

ปัญหากฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับมัดจำ

ตามบทที่ 3 ผู้เขียนได้กล่าวถึงผลบังคับตามกฎหมายในเรื่องมัดจำไว้แล้วว่า หากคู่สัญญามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ก็คงต้องบังคับกันตามบทบัญญัติในมาตรา 378 ในเรื่องมัดจำนั้นแล้วแต่กรณี แต่ยังมีปัญหาบางอย่างบางประการเกี่ยวกับเรื่องของมัดจำซึ่งยังไม่มีความชัดเจนในทางกฎหมาย ซึ่งมีผลให้คู่สัญญาไม่อาจทราบได้ว่านอกจากเงินแล้วตนยังสามารถนำสิ่งใดที่ตนมีอยู่นำมาใช้ให้เกิดประโยชน์เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้บ้างนอกเหนือไปจากเงินแล้ว ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการนำสิ่งที่มีอยู่มาใช้ให้เกิดประโยชน์มากที่สุด และนอกจากนี้แล้วสถานะทางกฎหมายของมัดจำและผลกระทบเกี่ยวกับสิ่งที่นำมาเป็นมัดจำอันต้องเกี่ยวพันกับบุคคลภายนอกนั้นก็ยังไม่มีความชัดเจนในทางกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาอาจมิอาจทราบได้ว่าหากสิ่งที่นำมาเป็นมัดจำถูกเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดไปเพื่อนำออกขายทอดตลาดนั้น ตนในฐานะผู้รับมัดจำมีสิทธิประการใดบ้าง และประการสุดท้ายเมื่อคู่สัญญาตกลงให้มัดจำกันไว้เท่าใดแล้ว ตามกฎหมายในเรื่องมัดจำนั้น หากมีการผิดสัญญาโดยฝ่ายผู้วางมัดจำต้องรับผิดชอบแล้ว คู่สัญญาฝ่ายผู้รับมัดจำย่อมสามารถรับมัดจำได้ทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่ในบางครั้งจะได้รับความเสียหายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น จึงถูกมองไปในทางที่ว่าคนที่ผู้รับมัดจำสามารถรับมัดจำได้ทั้งหมดทุกกรณี ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้วางมัดจำเป็นอย่างมาก

ดังนั้น ในเนื้อหาของบทนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงและวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่กล่าวถึงข้างต้นนี้เป็นเรื่อง ๆ ไป

4.1 ความหมายของคำว่า "สิ่งใด" อันจะนำมาเป็นมัดจำ

ก่อนที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดจะนำมาเป็นมัดจำได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนขออธิบายและทำความเข้าใจถึงความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" และ "ทรัพย์สิน" เสียก่อนว่ามีความหมายเพียงใด

4.1.1 ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" และ "ทรัพย์สิน"

ก่อนที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดจะนำมาเป็นมัดจำได้หรือไม่นั้น ควรทำความเข้าใจถึงความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" และ "ทรัพย์สิน" เสียก่อนว่ามีความหมายเพียงใด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สิน ไว้ดังนี้

มาตรา 98 "อันว่าทรัพย์สินนั้น โดยนิตินัยได้แก่ วัตถุมีรูปร่าง"

มาตรา 99 "ทรัพย์สินนั้น ท่านหมายรวมทั้งทรัพย์สินทั้งวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้"

จากบทบัญญัติในมาตรา 98 นั้น อาจให้ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" ไว้ว่า หมายถึง วัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการเห็นได้ด้วยตาเป็นตัวเป็นตน คือ มีร่างและมีรูป¹ และคำว่า "โดยนิตินัย" นั้น หมายถึงว่าตามความหมายของกฎหมาย คือ กรณีที่อาจบังคับบัญชากันได้ด้วยกฎหมายนั่นเอง ดังนั้น ก้อนเมฆ ดวงดาว นั้น มีอาจจะยึดถือหรือบังคับบัญชาได้ตามความหมายของกฎหมายในลักษณะทรัพย์สินนี้ จึงไม่เป็นทรัพย์สิน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายตามมาตรา 98 และ 99 แล้ว คำว่า "ทรัพย์สิน" นั้น ก็มีความหมายเกี่ยวพันกับคำว่า "ทรัพย์สิน" ทั้งนี้ เป็นเพราะว่าทรัพย์สินนั้นมีความหมายรวมไปถึงทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างไว้ด้วย ดังนั้นจึงต้องพิจารณาอ่านมาตรา 98 และมาตรา 99 ประกอบกัน กล่าวคือ คำว่า "ทรัพย์สิน" นอกจากจะหมายถึงวัตถุมีรูปร่างแล้ว ยังต้องเป็นวัตถุมีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้

¹ ประมูล สุวรรณคร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2525), หน้า 8.

และถือเอาได้ด้วย ส่วนคำว่า "ทรัพย์สิน" นั้น หมายถึงวัตถุมีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้ประการหนึ่ง และยังหมายถึงวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้อีกประการหนึ่งด้วย²

ทรัพย์สินนั้นยังอาจแบ่งออกได้อย่างกว้าง ๆ ว่าเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ เรียกว่า สंहारิมทรัพย์ (Movable Property) และที่เคลื่อนที่ไม่ได้เรียกว่า อสังหาริมทรัพย์ (Immovable Property)

1. สंहारิมทรัพย์นั้น ตามมาตรา 101 บัญญัติว่า "สंहारิมทรัพย์ ได้แก่ ทรัพย์ทั้งหลายอันอาจขนเคลื่อนที่จากที่แห่งหนึ่งไปแห่งอื่นได้ ไม่ว่าจะเคลื่อนด้วยแรงเดินแห่งตัวทรัพย์นั้นเองหรือเคลื่อนด้วยกำลังภายนอก อนึ่ง คำว่าสंहาริมทรัพย์ ท่านหมายความว่ารวมทั้งกำลังแห่งธรรมชาติอันอาจถือเอาได้ และทั้งสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับสंहาริมทรัพย์"

จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจให้ความหมายได้ว่า สंहาริมทรัพย์ ได้แก่

ก. วัตถุที่มีตัวตน ซึ่งอาจขนเคลื่อนที่จากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งได้ โดยบริบูรณ์แห่งตัวทรัพย์นั้นเอง ซึ่งอาจเคลื่อนที่ได้โดยตนเองหรือกำลังภายนอก

ข. วัตถุที่ไม่มีตัวตน ซึ่งได้แก่ กำลังแห่งธรรมชาติอันอาจถือเอาได้ และสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับสंहาริมทรัพย์ด้วย

2. อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 100 บัญญัติว่า "อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินกับทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น อนึ่ง คำว่า อสังหาริมทรัพย์ ท่านหมายรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย"

² บัญญัติ ลุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2528), หน้า 3.

จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจให้ความหมายได้ว่า อสังหาริมทรัพย์ หมายถึง ที่ดิน คือ พื้นดินโดยทั่ว ๆ ไป ทรัพย์สินอันติดกับที่ดินทั้งโดยธรรมชาติหรือโดยมีผู้นำมาติดอันเป็นการตั้งตราแน่นอนหาถาวร ทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน เช่น แร่ธาตุ ล้ำคลอง และคอนกรีตที่มากำทำเป็นถนนแล้วเป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงสิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินทั้งโดยทางตรงและทางอ้อมด้วย

4.1.2 ความหมายของทรัพย์สินสิทธิและบุคคลสิทธิ

ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า ทรัพย์สินและทรัพย์สินไว้แล้วนั้น คำว่าทรัพย์สินโดยเฉพาะในบรรพ 1 นั้น จะเห็นได้ว่ามีความหมายกว้างมาก ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินตามบรรพ 4 นั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน ซึ่งเรียกว่า "ทรัพย์สินสิทธิ" ซึ่งต่างกับอำนาจเหนือบุคคลที่เรียกว่า "บุคคลสิทธิ" แต่เนื่องจากคำว่า "ทรัพย์สิน" นี้ ได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายลักษณะอื่น ๆ อีกมาก เช่น เรื่องซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อฝากทรัพย์สิน และครอบครัว เป็นต้น เมื่อความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" มีความหมายกว้างดังที่บัญญัติไว้ในบรรพ 1 ซึ่งอาจหมายรวมถึง "สิทธิเรียกร้อง" ด้วย แต่การใช้กฎหมายลักษณะอื่นอาจมีความหมายเพียงหมายถึงตัวทรัพย์สินหรืออำนาจเหนือทรัพย์สินนั้น ไม่รวมถึงสิทธิเรียกร้อง จึงทำให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้ ดังนั้น จึงควรทำความเข้าใจความหมายของ "ทรัพย์สิน" กับลักษณะของ "สิทธิ" 2 ประเภท ที่มีความสำคัญในทางกฎหมายแพ่ง ซึ่งหมายถึง ทรัพย์สินสิทธิ (Real Right) และบุคคลสิทธิ (Personal Right)

ก. ทรัพย์สินสิทธิ

ทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิเหนือตัวทรัพย์สิน ซึ่งการได้มา การเปลี่ยนแปลงระงับและกลับคืนมา ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 1299-1301 เพราะอสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญ ได้แก่ ที่ดิน ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีผลเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจของรัฐ ดังนั้น หากมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจบนที่ดินก็จำเป็นต้องผ่านการควบคุมของรัฐโดยต้องจดทะเบียน แต่ในเรื่องของทรัพย์สินสิทธิในสังหาริมทรัพย์

การเปลี่ยนมือทำ โดยเน้นเรื่องการครอบครองทรัพย์สินโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน
เท่านั้น ตามมาตรา 1303

ลักษณะของทรัพย์สินนั้น อาจแบ่งได้ ดังนี้³

1. เป็นอำนาจซึ่งผู้เป็นเจ้าของสามารถใช้อย่างบุคคลได้ทั่วไป
2. เป็นอำนาจซึ่งผู้เป็นเจ้าของสิทธิมีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นโดยตรง
ทรัพย์สินสิทธิเกิดขึ้นระหว่างบุคคลและทรัพย์สินโดยตรง ไม่ใช่เกิดขึ้นระหว่าง
บุคคลต่อบุคคล
3. ผู้เป็นเจ้าของสิทธิ มีอำนาจมากกว่าสิทธิอย่างอื่น โดยเฉพาะกรรมสิทธิ์
เป็นสิทธิที่ใหญ่กว่าสิทธิอื่น ๆ เช่น มีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่ง
ทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอด
เข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย
4. ทรัพย์สินมีความคงทนถาวรมากกว่าสิทธิอย่างอื่น เพราะ
ลักษณะทรัพย์สินเป็นอำนาจในทางป้องกันมากกว่ารุกราน ดังนั้น แม้เจ้าของ
สิทธิจะนิ่งก็ไม่เสียสิทธินั้นไป เว้นแต่เจ้าของสิทธิจะไม่ใช่หรือยึดถือสิทธินั้นอีก
5. ทรัพย์สินต้องก่อตั้งด้วยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ดังที่
มาตรา 1298 บัญญัติไว้ว่า "ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้ด้วย
อาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น"
6. การได้มา เปลี่ยนแปลง ระงับและกลับคืนมา ซึ่งทรัพย์สิน
ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เพราะทรัพย์สินเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่
เหนือทรัพย์สินหรือเรียกว่ามีวัตถุแห่งสิทธิ เป็นทรัพย์สินและเป็นอำนาจเด็ดขาด คือ
สามารถใช้อย่างบุคคลทั่วไป แต่ไม่ใช่ทรัพย์สินทุกชนิดจะมีอำนาจเหล่านี้ หรือใน
ทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งจะมีอำนาจเหล่านี้ทั้งหมด อำนาจที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่ทำให้ตัว
ทรัพย์สินนั้นมีประโยชน์ และมีผลในทางกฎหมายเกิดขึ้น

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-68.

ข. บุคคลลิตี

บุคคลลิตี หมายถึง อำนาจระหว่างบุคคลโดยเฉพาะบางคนหรือบางกลุ่ม ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งลิตีเป็นการกระทำ หรือดเว้นกระทำ ลิตีดังกล่าวจึงเป็นลิตีที่มีอยู่เหนือบุคคลในการที่จะบังคับให้กระทำการ หรือดเว้นการกระทำการ หรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน บุคคลลิตีนี้เป็นลิตีที่เกิดขึ้นจากหนี้ ซึ่งในเรื่องของหนี้จะเรียกว่า "ลิตีเรียกร้อง" บุคคลลิตีหรือลิตีเรียกร้องนี้ ไม่ได้ก่อตั้งขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมาย เพราะเกิดจากเจตนาระหว่างบุคคลเท่านั้น แต่บุคคลลิตีหรือลิตีเรียกร้องนี้อาจเกิดจากกฎหมายกำหนดโดยไม่ได้อาศัยเจตนาของบุคคล คือ กฎหมายเป็นผู้กำหนดลักษณะการกระทำนั้น ซึ่งผลจากกฎหมายนี้เรียกว่า "นิติเหตุ" เช่น ในเรื่องละเมิด เป็นต้น บุคคลลิตีนี้จะมีการบังคับตามลิตีหรือหน้าที่ของบุคคลนั้นได้ก็ต้องใช้วิธีฟ้องร้องยังศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 และจะต้องใช้บังคับภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ที่เรียกว่าอายุความ ตามมาตรา 163

ดังนั้น ลักษณะของบุคคลลิตีอาจแบ่งได้ ดังนี้ *

1. เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลบางคนหรือบางกลุ่ม โดยอำนาจนั้นอาจเกิดจากนิติกรรมหรือนิติเหตุ ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งลิตีเป็นการกระทำหรือดเว้นการกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สิน
2. รูปลักษณะ มูลเหตุ ผล และการระงับและเปลี่ยนมือของบุคคลลิตี อยู่ภายใต้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ในเรื่องหนี้
3. การบังคับใช้ลิตีเรียกร้องนั้น ต้องอาศัยวิธีการดำเนินคดีทางศาล ผู้เป็นเจ้าของลิตีไม่อาจบังคับได้ด้วยกำลังหรืออำนาจของตนเองโดยพลการ
4. บุคคลลิตีนี้ มีลักษณะเป็นลิตีที่ใช้บังคับ ไม่ใช่ใช้ในทางป้องกันอย่างทรัพย์สิน และผู้เป็นเจ้าของลิตีต้องใช้บังคับลิตีนั้นภายใน

* เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-68.

ระยะเวลาที่กำหนด มิฉะนั้นอาจเสียสิทธิไป และสิทธิเรียกร้องหรือบุคคลสิทธินี้ จะโอนเปลี่ยนมือกันได้ก็โดยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง

4.1.3 สิ่งใดบ้างสามารถนำมาเป็นมัดจำได้ตามกฎหมาย

แม้ว่าบทบัญญัติเรื่องมัดจำจะได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377-378 มาตั้งแต่เริ่มใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 และยังไม่เคยมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องมัดจำดังกล่าวเลย ยังคงใช้บังคับกันเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันนี้ ซึ่งในปัจจุบันได้มีการดำเนินธุรกิจและติดต่อค้าขายทำสัญญาต่าง ๆ กันมากมายหลายรูปแบบมากขึ้น การนำเงินหรือสิ่งอื่นมาให้ไว้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาหรือประกันการชำระหนี้เป็นที่ยอมรับหลาย แม้ว่าจะส่วนใหญ่ในวงธุรกิจการค้ามักจะมีหลักประกันเป็นเงินในเรื่องของมัดจำเป็นส่วนใหญ่มากก็ตาม

ตามบทบัญญัติในมาตรา 377 จะเห็นได้ว่ามัดจำนั้นนอกจากเป็นเงินแล้วอาจเป็นสิ่งอื่นก็ได้ เพราะตามถ้อยคำของกฎหมายมิได้บัญญัติว่าเฉพาะเงินเท่านั้นที่จะนำมาเป็นมัดจำได้ และก็ได้ใช้คำว่า "ทรัพย์หรือทรัพย์สิน" ใด แต่ได้ระบุไว้ว่า "สิ่งใด" จากการพิจารณารายงานการประชุมของคณะกรรมการร่างกฎหมายของไทย พบว่ามาตรา 377 ในเรื่องมัดจำนี้ มีต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 336 ตามสำเนารายงานการประชุมร่างกฎหมายของกรมร่างกฎหมาย ได้มีการประชุมร่างโดยในครั้งแรกได้ร่างบทบัญญัติมาตรา 377 ขึ้นเป็นภาษาอังกฤษก่อน โดยบัญญัติว่าเป็นหมวด "Earnest Money" แต่ต่อมาที่ประชุมได้มีการแก้ต้นร่างภาษาอังกฤษ คำว่า "Earnest Money" ในสารบัญชามวดเป็น "Earnest" เพราะที่ประชุมเห็นว่ามัดจำไม่จำเป็นต้องเป็นเงินเสมอไป อาจเป็นอย่างอื่นได้ด้วย^๕

^๕ เอกสารการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 เล่ม 2 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2468 ของกรมร่างกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันคือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ปัจจุบันถูกเก็บรักษาไว้ที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ก. เมื่อพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศ

แนวความคิดในเรื่องของมัดจำนี้ได้มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมในสมัยโรมันแล้ว โดยในกรณีที่มีการตกลงผูกพันระหว่างบุคคล 2 คน ที่จะทำสัญญากันขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ในระหว่างนั้นสัญญายังไม่ได้มีการผูกพันจนกระทั่งจะทำให้สมบูรณ์ ด้วยลักษณะนี้จึงมีการส่งมอบบางสิ่งบางอย่างให้ไว้แก่กัน โดยมีมุ่งหมายที่จะผูกพันกันซึ่งสิ่งที่ให้กันไว้นี้เรียกว่ามัดจำ มัดจำนี้อาจเป็นได้ทั้งเงินหรือสิ่งของบางอย่าง (some article) ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะถอนตัวออกจากสัญญาก่อนที่จะทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรได้ โดยยินยอมให้รับมัดจำนั้น⁶

ตามบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ในบทบัญญัติเรื่องมัดจำซึ่งแปลไว้เป็นภาษาอังกฤษ ก็ใช้คำว่า "something" เช่นเดียวกันกับต้นร่างภาษาอังกฤษในเรื่องมัดจำตามมาตรา 377 ของไทย ความหมายทั่วไปของคำว่า "something" ตามกฎหมายเยอรมันนั้น หมายถึง วัตถุหรือสิ่งของที่เอาไปใช้สอยหรือจัดทำกรหรือเอามาใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งนอกจากวัตถุสิ่งของแล้ว ยังมีสิทธิเรียกร้อง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินอื่น แต่ที่กล่าวมานี้ย่อมต้องสามารถโอนกันได้ แต่ไม่รวมถึงสิทธิส่วนบุคคล สิทธิในครอบครัว สิทธิในการจัดการที่ไม่อาจทำได้โดยอิสระ เช่น สิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน เป็นต้น⁷

ตามหลักเรื่องมัดจำของเยอรมันนั้น โดยหลักแล้วมัดจำจะตกเป็นทรัพย์สิน ซึ่งหมายถึงตกเป็นกรรมสิทธิ์หรือผู้รับมัดจำจะได้สิทธิก็โดยการที่มีการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶ W.W. Buckland, A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, 2nd ed, (Cambridge : The University Press, 1932), p. 481.

⁷ Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Hans Putzo and Heinz Thomas, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, (München : C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990), p. 55.

ตกลงให้สิ่งนั้นเป็นมัดจำและมีการส่งมอบกันหรือโอนกันให้ไว้ แต่อาจรวมถึงการที่มอบบางสิ่งให้ไว้ใช้ลอยหรือเพียงแต่ดูแลรักษาสິงของ ก็ถือเป็นมัดจำได้ด้วย^๘

ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น มัดจำมักกล่าวไว้เฉพาะที่เป็นเงินสด^๙ หรือเป็นตัวเงิน^{๑๐}

ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ได้บัญญัติว่า มัดจำหมายถึงเงินจำนวนหนึ่งซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้ไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งขณะเมื่อเข้าทำสัญญา^{๑๑} ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ามัดจำตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มักกล่าวไว้เฉพาะที่เป็นเงินเท่านั้น

ตามหลักกฎหมายญี่ปุ่น มีหลักว่ามัดจำนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเงินสดเสมอไป แต่สามารถให้ไว้แก่กันในรูปของสังหาริมทรัพย์ที่มีค่า (Valuable Moveables) เช่น เพชรพลอย นาฬิกา หรือเป็นหลักประกันที่อาจโอนเปลี่ยนมือกัน (Negotiable securities) ก็ได้^{๑๒}

จากหลักกฎหมายในเรื่องของมัดจำในประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมานั้น อาจสรุปได้ว่า ตามกฎหมายแห่งเยอรมันและญี่ปุ่นนั้น มีบทบัญญัติกว้างกว่าตามกฎหมายของอังกฤษและฝรั่งเศส

^๘ Reimer Schmidt, Aachen, Bürgerliches Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht I (S 241-610), (Berlin : W. Kohlhammer Verlag, 1967), p. 419.

^๙ F.R. Davies, Contract, 5th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1986), p. 775.

^{๑๐} J.W. Carter, Breach of Contract, (Sydney : The Law Book Company Limited, 1984), p. 480.

^{๑๑} Marcel Planiol, Treatise on The Civil Law Volume 2, Part 1, Translate by the Louisiana Stated Law Institute, 11th. ed. (Louisiana, 1959), p. 785.

^{๑๒} J.E. de Becker, Annotated Civil Code of Japan, (London : Butterworth & Co., 1909), p. 156.

ข. เมื่อพิจารณาตามกฎหมายเรื่องมัดจำดั้งเดิมของไทยก่อนมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาตามความมุ่งหมายของกฎหมายในเรื่องมัดจำแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นของไทยหรือต่างประเทศ ก็ล้วนแล้วแต่มีจุดมุ่งหมายที่ต้องการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำมิให้ต้องเสียหาย อันเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำ โดยเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาของผู้วางมัดจำนั่นเอง เพราะหากผู้วางมัดจำไม่ปฏิบัติตามสัญญา ย่อมต้องถูกริบมัดจำที่ไว้ไว้แก่กันไป เพื่อเป็นค่าทดแทนหรือค่าเสียหายแก่ผู้วางมัดจำ ทั้งนี้ ตามร่างประมวลกฎหมาย พ.ศ. 2464 และ พ.ศ. 2466 ซึ่งเป็นกฎหมายดั้งเดิมของไทยก็ได้มีการกล่าวถึงมัดจำไว้ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยพันธะธรรม (หนี้) พ.ศ. 2464 ในมาตรา 287 บัญญัติไว้ความว่า ¹³

"เงินมัดจำนั้น ถือเป็นเงินที่ผู้เป็นฝ่ายในพันธะธรรมฝ่ายหนึ่ง ส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง แต่ก่อนหรือในขณะที่เข้าทำสัญญากัน และซึ่งผู้เป็นฝ่ายนั้น ๆ กำหนดไว้เป็นจำนวนค่าทดแทนสำหรับการไม่ปฏิบัติตามพันธะธรรม...."

ต่อมาได้มีการยกเลิกมาตรา 287 นี้ไป และมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466 ขึ้นแทน ก็ได้บัญญัติเรื่องมัดจำไว้ในมาตรา 353 ความว่า ¹⁴

¹³ เอกสารการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยพันธะธรรม มาตรา 1 ถึง 387 ฉบับตรวจแก้ไขครั้งที่ 2 (18 พฤษภาคม 2464 - 18 สิงหาคม 2464) ของกรมร่างกฎหมาย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) ปัจจุบันถูกเก็บรักษาไว้ที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

¹⁴ เอกสารการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ของกรมร่างกฎหมาย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) ปัจจุบันถูกเก็บรักษาไว้ที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

"เงินมัดจำนั้น ได้แก่เงินที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแต่ก่อนหรือในเวลาเข้าชื่อทำสัญญากัน และเป็นเงินซึ่งคู่สัญญานั้น ๆ กำหนดไว้เป็นจำนวนค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้..."

