล้วขอรับส่วนเฉลี่ย เช่นเจ้าหนี้สามัญอีก กฎหมายจึงลงโทษให้ขาดสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน เป็นได้แต่เจ้าหนี้สามัญ⁶¹

เจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลายหมายถึงเจ้าหนี้ที่ลูกหนี้ได้มอบทรัพย์สินของตนไว้เป็นประกันหนี้ โดยจะหมายถึงการประกันด้วยทรัพย์สินและต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ฉะนั้น กรณีที่มีการประกันด้วยบุคคลหรือประกันด้วยทรัพย์สินแต่ทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลภายนอกไม่ใช่ของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย แต่เป็นเจ้าหนี้ธรรมดาหากจะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายจะต้องเป็นไปตามมาตรา 9 และต้องขอรับชำระหนี้ด้วย ทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อเจ้าหนี้บังคับหลักประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้จะเกิดผลอย่างไร

1. หากบังคับกับคนภายนอกแล้วหนี้ยังขาดอยู่คือได้รับชำระหนี้ยังไม่ครบและเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ได้เกินจากหลักประกัน เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ นอกจากนี้หากหนี้ที่ขาดไปนั้นเกิน 1 ล้านบาทสำหรับบุคคลธรรมดา หรือ 2 ล้านบาทสำหรับนิติบุคคลก็มีสิทธิฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้

2. หากเจ้าหนี้ยังไม่บังคับกับคนภายนอกแต่มาใช้สิทธิตามกฎหมายล้มละลายเลยคือฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลาย หรือยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ในขณะที่เจ้าหนี้เองก็ยังมีสิทธิที่จะบังคับกับคนภายนอกได้ เช่นนี้เมื่อเจ้าหนี้ใช้สิทธิในคดีล้มละลายแล้ว จะยังมีสิทธิฟ้องคนภายนอกอีกหรือไม่หากมีสิทธิ บุคคลภายนอกนี้จะมีสิทธิต่อลูกหนี้อย่างไร ยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้หรือไม่เมื่อใด หากบุคคลภายนอกถูกเรียกร้องเมื่อเลยกำหนดเวลาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายแล้ว บุคคลภายนอกจะทำอย่างไร กรณีนี้ผู้เขียนจะขออธิบายในบทที่ 4 ต่อไป

4. การขอรับชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมและผู้ค้ำประกัน

การขอรับชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกัน มาตรา 101 วรรคหนึ่ง “ถ้าลูกหนี้ร่วมบางคนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้ร่วมคนอื่นอาจยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไล่เบี้ยในเวลาภายหลังได้เว้นแต่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้เต็มจำนวนแล้ว” วรรคสอง “บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับแก่ผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันร่วมหรือบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้โดยอนุโลม”

⁶¹ หลวงสารกิจปริชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์นาเซียงการพิมพ์, 2513), หน้า 222-225

เนื่องจากถ้าจะรอให้ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้เจ้าหนี้เสียก่อนแล้วจึงจะขอให้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ ก็อาจจะเลยกำหนดเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้เสียแล้ว หรือถ้าได้มีการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายเรื่องนั้นไปเสียแล้วก็จะเป็นการเสียหายแก่ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันนั้น

การขอรับชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วม หากลูกหนี้ร่วมคนใดคนหนึ่งได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ลูกหนี้ร่วมผู้นั้นย่อมไต่เบียดเอาแก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ ได้ด้วย เหตุนี้มาตรา 101 จึงบัญญัติให้ลูกหนี้ร่วมยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไต่เบียดในเวลาภายหลังได้⁶² การขอรับชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันในที่นี้หมายถึง ผู้ค้ำประกันร่วมและบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกับผู้ค้ำประกัน เช่นผู้รับอาวัล ผู้สลักหลังตัวเงิน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการขอรับชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันจะขอซ้อนกับเจ้าหนี้ไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการเสียหายแก่ผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ล้มละลาย เหตุนี้เจ้าหนี้ฝ่ายหนึ่งกับลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันอีกฝ่ายหนึ่งจึงควรทำความตกลงกันก่อนว่าใครจะเป็นผู้ขอรับชำระหนี้ เพราะถ้าเจ้าหนี้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เต็มจำนวนแล้ว ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันก็ขอรับชำระอีกไม่ได้⁶³

ทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อเจ้าหนี้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ไว้เต็มจำนวนแล้วทำให้ผู้ค้ำประกันและบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกับผู้ค้ำประกันยื่นคำขอรับชำระหนี้ไม่ได้ แต่หากเจ้าหนี้มาบังคับชำระหนี้กับบุคคลเหล่านี้เมื่อเกินกำหนดเวลาตามมาตรา 91 ผู้ค้ำประกันและบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกับผู้ค้ำประกันนี้จะมีสิทธิอย่างไร เนื่องจากไม่สามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้เพราะมาตรา 101 ห้ามไว้

ปัญหาดังกล่าวนี้ผู้เขียนจะขออธิบายในบทที่ 4 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ปัญหาต่อไป

⁶² วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์, หน้า 221

⁶³ หลวงสารกิจปริชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย, หน้า 226