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแนวความคิดตามกฎหมายไทยแต่เดิมนั้น สิ่งที่จะเป็นมัดจำคงจำกัดอยู่ในความหมายที่แคบเฉพาะเงินเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ ทางคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ร่างมาตรา 377 ขึ้น โดยนำต้นแบบมาจากเรื่องมัดจำในกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเดิมเมื่อร่างมาตรา 377 นี้ขึ้น เป็นภาษาอังกฤษก่อนนั้น ก็ได้บัญญัติชื่อหมวดว่า "Earnest money" แต่ต่อมาที่ประชุมเห็นว่ามัดจำตามกฎหมายเยอรมันนั้น เป็นอย่างอื่นก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นเงินเสมอไป จึงได้แก้ไขสารบัญญัติเป็น "Earnest" เฉย ๆ แต่โดยแนวความคิดดั้งเดิมของไทยที่มีอยู่แล้วนั้น มุ่งหมายให้มีมัดจำแก่กันเพื่อเป็นค่าทดแทนสำหรับการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเอง โดยตามมาตรา 287 ใช้ถ้อยคำว่า "ส่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง" ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้จะใช้ถ้อยคำต่างกัน แต่โดยความหมายแล้วก็คงหมายถึงว่าต้องมีการหยิบยื่นส่งมอบเงินไว้ให้แก่กันนั่นเอง แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 377 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้จะมีได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่ามัดจำนั้นมุ่งให้เป็นค่าทดแทนความเสียหาย แต่ท้ายที่สุดแล้วก็คงเป็นค่าทดแทนเยียวยาความเสียหายนั่นเอง ทั้งนี้ เพราะหากผู้วางมัดจำไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก็ย่อมถูกริบมัดจำไปเพื่อทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายที่ผู้รับมัดจำได้รับ และหากยังมีความเสียหายมากไปกว่ามัดจำที่ริบไว้แล้ว ก็ยังสามารถพิสูจน์เรียกร้องค่าเสียหายกันได้อีก แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเสียหายมากไปกว่านี้ ศาลก็ถือว่ามัดจำที่ริบไปนั้นเป็นค่าสินไหมทดแทนที่พอเหมาะพอควรกับความเสียหายแล้ว

ค. เมื่อพิจารณาตามตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของเรื่องมัดจำ

ผู้เขียนเห็นว่าตามบทบัญญัติในมาตรา 377 ของไทย ที่ใช้คำว่า "สิ่งใด" ซึ่งทำให้ต้องมาวิเคราะห์และตีความตามบทบัญญัติในกฎหมายไทย ประกอบกับเหตุผลและความเป็นไปได้ว่าจะมีสิ่งใดบ้างนอกจากเงินแล้วที่สามารถนำมาเป็นมัดจำได้ตามกฎหมายไทย เพราะคำว่า "สิ่งใด" นั้น ก็ยังเป็นที่เคลือบ

แคลงสงสัยอยู่ว่า จะหมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน หรือการจำกัดขอบเขต เฉพาะสิ่งหรือทรัพย์สินหรือสิ่งหรือทรัพย์สินและต้องมีรูปร่างด้วยหรือไม่ ซึ่งในเบื้องต้นก็ต้องอาศัยการตีความถ้อยคำในกฎหมายและเจตนารมณ์ และความมุ่งหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้เพื่อช่วยในการหาความหมาย

การตีความถ้อยคำในกฎหมายนั้น ก็มีหลักในเบื้องต้นอยู่ว่าจะต้องตีความโดยพิจารณาทั้งด้านตัวอักษรและด้านความมุ่งหมายของกฎหมายไปพร้อมกัน มิใช่ว่าการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น จะต้องตีความตามตัวอักษรก่อน ถ้าหากถ้อยคำชัดเจนไม่มีปัญหาที่ใช้กฎหมายไปตามนั้น ถ้าไม่ชัดเจนหรือมีปัญหาจึงค่อยพิจารณาถึงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย^{๑๕}

กรณีคำว่า "สิ่งใด" (something) ถ้าจะแปลให้ตรงตัวโดยพิจารณาจากถ้อยคำแต่เพียงอย่างเดียวนั้นก็ยังไม่สามารถให้ความกระจ่างได้ คงจะแปลความในเบื้องต้นได้ว่า "บางสิ่งบางอย่าง" ซึ่งมีได้หมายถึงทุกสิ่งทุกอย่าง ดังนั้นจะอาศัยการตีความล้าหลังแค่ตามตัวอักษรคงไม่เป็นการเพียงพอ ผู้เขียนจึงเห็นว่า จะต้องค้นหาเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้ไปพร้อม ๆ กันด้วย ตามหลักของการตีความที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งทั้งนี้ก็มีหลักที่จะช่วยในการตีความอยู่ว่า^{๑๖} "หากกฎหมายบทใดมีข้อความเป็นที่สงสัยหรือเคลือบคลุม พึงตีความไปในทางที่ทำให้กฎหมายนั้นเป็นธรรมหรือเป็นผล และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้น" ซึ่งหมายถึงว่าการตีความต่อบทกฎหมายนั้น จะต้องตีความไปในทางที่ถูกต้องตามความประสงค์ของกฎหมาย และในทางที่จะให้บทกฎหมายนั้นมีผลบังคับได้จริงจั่งด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 462 /2488)

^{๑๕} ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525), หน้า 62.

^{๑๖} ฉานินทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 199.

เกี่ยวกับคำว่า "สิ่งใด" (something) นั้น นอกจากจะมีบัญญัติไว้ใน เรื่องของมัดจำตามมาตรา 377 แล้วนั้น ในเรื่องของलगมิควรได้ตามมาตรา 406 ก็บัญญัติว่า "บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินสิ่งใด เพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่ง กระทำการชำระหนี้ก็ดี หรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้าง กฎหมายได้....." ซึ่งคำว่า "ทรัพย์สินสิ่งใด" ในเรื่องलगมิควรได้นั้น เมื่อ พิจารณาจากต้นร่างซึ่งเป็นภาษาอังกฤษแล้ว ก็พบว่าได้ใช้คำว่า "something" เช่นเดียวกัน ได้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งอธิบายว่า ¹⁷ ที่ว่า "ได้มา" ซึ่งทรัพย์สิน สิ่งใดนั้น การได้มาหมายความว่าได้มาในลักษณะเป็นलगออกขึ้นเพิ่มพูนขึ้นจาก กองทรัพย์สินของलगนี้ ทำนองเดียวกับการโอนกรรมสิทธิ์ และคำว่า "ทรัพย์สิน สิ่งใด" ตามมาตรานี้ นั้น มิได้มุ่งหมายเฉพาะทรัพย์สินตามมาตรา 98 ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ทั้งกฎหมายก็ได้ใช้คำว่าทรัพย์สินตามมาตรา 99 ด้วย แต่ใช้คำว่า ทรัพย์สินสิ่งใด คงจะใช้โดยมีความหมายเป็นอีกอย่างหนึ่ง รวมถึงประโยชน์ที่อาจ คำนวณเป็นราคาเงินได้ด้วย ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยตีความไว้ในคำพิพากษาฎีกา ที่ 1015/2507 ว่า การที่โจทก์ทำนาโดยการประมูลระหว่างกันในปีแรก การที่ ยังคงทำนาอยู่ในปีต่อ ๆ มาโดยไม่ยอมประมูลไม่เป็นละเมิด แต่ประโยชน์ที่โจทก์ ได้ทำนามาระหว่างนั้นเป็นलगมิควรได้"

แต่มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ¹⁸ "แรงงานที่ลงแรงทำนาไปนั้น เป็นแต่เหตุการณ์อย่างหนึ่ง ไม่ใช่ทรัพย์สินหรือทรัพย์สินในเรื่องलगมิควรได้ ไม่มีบท บัญญัติที่จะให้ชดใช้แรงงานกันได้ ถ้าเรียกกันได้ต้องเป็นในรูปของค่าใช้จ่ายเพื่อ บำรุงรักษา หรือค่าทำตัดแปลง หรือต่อเติมเท่าที่ทำให้ราคาทรัพย์สินเพิ่มขึ้น ตาม มาตรา 416, 417 และ 418"

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁷ จิตติ ติงศภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 133-134.

¹⁸ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะलगมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2526), หน้า 9-10.

จากการพิจารณาคำว่าทรัพย์สินใดในเรื่องลามิควรได้ จะเห็นว่ามี ความหมายกว้างมาก ซึ่งหมายรวมทั้งทรัพย์สินและทรัพย์สิน และในบางครั้งยังตี ความรวมไปถึงประโยชน์อื่น ๆ ที่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ด้วย ทั้งนี้ เพราะ การได้ลามิควรได้นั้นจะได้มาได้หลายวิธี ไม่ต้องอาศัยว่าจะต้องมีสัญญาต่อกัน แต่เพียงอย่างเดียว และส่งมอบสิ่งใดให้ไว้ต่อกันในลักษณะตั้งใจให้เป็นประกัน อย่างในเรื่องมัดจำแต่อย่างใด และอาจมีการคืนกันเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติได้รับกัน แต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ว่าจะให้ถ้อยคำว่าสิ่งใดหรือทรัพย์สินใด (something) เหมือนอย่างในเรื่องมัดจำ แต่จะตีความว่าในเรื่องของมัดจำนั้น จะต้องมีความหมายเหมือนกับลามิควรได้ไปทุกอย่างคงไม่ถูกต้อง เพราะใน เรื่องมัดจำและลามิควรได้นั้น มีบทบัญญัติถึงผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปตาม ลักษณะเฉพาะของบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งโดยลักษณะของการได้มาซึ่งสิ่งใด ตามเรื่องมัดจำนั้นเกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาเท่านั้น และคู่สัญญามุ่งที่จะส่ง มอบมัดจำให้ไว้แก่กันลักษณะเป็นเพียงการประกันการปฏิบัติตามสัญญา และ/ หรือเป็นหลักฐานว่าสัญญาได้ทำขึ้นแล้ว ส่วนการได้มาในเรื่องลามิควรได้นั้นอาจ ได้มาโดยเอาของบุคคลอื่นมาเอง โดยเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ถึงแก่การเป็นละเมิด หรือเป็นการได้ทรัพย์สินไว้โดยนิติกรรมที่มีได้ถูกต้องตามแบบจึงเป็นโมฆะ ไม่มีมูลอัน จะอ้างตามกฎหมายได้ หรืออาจเป็นการที่ทรัพย์สินของหลุดเข้ามาเอง หรือโดยมี บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของนำมาส่งให้ก็ได้ นอกจากนี้ การยึดถือทรัพย์สินไว้ใน เรื่องลามิควรได้นั้น เป็นเจตนาจะยึดถือเพื่อตนจริง ๆ มิใช่เพื่อประกันหรือเป็น หลักฐานของสัญญาแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงเห็นว่าโดยความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ ของบทบัญญัติในเรื่องลามิควรได้ และมัดจำนั้นมีจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ที่ แตกต่างกันอย่างออกไป จึงจะถือว่าความหมายของคำว่า "สิ่งใด" ตามเรื่องมัดจำ จะต้องมีความหมายเหมือนกันกับในเรื่องลามิควรได้ไปทุกอย่างนั้นไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ ในท้ายที่สุดแล้วการบังคับกันตามกฎหมาย อาจไม่สามารถบังคับกันได้ โดยบทบัญญัติในเรื่องของมัดจำ

นอกจากนี้ กรณีที่จะพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องมัดจำนั้น พอจะเทียบเคียง ได้กับเรื่องของหมั้น เพราะในลักษณะของเรื่องการหมั้นซึ่งมีลักษณะเป็นประกัน

การปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ว่าจะสมรสกันและเป็นหลักฐานการหมั้น ทำนองเดียวกับจุดมุ่งหมายของเรื่องมัดจำเช่นกัน ซึ่งตามมาตรา 1437 (เดิม) บัญญัติว่า "ของหมั้นเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายชายให้ไว้แก่ฝ่ายหญิง เพื่อเป็นหลักฐานการหมั้น และประกันว่าจะสมรสกับหญิงนั้น"

ของหมั้นให้ตกเป็นสิทธิแก่หญิง เมื่อได้ทำการสมรสแล้ว..."

ตามถ้อยคำในเรื่องของหมั้นมาตรานี้ ซึ่งได้บัญญัติว่า "ได้ให้ไว้แก่ฝ่ายหญิงนั้น" ก็มีการถกเถียงกันว่า ความหมายของคำว่าได้ให้ไว้จะต้องถึงขนาดเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ไปเลยหรือไม่ หรือเป็นประกันอย่างประกันตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งความเห็นนี้นักกฎหมายได้เห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวความเห็น¹ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การที่ให้ของหมั้นไว้ยังไม่เป็นสิทธิเด็ดขาดแก่หญิง จึงให้ในลักษณะโอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้ เพราะจะตกเป็นสิทธิแก่หญิงก็ต่อเมื่อมีการสมรสแล้ว แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ของหมั้นมิใช่ลักษณะประกันด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะแม้มิใช่กรณีผิดสัญญา ก็ตกเป็นสิทธิของอีกฝ่ายหนึ่งได้ ดังนั้น จึงเห็นว่าโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันก็ยอมทำได้

นอกจากนี้ ยังเกิดปัญหาขึ้นอีกว่า คำว่า ได้ให้ไว้ "ในเรื่องการหมั้นนี้ มีความหมายเพียงใด ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า การนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นของหมั้นนั้น เพียงแต่นำทะเบียนนามมอบให้แก่ฝ่ายหญิง จะถือว่าได้นำตัวทรัพย์สินเป็นของหมั้นไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1089/2492) และของหมั้นนั้นต้องมีการส่งมอบให้ไว้แก่กันแก่ฝ่ายหนึ่ง หากมิได้มีการส่งมอบยังไม่ถือเป็นของหมั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 676/2487 และ 878/2518)



¹ ชาติชาย อัครวิบูลย์ และสมบูรณ์ ชัยเดชสุริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จักรลลิตทวงศ์, 2525), หน้า 33-34.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในเรื่องมัดจำ ตามมาตรา 377 ที่ว่า "เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ..." นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่ ก็น่าจะมีความหมายทำนองเดียวกันกับเรื่องของหมั้น เพราะโดยลักษณะและเจตม่ง หมายนั้นเป็นเรื่องเดียวกัน ดังนั้น ในเรื่องมัดจำนี้ คำว่า "ได้ให้สิ่งใดไว้" ก็หมายถึงว่าต้องมีการส่งมอบไว้ให้แก่กันนั่นเอง เพราะถึงคราวริบยอมสามารถ กระทำได้เลย

ตามความเห็นของผู้เขียนที่ว่า คำว่า "ได้ให้สิ่งใดไว้" ตามมาตรา 377 นี้ ก็คงหมายความว่าได้ส่งมอบไว้ให้แก่กันนั่นเอง ก็ได้มีความเห็นของท่าน คาสตราจารย์จิตติ ตังศกัถ์ ได้ให้ความเห็นไว้เช่นนี้เช่นเดียวกัน ซึ่งท่านได้ กล่าวไว้ในบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกาที่ 1478/2518 ว่า "มัดจำตาม มาตรา 377 จะเป็นเงินหรือสิ่งอื่นก็ได้ แต่ต้องได้ให้ไว้ต่อกัน คือ ส่งมอบให้แก่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว เรื่องนี้กำหนดมัดจำเป็นเงิน แต่ไม่ได้มอบเงิน หากแต่ มอบหนังสือรับรองของธนาคารเป็นประกัน ซึ่งเป็นเพียงแต่หนี้ที่จะต้องชำระเงิน จึงยังไม่ได้ส่งมอบสิ่งใดแก่กันอยู่นั่นเอง"

สำหรับบทบัญญัติเรื่องของหมั้นซึ่งเคยมีปัญหาเคลือบคลุมสงสัยในเรื่อง ถ้อยคำของกฎหมายนั้น ต่อมาเมื่อมีการแก้ไข มาตรา 1437 เมื่อปี พ.ศ. 2533 ก็ได้แก้ไขโดยบัญญัติเสียใหม่ว่า

"การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบ หรือโอนทรัพย์สินอันเป็น ของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง..."

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเช่นนี้จะต้องมี การส่งมอบให้แก่กัน หรือถึงขนาดโอนกรรมสิทธิ์ในของหมั้นให้แก่กันไปเลย ทั้งนี้ โดยตัดถ้อยคำว่าเพื่อเป็นประกันออกไป ดังนั้น หน้าที่ของของหมั้นจึงคงเหลือว่า เป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงแต่ประการเดียว และเมื่อหมั้นแล้วของหมั้นจะตก เป็นสิทธิแก่หญิงโดยทันทีเลย ดังนั้น ในปัจจุบันในเรื่องบทบัญญัติเรื่องการหมั้นนั้น จึงหมดปัญหาในการตีความถ้อยคำและแก้ปัญหาคความเคลือบคลุมสงสัย ให้ต้องมา ตีความกันตั้งแต่ก่อนอีกต่อไปว่าต้องมีการส่งมอบหรือไม่ เพราะได้มีการแก้ไข กฎหมายไว้ชัดเจนแล้ว

สำหรับในเรื่องมัดจำนั้น เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายในเรื่องมัดจำและจากถ้อยคำในมาตรา 377 แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายให้เป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา และ/หรือเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้วอีกประการหนึ่งด้วย โดยต้นร่างภาษาอังกฤษใช้คำว่า "as a security" ซึ่งเมื่อตรวจสอบถ้อยคำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะอื่น เช่น เรื่องจำนำและจำนอง ซึ่งเป็นประกันการชำระหนี้ ก็มีคำศัพท์ภาษาอังกฤษโดยบทบัญญัติมาตรา 702 ในเรื่องจำนองซึ่งร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อนนั้น ก็ใช้คำว่า "as security" และตามบทบัญญัติมาตรา 747 ก็ใช้คำว่า "as a security" ในเรื่องของจำนำเช่นกัน²⁰

นอกจากนี้ ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ท่านได้อธิบายไว้ว่า²¹ "คนเรานั้นถ้ามีเงิน ไม่มีใครเป็นหนี้ใคร ถ้าไม่มีเงินและต้องการใช้เงินก็มักจะต้องเป็นหนี้เขา ความจริงข้อนี้เจ้านี้ย่อมทราบดี ที่เป็นต้นเหตุของการ

²⁰ มาตรา 702 วรรค 1 A mortgage is a contract whereby a person, called the mortgagee, as security for the performance of an obligation, without delivering the property to the mortgagee.

มาตรา 747 A Pledge is a contract whereby a person, called the pledger, delivers to another person, called the pledgee, a movable property as a security for the performance of an obligation.

²¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 1-3.

ทำสัญญาให้ประกันพิเศษแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ที่รอบคอบจึงมักจะเรียกเอาประกันพิเศษ ซึ่งอาจเป็นการค้ำประกันด้วยบุคคลหรือประกันด้วยทรัพย์สิน คือ จำน่าหรือจำนอง ซึ่งโดยผลแห่งกฎหมาย ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิบังคับเรียกร้องเอาชำระหนี้จากผู้ค้ำประกันหรือในกรณีประกันด้วยทรัพย์สิน ก็ดำเนินการเอาทรัพย์สินที่จำนองหรือจำนำไว้เป็นประกันนั้นออกขายทอดตลาดเพื่อเอาเงินชำระหนี้ได้ ปัญหายังมีเกี่ยวกับมัดจำว่าจะจะเป็นประกันตามที่ว่ากันนี้หรือไม่ ตามมาตรา 377 เมื่อมีการให้มัดจำไว้แก่กัน นอกจากจะเป็นหลักฐานแห่งการทำสัญญาแล้ว ยังเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาด้วย และตามมาตรา 378 (2) นั้น ก็มีหลักว่ามัดจำที่ให้ไว้แก่กันนี้ ท่านให้ริบหากผู้วางมัดจำไม่ปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น ในข้อนี้มัดจำจึงเป็นประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งเหมือนกัน แต่ต่างกับจำนำในข้อที่ว่า การบังคับจำนำ ตามมาตรา 764 ต้องเอาทรัพย์สินจำนำออกขายทอดตลาด ส่วนการบังคับมัดจำตามมาตรา 378 (2) ให้ริบเป็นของเจ้าหนี้โดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด ข้อนี้คล้ายกับการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้ ตามมาตรา 729 แต่การบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธินั้น ทำไม่ได้ง่าย ไม่เหมือนการริบมัดจำ"

ดังนั้น จึงเห็นว่าการที่ส่งมอบสิ่งใดให้ไว้แก่กันเพื่อเป็นมัดจำแล้ว ย่อมเป็นหลักประกันอย่างหนึ่ง ไม่ได้ทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปเลยในทันที แต่ต้องมีการบังคับกันในภายหลัง เพื่อให้ได้มาซึ่งวิธีการชดเชยค่าเสียหายในเหตุผิดสัญญา หรือไม่ชำระหนี้กันอีกตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ การให้หลักประกันในเรื่องอื่น เช่น เรื่อง จำน่าและจำนอง นั้น ก็ไม่ทำให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งที่ให้ไว้เป็นประกัน ในลักษณะจำนำหรือจำนองนั้น โอนไปแต่อย่างใด ต้องมีการบังคับกันตามผลของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในเรื่องนั้น ๆ แล้วแต่กรณี ในเรื่องของมัดจำนั้นก็มีลักษณะเป็นประกันเช่นเดียวกัน และหากจะบังคับกันตามกฎหมายยังต้องมีการริบหรือส่งคืนกันอีก เพราะหากกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับมัดจำแล้ว ย่อมต้องไม่ต้องดำเนินการริบกันอีกแต่อย่างใด

คำว่า "ริบ" (forfeit) นั้น ตามกฎหมายมิได้ให้คำนิยามไว้ว่า มีความหมายอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาคูตามคำนิยามของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานนั้น ได้ให้ความหมายของคำว่า "ริบ" ว่าหมายถึง "รวบเอาเสีย

ทั้งหมดโดยผลการหรือโดยอำนาจกฎหมาย" ²² ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากคำนิยามตามพจนานุกรมซึ่งเป็นการบัญญัติใช้ทั่ว ๆ ไปแล้ว จะต้องพิจารณาประกอบไปกับเจตนาธรรมเนียมและความมุ่งหมายของกฎหมายที่บัญญัติให้มีการริบไว้ด้วย เมื่อพิจารณาคำว่าตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอื่น เช่น ตามบทบัญญัติเรื่องเช่าซื้อ มีหลักว่าในกรณีที่ผู้เช่าซื้อผิดนัดไม่ใช้เงินสองคราวติด ๆ กันหรือทำผิดสัญญาในข้อสำคัญเจ้าของทรัพย์สินจะบอกเลิกสัญญาและริบเงินที่ใช้มาแล้วนั้นได้ ตามมาตรา 574 วรรค 1 นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติในเรื่องหุ้นส่วนบริษัท ก็มีหลักว่าถ้าผู้ถือหุ้นคนใดละเลยไม่ส่งใช้เงินที่เรียกค่าหุ้นตามวันกำหนด หากกรรมการได้บอกกล่าวให้ชำระแล้วยังเพิกเฉย หุ้นนั้นอาจถูกริบได้ ตามมาตรา 1123

ตามบทบัญญัติในเรื่องเช่าซื้อและบริษัทดังกล่าว ได้บัญญัติถึงการริบไว้เช่นกัน ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายให้อำนาจไว้ โดยสาเหตุของการริบนั้นเกิดมาจากการผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลงนั่นเอง แต่เหตุในการริบในเรื่องเช่าซื้อนั้น เป็นเงินที่ได้ชำระมาแล้วอันเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินแล้วนั่นเอง ทั้งนี้ เงินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่แล้ว ส่วนในเรื่องบริษัทนั้น หุ้นนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้ถือหุ้น ทางบริษัทคงมีแต่สมุดทะเบียนหุ้น แต่กฎหมายก็บัญญัติให้มีการริบหุ้นกันได้โดยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความหมายของคำว่า "ริบ" นั้น จะมีความหมายแค่นั้นเพียงใด คงจะต้องพิจารณาในบทบัญญัติเรื่องนั้น ๆ เป็นเรื่อง ๆ ไป อย่างเรื่องของการริบในบทบัญญัติเรื่องมัดจำนั้น จะมีความหมายเป็นประการใดก็คงต้องพิจารณาตามความมุ่งหมายและเจตนาธรรมเนียม และวิธีการในเรื่องเฉพาะของมัดจำ

²² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น, 2519), หน้า 775.

เมื่อพิจารณาตามจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในเรื่องมัดจำนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายต้องการหาหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ว่า ลูกหนี้จะปฏิบัติตามสัญญา จึงได้กำหนดให้ต้องมีการส่งมอบบางสิ่งบางอย่างให้แก่กันไว้ เพราะหากมีการบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถจะบังคับเอาสิ่งที่มอบให้แก่กันไว้กันได้เลย ในการบรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับ ซึ่งในเรื่องเจตนารมณ์ของการมีบทบัญญัติในเรื่องมัดจำขึ้นนี้ ได้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งให้ความเห็นไว้ว่า^{๒๒}

“เหตุหนึ่งที่เกิดการทำสัญญากำหนดมัดจำและเบี้ยปรับนั้น สืบมาแต่ความไม่พอใจในค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่พึงได้ตามกฎหมาย ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามกฎหมายในการพิสูจน์ความเสียหายในทางปฏิบัติก็ออกจะยากมาก ตีไม่ตีการนำสืบบกพร่องไม่ปรากฏต่อศาลชัดแจ้ง อาจได้ค่าสินไหมทดแทนน้อยกว่าที่เสียหายไปจริง การเป็นดังนี้คู่กรณีจึงหันไปหาวิธีตกลงทำสัญญากำหนดค่าเสียหายกันไว้เสียเอง โดยหวังจะได้รับความพอใจที่กฎหมายไม่อาจให้ได้เท่าถึงความพอใจของตน จึงได้เกิดการทำสัญญากำหนดมัดจำและเบี้ยปรับกันขึ้น อนึ่ง การทำสัญญาเช่นนี้อาจเกิดแต่ความไม่พอใจในวิธีการบังคับของกฎหมายเมื่อมีการผิดสัญญา ว่าจะไปฟ้องร้องเรียกเอาค่าเสียหายได้ ต้องชักช้าเสียเวลาเป็นความกัน ค่าธรรมเนียมก็ต้องเสีย แล้วยังต้องนำยานหลักฐานไปพิสูจน์กันในศาล เป็นการยุ่งยากซับซ้อน ตามธรรมดาไม่มีใครมานั่งจดจำทำหลักฐานการเสียหาย แต่ถ้าขาดไป ศาลก็จะไม่เชื่อว่าได้เสียหายไปจริง ในที่สุดอาจไม่ได้ค่าสินไหมทดแทนในบางส่วนที่พิสูจน์ไม่ได้ ดังนั้น จึงให้คู่สัญญาวางเงินหรือทรัพย์สินของให้กันไว้สำหรับใช้ค่าเสียหายในเหตุผิดสัญญา ก็ตกลงกันให้รับเอาไปได้เลย ไม่ต้องไปฟ้องร้องยังโรงศาลให้เสียค่าธรรมเนียมและเวลาทำมาหากินไปเปล่า ๆ อีกประการหนึ่ง ลักษณะการให้มัดจำแต่เดิมมานั้น ในกฎหมายโรมันและประมวลแห่งเยอรมันปัจจุบันนี้มุ่งเล็งไปในทางหลักฐาน แต่ประเพณีปฏิบัติกันมา

^{๒๒} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), หน้า 518-520.

ถึงเอามัดจำเป็นประกันในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย มาตรา 377 ซึ่งได้บัญญัติถึงลักษณะที่เป็นประกันเพิ่มขึ้น จึงเป็นการก้าวตามสมัยนิยม ดีกว่าวิเคราะห์ศัพท์ในกฎหมายเยอรมัน มาตรา 336 ดังนั้นเมื่อรวบรวมความมุ่งหมายทั้งหลายตามความตั้งใจที่ทำสัญญากำหนดมัดจำแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเพื่อให้เป็นการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาโดยอ้อม วิธีการบังคับของกฎหมายเกิดขึ้นร้องขอเอาได้ต่อภายหลังที่การละเลยผิดนัดผิดสัญญาแล้ว แต่มัดจำเป็นวิธีบังคับทางอ้อมมาแต่ก่อนผิดสัญญา ผู้ที่ให้มัดจำต้องรู้สึกอยู่เสมอว่า ถ้าไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะต้องถูกเขาकिनมัดจำ ซึ่งทั้งนี้ย่อมเป็นข้อชักจูงใจให้ปฏิบัติตามสัญญาดีกว่าอำนาจของกฎหมายเสียอีก"

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องมัดจำนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ที่ว่า "เมื่อได้มอบสิ่งใดให้ไว้แก่กันเป็นมัดจำแล้ว เมื่อผิดสัญญาก็รีบเอาไปได้เลยไม่ต้องไปฟ้องร้องยังโรงศาลให้เสียค่าธรรมเนียมและเวลาทำมาหากินไปเปล่า ๆ จึงมีลักษณะเป็นการบังคับทางอ้อมมาแต่ต้นก่อนผิดสัญญา" ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นไปในทางที่ว่า สิ่งที่จะมอบให้ไว้แก่กันไว้เป็นมัดจำนั้น เมื่อมีเหตุผิดสัญญาแล้ว ผู้รับมัดจำน่าจะสามารถดำเนินการรับสิ่งที่มอบให้ไว้แก่กันนั้นได้โดยผลการตามที่บัญญัติให้บังคับได้เช่นนั้น ทั้งนี้ เพราะต้องมีการส่งมอบมัดจำให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับมัดจำตั้งแต่ขณะทำสัญญากันไว้แล้ว ไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องทางศาลเรียกให้รีบกันอีกแต่ประการใด และอาจเป็นเพราะเหตุนี้ตามบทบัญญัติในเรื่องมัดจำ จึงไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตให้มีการลดมัดจำลงได้ แม้ว่าเป็นการสูงเกินส่วนกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ตาม เพราะมัดจำนั้นได้มอบกันไว้แล้ว เจ้าหนี้ (ผู้รับมัดจำ) จึงมีสิทธิที่จะดำเนินการรับได้ทั้งหมดเลย ไม่ต้องไปฟ้องร้องยังโรงศาล และให้ลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) มาขอลดมัดจำกันได้

เหตุผลอีกประการหนึ่งนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในบทบัญญัติเรื่องจำนำ ซึ่งเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับมัดจำนั้น * ก็มีลักษณะใกล้เคียง

* โปรดดูรายละเอียดในบทนี้ หัวข้อ 4.2.1

เคียงกันกับเรื่องมัดจำอยู่มาก กล่าวคือ ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้อยู่ใน
 ความครอบครองของผู้รับจำนำเช่นเดียวกัน และผลบังคับตามกฎหมายนั้น หาก
 ผิดนัดไม่ชำระหนี้ก็กำหนดให้ผู้รับจำนำสามารถนำทรัพย์สินจำนำนั้นออกขายทอดตลาด
 เองได้เลยโดยไม่ต้องฟ้องร้องยังศาลเพื่อบังคับจำนำแต่ประการใด ทั้งนี้เพราะ
 กฎหมายคงมีเจตนารมณ์ที่ว่า ได้มีอำนาจบังคับเหนือทรัพย์สินอยู่แล้วตั้งแต่ให้ประกัน
 กันไว้ ซึ่งเมื่อมาพิจารณาในเรื่องมัดจำนั้นก็ไม่ได้แตกต่างกัน และดูว่าผู้รับมัดจำ
 จะมีสิทธิคิดว่าผู้รับจำนำเสียอีก กล่าวคือ กฎหมายให้อำนาจริบได้เลย ไม่ต้อง
 ยุ่งยากนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดแต่อย่างใด มิฉะนั้นหากต้องอาศัยสิทธิทางศาล
 บังคับกันอีกชั้นหนึ่งแล้ว ก็คงจะไม่จำเป็นต้องมาส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบ
 ครองกันแต่อย่างใด และการริบนั้นเองก็ทำให้สิ่งที่มอบให้ไว้เป็นมัดจำนั้นตกเป็น
 กรรมสิทธิ์ของผู้รับมัดจำไปในทันที ส่วนผู้รับมัดจำที่ใช้สิทธิริบแล้วจะดำเนินการ
 นำทรัพย์สินที่ริบนั้นไปปล่อยจำหน่ายจ่ายโอนหรือนำออกขายทอดตลาด ก็ย่อมทำได้สุด
 แล้วแต่จะดำเนินการต่อไป

นอกจากนี้แล้ว หากความหมายของคำว่า "ริบ" ในเรื่องมัดจำนั้น จะ
 ต้องให้คู่สัญญาต้องใช้สิทธิทางศาลบังคับให้ จึงจะถือว่าเป็นการริบกันได้แล้ว ก็ไม่
 จำเป็นต้องมากำหนดให้มอบสิ่งใดไว้เป็นประกันอย่างไรในเรื่องจำนำและมัดจำนี้
 เพราะหากเป็นเช่นนั้น ก็ไม่ต่างกับเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันแต่อย่างใด เพราะ
 โดยปกติแล้วเจ้าหนี้ลามัญทั่ว ๆ ไปที่ไม่มีหลักประกันนั้น ก็ไม่สามารถบังคับเอา
 แก่เนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้ หากมีการผิดสัญญากันเกิดขึ้น ทั้งนี้ เป็นเพียง
 สิทธิเรียกร้องที่มีอยู่ต่อกัน โดยวัตถุแห่งหนี้เป็นเพียงที่จะบังคับให้กระทำการ
 งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น ไม่มีอำนาจเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้
 แต่อย่างใด ผลก็คือเจ้าหนี้ลามัญเหล่านี้ต้องใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องเพื่อบังคับกับ
 ลูกหนี้ และหากลูกหนี้เพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ก็คงต้องสืบหาทรัพย์สินของ
 ลูกหนี้ และนำเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดออกขายทอดตลาดเพื่อนำมา
 ชำระหนี้ต่อไป ดังนั้น หากเรื่องการริบมัดจำยังต้องใช้สิทธิทางศาล ว่าเมื่อถึง
 คราวต้องริบ ยังต้องฟ้องบังคับริบกันอีกแล้ว ก็คงจะไม่ต่างจากเจ้าหนี้ลามัญนัก
 และผู้ร่างกฎหมายคงไม่ต้องการให้เป็นเช่นนั้น เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วก็ไม่
 ต้องมามอบสิ่งใดไว้เป็นประกันกันให้ยุ่งยาก เพราะผลในการบังคับจะออกมา
 เหมือน ๆ กับเจ้าหนี้ทั่ว ๆ ไป

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น แม้ว่าในเรื่องเบี้ยปรับนั้น ก็จะใช้คำว่า "ริบ" เช่นกัน แต่ในบางครั้งยังต้องใช้สิทธิทางศาลในการบังคับเรียกริบเบี้ยปรับกันอีก และถ้าเบี้ยปรับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ แต่ทั้งนี้ในบทบัญญัติเรื่องเบี้ยปรับนั้นยังบัญญัติต่อไปว่า เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป (มาตรา 383) จึงเห็นได้ว่าในเรื่องเบี้ยปรับนั้น หากว่าได้มอบให้แก่กันไว้ก่อนผิดนัดแล้ว ก็ให้อำนาจเจ้าหนี้สามารถริบเบี้ยปรับได้เลยเช่นกัน แต่ในเรื่องเบี้ยปรับนั้นอาจเป็นเพียงข้อตกลงที่จะให้เบี้ยปรับกันต่อเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรก็ยอมทำได้ (มาตรา 379) ดังนั้น จึงอาจมีกรณีที่ยังไม่ได้มอบเบี้ยปรับให้แก่กันไว้ขณะทำสัญญาที่ยอมได้ จึงเห็นว่าโดยสภาพการบังคับแล้วทำให้เจ้าหนี้ไม่สามารถริบได้ทันทีในกรณีที่ยังไม่ได้มอบกันไว้ หากเรียกให้ลูกหนี้ผู้ผิดนัดส่งมอบเบี้ยปรับแล้ว ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามก็ต้องอาศัยอำนาจทางศาล โดยการฟ้องร้องให้มีการริบกันต่อไปตามสภาพนั่นเอง และทั้งนี้ตามมาตรา 383 ตอนท้าย ยังบัญญัติว่า "เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป" จึงยอมแสดงให้เห็นว่า ในเรื่องเบี้ยปรับนั้นหากได้มีการให้เบี้ยปรับกันไปแล้ว ก็ยอมไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องขอลดเบี้ยปรับกันได้แต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าไม่แตกต่างจากในเรื่องมัดจำเช่นกัน เพราะมัดจำนั้นจะมีการส่งมอบให้แก่กันไว้เท่านั้นที่จะเป็นมัดจำ มัดจำจะทำข้อตกลงว่าจะให้กันในภายหลัง เมื่อไม่ปฏิบัติตามสัญญาอย่างเบี้ยปรับมิได้ ดังนั้น จึงไม่มีการใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องเรียกให้ริบมัดจำกันแต่อย่างใด

นอกจากนี้ การให้ประกัน เช่น การทำสัญญาจำนำก็มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันกับมัดจำ คือ ทำขึ้นเพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา หรือประกันการชำระหนี้ จึงต่างจากเบี้ยปรับซึ่งกำหนดไว้โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อทดแทนค่าเสียหายในการไม่ชำระหนี้²⁴ ผู้เขียนจึงเห็นว่าจะนำบทบัญญัติในเรื่องที่ต้องมีการฟ้องร้องเพื่อริบเบี้ยปรับ มาใช้ในเรื่องมัดจำว่า ในเรื่องเบี้ยปรับนั้นกฎหมายก็ใช้คำว่า

²⁴ ชลฎา ลินะเปสนันท์, "ผลบังคับตามกฎหมายเรื่องเบี้ยปรับ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 50.

"รีบ" เช่นกัน และการรีบในเรื่องเบี้ยปรับอาจต้องฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับรีบให้ นั้นย่อมไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะแนวความคิดของเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับมีจุดประสงค์ที่แตกต่างกันอยู่ และโดยสภาพแล้วเบี้ยปรับอาจเป็นเพียงข้อสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับ แต่ยังไม่ได้มอบกันไว้ก็ได้ ดังนั้น เมื่อถึงคราวต้องบังคับสภาพบังคับจึงต้องแตกต่างกันออกไป และทั้งนี้หากได้ใช้เงินเบี้ยปรับกันไปแล้ว ก็ไม่มีสิทธิจะมาร้องขอลดกันได้แต่อย่างใด

จากเหตุผลดังกล่าว จึงอาจสรุปได้ว่าความหมายของคำว่า "รีบ" ในเมื่อมัดจำนั้นตามกฎหมายมุ่งหมายให้มีการรวบรัดเอาโดยผลการได้เลย หากมีเหตุตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่ต้องดำเนินการฟ้องร้องทางศาลเพื่อให้มีการรีบกันได้อีก ซึ่งจากความหมายดังกล่าวนี้ จึงโยงไปถึงความหมายของคำว่า "สิ่งใด" ที่จะมอบกันไว้เป็นมัดจำนั้นได้แก่สิ่งใดบ้าง ที่สามารถนำมาส่งมอบการครอบครองให้ไว้เป็นมัดจำได้ และทั้งนี้ย่อมจะต้องบังคับโดยการ "รีบ" กันได้ด้วยหากมีการผิดสัญญากันเกิดขึ้น

คำว่า "สิ่งใด" นี้ แปลมาจากต้นร่างคำภาษาอังกฤษว่า "something" ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมิได้ให้คำนิยามไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร แต่หากจะแปลความหมายของคำว่า "something" เป็นภาษาไทยแล้ว ก็หมายถึง "บางสิ่งบางอย่าง" ซึ่งเมื่อนำไปประกอบกับลักษณะของมัดจำที่กล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าสิ่งที่จะนำมามอบไว้เป็นมัดจำได้นั้น จะต้องมีลักษณะที่สามารถส่งมอบการครอบครองกันได้ ทั้งนี้ เพราะจากถ้อยคำของกฎหมายตามมาตรา 377 นั้น จะต้องมีการให้กันไว้ขณะเมื่อเข้าทำสัญญา และลักษณะที่ส่งมอบกันไว้นั้นต้องเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น มิใช่จะถึงขนาดกรรมสิทธิ์โอนกันไปเป็นของผู้รับมัดจำทันที ทั้งนี้ เพราะยังต้องมีการรีบกันอีกเมื่อผิดสัญญา ดังนั้น ในระหว่างที่ครอบครองสิ่งอันเป็นมัดจำอยู่นั้น ผู้รับมัดจำก็ไม่มีสิทธิจะใช้สอยมัดจำนั้น คงมีเพียงสิทธิยึดถือไว้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น เว้นแต่ผู้วางมัดจำจะยินยอม และอาจต้องมีหน้าที่ดูแลรักษาตามสภาพของทรัพย์สินด้วย

นอกจากนี้ โดยที่เมื่อถึงคราวต้องรีบนั้น กรรมสิทธิ์ย่อมตกเป็นของผู้รับมัดจำโดยผลของกฎหมาย สิ่งที่จะนำมาเป็นมัดจำนั้นจึงย่อมต้องสามารถโอนให้

แก้กันได้ด้วย เพราะหากไม่สามารถโอนกันได้แล้ว เมื่อถึงคราวต้องริบยอมไม่สามารถบังคับกันได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบกับเหตุผลแล้ว จึงเห็นว่าสิ่งที่ได้มอบให้กันไว้เป็นมัดจำนั้น จะต้องมิดค่าหรือราคาอันจะเป็นการเยียวยาหรือทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นส่วนหนึ่งด้วย และการที่มอบสิ่งใดให้แก้กันไว้เป็นมัดจำนั้น นอกจากเป็นเพียงการประกันการปฏิบัติตามสัญญาให้เกิดความกลัวเกรงแล้ว ยังมีผลต่อไปว่าเมื่อได้มอบให้ไว้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หากผู้วางมัดจำเป็นฝ่ายผิดสัญญาจะต้องสูญเสียสิ่งที่มอบให้ไว้ นั้น อันจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับมัดจำไปด้วย ดังนั้น หากพิจารณาทางด้านผู้รับมัดจำแล้ว ผู้รับมัดจำจะต้องได้สิ่งใดมาทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากการผิดสัญญานั้นเอง เพราะตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมิได้มาเพื่อประกันกันไว้เฉย ๆ แต่สิ่งที่เป็นหลักประกันนั้นจะต้องถูกริบ ตกเป็นของผู้รับมัดจำด้วย

การที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดบ้างที่จะนำมาเป็นมัดจำได้นั้น ได้มีนักกฎหมายอาวุโสท่านหนึ่งให้ความเห็นว่า ²⁵ "ตามความมุ่งหมายของเรื่องมัดจำตามกฎหมายไทยนั้น แต่เดิมก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 อันเป็นบทกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้นั้น บทบัญญัติเรื่องมัดจำได้กล่าวถึงมัดจำเฉพาะที่เป็นเงินเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 นี้ จึงได้ขยายไปถึงสิ่งอื่นด้วย แต่โดยจุดมุ่งหมายของกฎหมายนั้นแล้ว มุ่งต้องการให้เป็นสิ่งที่ย่าง ๆ ที่ชาวบ้านสามารถหยิบยื่นส่งมอบกันได้โดยสภาพ เพราะสัญญามัดจำนั้นมีใช้อยู่ในชีวิตประจำวัน ไม่ต้องการความซับซ้อนแต่อย่างใด จึงเห็นไปในทางที่ว่าควรเป็นวัตถุที่มีรูปร่างที่เป็นสิ่งของเท่านั้นที่จะนำมามัดจำกันได้ เพราะส่งมอบได้โดยสภาพ และเมื่อถึงคราวต้องมีการริบกันก็สามารถกระทำได้ทันที อันเป็นจุดมุ่งหมายของผู้ร่างที่ต้องการให้มีการบังคับเร่งรัดกันนอกศาล

²⁵ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, สัมภาษณ์

มากกว่า ดังนั้น การจะพิจารณาว่าสิ่งใดจะสามารถนำมาเป็นมัดจำตามกฎหมาย
ได้นั้น นอกจากจะพิจารณาจากถ้อยคำของกฎหมายประกอบกับเจตนารมณ์หรือ
ความมุ่งหมายแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงเหตุผลเบื้องหลังของการมีบทบัญญัติในเรื่อง
นั้น ๆ และปกติประเพณีหรือสิ่งที่เคยปฏิบัติกันมาด้วย ว่ามีการนำสิ่งใดเป็นมัดจำ
กันบ้างจึงจะสมเหตุสมผล"

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายท่านนี้ ทั้งนี้ ผู้เขียนยังม
ความเห็นเพิ่มเติมสนับสนุนด้วยว่า ในเรื่องมัดจำนั้นเดิมในกฎหมายโรมันเรียกว่า
"Arrha หรือ Arra" ก็มีการกล่าวถึงการส่งมอบเงิน (coin) หรือสิ่งของอื่น
(Articles) ให้แก่กัน ²⁶ ซึ่งตามถ้อยคำใช้คำว่า Articles จึงมีความ
ถึงไปในทางว่าเป็นทรัพย์สินของ ซึ่งโดยสภาพสามารถส่งมอบกันได้ค่อนข้างจะ
สะดวกและง่ายต่อการปฏิบัติ ส่วนในเยอรมันนั้นสัญญามัดจำก็มีการใช้กันมากใน
ชนบท เช่น ในการซื้อขายสัตว์ใช้งาน การทำสัญญาเช่าข้าทาสบริวาร ²⁷ ซึ่ง
เห็นได้ว่าเป็นความสัมพันธ์กันในระดับชาวบ้านชาวชนบท ซึ่งไม่มีความสลับซับซ้อน
แต่อย่างใด จึงทำให้เห็นไปในทางที่ว่าสิ่งที่จะเป็นมัดจำนั้น น่าจะสามารถส่งมอบ
กันได้โดยสภาพเป็นรูปธรรม

เมื่อมาพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นว่าตามถ้อยคำในกฎหมาย
ใช้คำว่า "สิ่งใด" โดยไม่ได้ระบุชัดว่าเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน โดยมิต้นร่างมา
จากคำภาษาอังกฤษว่า "something" ซึ่งเมื่อแปลเป็นภาษาไทยตรงตัวแล้ว
หมายถึง "บางสิ่งบางอย่าง" ซึ่งก็เป็นการแสดงความหมายเป็นนัยอยู่ในตัวว่าไม่
ทุกอย่างที่จะนำมาเป็นมัดจำได้ และแนวความคิดดั้งเดิมในเรื่องมัดจำนี้ ไทยก็มี
บทบัญญัติเรื่องมัดจำไว้ด้วยแล้ว โดยมีบทบัญญัติถึงเฉพาะ "เงินมัดจำ" เมื่อ
พิจารณาถึงลักษณะของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างนั้น โดยสภาพแล้วย่อมจับต้องสัมผัส
ได้ ดังนั้น จึงสามารถที่จะนำมาส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้รับมัดจำได้ และ

²⁶ W.W Buckland, A Text - Book of Roman Law From
Augsustus to justinian, p. 481.

²⁷ Reimer Schmidt, Aachen, Burgerliches Gesetzbuch
band 2 Schuldrecht I, (S. 241-610), p. 419.

เมื่อถึงคราวต้องบังคับกันตามบทบัญญัติในเรื่องมัดจำ เช่น การริบ หรือส่งคืน ก็
สามารถจะดำเนินการได้ทันทีเลย มิต้องอาศัยขั้นตอนใด ๆ ทางกฎหมายอีกแต่
อย่างไรก็ดี ดังนั้น โดยลักษณะของสิ่งที่จะนำมามอบเป็นมัดจำนั้น จึงต้องมีลักษณะ
ที่ต้องสามารถหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันได้โดยสภาพของทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้ เพราะ
หากไม่สามารถหยิบยื่นไว้ให้แก่กันได้โดยสภาพแล้ว เมื่อถึงเวลาจะริบให้ตกเป็น
กรรมสิทธิ์อันเป็นการกระทำได้โดยผลการยอมไม่สามารถบรรลุผลได้ ดังนั้น
คำว่า "เมื่อได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ" ตามมาตรา 377 นั้น จึงมีความหมายว่า
จะต้องเป็นการส่งมอบสิ่งที่สามารถหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันได้โดยสภาพในลักษณะ
เป็นรูปธรรมนั่นเอง

ทรัพย์สินบางอย่างแม้จะมีรูปร่างอย่างที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งมีลักษณะ
เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่จะนำมาเป็นประกันการ
ปฏิบัติตามสัญญาหรือประกันการชำระหนี้ นั้น เท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้คงมีกฎหมายรองรับ
ไว้ ในลักษณะของการจำนอง ตามมาตรา 714 ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือและจด
ทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนในเรื่องมัดจำนั้นไม่มีกฎหมายรองรับให้นำที่ดิน
หรือสิ่งปลูกสร้างไปจดทะเบียนเป็นมัดจำกันได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าจะนำแบบอย่าง
ในเรื่องของจำนองมาบังคับใช้ก็ไม่ได้ เพราะเกินความประสงค์ของกฎหมาย
ประกอบกับเจ้าพนักงานที่ดินก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะทำนิติกรรมและจดทะเบียนเป็น
มัดจำให้ได้ เพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

โดยลักษณะสำคัญของมัดจำนั้น ต้องมีการส่งมอบสิ่งที่เป็นมัดจำไว้ให้แก่
กัน ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 942/2527 ว่าโจทก์ทำสัญญา
เบิกเงินเกินบัญชีกับจำเลย โดยจำเลยยึดถือโฉนดรายพิพาทกับใบมอบอำนาจที่
โจทก์ให้ไว้ ยังมีได้นำไปจดทะเบียนจำนองเป็นประกันตามที่ตกลงไว้ เมื่อโจทก์
ยังเป็นหนี้จำเลยมากกว่าที่โจทก์เสนอจะชำระให้แก่จำเลย จำเลยย่อมมีสิทธิที่
จะปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ และยึดถือโฉนดไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้เสร็จสิ้นได้

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ ท่านอาจารย์อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง ได้บันทึก
หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ว่า "การที่จำเลยยึดถือโฉนดไว้
โดยสภาพแล้ว เป็นเอกสารที่สันนิษฐานว่าบุคคลที่มีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้น
เท่านั้น จึงถือไม่ได้ว่าครองทรัพย์สินถือที่ดินของโจทก์ ทั้งการที่โจทก์เป็นลูกหนี้

ตามสัญญาที่เบิกเงินเกินบัญชีไม่เกี่ยวกับโฉนดที่ดินที่จำเลยยึดถือไว้ กรณีจึงไม่
เป็นสิทธิยึดเหนี่ยวตามมาตรา 241 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 545/2504) ทั้งการมอบ
โฉนดให้ยึดถือไว้ก็ไม่ใช่จำนำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 229/2522) และเมื่อยังไม่
ได้จดทะเบียนจำนองก็ไม่ใช่จำนองด้วย แต่การที่โจทก์ (ลูกหนี้) มอบโฉนดที่ดิน
ให้จำเลย (เจ้าหนี้) ยึดถือไว้โดยมีข้อตกลงว่า เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว
จึงจะเรียกโฉนดคืนได้ กรณีปรับบทเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ ตราบใดที่
ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ให้เสร็จสิ้น ลูกหนี้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกโฉนดคืน (คำพิพากษา
ฎีกาที่ 1416/2499, 1369/2510) เว้นแต่หนี้ขาดอายุความ ลูกหนี้เรียกคืนได้
(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 229/2522)”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาและบันทึกหมายเหตุนี้ จะเห็นว่ากรณีที่ส่งมอบตัว
โฉนดไว้ให้แก่กันนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการจำนำ จำนอง หรือมีสิทธิยึดเหนี่ยวแต่อย่าง
ใด ผู้เขียนเห็นว่าแม้คู่สัญญามุ่งจะให้เป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาไว้ แม้จะตั้ง
ใจให้เป็นมัดจำ แต่เมื่อหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นก็ไม่สามารถริบกรรมสิทธิ์ในที่ดิน
กันได้ และโดยเจตนาของคู่สัญญาก็มิได้มุ่งต้องการให้ตัวโฉนดซึ่งหมายถึงกระดาษ
มีราคาเพียงเล็กน้อยนั้นเป็นมัดจำแก่กัน เพราะหากจะริบตัวโฉนดไปก็คงไม่เกิด
ประโยชน์ เพราะผู้รับมัดจำย่อมไม่ได้ไปซึ่งสิ่งที่มีค่ามีราคาอันจะเป็นการทดแทน
ความเสียหายจากการผิดสัญญาแต่อย่างใด อันไม่ใช่เจตนารมณ์ของมัดจำตามที่
กล่าวไว้แล้ว การที่คู่สัญญาสามารถยึดโฉนดไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนสิ้น
เชิงตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นนั้น ก็ไม่สามารถบรรลุผลของบทบัญญัติ
เรื่องมัดจำอันในที่สุดแล้วย่อมมีการริบกันได้ด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่มอบโฉนดไว้ให้ต่อกัน เช่น เพื่อเป็นการ
ประกันการปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม ก็ไม่ถือว่าได้มีการส่งมอบที่ดินให้แก่กันแต่อย่าง
ใด และก็ไม่สามารถทำให้ริบกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นได้ จึงไม่สามารถนำมาเป็น
มัดจำได้ และกรณีที่จะส่งมอบที่ดินให้แก่กันนั้น ลำพังโดยลักษณะของที่ดินที่เป็น
อสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่สามารถที่จะนำมาหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันได้ในขณะที่เป็น
รูปธรรมอันจะเป็นลักษณะของมัดจำได้ หากมีการขุดแยกที่ดินขึ้นมาก็ย่อมขาดจาก
การเป็นอสังหาริมทรัพย์ไปแล้ว ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีการส่งมอบการครอบครองที่ดิน
หรือสิ่งปลูกสร้างให้ไว้แก่กัน ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะดังกล่าวมิใช่การส่งมอบใน
ความหมายของมัดจำ และเห็นว่าเมื่อถึงคราวที่ผู้รับมัดจำจะใช้สิทธิริบมัดจำให้ตก

เป็นกรรมสิทธิ์ที่ย่อมกระทำโดยผลการเลยมิได้ เพราะโดยลักษณะของอสังหาริมทรัพย์นั้น การได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม เช่น การได้มาโดยผลของกฎหมายอย่างในเรื่องมัดจำนี้ หากผู้วางมัดจำยังมีได้ไปจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงแก้ไขชื่อทางทะเบียนให้ ก็จะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนมิได้ และจะยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วไม่ได้ ตามมาตรา 1299 วรรค 2

นอกจากนี้ หากเป็นเพียงที่ดินมือเปล่าซึ่งมีแต่เพียงสิทธิครอบครองนั้น ย่อมโอนกันได้โดยส่งมอบการครอบครอง ดังนั้น หากมีการส่งมอบการครอบครองให้แก่กันแล้ว ก็ย่อมเป็นการโอนกันไปเลย มิได้มีลักษณะของการเป็นเพียงประกันแต่อย่างใด และเมื่อโอนกันไปแล้วก็ไม่ต้องมารีบกันอีกแต่อย่างใด หากมีการผิดสัญญา

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างนั้นไม่สามารถนำมามอบไว้เป็นมัดจำแก่กันได้ เพราะโดยสภาพแล้วไม่สามารถจะมาหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันเป็นรูปธรรมได้ และทั้งนี้การที่เพียงส่งมอบโฉนดไว้แก่กันก็มีใช่เป็นการส่งมอบที่ดิน เมื่อถึงคราวรีบก็ไม่สามารถรีบกรรมสิทธิ์กันได้ และแม้จะส่งมอบการครอบครองให้ผู้รับมัดจำเข้าครอบครองที่ดินไว้ ผู้เขียนก็เห็นว่าคงมิได้อยู่ในความหมายของการได้ให้ไว้ อันควรหมายถึงการส่งมอบในทางรูปธรรม เพื่อให้มีผลว่าเมื่อถึงคราวรีบนั้นสามารถรีบได้โดยผลการ ไม่ต้องใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องกันอีกแต่อย่างใด ดังนั้น แม้จะครอบครองที่ดินไว้ เมื่อถึงคราวรีบก็ไม่สามารถได้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือสิ่งปลูกสร้างมาเป็นของตนได้โดยทันที อันเป็นการบังคับกันนอกศาล การที่ต้องไปฟ้องร้องขอให้บังคับให้แก้ไขชื่อในทะเบียนนั้น ก็เป็นการเกินเลยความมุ่งหมายของการมีบทบัญญัติเรื่องมัดจำไป

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เจตนารมณ์ของเรื่องมัดจำนั้น จะตีความกว้างเหมือนอย่างเรื่องจำนำหรือจำนองคงไม่ได้ เพราะโดยลักษณะแล้วเมื่อเข้าทำสัญญาประจันต่อกัน จะมีมัดจำหรือไม่มีก็ย่อมได้ มิได้บังคับให้ต้องมีมัดจำกัน มัดจำจึงเป็นเพียงประกันในลักษณะที่หยิบยื่นอะไรให้ไว้แก่กันในลักษณะเป็นไปในทางที่เป็นเงินหรือสิ่งของที่สามารหยิบยื่นให้กันไว้โดยสภาพ เพราะ

บทบัญญัติในเรื่องมัดจำนั้นให้มีการมัดจำได้ทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น ก็ดูว่าจะเป็นบทที่ให้เปรียบแก่ผู้รับมัดจำเอาเปรียบผู้วางมัดจำมากพออยู่แล้ว ซึ่งต่างกับเรื่องจำนอง จำนำ ที่จะต้องนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดจะริบเฉย ๆ ไม่ได้ และทั้งนี้คงมีสิทธิได้รับเงินจากการขายเท่าจำนวนหนี้รวมทั้งค่าใช้จ่าย ดอกเบี้ย และอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และหากมีเงินเหลือยังต้องส่งคืนผู้จำนำหรือผู้จำนองไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าจุดมุ่งหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องมัดจำนั้น ควรจะต้องตีความในทางที่แคบและมีผลบังคับกันได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ เพราะแต่ดั้งเดิมนั้นหลักการในเรื่องมัดจำของไทยก็คงมีแต่เฉพาะเงินสดเท่านั้นที่เป็นมัดจำกันได้ และจะมีราคาเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับมูลค่าที่จะชำระกันตามสัญญาประจําาน ประกอบกับถ้อยคำตามกฎหมายก็ใช้คำว่า "สิ่งใด" จึงมีความหมายไปในทางว่าเป็นสิ่งของเสียหายมากกว่า เพราะสามารถหยิบยื่นให้แก่กันได้ และเมื่อถึงราวริบก็สามารถดำเนินการได้โดยพลการเลย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าหากกฎหมายประสงค์จะให้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นมัดจำกันได้แล้ว คงไม่ต้องมีการบัญญัติเรื่องการจำนองไว้อีก เพราะการมัดจำนั้นไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนแต่อย่างใด ดังนั้น หากนำมาเป็นมัดจำกันได้แล้ว คู่สัญญาก็ย่อมหันมาใช้วิธีมอบอสังหาริมทรัพย์เป็นมัดจำกันเสียหมด ซึ่งจะทำให้ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนจำนอง และไม่ต้องไปฟ้องศาลบังคับจำนองกันแต่อย่างใด

นอกจากนี้ โดยปกติประเพณีแล้วสิ่งที่ยอมยืมให้แก่กันได้เป็นมัดจำนั้น จะมีราคาเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับราคาที่ต้องชำระให้แก่กันตามสัญญาประจําาน หากกฎหมายมุ่งต้องการให้นำที่ดินและสิ่งปลูกสร้างมาเป็นมัดจำได้แล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคงเกิดความปั่นป่วนสับสนในสังคมและคติความขึ้นสู่ศาลเป็นอย่างมาก เพราะโดยลักษณะและสภาพของที่ดิน หรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมมีราคาสูง ไม่เหมาะที่จะนำไปเป็นประกันในลักษณะของมัดจำ เพราะมัดจำนั้นเป็นเพียงประกันว่าจะปฏิบัติตามสัญญาประจําาน อันเป็นการสร้างความเกรงกลัวให้ผู้วางมัดจำว่าจะต้องปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น จะทำสัญญาประกันกันโดยไม่ต้องมีมัดจำก็ย่อมได้ แต่ในเรื่องของการจำนองนั้นเป็นประกันการชำระหนี้ เช่น หนี้กู้ยืมเงิน ซึ่งย่อมต้องคำนึงถึงราคาของทรัพย์สินที่เป็นประกันให้มีความเหมาะสมใกล้เคียงกันกับหนี้ รวมทั้งดอกเบี้ยที่จะเกิดขึ้นด้วย แต่โดยลักษณะของมัดจำนั้นเป็นประกันความเสียหายที่จะ

เกิดขึ้น หากเสียหายมากกว่ามัดจำที่จะได้รับก็ฟ้องเรียกร้องกันได้ต่างหากอยู่แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเจตนารมณ์ของเรื่องมัดจำคงไม่ครอบคลุมไปถึงขนาดที่ถือว่าที่ดินปลุกสร้างนั้น มาเป็นมัดจำกันได้ตามกฎหมาย เพราะโดยมูลค่าแล้วสิ่งเหล่านี้ย่อมมีราคาสูงกว่าที่จะเพียงเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา อันมุ่งจะเยียวยาความเสียหายที่ได้รับเท่านั้น ประกอบกับการรับมัดจำนั้นย่อมรับได้ทั้งจำนวนโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสียหาย หากยอมให้ที่ดินเป็นมัดจำและรับได้ทั้งหมดด้วย ซึ่งเห็นว่าไม่น่าจะใช้เจตนารมณ์ของบทบัญญัติเรื่องมัดจำตามที่กฎหมายต้องการ

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าหากมัดจำจำกัดอยู่เพียงเงินสดเหมือนตามร่างกฎหมายดั้งเดิมของไทย หรืออย่างของอังกฤษและฝรั่งเศสแล้ว ย่อมเป็นการสะดวกที่จะนำมาหีบยื่นให้แก่กัน และสามารถรับได้โดยผลการสมความมุ่งหมายของเรื่องมัดจำ และทั้งนี้ในการสร้างความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยให้มีการลดมัดจำกันได้เท่าความเสียหายที่แท้จริง (ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวไว้โดยละเอียดในบทนี้ หัวข้อ 4.4 ต่อไป) ย่อมเป็นการสะดวกและบังคับกันได้ง่ายเมื่อจะลดกันแต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการให้มัดจำไว้เป็นสิ่งของนั้น ในทางปฏิบัติก็พอมิทางลดกันได้โดยอาจให้ชดใช้ราคาแทน แต่ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าปัญหาดังกล่าวในเรื่องมัดจำที่เป็นสิ่งของนั้น คงไม่สู้จะเป็นปัญหามาก เพราะธุรกิจการค้าในปัจจุบันและคำพิพากษากฎีกาเกี่ยวกับเรื่องมัดจำที่เกิดขึ้น ก็มีการมอบมัดจำไว้เป็นเงินกันเป็นส่วนใหญ่อยู่แล้ว

แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น โดยสภาพแล้วคงมีแต่เพียงสิทธิในตัวทรัพย์สิน หรือเป็นแต่เพียงสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นรูปธรรมอันจะทำให้สามารถนำมาส่งมอบการครอบครองให้ไว้ต่อกันได้ นอกจากนี้สิทธิหลาย ๆ ประเภทยังมีบุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้แห่งสิทธิอยู่ด้วย เช่น สิทธิซึ่งมีตราสาร ประเภท ใบประทวนสินค้า ลูกหนี้แห่งสิทธิ คือ นายคลังสินค้า ใบตราส่ง ลูกหนี้แห่งสิทธิ คือ ผู้ขนส่ง โดยมีสินค้าเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ใบหุ้น ลูกหนี้แห่งสิทธิ คือ บริษัทจำกัดซึ่งเป็นผู้ออกใบหุ้น เป็นต้น

สิทธิซึ่งมีตราสารซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า "A right represented by a written instrument" จะใช้แทนตัวทรัพย์สินได้นั้น จะต้องเป็นตราสาร

ที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ และมีลูกหนี้แห่งสิทธิที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามตราสาร^{๒๘} เพราะสิทธิโดยสภาพแล้วเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ไม่สามารถส่งมอบกันได้ ดังนั้น การทำตราสารขึ้นอันเป็นพิธีการนี้ ก็เพื่อใช้เป็นเอกสารเพื่อยืนยันถึงความเป็นผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นสิ่งที่ เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารฉบับนั้น^{๒๙}

ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่าสิทธิซึ่งมีตราสารเหล่านี้ จะนำมาเป็นมัดจำได้หรือไม่ั้น เมื่อพิจารณาแล้วหากจะนำสิทธิซึ่งมีตราสารมามัดจำกันนั้น จะต้องบังคับถึงว่าต้องมีการสลักหลังตราสาร และมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิด้วยแล้วอย่างในเรื่องจำนำ หรือต้องทำเป็นสัญญาผูกมัดกันไว้อีกฉบับหนึ่ง ย่อมเป็นการเกินเลยความมุ่งหมายของบทบัญญัติในเรื่องมัดจำไป เพราะโดยลำพังแล้วสัญญามัดจำนั้นก็ไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ทำกันด้วยวาจาก็ย่อมใช้ได้ ดังนั้น หากผู้วางมัดจำไม่ยินยอมทำข้อผูกมัดเพิ่มเติมแล้ว ก็ย่อมไม่สามารถจะบังคับให้เขาทำได้ และในการที่ได้มอบตราสารให้ยึดถือไว้เฉย ๆ โดยไม่มีการสลักหลัง ก็ไม่มีกฎหมายรองรับว่าถือเป็นการส่งมอบทรัพย์สินตามตราสารนั้นแล้วอย่างในเรื่องจำนำ ซึ่งไม่อาจถือได้ว่าได้มีการส่งมอบสิทธิกัน อันจะทำให้มีสิทธิในทรัพย์สินตามสิทธิแต่อย่างใด แต่เมื่อถึงคราวต้องใช้สิทธิริบมัดจำซึ่งต้องกระทำแก่สิ่งอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิ เช่น ให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือเงินจากบุคคลภายนอกซึ่งเป็นลูกหนี้แห่งสิทธิ เช่น นายคลังสินค้า ผู้ขนส่งแล้ว จะเห็นว่าผู้รับมัดจำมิได้มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับบุคคลเหล่านี้เลย ดังนั้น หากเขาไม่ยอมปฏิบัติตาม ผู้รับมัดจำก็ไม่สามารถจะใช้สิทธิบังคับได้ เพราะขาดนิติสัมพันธ์ต่อกัน

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๒๘} พจน์ บุชปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนำ จำนำ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 228.

^{๒๙} ดาววิภา ปาลียะประภา, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวเนื่องกับการจำนำสิทธิ," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 46.

นอกจากนี้ หากสิทธิซึ่งมอบกันไว้นั้น เป็นมูลหนี้ซึ่งต้องชำระเงินให้แก่ผู้วางมัดจำ เมื่อหนี้ถึงกำหนด ซึ่งอาจจะถึงกำหนดก่อนที่จะมีการผิดสัญญากันขึ้นระหว่างผู้วางมัดจำและผู้รับมัดจำแล้ว โดยหลักทั่วไปลูกหนี้ก็ย่อมต้องนำเงินมาชำระให้แก่เจ้าหนี้ของตน คือ ผู้วางมัดจำ ดังนั้น หากมีการผิดสัญญากันในภายหลัง ผู้รับมัดจำก็ไม่มีสิ่งใดที่จะรีบได้ เพราะเขาได้ชำระหนี้กันไปก่อนแล้ว หรืออาจจะมีการผิดที่มีการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นไป ก็ไม่มีสิ่งใดจะรีบกันได้เช่นกัน เพราะในเรื่องมัดจำไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ลูกหนี้แห่งสิทธิต้องใช้จ่ายเงินแก่ผู้วางมัดจำและผู้รับมัดจำร่วมกัน หรือนำไปวาง ณ สำนักงานวางทรัพย์สินเหมือนในเรื่องของจำนำ (มาตรา 754) แต่อย่างไร

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงเรื่องของการจำนำแล้ว จะเห็นว่ากฎหมายบัญญัติคุ้มครองให้มีการสลักหลังให้ปรากฏการจำนำไว้ จึงมีผลทำให้ถือว่ามี การส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นจำนำต่อกัน ก็โดยที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ให้ถือเช่นนั้น ตามมาตรา 751, 752 หรือจะต้องมีการแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นทราบ เช่น จำนำใบหุ้นจะต้องจดลงทะเบียนการจำนำไว้ในสมุดของบริษัทด้วย มิฉะนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บริษัทหรือบุคคลภายนอกมิได้ ตามมาตรา 753 หรือการสลักหลังประทวนสินค้าเป็นจำนำ ตามมาตรา 785 เป็นต้น

ดังนั้น สิทธิซึ่งมีตราสารประเภทนี้ไม่สามารถนำมาเป็นมัดจำได้ตามกฎหมาย เพราะไม่สามารถส่งมอบกันได้ และไม่อาจบังคับกันในผลทางกฎหมายของมัดจำได้

ในปัจจุบันนี้ ในวงการธุรกิจการค้า นั้น จะปรากฏว่ามีการนำสิทธิเรียกร้องบางอย่างมา เป็นประกันหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญากันมากขึ้น เช่น การนำสิทธิการเช่ามาเป็นประกันหนี้ของธนาคาร การนำสิทธิเรียกร้องในสัญญาเข้ามาเป็นประกันการชำระหนี้ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับสินค้าตามสัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

ลักษณะของลทธิเรียกร้องเหล่านี้ เป็นลทธิเรียกร้องธรรมดาที่มีเพียง เอกสารหลักฐานแห่งหนึ่ง อันจะเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดีอย่างหนึ่ง^{๓๐} หา ได้เป็นตราสารแห่งลทธิ อันมีความหมายแทนตัวลทธินั้นไม่^{๓๑} ดังนั้น ลทธิเรียกร้องอันเกิดจากสัญญาเหล่านี้ อาจโอนกันได้ก็โดยวิธีการตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา ๓๐๖ เพื่อให้ผู้รับโอนไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ โดยไม่มี กฎหมายบัญญัติรองรับให้โอนโดยวิธีเป็นมัดจำ อันเป็นการโอนเพื่อเป็นประกัน การปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด เพราะลทธิเรียกร้องนั้นเมื่อโอนกันถูกต้องตาม กฎหมายแล้วก็ย่อมโอนกันไปเลย จึงขัดกับหลักในเรื่องมัดจำที่ต้องการ ไม่ใช่ให้ โอนกันอย่างเด็ดขาด หากแต่ต้องการเป็นหลักประกันเท่านั้น เพราะหากผิดสัญญา จึงค่อยริบและตกเป็นลทธิกันต่อไป ดังนั้น ลทธิเรียกร้องเหล่านี้จึงไม่สามารถนำ มามอบไว้เป็นมัดจำกันได้ นอกจากนี้แล้วหากมีการมอบเอกสารแห่งหนึ่งเหล่านี้ไว้ แก่กัน ผู้รับมัดจำย่อมไม่อาจบังคับเอาจากผู้กู้ในกรณีการกู้ยืมให้ชดใช้เงินโดย บังคับให้ผู้กู้ส่งมอบเงินให้แก่ตนได้เมื่อมีเหตุต้องรับมัดจำ หรือในกรณีผู้เช่าผิด สัญญาก็ไม่สามารถบังคับกับผู้ให้เช่าให้ตนเข้าไปมีสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ที่เช่าแทนลูกหนี้ (ผู้เช่า) ได้ ทั้งนี้ เพราะผู้รับมัดจำมิได้มีนิติสัมพันธ์กับผู้กู้ หรือ ผู้ให้เช่าตามสัญญากู้ยืม หรือสัญญาเช่าแต่ประการใด กรณีที่จะต้องทำสัญญาผูกมัด บุคคลภายนอกที่เป็นลูกหนี้แห่งลทธิ เช่น ทำสัญญากันให้ผู้ให้เช่ายินยอมด้วยว่าหาก ผู้เช่าผิดสัญญากับผู้รับมัดจำแล้ว ยินยอมให้ผู้รับมัดจำเข้าสวมสิทธิการเช่าอสังหา- ริมทรัพย์นั้นแทนผู้เช่าเดิม หรือให้มีสิทธิหาบุคคลอื่นมาเช่าแทน โดยตนจะเป็นผู้ เก็บผลประโยชน์นั้นไว้ด้วย ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นการเกินเลยบทบัญญัติใน เรื่องของมัดจำไป เพราะหากบุคคลภายนอกผู้เป็นลูกหนี้แห่งลทธิ เช่น ผู้ให้เช่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๓๐} ตามมาตรา ๕๓๘ บัญญัติว่า "เช่าอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้มีหลัก ฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่า จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่..." และตามมาตรา ๕๕๓ บัญญัติว่า "การกู้ยืม เงินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไป ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่าง หนึ่งลงลายมือชื่อผู้อื่นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับหาได้ไม่..."

^{๓๑} ดาววิภา ปาลียะประกษา, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวเนื่องกับการ จำนำลทธิ," หน้า 46.

ไม่ยินยอมทำให้เช่นนั้น ก็บังคับเขามีได้ เพราะลำพังสัญญามัดจำเองยังสามารถทำได้ด้วยวาจาก็ใช้บังคับกันได้ การที่จะบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือบังคับให้ไปถึงบุคคลภายนอกด้วยแล้ว ย่อมเกินความต้องการของกฎหมายในเรื่องนี้ไป และไม่มีการบังคับให้ต้องทำหากเขาไม่ทำด้วย

แต่ในปัจจุบันนี้ ก็มีการยอมรับให้นำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้กันได้ เช่น นำมาเป็นประกันหนี้ของธนาคาร ซึ่งก็อาจทำได้ โดยทำเป็นข้อตกลง 3 ฝ่าย ระหว่างธนาคาร ผู้ให้เช่า ผู้เช่า โดยประกอบไปด้วยสัญญาต่าง ๆ ดังนี้ ฉบับที่ 1 เป็นสัญญา 2 ฝ่ายระหว่างธนาคารกับผู้เช่า เป็นสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกัน ฉบับที่ 2 เป็นคำยินยอมของผู้ให้เช่าต่อธนาคารในการที่ผู้เช่านำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกัน โดยในเวลาบังคับชำระหนี้ใช้วิธีโอนสิทธิการเช่า ฉบับที่ 3 หนังสือมอบอำนาจของผู้เช่าต่อธนาคาร ให้มีอำนาจโอนสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าเป็นของธนาคารหรือบุคคลที่ธนาคารจัดหามาเป็นผู้เช่าตามสัญญาเช่า และฉบับที่ 4 หนังสือให้ความยินยอมของผู้ให้เช่าต่อธนาคาร ให้ธนาคารบังคับตามสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกัน^{๓๒} ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวก็สามารถบังคับกันได้ ทั้งนี้ คงเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา หากใช้ในฐานะเป็นมัดจำไม่

ดังนั้น สิทธิเรียกร้องในลักษณะนี้จึงไม่สามารถนำมาเป็นมัดจำได้

จากวิเคราะห์ถึงลักษณะของสิ่งที่จะนำมาเป็นมัดจำได้นั้น จึงเห็นได้ว่ามิได้เฉพาะทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น อสังหาริมทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง อันได้แก่ สิทธิประเภทต่าง ๆ นั้น ไม่สามารถจะนำมาส่งมอบให้กันในลักษณะของมัดจำและบังคับกันตามกฎหมายในเรื่องมัดจำได้

^{๓๒} วงศ์เกษม การถนัด, "การบังคับคดีกับสิทธิการเช่าอันเป็นหลักประกันของธนาคาร," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 134-135.

จึงอาจสรุปลักษณะของสิ่งที่จะนำมาเป็นมัดจำนั้น จะต้องมิลักษณะดังนี้

1. ต้องสามารถหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันได้โดยลักษณะเป็นรูปธรรม
2. สิ่งที่มาขอให้ เป็นมัดจำต้องสามารถโอนกันได้
3. ลักษณะการมอบให้แก่กันนั้น เป็นเพียงหลักประกันเท่านั้น
กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้รับมัดจำในทันที
4. สิ่งที่มาขอให้ เป็นมัดจำนั้น ต้องมีลักษณะที่ผู้รับมัดจำซึ่งครอบครองอยู่ สามารถบังคับให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของตนได้โดยผลการ ไม่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลบังคับกันอีกหากมีการต้องริบ
5. สิ่งที่เป็นมัดจำนั้น เมื่อมีการริบแล้วจะต้องทำให้ผู้รับมัดจำได้ไป ซึ่งสิ่งที่มีค่าหรือมีราคาอันจะเป็นการทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายของผู้รับมัดจำได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวอักษร ประกอบกับเจตนารมณ์ ความมุ่งหมาย เหตุผล และตลอดจนผลบังคับและความเป็นไปได้ ตลอดจนความเป็นธรรมตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าสิ่งที่จะนำมามอบไว้เป็นมัดจำได้นั้น คงมีแต่สังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น สำหรับอสังหาริมทรัพย์และสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ อันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แม้จะมีตราสารก็นำมาเป็นมัดจำมิได้ตามที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ดังนั้น ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 4 เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง อันเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินในการใช้ประโยชน์บางอย่างเหนือทรัพย์สินนั้น โดยลักษณะของสิทธิแล้วไม่สามารถส่งมอบการครอบครองกันในลักษณะของการเป็นประกันอย่างมัดจำได้ เพราะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ดังนั้น ทรัพย์สินเหล่านี้จึงไม่สามารถนำมาเป็นมัดจำได้

นอกจากนี้ ยังมีสิทธิบางประเภทซึ่งกฎหมายบัญญัติรองรับไว้เป็นพิเศษ อันเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งเรียกว่าทรัพย์สินทางปัญญาอันได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า นั้น โดยลักษณะแล้วก็ไม่สามารถจะนำมาส่งมอบกันในลักษณะของการเป็นประกันอย่างมัดจำได้ คงมีแต่การให้กันได้โดยลักษณะอนุญาต

ให้ใช้สิทธิหรือโอนสิทธิไปเลยทีเดียว ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ไม่สามารถนำมาเป็นมัดจำได้

ตามที่กล่าวไว้แล้วว่าสิ่งที่สามารถนำมาเป็นมัดจำได้นั้น หมายถึงสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังมีทรัพย์สินบางอย่างที่ไม่สามารถจะโอนแก่กันได้ ดังนั้น จึงไม่สามารถจะนำมาเป็นมัดจำให้แก่กันได้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 106 บัญญัติว่า

"ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ได้แก่ ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้ และทรัพย์สินซึ่งไม่โอนให้แก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย"

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินนอกพาณิชย์นั้นอาจเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้

เมื่อพิจารณาถึงบทนิยามของคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามมาตรา 98 และคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามมาตรา 99 แล้ว สิ่งที่ไม่อาจมีราคาได้หรือไม่อาจถือเอาได้ย่อมมิใช่ทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน ทรัพย์สินนอกพาณิชย์นั้นจึงมิใช่ทรัพย์สินตามกฎหมาย ไม่อาจนำมาเป็นวัตถุแห่งสิทธิ หรือนำมาจำหน่ายจ่ายโอน หรือมอบไว้เป็นประกันกันได้ เช่น ทรัพย์สินตามกฎหมายชนิดอื่น ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ประเภทนี้ ได้แก่ สลายลม แสงแดด ก้อนเมฆ ดวงดาว น้ำทะเล เป็นต้น ดังนั้น จึงไม่อาจนำมาเป็นมัดจำได้

ข. ทรัพย์สินที่ไม่สามารถโอนกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ประเภทนี้ ถือว่าเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินตามกฎหมาย แต่จะนำมาจำหน่าย จ่ายโอน ดังเช่นทรัพย์สินทั่ว ๆ ไปมิได้ เว้นแต่จะโอนโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายโดยเฉพาะ เพราะเนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ เช่น ที่วัดและธรณีสงฆ์ (ตามพระราชบัญญัติสงฆ์ พุทธศักราช 2505 มาตรา 34) สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1305 ซึ่งบัญญัติว่า ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น จะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น จึงเห็นว่าไม่อาจนำมามัดจำได้ เพราะเมื่อนำมาจำหน่ายจ่ายโอนกันมิได้ ก็ย่อมนำมาเป็นมัดจำอันเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาและริบกันมิได้

สังหาริมทรัพย์ที่อาจขนเคลื่อนจากที่แห่งหนึ่งไปแห่งอื่นได้ เช่น ช้าง ม้า วัว ควาย รถยนต์ แก้วแหวนเงินทอง เหล่านี้ โดยสภาพแล้วสามารถนำมาส่งมอบให้แก่กันได้เป็นมัดจำได้ เพราะสามารถกระทำได้โดยชัดแจ้งเป็นรูปธรรม และเมื่อถึงคราวต้องริบกันก็สามารถกระทำได้ในทันที เพราะทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้รับมัดจำโดยสภาพอยู่แล้ว และหากผู้วางมัดจำปฏิบัติตามสัญญาถูกต้องครบถ้วนแล้ว ผู้รับมัดจำก็ต้องส่งคืนทรัพย์สินเหล่านี้ให้แก่ผู้วางมัดจำไป

สำหรับสังหาริมทรัพย์บางประเภท เช่น เรือกำปั่น เรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือรถยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะนั้น แม้ว่าในการซื้อขายหรือทำนิติกรรมบางอย่างจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับอสังหาริมทรัพย์ก็ตาม มาตรา 456 แต่ก็มิใช่จะทำให้สังหาริมทรัพย์ประเภทนี้กลายเป็นอสังหาริมทรัพย์ไปด้วย เพียงแต่มีกฎหมายบัญญัติบังคับเป็นพิเศษเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาสภาพของทรัพย์สินเหล่านี้แล้ว ย่อมสามารถส่งมอบการครอบครองกันได้ และเมื่อถึงคราวต้องริบกันก็ย่อมทำได้เพราะเป็นการได้มาโดยผลของกฎหมาย มิใช่เกิดจากนิติกรรม เช่น ซื้อขาย หรือให้ ซึ่งหากไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว จะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 456 และ 525 ดังนั้น เมื่อใช้สิทธิริบแล้วย่อมสามารถบังคับให้ผู้วางมัดจำไปจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงได้ หากผู้วางมัดจำเพิกเฉยก็ย่อมใช้สิทธิตามฟ้องร้องต่อศาลบังคับหรือถือเอาคำพิพากษาแสดงการแสดงเจตนาได้ ตามมาตรา 213 วรรค 2

นอกจากนี้ ยังมีทรัพย์สินบางประเภท คือ เครื่องจักรซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเดิมนั้นเครื่องจักรไม่สามารถนำมาจดทะเบียนจำนองกันได้ เพราะไม่มีทะเบียนให้จดกันได้ คงทำได้แต่การจำนำ ซึ่งต้องส่งมอบทรัพย์สินไว้ในความครอบครองของผู้รับจำนำ อันทำให้ผู้จำนำต้องขาดประโยชน์ในการใช้สอยทรัพย์สินนั้น อัน

ก่อให้เกิดการไม่ขยายตัวในวงการธุรกิจการค้าเท่าที่ควร ดังนั้น จึงมีการบัญญัติพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ขึ้น เพื่อให้เครื่องจักรซึ่งเป็นสิ่งหาทรัพย์สินที่สามารถจดทะเบียนจำนองและทำนิติกรรมอื่นได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทะเบียนเครื่องจักรนั้นมีใช้หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรแต่อย่างใด คงเป็นเพียงพยานหลักฐานอย่างหนึ่งแสดงว่าผู้มีชื่อเป็นเจ้าของเครื่องจักร ดังนั้น หากได้ความว่าได้ส่งมอบเครื่องจักรกันไว้เป็นมัดจำ ซึ่งโดยสภาพย่อมหยิบยื่นให้กันได้ และแม้จะมีได้มอบทะเบียนเครื่องจักรไว้ด้วยก็ตาม หากต้องมีการริบกันและผู้วางมัดจำไม่ยินยอมไปจดทะเบียนโอนเครื่องจักรให้ ผู้วางมัดจำก็สามารถร้องขอต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ดำเนินการได้ หรือให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้ ตามมาตรา 213 วรรค 2

ในการมอบมัดจำให้แก่อันนั้น ในวงการธุรกิจการค้าปัจจุบันมักจะวางมัดจำกันด้วยเงิน อันหมายถึงธนบัตรหรือเหรียญกษาปณ์ซึ่งใช้ชำระหนี้กันเป็นส่วนใหญ่ อาจมีปัญหาได้ว่าเมื่อมอบเงินจำนวนใด (หมายถึงธนบัตรเลขที่ใด) ไว้เป็น ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไว้แล้วว่า การวางมัดจำนั้นเป็นเพียงการประกันอย่างหนึ่ง ไม่ได้มีผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปในทันทีที่วางมัดจำกัน เพราะยังต้องมีผลบังคับทางกฎหมายในเรื่องการริบ หรือส่งคืนกันอีกในภายหลัง ดังนั้น หากมีกรณีต้องส่งคืนเงินกัน มีปัญหาว่าจะต้องส่งคืนธนบัตรเลขที่ที่รับมาเป็นมัดจำด้วยหรือไม่ เพราะขณะมอบไว้เป็นมัดจำกรรมสิทธิ์ยังมีได้โอนเป็นของผู้รับมัดจำ

เรื่องเงินนี้โดยสภาพแล้วเป็นสิ่งกษัตริย์ ตามมาตรา 102 ซึ่งโดยปกติแล้วอาจใช้ของอันอันเป็นประเภทและชนิดเดียวกัน มีปริมาณเท่ากันแทนกันได้ เงินตรา นั้นแม้จะใช้เงินตราต่างประเภทกัน เช่น ธนบัตรกับเหรียญกษาปณ์ ถ้ามีปริมาณเท่ากันก็อาจชำระแทนกันได้ ทั้งนี้ เพราะมีพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 บัญญัติอนุญาตไว้ แต่ทั้งนี้หากเป็นเงินต่างประเภทกันยอมใช้แทนกันได้มีจำนวนจำกัด ตามมาตรา 11 ทั้งนี้ คงเป็นไปตามจำนวนที่กำหนดโดยกฎกระทรวง และกฎกระทรวงการคลัง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2506) ที่กำหนดไว้เป็นกรณี ๆ ไป ^{๑๑}

^{๑๑} บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 25.

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการส่งคืนมัดจำที่เป็นเงินนั้น ไม่จำเป็นต้องส่งคืนธนบัตรหรือเหรียญษาปณัฒบับที่รับไว้ก็ย่อมทำได้ แต่ขอให้เป็นจำนวนเท่ากับที่มอบกันไว้ก็เป็นการเพียงพอ

ในปัจจุบันในวงการธุรกิจการค้า เป็นที่ยอมรับกันในการใช้ตัวเงิน อันได้แก่ ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน และเช็ค มาชำระหนี้แทนเงินสด ซึ่งจะมีผลให้หนี้ระงับสิ้นไปต่อเมื่อตัวเงินได้ใช้เงินแล้ว (มาตรา 321 วรรค 3) ดังนั้น หากคู่สัญญาจะต้องชำระหนี้กันเป็นจำนวนเงินมาก ๆ ย่อมไม่เป็นการสะดวกและไม่ปลอดภัยที่จะนำเงินสดจำนวนมาก ๆ มาให้กัน ซึ่งเป็นที่นิยมที่จะชำระหนี้กันด้วยการออกตัวเงิน โดยเฉพาะเช็คแทนการชำระเงินสด

ในเรื่องเกี่ยวกับมัดจำนี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า เมื่อไม่มีเงินสดมาวางไว้เป็นมัดจำ แต่ได้มอบเช็คไว้แทนเงินสด ศาลฎีกาถือว่าเช็คนั้นเป็นมัดจำได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 46/2515 ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้โจทก์ ได้ประกาศขายแพซงโดยวิธีประมูล อ.เป็นผู้ประมูลได้ และเมื่อ 16 ธันวาคม 2509 ได้นำเช็คจำนวน 50,000 บาท มาวางเป็นมัดจำ เพื่อจะได้ทำสัญญาซื้อขายภายใน 15 วัน ตามเงื่อนไขการประมูล โจทก์นำเช็คขึ้นเงิน ธนาคารปฏิเสธการใช้เงิน ถึงกำหนดเวลา อ.จำเลยก็ไม่นำเงิน 15 % ไปชำระและมีได้ทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ โจทก์ฟ้องจำเลยให้ใช้เงิน 50,000 บาท

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "โจทก์ฎีกาประการเดียวว่า โจทก์มิได้ฟ้องเรียกเงินตามเช็ค แต่ได้ฟ้องให้จำเลยชำระเงินค่ามัดจำของในการประมูลซื้อไม้ซุงสัก เพราะโจทก์มีสิทธิรับเงินมัดจำของ แต่เช็คที่จำเลยวางมัดจำของไม่มีเงิน จำเลยจึงคงมีหน้าที่ชำระเงินมัดจำของอยู่ ศาลฎีกาได้พิเคราะห์ฎีกาของโจทก์ข้อนี้แล้ว เห็นว่าตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์นั้น เช็คจำนวน 50,000 บาท รายนี้เป็นเงินวางมัดจำประจำของที่จำเลยประมูลซื้อไม้ได้ 5 แพ เพราะโจทก์จะยึดเงินมัดจำของของผู้ประมูลได้ไว้ก่อน เพื่อให้ผู้ประมูลนำเงินร้อยละ 15 ของราคาไปชำระให้โจทก์เพื่อทำสัญญาซื้อขายภายใน 15 วัน ปรากฏต่อมาว่า โจทก์นำเช็ค 50,000 บาทนี้ไปขึ้นเงินไม่ได้ และภายในกำหนด 15 วัน จำเลย

ก็ไม่ชำระเงินร้อยละ 15 และไม่ไปทำสัญญาซื้อขาย จำเลยจึงจะต้องถูกริบเงินมัดจำของ 50,000 บาท แต่เช็ครายนี้ขึ้นเงินไม่ได้เพราะจำเลยไม่มีเงินในบัญชี โจทก์จึงฟ้องขอให้จำเลยชำระเงิน 50,000 บาท ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าคำบรรยายฟ้องของโจทก์เช่นนี้ เป็นการฟ้องเรียกเงินตามเช็ค 50,000 บาทนั่นเอง เพราะถ้าไม่มีการนำเอาเช็ครายนี้ไปวางมัดจำประจำของแล้ว ก็ย่อมถือไม่ได้ว่ามีการให้มัดจำไว้ตามมาตรา 377 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่อาจริบมัดจำได้ตามมาตรา 378 (2) คดีนี้โจทก์มิได้ฟ้องค่าเสียหายฐานผิดสัญญา แต่เป็นการฟ้องโดยอ้างสิทธิที่จะริบมัดจำ สิ่งที่เป็นมัดจำคือเช็ครายนี้เอง ฉะนั้น จึงเป็นเรื่องที่โจทก์ฟ้องเรียกเงินตามเช็ค ซึ่งโจทก์ถือว่าเป็นมัดจำและโจทก์มีสิทธิริบได้ เมื่อเป็นการฟ้องเรียกเงินตามเช็ค ซึ่งลงวันที่ 15 ธันวาคม 2509 แต่โจทก์มาฟ้องเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2511 และจำเลยก็ต่อสู้ว่าขาดอายุความเช่นนั้น ฟ้องโจทก์จึงขาดอายุความตามมาตรา 1002 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น โดยลักษณะของเช็คนั้นเป็นตัวเงินประเภทหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นตราสารเปลี่ยนมือ และสามารถใช้แทนการชำระเงินสดได้ โดยลักษณะเฉพาะของการเป็นตราสารเปลี่ยนมือ หากไม่มีข้อความใดแจ้งลงในตัวว่าห้ามโอนหรือห้ามเปลี่ยนมือ ตามมาตรา 917 วรรค 2 แล้ว ผู้ทรงยอมมีสิทธิที่จะส่งจ่ายเงินให้แก่คนอื่น ๆ แทนตัวเขาเองได้ เมื่อตราสารมาในรูปที่ผู้ทรงจะส่งโอนสิทธิได้เช่นนี้ จึงไม่ต้องมีการบอกกล่าวให้ลูกหนี้แห่งตราสารทราบ ทั้งนี้ ก็เพราะว่าตัวผู้ออกตราสารเอง ตลอดจนลูกหนี้ย่อมทราบดีอยู่แล้วว่าตราสารชนิดนี้ออกมาเพื่อโอนกันได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว

เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยลักษณะของเช็คนั้นมีลักษณะเป็นตราสารอย่างหนึ่ง และมีลักษณะพิเศษกว่าตราสารชนิดอื่น เพราะเป็นตราสารที่เปลี่ยนมือได้ ดังนั้น การที่ผู้วางมัดจำได้มอบเช็คไว้ให้แก่ผู้รับมัดจำเมื่อเข้าทำสัญญาแทนเงินสดนั้น โดยเจตนาของคู่สัญญานั้น ย่อมมุ่งต้องการให้หมายถึงสิทธิที่จะได้รับชำระเงินตามตราสาร คือ เช็คนั้น มิใช่มุ่งถึงตัวกระดาษอันเป็นเช็คนั้น ดังนั้น การมอบเช็คอันเป็นตราสารแทนการแสดงสิทธิในการได้รับชำระเงินแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการส่งมอบสิทธิที่จะได้รับชำระเงินตามเช็คไว้แก่กันแล้ว จึงถือว่าได้มีการให้มัดจำกันไว้แล้ว แต่เมื่อ

พิจารณาถึงลักษณะของเช็คซึ่งเป็นตัวเงินประเภทหนึ่งนั้น การที่ผู้รับมัดจำได้รับเช็คไว้ย่อมอยู่ในฐานะผู้ทรงเช็คในอันจะเรียกร้องเงินตามเช็คนั้น เมื่อถึงกำหนดโดยมีมูลหนี้ที่จะเรียกร้องกันในฐานะมูลหนี้ตัวเงินแยกต่างหาก โดยมีมูลหนี้เดิมมาจากมัดจำซึ่งก็เป็นการชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การที่ผู้รับมัดจำนำเช็คไปขึ้นเงินเมื่อถึงกำหนดและธนาคารตามเช็คได้ปฏิเสธการจ่ายเงินนั้น ก็เป็นการใช้สิทธิในสถานะมูลหนี้ตัวเงินประการหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาแล้วการที่สามารถจะเรียกร้องเงินตามเช็คนี้ได้ ก็เพราะอาศัยมูลหนี้เดิมซึ่งเป็นมัดจำนั่นเอง หากไม่มีมูลหนี้เดิมต่อกันมาก่อนก็ย่อมไม่สามารถที่จะฟ้องเรียกร้องกันตามเช็คได้ ทั้งนี้ ก็มีใช้เป็นการแปลงหนี้ใหม่จากมัดจำมาเป็นตัวเงินแต่อย่างใด เพราะตราใบที่ยังไม่มีการผิดสัญญาประธานต่อกันสัญญามัดจำก็ย่อมยังมีอยู่ ไม่ใช่ว่ามีมูลหนี้ตามเช็คขึ้นมาแล้วจะทำให้หนี้มัดจำระงับไป เพียงแต่ว่าโดยลักษณะของเช็คนั้นมีลักษณะพิเศษอันมาจากความเป็นตราสารเปลี่ยนมือ ซึ่งกฎหมายรองรับให้มีมูลหนี้พิเศษต่อกันขึ้นมาอีกประการหนึ่ง อันมีลักษณะพิเศษกว่าตราสารโดยทั่วไป โดยถือว่าแทนเงินสดได้ในตัวตราสารนั้น

ข้อสังเกตตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าคดีนี้ข้อเท็จจริงโจทก์ได้บรรยายฟ้องไปในทางฟ้องเรียกเงินตามเช็คในมูลหนี้ตัวเงิน ดังนั้น หากจะฟ้องจำเลยในฐานะผู้สั่งจ่ายเช็ค จึงต้องตกอยู่ในอายุความตามมาตรา 1002 ด้วย การที่มาฟ้องจำเลยในฐานะผู้สั่งจ่ายเกิน 1 ปีแล้ว คดีจึงขาดอายุความที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้

แต่หากพิจารณาในด้านความผูกพันกันตามมูลหนี้ที่เกิดจากสัญญามัดจำ กล่าวคือ เมื่อจำเลยได้มอบเช็คไว้ให้กับโจทก์ซึ่งถือว่าเป็นมัดจำกันแล้ว สัญญามัดจำก็ย่อมเกิดขึ้น ต่อมาหากจำเลยผิดสัญญาไม่นำเงิน 15% ไปชำระและมิได้ทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ไว้ตามข้อตกลง และโจทก์สามารถนำเช็คไปขึ้นเงินได้ก็เท่ากับว่าโจทก์ได้ใช้สิทธิริบมัดจำบรรลุผลแล้ว แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้เมื่อโจทก์ใช้สิทธิริบมัดจำ คือ นำเช็คไปขึ้นเงิน แล้วธนาคารตามเช็คปฏิเสธการจ่ายเงิน เพราะจำเลยไม่มีเงินในบัญชี และจำเลยก็ผิดสัญญาไม่นำเงิน 15% ไปชำระพร้อมกับทำสัญญาซื้อขายตามที่ประมวลข้อแพ้ได้ การที่โจทก์ไม่สามารถได้รับเงินตามเช็คนี้ก็เท่ากับว่าโจทก์ได้ใช้สิทธิริบมัดจำแล้ว แต่ไม่สามารถบรรลุผลบังคับของเรื่องมัดจำคือริบกันได้ ก็เท่ากับว่าจำเลยในฐานะผู้วางมัดจำปฏิบัติผิดสัญญา

ดังนั้น หากข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่าตนได้รับความเสียหายในฐานะที่จำเลยผิดสัญญามัดจำ กล่าวคือ มอบมัดจำไว้แต่ถึงคราวจะริบไม่สามารริบได้ เพราะจำเลยไม่มีเงินในบัญชี ผู้เขียนเห็นว่าการฟ้องจะไม่ต้องอาศัยอายุความเรื่องเช็คมาบังคับกัน น่าจะบังคับกันได้ในมูลหนี้ที่เกิดจากสัญญามัดจำซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะ ก็คงต้องตกอยู่ในอายุความทั่วไป คือ 10 ปี ตามมาตรา 164 นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นเพิ่มเติมว่าหากต้องอาศัยมูลหนี้เช็คบังคับกันในเรื่องนี้อย่างเดียวแล้ว หากผู้วางมัดจำบางรายแกล้งผิดผ่อนชำระเงินจนเช็คขาดอายุความแล้ว หรือเช็คถึงกำหนดก่อนที่ผู้วางมัดจำจะผิดสัญญาประธานนาน ๆ หรือมีการผ่อนชำระการปฏิบัติตามสัญญาประธานแล้ว ก็จะเป็นเหตุให้ผู้รับมัดจำไม่สามารถจะอาศัยมูลสัญญามัดจำมาฟ้องเรียกร้องบังคับกันได้ ความผูกพันกันตามสัญญามัดจำก็จะคู่ไร้ความหมายไป

ในสัญญาลักษณะอื่น เช่น สัญญาขายลดเช็คนั้นก็ยังมีลักษณะทำนองเดียวกันกับข้อเท็จจริงในฎีกาฉบับนี้ ซึ่งผู้ซื้อลดเช็คสามารถที่จะฟ้องผู้ขายลดเช็คในฐานะผู้สละหลังหรือผู้ส่งจ่ายในมูลหนี้ตามเช็คภายในอายุความของเรื่องเช็คก็ได้ หรือจะฟ้องตามมูลหนี้ที่ผูกพันกันในเรื่องสัญญาขายลดเช็คก็ย่อมได้ ทั้งนี้ ในสัญญาขายลดเช็คก็ไม่มีอายุความกำหนดไว้โดยเฉพาะเช่นกัน ผู้ซื้อลดเช็ค (เจ้าหนี้) จึงสามารถฟ้องผู้ขายลดเช็คโดยใช้อายุความ 10 ปี นับแต่วันที่เช็คนั้นถึงกำหนด อันเป็นวันที่เงื่อนไขเริ่มต้นที่เจ้าหนี้อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้ตามอายุความมาตรา 164 ก็ได้ แล้วแต่ว่าบรรยายฟ้องมาในรูปใด

ในเรื่องของปัญหาเกี่ยวกับสิ่งใดจะสามารถนำมาเป็นมัดจำได้หรือไม่ นั้น ยังไม่มีผู้ใดวินิจฉัยหรือวิเคราะห์ไว้โดยละเอียด คงมีแต่คำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับกล่าวถึงไว้บ้าง ซึ่งผู้เขียนจะขอล่าถึงดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1722/2513 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า หนังสือค้ำประกันของธนาคารซึ่งจำเลยนำมาวางไว้ต่อโจทก์ ในการที่โจทก์จำเลยทำการก่อสร้างนั้น หนังสือค้ำประกันเป็นเพียงสัญญาซึ่งธนาคารผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อโจทก์เพื่อชำระหนี้ ในเมื่อจำเลยผิดสัญญาและไม่ชำระหนี้เท่านั้น ธนาคารมิได้วางเงินตามสัญญาค้ำประกันให้ไว้ต่อโจทก์ขณะเมื่อเข้าทำสัญญากับโจทก์

หนังสือค้ำประกันจึงมิใช่เป็นมัดจำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ส่วนการที่ธนาคารชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันให้แก่โจทก์ในภายหลัง ในเมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญากับจำเลยแล้วนั้น ถือได้เพียงว่าธนาคารได้ปฏิบัติตามข้อผูกพันตามหนังสือค้ำประกันหาทำให้เงินที่ชำระกลายเป็นมัดจำไปไม่ ฉะนั้น เมื่อหนังสือค้ำประกันไม่ใช่มัดจำ และตามสัญญามิได้มีข้อความระบุไว้ให้รับเงินที่ชำระตามหนังสือค้ำประกัน โจทก์จึงรับเงินจำนวนนี้ไม่ได้

ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2186/2517 วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่า หนังสือค้ำประกันซึ่งธนาคารวางไว้ต่อจำเลย เป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาของโจทก์ซึ่งเป็นผู้สัญญากับจำเลยนั้น ไม่เป็นมัดจำตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 เมื่อจำเลยบอกเลิกสัญญาแล้ว ก็ไม่มีสิทธิที่จะรับเงินดังกล่าว

แต่ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1478/2518 วินิจฉัยว่าสามารถริบเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกันได้ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า "ส่วนเงินมัดจำจำนวน 13,600 บาท ที่วางไว้ตามสัญญาข้อ 4 เมื่อจำเลยใช้สิทธิเลิกสัญญากับโจทก์แล้ว จำเลยมีสิทธิรับเงินมัดจำได้ตามข้อสัญญาข้อ 2 เงินจำนวนนี้ยังมีได้วางไว้ต่อจำเลยเป็นเงินสด แต่ใช้หนังสือรับรองของธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด แทน แม้ยังถือว่าเป็นเงินมัดจำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ไม่ได้ก็ดี แต่ตามสัญญาข้อ 2 และ 4 ก็เห็นได้ว่าคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะผูกพันกันว่า ถ้ามีการผิดสัญญาและจำเลยที่ 1 ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ฝ่ายโจทก์จะต้องใช้เงินจำนวน 13,600 บาทให้แก่จำเลย ซึ่งเงินจำนวนนี้โจทก์ได้ใช้หนังสือรับรองของธนาคารเป็นประกัน แต่คู่สัญญาเรียกว่า "เงินมัดจำ" ซึ่งเป็นการผิดจากความหมายตามตัวบทมาตรา 377 แต่เพียงเท่านั้นก็ไม่ทำให้สัญญาข้อ 2 และ 4 เสียไปใช้บังคับไม่ได้ จำเลยจึงมีสิทธิเรียกร้องเอาเงินจำนวนนี้จากโจทก์ได้ตามสัญญา"

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1478/2518 นี้ ท่านศาสตราจารย์จิตติ ตึงศภัทย์ ได้บันทึกหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ว่า "มัดจำตามมาตรา 377 นั้น จะเป็นเงินหรือสิ่งอื่นใดก็ได้ แต่ต้องได้ให้ไว้ต่อกัน คือ ส่งมอบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว เรื่องนี้กำหนดมัดจำเป็นเงิน แต่ไม่ได้มอบเงิน หากแต่

มอบหนังสือรับรองของธนาคารเป็นประกัน ซึ่งเป็นเพียงแต่หน้าที่จะต้องชำระเงิน
จึงยังไม่ได้ส่งมอบสิ่งใดแก่กันอยู่นั่นเอง”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ที่กล่าวมาทั้ง 3 ฉบับ ศาลฎีกาได้
วางแนวทางในเรื่องของมัดจำไว้ว่า ต้องเป็นสิ่งที่ได้มอบให้แก่กันไว้เมื่อเข้าทำ
สัญญาจึงจะถือว่าเป็นมัดจำ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่คู่สัญญามอบหนังสือค้ำ
ประกันของธนาคารให้ไว้ต่อกันนั้น ก็มุ่งถึงสิทธิเรียกร้องตามหนังสือสัญญาค้ำ
ประกันนั้น มิใช่เพียงตัวหนังสือสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นเพียงกระดาษและมีราคา
เพียงเล็กน้อย แต่เมื่อมิได้มอบไว้เป็นเงินสดคงเป็นเพียงสิทธิที่จะเรียกร้องเงิน
ต่อกันหากมีการผิดสัญญา มูลหนี้ผูกพันระหว่างธนาคารกับผู้เสียหายนั้น ก็มีมูลหนี้
แยกต่างหากเป็นเรื่องสัญญาค้ำประกันนั่นเอง ซึ่งเป็นหน้าที่ธนาคารผูกพันว่าต้อง
ชำระเงิน แต่ในเมื่อไม่ได้ส่งมอบเงินกันไว้ขณะทำสัญญา ศาลฎีกาจึงตีความหมาย
ว่าไม่ใช่มัดจำ ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีดังกล่าวนี้ในตอนท้ายแล้ว ในเมื่อศาล
ฎีกาตีความว่าสัญญาค้ำประกันนี้ไม่ใช่มัดจำแล้ว ก็คงไม่ต้องไปพิจารณาว่าจะริบเงิน
ที่ธนาคารส่งมาให้ในฐานะเป็นการริบมัดจำได้หรือไม่ เพราะหากสิ่งใดเป็นมัดจำ
ได้แล้ว เมื่อถึงคราวผิดสัญญากันขึ้นก็สามารถริบสิ่งที่มอบให้แก่กันได้อยู่แล้ว ตาม
บทบัญญัติในเรื่องมัดจำให้อ่านอาจไว้ หากต้องมีข้อตกลงให้ริบกันอีกไม่ แต่เมื่อกรณี
ดังกล่าวนี้เมื่อตามข้อสัญญาในหนังสือค้ำประกัน ก็มีการระบุว่าการผิดสัญญา
ธนาคารต้องจ่ายเงินให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายแล้ว ก็คงต้องบังคับกันไปตามนั้น
ได้ในฐานะความผูกพันตามสัญญาค้ำประกันนั่นเอง หากใช่เป็นการริบมัดจำไม่
เพราะมีมูลหนี้ผูกพันกันต่างหากที่ต้องรับผิดชอบต่อกันอยู่แล้ว ไม่ต้องอาศัยเรื่องมัดจำ
เข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด ก็ย่อมฟ้องเรียกร้องกันได้ตามข้อตกลงในสัญญาได้
อยู่แล้ว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาค้ำประกันของธนาคารเหล่านี้ มิใช่มัด
จำตามความหมายของกฎหมาย ตามที่ศาลฎีกาวางหลักไว้ก็ถูกต้องอยู่ แต่เมื่อ
ไม่เป็นมัดจำตามกฎหมายแล้ว ก็ไม่ควรต้องกล่าวถึงเรื่องการริบได้หรือไม่ได้ให้
ยุ่งยากอีก เพราะจะริบเงินตามสัญญาค้ำประกันได้หรือไม่นั้น ไม่ได้อาศัยการ
ริบมัดจำแต่อย่างใด แต่เป็นความผูกพันที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันแยกออกไป
ต่างหากแล้ว ก็คงพิจารณากันไปตามข้อตกลงในสัญญาเป็นกรณี ๆ ไป

นอกจากนี้ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4252/2528 โดยศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า จำเลยทำสัญญากู้ยืมไว้แก่โจทก์แทนการวางมัดจำเป็นเงินสด ตามสัญญาจะซื้อขายที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง สัญญากู้ยืมจึงมีมูลหนี้มาจากการที่จำเลยมีหนี้ที่จะต้องวางมัดจำตามสัญญาจะซื้อขายที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง เมื่อจำเลยผิดสัญญาจะซื้อขายซึ่งโจทก์มีสิทธิริบเงินมัดจำ โจทก์ย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับตามสัญญากู้ยืมได้ เพราะมีมูลหนี้ต่อกัน และกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าได้มีการส่งมอบเงินให้ผู้กู้แล้ว เมื่อต่อมาสัญญากู้ยืมครบกำหนดจำเลยไม่ชำระหนี้ โจทก์ผู้ให้กู้ก็มีสิทธิฟ้องเรียกร้องให้จำเลยชำระเงินได้ โดยถือว่าจำเลยผิดนัดตั้งแต่วันถัดจากวันครบกำหนดตามสัญญาเป็นต้นไป

ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนยังไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เพราะโดยลักษณะของมัดจำนั้นจะต้องมีการส่งมอบสิ่งที่จะเป็นมัดจำให้ไว้ต่อกันเมื่อเข้าทำสัญญา ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ เพียงแต่มีการทำสัญญากู้ยืมกันไว้แทนเงินสดที่มุ่งจะมอบให้แก่กันไว้เป็นมัดจำ ในเรื่องนี้กำหนดมัดจำไว้เป็นเงิน แต่ไม่ได้มอบเงิน คงทำเป็นสัญญากู้ยืมเงินไว้แทน ซึ่งลักษณะของสัญญากู้ยืมดังกล่าวเป็นแต่หนี้ที่จะต้องชำระหนี้ แต่ทั้งนี้โดยที่กลายเป็นความผูกพันระหว่างคู่สัญญาขึ้นมาใหม่ในมูลหนี้กู้ยืม ซึ่งก็ไม่แตกต่างไปจากการผูกพันกันตามสัญญาค้ำประกันของธนาคารที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น ทั้งนี้ เพราะหากผู้รับจำนองไม่ผิดสัญญา ผู้ว่าจ้างก็ไม่มีมูลที่จะมาอ้างเรียกร้องให้ธนาคารรับผิดชอบสัญญาค้ำประกันได้แต่อย่างใด ในกรณีของสัญญากู้ยืมก็เช่นกัน หากผู้จะซื้อไม่ผิดสัญญา ก็ไม่มีเหตุต้องริบมัดจำ ผลก็คือเมื่อสัญญากู้ยืมครบกำหนด ผู้ขายก็ไม่มีมูลหนี้ที่จะมาเรียกร้องตามสัญญากู้ยืมเอาจากผู้จะซื้อได้ ดังนั้น การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อหนี้เงินกู้ถึงกำหนดก็สามารถฟ้องเรียกร้องเรียกกันได้ นั้น ผู้เขียนก็เห็นด้วยใน ส่วนนี้ เพราะหนี้กู้ยืมนั้นคู่สัญญาย่อมมีความผูกพันที่ต้องชำระหนี้ให้แก่กันแยกเป็นต่างหากอยู่แล้ว ทั้งนี้ โดยที่มีมูลที่จะเรียกร้องกันได้ตามกฎหมายด้วย คือ เกิดมาจากมัดจำ แต่เมื่อฟ้องเรียกเงินตามสัญญากู้ยืม ผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญากู้ยืมนั้น ขาดจากลักษณะของการเป็นมัดจำไปแล้วดังที่กล่าวข้างต้น ดังนั้น การที่ศาลฎีกาใช้ถ้อยคำทำนองว่า เมื่อจำเลยผิดสัญญาจะซื้อขาย โจทก์ก็มีสิทธิริบเงินมัดจำ โจทก์ย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับตามสัญญากู้ยืมได้ เพราะมีมูลหนี้ต่อกันนั้น ดูจะตีความไปทำนองที่ว่ามาฟ้องเพื่อริบเงินมัดจำตามสัญญากู้ยืม โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องมัดจำทำนองนั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า จริงอยู่หากถ้าผู้จะซื้อ (จำเลย)

ไม่ผิดสัญญาจะซื้อขาย ก็มีผลทำให้โจทก์ (ผู้จะขาย) ไม่มีสิทธิริบมัดจำได้ ทั้งนี้ คงเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของมัดจำ แต่เมื่อมุ่งมัดจำเป็นเงินสดไว้ แต่มิได้มอบเงินสดไว้แก่กันเมื่อเข้าทำสัญญา ก็คงมีสิทธิเรียกร้องต่อกันได้ในมูลหนี้กู้ยืมเงินซึ่งเกิดขึ้นใหม่แยกต่างหากออกมาแล้ว และคงบังคับกันได้โดยอาศัยเรื่องกู้ยืมนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการฟ้องเรียกเงินกู้เป็นการริบมัดจำอีกแต่อย่างใด นอกจากนี้ หากครบกำหนดที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อขายกันแล้ว สัญญากู้อยยังไม่ครบกำหนด ผู้จะขายก็ไม่มีมัดจำใดที่จะริบกันได้ และตามหลักที่ผู้เขียนได้วางไว้ นั้น เมื่อพิจารณาตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้แล้ว มุ่งเฉพาะกรณีที่จะบังคับกันได้ทันที ทั้งนี้ เพราะต้องมีการส่งมอบสิ่งที่เป็นมัดจำให้ไว้ในความครอบครองของผู้รับมัดจำ อันเป็นลักษณะสำคัญการที่จะต้องไปฟ้องร้องกันอีก ไม่สามารถบังคับกันได้ทันทีย่อมไม่น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่า "ริบ" ในบทบัญญัติเรื่องนี้ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วข้างต้น ประกอบกับในความเป็นจริงแล้ว ไม่ได้มีการส่งมอบเงินที่กู้ยืมกันไว้แต่อย่างใด ดังนั้น หากศาลฎีกาจะถือว่าเป็นมัดจำแล้ว เมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาถูกต้องครบถ้วน ก็ย่อมไม่ต้องมีการริบมัดจำกัน หากแต่สามารถนำมัดจำนั้นเป็นการชำระเงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้หรือไม่ก็ต้องส่งคืนกัน ดังนั้น ในกรณีนี้เมื่อมิได้ส่งมอบเงินกันไว้ก็ไม่มัดจำที่จะชำระเงินบางส่วน หรือส่งคืนให้แก่กันได้แต่อย่างใด อาจส่งคืนกันได้ก็คงเป็นแก้ตัวหนังสือสัญญากู้ซึ่งเป็นกระดาษเท่านั้น ซึ่งเจตนาของคู่สัญญาก็มิได้มุ่งต้องการให้สัญญากู้นั้นตกเป็นของอีกฝ่ายหนึ่งในสภาพของมัดจำแต่อย่างใด

นอกจากนี้ เมื่อผู้รับมัดจำมาฟ้องเรียกร้องกันตามความผูกพันในสัญญากู้แล้ว หากศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญากู้แล้ว ลูกหนี้ไม่ชำระ ทางบังคับของเจ้าหนี้ก็ต้องสืบหาทรัพย์สินและบังคับคดีกับทรัพย์สินของลูกหนี้ต่อไปอีก และหากลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินใด ก็ไม่มีทางบังคับคดีได้ ก็เท่ากับว่าเจ้าหนี้มิได้รับการชดใช้ค่าเสียหายแต่ประการใดเลย ถ้ายังถือว่าเป็นการริบมัดจำ ก็เท่ากับว่ามิได้รับเพราะไม่มีอะไรจะให้ริบอยู่นั่นเอง

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปว่า การที่มูลหนี้เดิมนั้นเป็นมัดจำ โดยตกลงจะมัดจำกันเป็นเงินสด แต่เมื่อถึงคราวต้องวางเป็นเงินสดนั้น ไม่มีเงินสดจะวางให้แก่กัน จึงได้ทำสัญญากู้เงินให้กันไว้แทนในลักษณะหนึ่งนั้น อาจเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้หรือไม่ ตามความหมายของมาตรา 349 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"เมื่อคุณศัพท์ที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้
ไซร์ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่

ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติม
เงื่อนไขเข้าในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอัน
เปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติที่
หลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง"

ตามบทบัญญัติเรื่องแปลงหนี้ใหม่นี้ เริ่มต้นต้องมีหนี้เก่าอยู่ก่อนแล้ว
หากไม่มีหนี้เก่าเลยก็ถือว่าไม่มีการแปลงหนี้ และหนี้เดิมนั้นจะเป็นอันระงับไป แต่
หนี้เดิมจะระงับก็ต่อเมื่อหนี้ใหม่ได้เกิดขึ้น หากหนี้ใหม่ไม่เกิด หนี้เดิมก็ยังคงอยู่^{๓๔}

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าเมื่อ
คู่สัญญามุ่งมัดจำกันเป็นเงินสด แต่เมื่อไม่มีเงินสดจึงได้ทำสัญญาให้กันไว้แทนนั้น
ก็เท่ากับว่ามีได้มีการส่งมอบอะไรให้ไว้แก่กัน เพราะล้าหลังสัญญาก่อนถือว่าเป็น
เพียงเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ อันมีประโยชน์ในการเป็นหลักฐานแห่งการ
ฟ้องคดีเท่านั้น มิได้ถือเป็นตราสารเปลี่ยนมือแต่อย่างใดอันจะทำให้ถือว่าเป็นการ
ส่งมอบตราสารแทนสิทธิตามตราสารนั้นได้^{๓๕} ดังนั้น เมื่อมิได้มีการมอบสิ่งใด
ให้ไว้ต่อกันเมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว สัญญามัดจำก็ยังไม่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพราะสาระ
สำคัญที่จะเป็นสัญญามัดจำนั้น จะต้องมีการมอบสิ่งใดให้แก่กันไว้เมื่อเข้าทำสัญญา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๓๔} จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้,
หน้า 568-569.

^{๓๕} ดาววิภา ปาลิยะประภา, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวเนื่องกับการ
จำนำสิทธิ," หน้า 46.

ประธาน ดังนั้น คงมีความผูกพันกันตามสัญญาที่เงินที่อาจจะเรียกร้องกันได้ใน เรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่เท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีนี้เมื่อหนี้เดิมอันเป็น มัดจำยังมีได้เกิดขึ้น การทำสัญญาที่จึงมิได้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ ทั้งนี้ เพราะ ไม่มีหนี้เดิมที่จะให้แปลงกันแต่อย่างใด

ตามความเห็นของผู้เขียนนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องของ หมั้นซึ่งสนับสนุนความเห็นของผู้เขียน และพอจะเทียบเคียงกับเรื่องมัดจำนี้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1852/2526 จำเลยขอหมั้นนางสาวโจทก์เพื่อให้แต่งงานกับบุตรจำเลย แต่จำเลยไม่มีเงิน จึงทำสัญญาให้โจทก์ยึดถือไว้ และ โจทก์จำเลยตกลงกันว่าถ้าจำเลยปลูกเรือนหอ โจทก์จะลดเงินกู้ให้บ้างตามราคา ของเรือนหอ ต่อมาจำเลยไม่ปลูกเรือนหอ และบุตรจำเลยไม่ยอมแต่งงานกับ นางสาวโจทก์ โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินตามสัญญา สัญญาที่ตั้งกล่าวนี้นี้เป็นเพียง สัญญาจะให้ทรัพย์สินเป็นของหมั้นกันไว้ในวันข้างหน้า ยังไม่ได้มีการมอบทรัพย์สิน ให้แก่กันอย่างแท้จริง เจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาก็มิได้มุ่งต่อการให้สัญญาตก เป็นของอีกฝ่ายหนึ่งในสภาพของหมั้น และไม่มีความประสงค์ให้ตกเป็นสิทธิแก่หญิง เมื่อสมรสแล้ว ในกรณีเช่นนี้ถือไม่ได้ว่ามีการให้ของหมั้นกันตามกฎหมาย โจทก์จะ ฟ้องเรียกเงินตามสัญญาในฐานะเป็นของหมั้นมิได้ ทั้งสัญญาที่รายนี้ก็ไม่มีมูลหนี้ เดิม อันจะมีผลทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชำระหนี้ตามสัญญาได้ด้วย

โดยลักษณะของหมั้นนั้น จะเห็นได้ว่าของหมั้นนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับ มัดจำ โดยที่ฝ่ายชายต้องมอบไว้ให้แก่ฝ่ายหญิงเมื่อทำการหมั้น มิฉะนั้นหากไม่มี การมอบสิ่งใดให้แก่กันไว้ก็ถือมิได้ว่ามีสัญญาหมั้นเกิดขึ้น หากยังไม่ส่งมอบเพียงแต่ ทำสัญญาว่าจะนำของหมั้นไปมอบกันในวันหน้า ยังไม่ถือว่าเป็นของหมั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 676/2487) และของหมั้นนั้นถ้าให้บางส่วน ก็เฉพาะส่วนที่มอบแล้ว เท่านั้นเป็นของหมั้น ส่วนที่เหลือได้ทำสัญญาว่าจะนำมาให้ในวันหน้านั้น ก็คงเป็น ของหมั้นเฉพาะทรัพย์สินส่วนที่มอบให้ไว้ ส่วนที่ยังไม่ได้มอบให้ก็ไม่เป็นของหมั้น หญิง จะฟ้องเรียกส่วนที่ไม่ได้ส่งมอบไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1089/2512)

นอกจากนี้ ของหมั้นนั้นยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักฐานการหมั้นและ เพื่อประกันว่าชายจะสมรสกับหญิง เพราะหากชายผิดสัญญาของหมั้นย่อมตกเป็น

สิทธิแก่หญิง (ตามมาตรา 1437)^{๓๖} จึงเห็นว่าจุดมุ่งหมายของการให้ของหมั้น นั้นก็มีจุดมุ่งหมายทำนองเดียวกันกับการให้มัดจำแก่กันไว้ ทั้งนี้ เพียงแต่มีผล บังคับเป็นการเฉพาะเรื่องแยกต่างหากไว้เท่านั้น ซึ่งในเรื่องสัญญาหมั้นนั้นศาล ฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1852/2526 ว่า สัญญาหมั้นนั้นต้องมี การให้ของหมั้นแก่กันตามกฎหมายจึงจะเกิดสัญญาหมั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าพอจะ เทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4252/2528 ในเมืองมัดจำนี้ได้

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปแล้วผู้เขียนเห็นว่า ความหมายของคำว่า "สิ่งใด" ที่จะนำมาเป็นมัดจำนั้น หมายถึง สิ่งหาปริมาณที่มีรูปร่างเท่านั้น

4.2 สถานะทางกฎหมายของมัดจำ

4.2.1 มัดจำเป็นประกันด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่งหรือไม่

ในเรื่องของการประกันการชำระหนี้หรือการประกันการปฏิบัติ ตามสัญญานี้ ได้มีนักกฎหมายอาวุโสท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นไว้ว่า^{๓๗} "เมื่อมี การให้มัดจำไว้แก่กัน นอกจากจะเป็นหลักฐานแห่งการทำสัญญาแล้ว ยังเป็นแหวน กันไว้ 1 วง เป็นมัดจำตามมาตรา 456 วรรค 2 นั้น แหวนนั้นยอมใช้เป็น ประกันการปฏิบัติตามสัญญาด้วย เช่น ในการทำสัญญาจะซื้อขายที่ดิน ถ้าได้ให้ หลักฐานให้ฟ้องบังคับคดีกันโดยไม่ต้องมีหนังสือ มัดจำนี้ให้ไว้แก่กันนี้ตามมาตรา 378 (2) ท่านให้รีบ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ เฉพาะข้อนี้มัดจำจึง

^{๓๖} ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 ซึ่งแก้ไข ใหม่ พ.ศ. 2533 นั้น บัญญัติว่า "การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือ โอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น

เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง ฯลฯ"

^{๓๗} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ บรรณ 3 ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 3.

เป็นประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งเหมือนกัน อย่างเช่น เรื่องจำนอง จำน่า แต่จะแตกต่างกันตรงผลบังคับตามกฎหมายเท่านั้น”

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ว่ามัดจำนั้นมีฐานะเป็นประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับประกันด้วยทรัพย์สินอย่างเช่นเรื่องจำนองและจำนำ แม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของมัดจำนั้น จะมีได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญาอยู่ในเรื่องของการประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สินอย่างเรื่องค้ำประกัน จำนอง จำน่า ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า การที่กฎหมายบัญญัติถึงเรื่องมัดจำขึ้นไว้นี้ ก็ต้องการให้เจ้าหนี้หลักประกันอันเป็นมัดจำที่มอบให้แก่กันไว้นั้น เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน โดยผู้รับมัดจำมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันที่จะยึดถือครอบครองไว้จนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามสัญญา และหากลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) เป็นฝ่ายผิดสัญญาแล้ว ผลทางกฎหมายของมัดจำนั้นก็ให้สิทธิผู้รับมัดจำที่จะริบทรัพย์สินอันเป็นมัดจำนั้นได้ อันเป็นส่วนหนึ่งของความเสียหายที่ตนได้รับจากการผิดสัญญาของผู้วางมัดจำ

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่ามัดจำนั้นเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่งนั่นเอง

4.2.2 ผู้รับมัดจำถือว่าเป็นเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิตามกฎหมายหรือไม่

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 251 บัญญัติว่า

“ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ในกรณีจะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือบทกฎหมายอื่น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว บุริมสิทธิต้องเกิดจากอำนาจตามกฎหมายตามที่กล่าวมาข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ทรงบุริมสิทธิได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่น กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้หนี้สินจนสิ้นเชิงเต็มจำนวนจากทรัพย์สินทั่วไปหรือเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น บุริมสิทธิที่จะเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้นว่าจะกำหนดให้หนี้ อย่างไร

เป็นหน้าที่มีบุริมสิทธิ หน้าที่เกิดมีบุริมสิทธินี้ไม่จำเป็นต้องมีตัวลูกหนี้ผูกพันสัมพันธ์กับเจ้าหนี้โดยตรงเสมอไป อาจเกิดจากกฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิเรียกร้อง ดังเช่นค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันหรือค่าปลงศพ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาลักษณะของบุริมสิทธิแล้วนั้น จะเห็นว่า จะเกิดขึ้นได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายก่อตั้งขึ้น โดยมีใช้ประกันการปฏิบัติตามสัญญาหรือประกันหนี้อย่างจำนำหรือมัดจำ เพราะการประกันหนี้อย่างเรื่องจำนำหรือมัดจำนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิจะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่เป็นประกันเพื่อชำระหนี้ได้ ส่วนบุริมสิทธิโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่เจ้าหนี้แย่งกันรับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินพอที่จะใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ได้ทุกคนเต็มจำนวน

การประกันด้วยทรัพย์สินอย่างมัดจำนั้น จะเกิดขึ้นจากผลแห่งสัญญา กล่าวคือ ถ้าไม่มีสัญญาต่อกัน การประกันด้วยทรัพย์สินย่อมมีขึ้นไม่ได้ ส่วนบุริมสิทธินั้นอาศัยอำนาจกฎหมาย แม้จะไม่มีสัญญาต่อกันก็เกิดขึ้นได้แต่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธินั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้มีบทบัญญัติให้สิทธิพิเศษที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญหากสิทธินี้แย้งกับสิทธิอื่น หากมีการบังคับคดีกับทรัพย์สินที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287

ส่วนมัดจำนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องของบุริมสิทธิในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ (ผู้รับมัดจำ) นั้น มีบุริมสิทธิในฐานะลำดับใดไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้รับมัดจำนั้น ย่อมไม่ใช่เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิในอันดับใดอันดับหนึ่งแต่อย่างใด เพราะตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า บุริมสิทธินี้จะก่อตั้งขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ส่วนเรื่องมัดจำมีลักษณะเป็นประกันด้วยทรัพย์สิน อันเกิดขึ้นได้แต่โดยสัญญาผูกพันกันให้มีขึ้นเท่านั้น

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าสถานะของผู้รับมัดจำนั้นมิใช่เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด

4.2.3 มัดจำมีสถานะทางกฎหมายเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิ

ปัญหาต่อไปที่จะต้องพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของมัดจำนั้น ก่อนอื่นคงต้องพิจารณาถึงลักษณะของสิทธิตามกฎหมายก่อนว่ามีสิทธิประเภทใดบ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายแล้ว อาจแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ บุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องและทรัพย์สินสิทธิ^{*}

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในมัดจำนั้น ตามกฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการส่งมอบสิ่งใดไว้ให้ต่อกัน ก็เพื่อจุดมุ่งหมายอันเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้ทำขึ้นแล้วประการหนึ่ง และ/หรือเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาประการหนึ่งตามที่กล่าวไว้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าแม้ผู้รับมัดจำจะได้ยึดถือสิ่งที่เป็นมัดจำไว้ แต่ก็คงมีสิทธิยึดถือไว้เพียงประกันการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น หากผู้วางมัดจำยังมีได้ปฏิบัติผิดสัญญา ก็ไม่มีสิทธิใด ๆ ในสิ่งที่มอบไว้เป็นมัดจำต่อกันแต่อย่างใด และโดยที่ขณะยึดถือไว้เป็นประกันนั้น ผู้วางมัดจำยังคงเป็นเจ้าของสิ่งที่เป็นมัดจำอยู่ ดังนั้น หากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของผู้วางมัดจำใช้สิทธินำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์อันเป็นมัดจำเพื่อนำออกขายทอดตลาดนั้น ผู้รับมัดจำก็ได้มีสิทธิใด ๆ เป็นพิเศษอันเป็นลักษณะของทรัพย์สินสิทธิที่จะใช้ยันกับบุคคลภายนอกได้ ซึ่งแตกต่างกับทรัพย์สิน อย่างเช่น สิทธิจำนองนั้น แม้จะมีการโอนทรัพย์ที่จำนองนั้นไปที่ทอดสิทธิของผู้รับจำนองเหนือทรัพย์จำนองนั้นก็ยังคงติดตามไปเสมอ อันเป็นลักษณะคงทนถาวรและไม่หมดสิ้นไปเพราะการไม่ใช่^{**}

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว สิทธิในมัดจำนี้แม้จะมีการได้รับมอบสิ่งที่เป็นมัดจำไว้ในครอบครองก็ตาม แต่ก็หาเป็นสิทธิประเภททรัพย์สินไม่ เพราะสิทธิในมัดจำนั้นมิได้ตกติดไปกับตัวทรัพย์อันเป็นมัดจำ อันจะทำให้เกิดหน้าที่และใช้ยันแก่บุคคลทั่วไปได้อย่างทรัพย์สิน และไม่มีลักษณะคงทนถาวรและไม่หมดสิ้นไปโดย

* โปรดดูรายละเอียดในบทนี้ หัวข้อ 4.1.2

** บัญญัติ สุธีระ, กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 66.

การไม่ใช่แต่อย่างใด คงมีผลบังคับกันได้และใช้ยื่นต่อคู่สัญญาฝ่ายผู้วางมัดจำได้
 เท่าที่จะเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญา ตราบใดที่ยังมิได้ปฏิบัติตามสัญญา
 ผู้วางมัดจำย่อมไม่มีสิทธิจะเอาสิ่งที่มอบไว้เป็นมัดจำคืนได้แต่อย่างใด

ผู้เขียนจึงเห็นว่า สิทธิในมัดจำนี้มีใช้ทรัพย์สินแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของสิทธิประเภทบุคคลสิทธินั้น โดยหลักแล้วคู่
 สัญญาคงมีความเกี่ยวพันระหว่างบุคคลซึ่งก่อสิทธิและหน้าที่ต่อกัน โดยมีได้มีวัตถุ
 แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน แต่คงมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำการหรือ
 ส่งมอบทรัพย์สิน อันเป็นเพียงสิทธิเหนือบุคคลเท่านั้น จะบังคับเอากับตัวทรัพย์สินเลย
 มิได้ จะต้องฟ้องบังคับสิทธิในโรงศาล ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของมัดจำ
 นั้น ผู้รับมัดจำย่อมมีสิทธิที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินอันเป็นมัดจำได้ หากผู้วางมัดจำ
 ปฏิบัติผิดสัญญา ซึ่งตามบทบัญญัติในเรื่องมัดจำนั้นให้สิทธิแก่ผู้รับมัดจำในการริบได้
 ทันที โดยมีต้องฟ้องร้องยังโรงศาลเพื่อบังคับกันอีกอย่างบุคคลสิทธิแต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสิทธิในมัดจำนี้มีใช้บุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้อง
 แต่อย่างใด

แต่เมื่อพิจารณาแล้วแม้สิทธิในมัดจำจะมีใช้ทรัพย์สิน แต่การที่ผู้รับมัด
 จำสามารถที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินอันเป็นมัดจำโดยการริบได้นั้น ก็มีลักษณะใกล้เคียง
 เคียงกันกับทรัพย์สินอยู่บ้าง และเมื่อพิจารณาจากลักษณะของบุคคลสิทธิตั้งแล้ว ผู้รับ
 มัดจำไม่มีสิทธิพิเศษที่จะใช้ยื่นต่อบุคคลทั่วไปได้ และสิทธิในมัดจำก็ได้ตกติดไป
 กับทรัพย์สินอันเป็นมัดจำ คงใช้ยื่นได้กับคู่สัญญาเท่านั้น แต่ก็มีใช้บุคคลสิทธิตรง ๆ
 ผู้เขียนจึงเห็นว่าสิทธิในมัดจำนั้น เป็นสิทธิพิเศษประเภทหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้
 เป็นพิเศษในทำนองเดียวกับทรัพย์สิน อันกฎหมายให้สิทธิพิเศษในการบังคับเกี่ยว
 กับตัวทรัพย์สินได้ โดยแยกเป็นสิทธิพิเศษส่วนหนึ่งต่างหากออกไปนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปแล้ว ลักษณะของมัดจำนั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็น
 ประกันด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่ง แต่ไม่มีฐานะเป็นเจ้าของผู้ทรงบุริมสิทธิแต่อย่างใด
 และสิทธิในมัดจำนั้นมีสถานะเป็นสิทธิพิเศษประเภทหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้คล้ายกับ
 ทรัพย์สินสิทธินั่นเอง

4.2.4 สถานะของผู้รับมัดจำถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายหรือไม่

กรณีนี้อาจมีปัญหาได้ว่า ในขณะที่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาที่ลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) ต้องปฏิบัติตามสัญญา ผู้วางมัดจำก็ยังไม่ได้ชื่อว่าตกเป็นผู้ผิดสัญญา ผู้รับมัดจำย่อมมีสิทธิที่จะยึดถือทรัพย์สินเป็นมัดจำนั้นไว้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่หากในขณะนั้นลูกหนี้ได้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดเสียแล้ว สถานะของผู้รับมัดจำนั้นจะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายหรือไม่

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ในมาตรา 6 บัญญัติว่า "ในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ข้อความจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

"เจ้าหนี้มีประกัน" หมายความว่า เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ"

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสถานะของเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายในบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ได้แก่

1. ผู้รับจำนอง
2. ผู้รับจำนำ
3. ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง
4. ผู้มีบริมสิทธิบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีอยู่ 2 ประเภท คือ เจ้าหนี้ผู้มีบริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 260-264 และเจ้าหนี้ผู้มีบริมสิทธิในมูลนักษกาค้ายในโรงแรมตามมาตรา 265 เท่านั้น

จากบทบัญญัติในกฎหมายล้มละลายนี้ จะพบว่าผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มิได้ถือเป็นการประกันด้วยทรัพย์แต่อย่างใด เพราะผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงคงมีแต่สิทธิเพียงยึดหน่วงทรัพย์ไว้จนกว่าจะชำระหนี้จนสิ้นเชิงตามมาตรา 244 เท่านั้น ไม่ได้มีประกันพิเศษอย่างประกันด้วยทรัพย์แต่ประการใด เพราะหากจะบังคับเอากับทรัพย์ที่ยึดหน่วงนั้น ก็ย่อมต้องฟ้องร้องศาล

และนำเจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึดทรัพย์ขายทอดตลาดต่อไป แต่ตามกฎหมายล้มละลายนี้ได้บัญญัติให้เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงมีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันด้วย ก็คงถือตามนั้น และใช้ได้เฉพาะในกฎหมายล้มละลายเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาแล้ว คำว่า "เจ้าหนี้มีประกัน" ตามกฎหมายล้มละลายนี้จำกัดอยู่แต่ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น และมีบัญญัติให้รวมถึงผู้รับมัดจำด้วย ดังนั้น จึงต้องตีความว่า ผู้รับมัดจำนั้นคงมีสถานะทางกฎหมายในกฎหมายล้มละลายอย่างเจ้าหนี้สามัญ และไม่มีสิทธิจะร้องขอชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นมัดจำก่อนเจ้าหนี้รายอื่นได้แต่อย่างใด

4.3 ผลบังคับทางกฎหมายของมัดจำที่มีผลต่อบุคคลภายนอก

ผลบังคับทางกฎหมายเป็นเรื่องของมัดจำนั้นเมื่อเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายแล้วนั้น ซึ่งเป็นผลบังคับต่อกันระหว่างคู่สัญญาคือ ฝ่ายผู้รับมัดจำฝ่ายหนึ่งกับฝ่ายผู้วางมัดจำฝ่ายหนึ่ง แต่ในบางครั้งอาจมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับสิ่งที่มอบกันให้ไว้เป็นมัดจำ โดยอาศัยสิทธิบางอย่างบางประการได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้พิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก ดังต่อไปนี้

4.3.1 ผู้วางมัดจำต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือไม่

ตามบทบัญญัติในลักษณะจำนองมีมาตรา 705 บัญญัติไว้ว่า การจำนองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่ แต่ในเรื่องของมัดจำมิได้บัญญัติความข้อนี้นี้ไว้ จะหมายความว่า ผู้รับมัดจำไม่ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มัดจำก็ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติและผลบังคับทางกฎหมายในเรื่องของมัดจำแล้ว การวางมัดจำไว้มีผลทำให้ผู้รับมัดจำสามารถรับมัดจำได้ ดังนั้น จึงย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าผู้วางมัดจำต้องเป็นเจ้าของ ถ้าเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมามัดจำโดยไม่มีสิทธิ เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนจากผู้รับมัดจำได้ตามสิทธิของเจ้าของทรัพย์สิน ตามมาตรา 1336 เมื่อเอาคืนไปแล้วลักษณะของมัดจำก็ย่อมหมดไป เพราะในกรณีมัดจำนั้นแม้ผู้รับมัดจำจะสุจริตรับทรัพย์สินเป็นมัดจำไว้โดยที่ไม่ทราบว่าเป็นของบุคคลภายนอก ก็ไม่มีกฎหมายยกเว้นให้ได้สิทธิ อย่างกรณีรับซื้อของโดยสุจริตในการขายในท้องตลาด

ซึ่งตามมาตรา 1332 บัญญัติให้ไม่จำต้องคืนให้แก่เจ้าของที่แท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะชดใช้ราคาที่ซื้อมา ฉะนั้น โดยหลักที่กล่าวแล้ว ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินของตนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สิน ที่จะติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนได้ตามมาตรา 1336 เพราะผู้วางมัดจำไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินและเอาไปวางมัดจำโดยไม่มีอำนาจ หรือไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สินแต่อย่างใด

ดังนั้น โดยหลักแล้วผู้วางมัดจำจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่นำมาเป็นมัดจำ

4.3.2 บุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของหนี้ตามคำพิพากษาของผู้วางมัดจำนำยึดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ตราบิตที่ผู้รับมัดจำครอบครองทรัพย์สินอันเป็นมัดจำไว้ นั้น ในฐานะเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญา โดยยังมีได้ริบทรัพย์สิน ก็เป็นเพียงครอบครองในฐานะเป็นประกันอย่างเช่นเรื่องจำนำอันครอบครองทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้เช่นกัน ดังนั้น กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้นก็ยังคงเป็นของลูกหนี้ คือ ผู้วางมัดจำอยู่ จึงอาจมีปัญหากเกิดขึ้นได้ว่าหากผู้วางมัดจำนั้นได้ไปก่อหนี้กับบุคคลภายนอกไว้อีก บุคคลภายนอกนั้นย่อมใช้สิทธิบังคับคดีเอา กับทรัพย์สินของลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 214 บัญญัติไว้ว่า

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย"

จากบทบัญญัติในมาตรา 214 นี้ กฎหมายต้องการให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดเป็นประกันสำหรับการชำระหนี้ ดังนั้น ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะอยู่กับตัวลูกหนี้หรืออยู่ที่ใด หรือตกค้างอยู่กับผู้ใด เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิที่จะให้เอามาชำระหนี้ของตนได้ โดยขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีไปทำการยึดทรัพย์สินแล้วขายทอดตลาด นำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 ได้

ดังนั้น ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้ว่า เจ้าหนี้ของผู้วางมัดจำยอมสามารถนำ เจ้าพนักงานบังคับคดีมาทำการยึดทรัพย์อันเป็นมัดจำเพื่อนำออกขายทอดตลาดได้ โดยอาศัยมาตรา 214 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 แม้ว่าทรัพย์นั้นจะอยู่ในความครอบครองของผู้รับมัดจำก็ตาม เพราะตราบไต่ที่ยังไม่มีการรับมัดจำ ทรัพย์อันเป็นมัดจำยอมเป็นทรัพย์ของผู้วางมัดจำอยู่ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ เพราะหากห้ามมิให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยเด็ดขาดแล้ว ก็ย่อมไม่สามารถที่ เจ้าหนี้จะใช้วิธีการบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ ส่วนที่มีการยึดไว้แล้ว นั้นผู้มีส่วนได้เสีย จะมีสิทธิประการใดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้น ก็คงไปว่ากล่าว กันตามที่กฎหมายให้สิทธิไว้ต่อไปแล้วแต่กรณี

ดังนั้น กรณีที่ผู้รับมัดจำจะดำเนินการไต่ต่อทรัพย์อันเป็นมัดจำที่ถูกยึดไป แล้วนั้นได้ จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ซึ่งบัญญัติว่า

"เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาล ส่วนแห่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้"

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 280 บัญญัติไว้ว่า "เมื่อประโยชน์แห่งบทบัญญัติในภาคนี้ บุคคลต่อไปนี้ให้ถือว่ามีส่วนได้เสียในวิธีบังคับคดีอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(1) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และในกรณีที่ มีการอายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องนั้น

(2) บุคคลอื่นใด ซึ่งชอบที่จะใช้สิทธิอันได้จดทะเบียนไว้โดยชอบ หรือที่ได้ยื่นคำร้องขอตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288, 289 และ 290 อันเกี่ยวกับ ทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้อง เช่นว่ามานั้น เว้นแต่คำร้องขอเช่นว่านี้จะได้ถูกยกเลิก ในขั้นที่สุด"

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นว่าตามกฎหมายมิได้ให้คำนิยามหรือความหมายของ "ผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี" ไว้ว่ามีความหมายอย่างไร ซึ่งมีนักกฎหมายท่านหนึ่งได้ให้คำอธิบายถึงบทบัญญัติดังกล่าวไว้ ดังนี้^{๓๑}

"มาตรา 280 ได้แบ่งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในวิธีบังคับคดีไว้ 2 จำพวกใหญ่ ๆ คือ พวกที่ระบุไว้ใน (1) ซึ่งเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นโดยตรง กล่าวคือ ได้เป็นคู่ความกันมาตั้งแต่ในชั้นพิจารณา จนกระทั่งศาลพิพากษาหรือตัดสินชี้ขาดคดีและถึงขั้นบังคับคดี จึงถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง จริงอยู่แม้ในอนุมาตรา (1) จะกล่าวถึงลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง ซึ่งอาจทำให้คิดไปได้ว่าเป็นบุคคลภายนอกคดี แต่ลูกหนี้นั้นก็ เป็นลูกหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอีกทีหนึ่ง ซึ่งเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษามีสิทธิที่จะอายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่มีต่อบุคคลภายนอกดังกล่าวมาแล้วได้ กฎหมายจึงจัดเป็นบุคคลประเภทเดียวกับลูกหนี้ตามคำพิพากษาเหมือนกัน ส่วนบุคคลที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (2) จัดได้ว่าเป็นบุคคลภายนอกคดีโดยแท้ เขามิได้รู้เห็นในการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่และลูกหนี้ตามคำพิพากษามาแต่แรก แต่พอมาถึงขั้นบังคับคดี วิธีการในการบังคับคดีอาจมีผลกระทบต่อกระเทือนถึงสิทธิของเขาที่มีอยู่ต่อทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ถือว่าเขาก็เป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยกัน แต่เห็นว่ามาตรา 280 เขียน "ขาดไป" เพราะให้คำจำกัดความคำว่า ผู้มีส่วนได้เสียแคบไป เพราะตามอนุมาตรา (2) เขียนไว้เฉพาะ ผู้ที่ชอบจะใช้สิทธิอันได้จดทะเบียนไว้โดยชอบ (เช่น จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 285, 286) หรือผู้ที่ยื่นคำร้องตามมาตรา 288, 289 และ 290 เท่านั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้บัญญัติถึงผู้ยื่นคำร้องตามมาตรา 287 เลย เป็นต้นว่าเจ้าของร่วมกับลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ยื่นคำร้องตามมาตรา 287 ซึ่งอาจยื่นไว้ก่อนมีการขายทอดตลาดก็ได้ สมมติว่าการขายทอดตลาดมีความบกพร่อง หรือมีกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องคัดค้านได้ตามวรรคสุดท้ายของมาตรา 309 จะแปลหรือว่าผู้ยื่น

^{๓๑} ประพนธ์ ศาตะมาน, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524), หน้า 193-194.

คำร้องตามมาตรา 287 ร้องคัดค้านไม่ได้ ความจริงถ้าจะแปลกันตรงตามตัวบท ก็ต้องแปลว่าร้องคัดค้านไม่ได้ แต่ผู้เขียนรักไปในทางที่จะแปลว่าร้องคัดค้านได้ เพราะมีความเป็นธรรมดาที่ผู้เขียนยังมองไม่เห็นเหตุผลในการที่จะแปลไปทางอื่นเลย การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่อไปควรคำนึงถึงเรื่องนี้ด้วย"

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายท่านนี้ว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นั้น น่าจะอยู่ในความหมายของผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีตามอนุมาตรา (2) นี้ด้วย ทั้งนี้ เพราะตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นั้น ก็เป็นบทบัญญัติรับรองถึงกรณีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมจะกระทำให้กระทบกระเทือนถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย ดังเช่นเจ้าของร่วมกับลูกหนี้ตามคำพิพากษา ย่อมมีสิทธิร้องขอให้กันส่วนแบ่งของตนจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 981/2492, 1750/2500) หรือผู้ที่อยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิของตนได้ก่อนตามมาตรา 1300 นั้น การบังคับคดีของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาภายหลังไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคล ตามมาตรา 1300 ศาลสั่งให้ถอนการยึดทรัพย์สินนั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2520)

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีตามอนุมาตรา (2) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 280 นี้ด้วย ประกอบกับตามกฎหมายก็มีได้ให้ความหมายของคำว่า "ผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี" ไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลยพินิจตามที่เห็นธรรมและสมควรเป็นราย ๆ ไป

ในกรณีสิทธิของผู้รับมัดจำนั้นหากมีการนำยึดทรัพย์สิน อันเป็นมัดจำในระหว่างที่ผู้รับมัดจำยึดถือทรัพย์สินไว้ เป็นประการการปฏิบัติตามสัญญาอยู่นั้น ย่อมกระทบกระเทือนถึงสิทธิที่ผู้รับมัดจำมีอยู่เหนือทรัพย์สินอันเป็นมัดจำนั้น ในอันที่จะริบได้หากผู้วางมัดจำไม่ปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น หากมีการนำทรัพย์สินที่เป็นมัดจำนั้นออกขายทอดตลาด ผู้รับมัดจำย่อมขาดหลักประกันที่จะประการการปฏิบัติตามสัญญาไป

อันจะทำให้ผลบังคับในเรื่องมัดจำที่กฎหมายให้อำนาจไว้นั้น ไม่สามารถล้มกฏข้อบังคับได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าฐานะของผู้รับมัดจำนี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 280 (2) นี้ด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า เมื่อผู้รับมัดจำเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีด้วยแล้ว ผู้รับมัดจำมีสิทธิประการใดในทรัพย์สินอันเป็นมัดจำนั้นหรือไม่ และสิทธิของผู้ใดจะมีมากน้อยเพียงใดในทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าผู้รับมัดจำจะมีสิทธิประการใดได้บ้าง ดังต่อไปนี้

ก. ผู้รับมัดจำจะร้องขอตัดทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 288 ได้หรือไม่

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 288 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 55 ถ้าบุคคลใดกล่าวอ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ ก่อนที่ได้เอาทรัพย์สินเข้าว่านี้ออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้ปล่อยทรัพย์สินเช่นว่านั้น..... ฯลฯ"

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ที่จะมีสิทธิร้องขอตัดทรัพย์สินได้นั้น ได้มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งอธิบายว่า ⁴⁰ "กฎหมายใช้คำว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 55" ก็น่าจะต้องหมายความว่า เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลนั้นตามกฎหมายแพ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ร้องจะต้องมีส่วนได้เสียอยู่ด้วยในทรัพย์สินนั้น การที่จะกล่าวอ้างแต่เพียงว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินนั้น อาจไม่เพียงพอจะต้องผ่านมาตรา 55 มาก่อนด้วย"

เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ว่าผู้ที่จะร้องขอตัดทรัพย์สินได้นั้น จะต้องประกอบด้วย การกล่าวอ้างว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีใช่เจ้า

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 321.

ของทรัพย์สินที่ยึดนั้นประการหนึ่ง และระหว่างผู้รับมัดจำกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา จะต้องมิข้อโต้แย้งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 อีกด้วย เป็นอีกประการหนึ่ง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงฐานะของผู้รับมัดจำแล้ว จะเห็นว่าหากมีการนำยึดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำเพื่อนำออกขายทอดตลาด ทรัพย์สินอันเป็นมัดจำนั้นย่อมหลุดจากการครอบครองของผู้รับมัดจำไป และผู้รับมัดจำย่อมไม่มีหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป ดังนั้น หากต่อมาผู้วางมัดจำปฏิบัติผิดสัญญา ผู้รับมัดจำก็ไม่มีทรัพย์สินที่จะริบได้ ทำให้อาจพิจารณาได้ว่าผู้รับมัดจำนั้น น่าจะถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วย แต่จะถือได้หรือไม่ว่าเกิดข้อโต้แย้งสิทธิระหว่างผู้รับมัดจำกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาผู้นำยึด เพราะผู้รับมัดจำก็มีสิทธิที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินนั้นเช่นเดียวกัน จึงอาจถือได้ว่ามีข้อโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องร้องขอตัดทรัพย์สินที่จะนำมาใช้ในเรื่องมัดจำนี้ คงไม่ต้องวิเคราะห์ถึงประเด็นเรื่องผู้มีส่วนได้เสียและการโต้แย้งสิทธิกันให้ละเอียดนัก ทั้งนี้ เพราะในเรื่องร้องขอตัดทรัพย์สินนั้น มีประเด็นว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือไม่ หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึด ก็ต้องปล่อยทรัพย์สินนั้น เพื่อนำออกขายทอดตลาดมิได้

ตามหลักในบทบัญญัติ มาตรา 288 นี้ ผู้ที่จะร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดไว้ได้ จะต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้น จำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ก่อนที่จะนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น ดังนั้น ตราบใดที่ยังมิได้มีการริบมัดจำกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยึดไว้ยังเป็นของลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) อยู่ ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาย่อมมีสิทธินำยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้รับมัดจำในกรณีนี้มิใช่เจ้าของทรัพย์สินอันเป็นมัดจำ แต่ลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) ยังเป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่ ผู้รับมัดจำจึงร้องขอตัดทรัพย์สินมิได้ เรื่องนี้พอเทียบเคียงกับเรื่องจำนำซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินไว้ว่า ผู้รับจำนำนั้นจะร้องขอตัดทรัพย์สินไม่ได้ เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังเป็นของลูกหนี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 778/2503)

แต่หากกรณีเป็นผู้รับมัดจำได้รับมัดจำนั้นเป็นของตนแล้ว ย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นโดยชอบ หากมีเจ้าหนี้ภายนอกนำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์สินนั้น ผู้รับมัดจำย่อมร้องขัดทรัพย์สินโดยขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดนั้น โดยถอนการยึดไปได้ ส่วนพฤติการณ์อย่างไรจะถือว่าได้มีการรับแล้วนั้น คงเป็นไปตามลักษณะและสภาพของทรัพย์สิน และข้อเท็จจริงที่จะต้องนำสืบพิสูจน์กันเป็นกรณี ๆ ไป

หากกรณีกลับกันเป็นว่า เจ้าหนี้ของผู้รับมัดจำได้นำยึดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำ ในระหว่างที่ผู้รับมัดจำยังมีได้รับแต่ประการใด โดยเข้าใจว่าเป็นทรัพย์สินของผู้รับมัดจำแล้ว ผู้วางมัดจำในฐานะเจ้าของทรัพย์สินย่อมอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 288 นี้ ร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดและถอนการยึดไปได้ เพราะทรัพย์สินเป็นของตนมิใช่ของผู้รับมัดจำซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่หากพฤติการณ์ปรากฏว่าผู้รับมัดจำได้รับทรัพย์สินนั้นไว้แล้ว ผู้วางมัดจำก็ไม่สามารถจะร้องขัดทรัพย์สินได้ เพราะตนมิใช่เจ้าของทรัพย์สินแล้วในขณะที่เจ้าหนี้ นำยึด

ข. ผู้รับมัดจำจะใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 ได้หรือไม่

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 บัญญัติว่า "ถ้าบุคคลใดชอบที่จะบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ หรือชอบที่จะได้เงินที่ขาย หรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้นได้โดยอาศัยอำนาจแห่งการจำนองที่อาจบังคับได้ก็ดี หรืออาศัยอำนาจแห่งบริมสิทธิก็ดี บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้เอาเงินที่ได้มานั้นชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่อาจบังคับเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุด ผู้รับจำนองจะมีคำขอตั้งกล่าวข้างต้นให้เอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุดก็ได้"

วรรค 3. "ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุด การยึดทรัพย์สินที่จำนองนั้นเป็นอันเพิกถอนไปในตัว ในกรณีอื่น ๆ ที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะได้แต่เงินที่เหลือถ้าหากมี ภายหลังที่หักชำระค่าธรรมเนียมการบังคับจำนองและชำระหนี้ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้บริมสิทธิแล้ว"

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องมัดจำเองและในเรื่องบริมลสิทธิแล้ว ก็มิได้
บัญญัติรับรองให้ผู้รับมัดจำนั้นมีบริมลสิทธิแต่อย่างใดในทรัพย์สินเป็นมัดจำ และบริม-
ลสิทธินั้นจะเกิดขึ้นได้ก็โดยบทกฎหมายเท่านั้น คู่สัญญาจะก่อตั้งบริมลสิทธิกันเอง
โดยที่ไม่มีกฎหมายรับรองไว้มิได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติ
ไว้ ผู้รับมัดจำจึงหาได้เป็นเจ้าของบริมลสิทธิแต่อย่างใดไม่ * จึงไม่สามารถใช้สิทธิ
อย่างเจ้าหนี้บริมลสิทธิร้องขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ตามประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 นี้ได้

สำหรับในเรื่องของจำนำนั้น ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 282 บัญญัติรองรับ
ไว้ว่า เมื่อบริมลสิทธิแย้งกับสิทธิจำนำสังหาริมทรัพย์ ผู้รับจำนำย่อมมีสิทธิเป็นอย่าง
เดียวกันกับผู้ทรงบริมลสิทธิ ในลำดับที่หนึ่งดังเขียนไว้ในมาตรา 278 นั้น และใน
เรื่องจำนองนั้นก็มีบทบัญญัติตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
แพ่งบัญญัติรับรองไว้ว่า ให้จำนำและจำนองซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งนั้น มี
สิทธิขอรับชำระหนี้ได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น แต่ทั้งนี้ก็ต้องยอมให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา
ใช้สิทธินำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์จำนำหรือจำนองนี้ออกขายทอดตลาดได้
ทั้งนี้ คงเป็นสิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่ตามมาตรา 214 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความแพ่ง มาตรา 282 ที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

แต่เมื่อมาพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องมัดจำนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติรอง
รับให้ผู้รับมัดจำใช้สิทธิได้อย่างผู้รับจำนำหรือผู้รับจำนอง กรณีที่จะนำบทบัญญัติให้
สิทธิแก่เจ้าหนี้จำนำหรือจำนองมาใช้บังคับกับเรื่องมัดจำด้วยนั้น โดยอาศัยหลัก
ตามมาตรา 4 ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น (analogy)
ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีที่จะใช้หลักดังกล่าวได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมาย
ในเรื่องนั้น ๆ ไม่มีอยู่ ซึ่งตามหลักแล้วศาลจะปฏิเสธไม่วินิจฉัย และตัดสินคดีโดย
อ้างว่าไม่มีกฎหมายมาปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดีมิได้ แต่เมื่อพิจารณาแล้วตามบท
บัญญัติในเรื่องของมัดจำก็ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 377 และ 378 ซึ่งอยู่ลักษณะ 2
ในเรื่องของสัญญา ซึ่งอยู่ในบรรพ 2 อันเป็นเรื่องหนี้ ส่วนเรื่องจำนำและจำนอง

* โปรดดูรายละเอียดในบทนี้ หัวข้อ 4.2.2



นั้นบัญญัติไว้ในบรรพ 3 อันเป็นเรื่องของเอกเทศสัญญา ซึ่งบทบัญญัติของเรื่อง
มัดจำนั้นก็มีอยู่แล้ว ดังนั้น จะตีความเกินเลยไปถึงว่าให้นำบทบัญญัติในเรื่องของ
จำนำและจำนอง ในอันที่จะทำให้ผู้รับมัดจำมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น
โดยอาศัยหลักเทียบเคียงกันนี้ก็จะเป็นการเกินเลยความมุ่งหมายของกฎหมาย
และบทบัญญัติในมาตรา 4 ไป

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้รับมัดจำไม่สามารถใช้สิทธิตามประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 นี้ ขอรับชำระหนี้จากการขายทอด
ตลาดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำก่อนเจ้าหนี้รายอื่นได้

ค. ผู้รับมัดจำจะใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
มาตรา 287 ได้หรือไม่

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 บัญญัติ
ว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 288 และมาตรา 289 บทบัญญัติแห่งประมวล
กฎหมายนี้ว่าด้วยการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมไม่
กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับ
เหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย"

โดยหลักแล้วการนำยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น
เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะนำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดได้เฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้
ตามคำพิพากษาเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 482/2514) หากการยึดทรัพย์สิน
ซึ่งอ้างว่าเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษากระทบถึงสิทธิใด ๆ ของบุคคลภายนอกซึ่ง
มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น บุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิดำเนินการได้ตามสิทธิของตน
อย่างไรอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามิได้ให้ความหมายหรือคำ
นิยามคำว่า "สิทธิอื่น ๆ" ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้
ตามกฎหมาย" ไว้แต่อย่างไร คงมีแต่ศาลฎีกาได้อธิบายถึงถ้อยคำดังกล่าวไว้ว่า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 751/2516 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า "สิทธิของเจ้าหนี้ผู้ร้องขอบังคับตามมาตรา 287 นี้ จะต้องเป็นบุริมสิทธิหรือเป็นสิทธิอื่น ๆ ซึ่งเจ้าหนี้ในฐานะบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมาย สำหรับ "สิทธิอื่น ๆ" ดังกล่าวนี้นี้จะต้องเป็นสิทธิที่บุคคลภายนอกมีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตนเอง และจะต้องเป็นสิทธิที่เทียบเคียงได้กับบุริมสิทธิอันเป็นสิทธิประเภทแรกด้วย"

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในส่วนที่ว่า คำว่า "สิทธิอื่น" นั้น จะต้องเป็นสิทธิที่บุคคลภายนอกมีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตนเอง ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาพิจารณาคัดสินไว้เกี่ยวกับสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ ที่ว่านี้อาจได้แก่สิทธิอย่างใดบ้าง ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า สิทธิของเจ้าพนักงานตามประมวลรัฐฎากรซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานที่จะเรียกเก็บภาษีอากรที่ค้างชำระ โดยสั่งยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ต้องรับผิดชอบภาษีอากรได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีฟ้องร้องต่อศาล จึงถือได้ว่าสิทธิของเจ้าพนักงานดังกล่าวเป็นสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1879/2518 ประชุมใหญ่) (แต่ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290 เมื่อ พ.ศ. 2527 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้เจ้าหนี้ภาษีอากรซึ่งมีสิทธิที่จะสั่งยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อชำระค่าภาษีอากรค้าง ให้มีสิทธิขอลดทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดหรืออายัดไว้ก่อนแล้ว เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลก่อน) บุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกับลูกหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ โดยมีสิทธิขอให้แบ่งส่วนของตนจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1026/2504, 1413/2508 และ 1427/2514), ทรัพย์สินที่ถูกยึดเป็นสินสมรสของลูกหนี้ ภริยาลูกหนี้จะร้องขอให้ถอนการยึดไม่ได้ แต่มีสิทธิร้องขอให้แบ่งส่วนของตนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2499), สิทธิของบุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจะให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า ผู้ร้องอยู่ในฐานะให้จดทะเบียนสิทธิได้โดยผล

ของคำพิพากษาตามยอม ตามมาตรา 1300 การบังคับคดีของจำเลยภายหลังไม่กระทบถึงสิทธิของผู้ร้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ ศาลสั่งให้ถอนการยึดได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2520) นอกจากนี้ ศาลฎีกาก็ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า เงินที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งวางประกันต่อผู้ว่าราชการจังหวัดตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2499 ซึ่งถ้าผู้สมัครได้คะแนนไม่ถึงร้อยละ 20 เงินรายนี้ต้องตกเป็นของรัฐ แม้ในระหว่างที่เงินรายนี้ยังเป็นเพียงประกันการสมัครรับเลือกตั้ง เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของผู้สมัครรับเลือกตั้งจะขอให้ศาลยึดเงินรายนี้ไม่ได้ เพราะผู้ว่าราชการจังหวัดมีสิทธิชนิดหนึ่งอันเข้าอยู่ใน "สิทธิอื่น ๆ" ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาคงมีสิทธิเพียงอายัดไว้เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 104/2504 ประชุมใหญ่)

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความหมายของคำว่า "สิทธิอื่น ๆ" ที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้น ไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่เฉพาะว่าจะต้องเป็นสิทธิที่เทียบเคียงได้กับบุริมสิทธิ ตามที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 751/2516 เท่านั้น แต่ยังรวมถึงสิทธิอื่น ๆ ที่บุคคลภายนอกอาจบังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมายก็ย่อมอยู่ในความหมายนี้ด้วย โดยวิธีการที่บุคคลภายนอกผู้จะใช้สิทธิดังกล่าวนี้ ก็ย่อมแล้วแต่สภาพและผลบังคับ เช่น อาจร้องขอกันส่วนเงินที่จะได้รับจากการขายทอดตลาด หรือร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด หรือในบางกรณีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจจะยึดทรัพย์สินนั้นไม่ได้ คงได้แต่อายัดไว้เท่านั้น แต่ทั้งนี้สิทธิเหล่านี้จะต้องเป็นสิทธิพิเศษที่มีกฎหมายให้มีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นด้วย ซึ่งเป็นสิทธิที่พิเศษกว่าเจ้าหนี้สามัญโดยทั่วไป เพราะหากตีความกว้างกว่านี้แล้ว บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ย่อมไร้ความหมาย เพราะจะมีผลทำให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือเจ้าหนี้ธรรมดาสามารถอ้างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ขอบังคับชำระหนี้ได้ และจะทำให้มีสิทธิพิเศษดีกว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290 เสียอีก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายคงไม่ต้องการเช่นนั้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องของมัดจำและผลบังคับกันตามกฎหมายแล้ว การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นมัดจำไว้แก่ผู้รับ

มัดจำ ก็เพื่อจุดมุ่งหมายเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาเป็นหลักใหญ่ เพราะหากผู้วางมัดจำผิดสัญญา ผู้รับมัดจำย่อมมีสิทธิริบมัดจำนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของตนอันเป็นการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับได้ เพราะตราบไต่ที่ยังไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้องครบถ้วน ผู้วางมัดจำย่อมไม่มีสิทธิที่จะเอาคืนไปซึ่งทรัพย์สินที่วางไว้เป็นมัดจำได้ ดังนั้น จึงเห็นว่าผู้รับมัดจำย่อมอยู่ในฐานะที่อาจจะบังคับเหนือทรัพย์สินอันเป็นมัดจำได้ตามกฎหมายหากผู้วางมัดจำผิดสัญญา จึงเห็นได้ว่าสิทธิของผู้รับมัดจำในทรัพย์สินอันเป็นมัดจำนั้น มิใช่เป็นแต่เพียงบุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องธรรมดา แต่เป็นสิทธิพิเศษที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่กฎหมายให้อำนาจไว้ คล้ายกับทรัพย์สินสิทธิ *

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากมีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำยึดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำในระหว่างที่ผู้รับมัดจำยึดถือไว้นั้น ผู้รับมัดจำย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดอันเป็นมัดจำนี้ และให้เจ้าหนี้ผู้นำยึดถอนการยึดไปได้ ในสถานะที่ตนมีสิทธิที่อาจบังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ ทั้งนี้ เพราะโดยสภาพแล้วหากยอมให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำยึดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำออกขายทอดตลาด ผู้รับมัดจำก็ย่อมต้องขาดทรัพย์สินอันเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาไป และหากลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) ยังไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญา ในขณะที่ทรัพย์สินถูกยึดก็ไม่อาจคำนวณความเสียหายที่ผู้รับมัดจำจะได้รับ และให้ไปขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น อย่างเช่นเรื่องจำนองจำนำได้ ประกอบกับสิทธิตามกฎหมายแล้วผู้รับมัดจำก็มีสิทธิที่จะริบมัดจำได้ทั้งหมดโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสียหายอยู่แล้ว ดังนั้น โดยสภาพแล้วก็ย่อมต้องร้องขอต่อศาลให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดนั้นได้ เพราะหากไม่สามารถใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการริบนั้นก็คงตกเป็นหมันไม่สามารถบังคับกันได้และจะทำให้ผู้รับมัดจำมีฐานะไม่ต่างกับเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งหากกฎหมายต้องการให้เป็นเช่นนั้น คงไม่ต้องบัญญัติให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับมัดจำให้ยุ่งยากแต่ประการใด

* โปรดดูรายละเอียดในบทนี้ หัวข้อ 4.2.3

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 นี้ มิได้ให้คำนิยามความหมายที่แท้จริงของคำว่า "สิทธิอื่น ๆ" ไว้แต่อย่างใด ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลยพินิจพิจารณาตามที่เห็นธรรมและสมควรเป็นราย ๆ ไปได้

ดังนั้น โดยสรุปแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำยึดทรัพย์สินอันเป็นมัดจำ ผู้รับมัดจำย่อมสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดและถอนการยึดได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287

4.3.3 กรณีทรัพย์สินอันเป็นมัดจำก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก

นอกจากกรณีที่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอันเป็นมัดจำในฐานะเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาผู้นำยึดทรัพย์สินออกขายทอดตลาดแล้ว อาจมีผลกระทบอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นมัดจำนั้นต่อบุคคลภายนอกในกรณีอื่น ๆ ได้ เพราะตราบิตที่ยังมิได้มีการริบมัดจำ กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้นก็ยังคงเป็นของผู้วางมัดจำอยู่ แต่ผู้รับมัดจำเป็นผู้มีสิทธิครอบครองในตัวทรัพย์สินนั้น กรณีอาจเป็นไปได้ที่ทรัพย์สินอันเป็นมัดจำอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือยับยั้งตรายต่อบุคคลภายนอก ดังอุทธรณ์ เช่น ได้มอบสุนัขไว้เป็นมัดจำต่อกัน แต่ในระหว่างที่สุนัขอยู่ในความครอบครองของผู้รับมัดจำนั้น ได้กัดบุคคลอื่นได้รับความเสียหายเกิดขึ้นนั้น จะเกิดผลประการใด ซึ่งเรื่องนี้ตามมาตรา 433 ได้บัญญัติว่า

"ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ ท่านว่าเจ้าของสัตว์หรือบุคคลผู้รับเลี้ยงรักษาไว้แทนเจ้าของ จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแก่สัตว์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวัง อันสมควรแก่การเลี้ยงการรักษาตามชนิดและนิสัยของสัตว์หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่น หรือพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นย่อมจะต้องเกิดมีขึ้น ทั้งที่ได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น

อนึ่ง บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น จะใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่บุคคลผู้ที่เราหรือยั่วสัตว์นั้นโดยละเมิด หรือเอาแก่เจ้าของสัตว์อื่นมาเราหรือยั่วสัตว์นั้น ๆ ก็ได้"

ดังนั้น ตามอุทธรณ์ข้างต้น หากมอบสุนัขไว้เป็นมัดจำ สุนัขเกิดกัดบุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย ผู้รับมัดจำนั้นย่อมอยู่ในฐานะผู้รับเลี้ยงรักษาสุนัขนั้นไว้ ความรับผิดชอบก็ต้องตกอยู่กับผู้รับเลี้ยงรักษา มิใช่ตกอยู่กับเจ้าของสัตว์อันหมายถึงผู้วางมัดจำ ทั้งนี้ ความรับผิดชอบตามมาตรา 433 นี้ เป็นความรับผิดชอบที่มีเพียงคนเดียวคนหนึ่งต้องรับผิดชอบ โดยเมื่อมีผู้รับเลี้ยงรักษาต้องรับผิดชอบแล้ว เจ้าของสัตว์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะไม่ใช่มีความรับผิดชอบกัน⁴¹ ผู้รับมัดจำต้องชดใช้ให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายไปแล้วเพียงใด ก็ย่อมมีสิทธิไล่เบียดเอาแก่ผู้ที่เราหรือยั่วสัตว์นั้นโดยละเมิดต่อไปได้

นอกจากนี้ แม้ทรัพย์สินเป็นมัดจำเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีชีวิต ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกได้เช่นกัน เช่น ตามอุทธรณ์ ได้มอบถังแก๊สไว้เป็นมัดจำต่อกัน หากผู้รับมัดจำได้จุดไฟใกล้ถังแก๊สนั้น ทำให้ถังแก๊สนั้นเกิดระเบิด เป็นเหตุให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหายด้วยนั้น ผลจะเป็นประการใด ซึ่งเรื่องนี้ตามมาตรา 437 บัญญัติว่า "บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเกินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดต่อยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแก่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ ตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้หรือโดยกลไกของทรัพย์สินนั้นด้วย"

⁴¹ ไพจิตร บุญพันธ์ุ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2525), หน้า 125.

ตามที่ได้อ้างไว้ข้างต้นว่าผู้รับมัดจำนั้นมีฐานะเป็นผู้ครอบครองหรือดูแลทรัพย์สินเป็นมัดจำในระหว่างที่ประกันการปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น ตามอุทธรณ์ข้างต้น ผู้รับมัดจำจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอก ถ้าหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า การเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือเพราะความผิดของผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นเองด้วย

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการที่ผู้รับมัดจำครอบครองทรัพย์สินเป็นมัดจำไว้ตราบไต่ที่ยังมีฐานะเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หากมีความเกี่ยวพันเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลภายนอก เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินนั้นแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้รับมัดจำด้วย ส่วนจะเป็นประการใดบ้างนั้น ก็คงแล้วแต่กรณี ๆ ไปดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

4.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการลดมัดจำ

4.4.1 ตามกฎหมายไทย

ตามบทบัญญัติในมาตรา 378 ได้กล่าวถึงการรับมัดจำ ซึ่งผู้เขียนได้อ้างไว้แล้วในบทที่ 3 ข้างต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อคู่สัญญาได้วางมัดจำไว้เป็นเงินหรือสิ่งของเป็นราคาหรือจำนวนเท่าใด หากมีการปฏิบัติผิดสัญญาโดยผู้วางมัดจำเป็นฝ่ายผิดแล้ว ก็จะต้องถูกรับมัดจำ ทั้งนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติตามมาตรา 378 ซึ่งเป็นผลบังคับตามกฎหมายเรื่องมัดจำนั่นเอง ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำไว้แล้ว สามารถรับมัดจำได้ทั้งหมดที่ได้วางไว้ต่อกัน ซึ่งจะแตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับ ตามมาตรา 383 ซึ่งกฎหมายเห็นสมควรจำกัดความตกลงของคู่สัญญาไว้ เพราะหากเบี้ยปรับสูงเกินส่วน เมื่อจะริบก็ให้ศาลมีอำนาจลดลงได้ โดยให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย มิใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สินแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นหากตกลงไว้สูงเกินส่วน เมื่อจะริบให้ศาลมีอำนาจลดลงได้ อีกทั้งเบี้ยปรับนั้นยังมุ่งหมายเพื่อเป็นข้อตกลงกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้า ส่วนในเรื่องของมัดจำนั้นมิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลลดมัดจำได้อย่างในเรื่องของเบี้ยปรับ ดังนั้นจึงต้องให้เป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา โดยมีเสรีภาพในการตกลงกันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และผูกพันบังคับกันได้ตามที่ตกลงกันไว้

กรณีปัญหาเรื่องการลดมัดจำนี้ แตกต่างจากกรณีที่รับมัดจำแล้วยังมีความเสียหายประการอื่นนอกเหนือไปจากมัดจำที่รับไว้แล้วอีก ซึ่งในประเภทนี้หากนำสืบพิสูจน์ได้ว่า ยังมีความเสียหายนอกเหนือจากมัดจำที่รับไว้อีก ก็ยังสามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้อีกตามสิทธิในเรื่องนี้ซึ่งกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ ตามมาตรา 213, 222 และ 223 แต่ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายได้มากกว่านั้น ก็ต้องถือเอามัดจำเป็นการทดแทนความเสียหายที่เพียงพอแล้ว

แต่ถ้ามีการวางมัดจำกันไว้สูงเกินความเสียหายที่ได้รับจริง ๆ แล้ว เจ้าหนี้จะใช้สิทธิรับมัดจำเสียทั้งหมดนี้ จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อลูกหนี้ (ผู้วางมัดจำ) หรือไม่ กล่าวคือ ลูกหนี้จะมีสิทธิขอลดมัดจำที่จะถูกริบลงได้บ้างหรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแยกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก^{๔๒} เห็นว่า "ถ้าถือหลักความค้ำค้ำสิทธิของสัญญาย่อมลดลงไม่ได้ ทั้งนี้ โดยนัยของมาตรา 378 อนุมาตรา 1 ตอนท้าย ก็บัญญัติว่า มัดจำมักจะเป็นเงินน้อยกว่าจำนวนที่จะต้องชำระ จึงจัดเอาเป็นการชำระหนี้แต่บางส่วนได้ ถ้ามากกว่าจำนวนเกินกว่าที่จะต้องชำระ ศาลอาจแปลว่าแท้จริงมีเจตนาให้เป็นเบี้ยปรับ และใช้ลักษณะเบี้ยปรับบังคับลดลงตามมาตรา 383 ก็ได้ แต่ถ้ามัดจำเป็นสิ่งของ ไม่มีทางที่จะลดกันได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้ลังกันและไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการลดไว้ ปัญหาจะมีก็แต่จะให้รับหรือไม่เท่านั้น และตัวบทในมาตรา 378 (2) ก็บอกให้รับได้โดยไม่มีเงื่อนไขข้อแม้อย่างใด เช่น เศรษฐีไปซื้อไม้ขีดไฟ 1 กล่อง ลืมเอาสตางค์ไป จึงเอาแหวนเพชรราคา 5,000 บาท วางเป็นมัดจำไว้ ถ้าบอกปิดไม่ยอมใช้ราคาไม้ขีด 25 สตางค์ จะให้รับแหวนเพชรราคา 5,000 บาท อันเป็นมัดจำได้ ก็รู้สึกขงใจอยู่เป็นอย่างยิ่ง แต่ตัวบทก็ว่าอย่างนั้น ถ้าเขาสัญญากันไว้ตั้งนั้น จะมีเหตุอันใดที่จะยกขึ้นอ้างขัดขวางมิให้บังคับตามสัญญาของเขาได้ เว้นแต่ศาลจะแปลว่าค่าของทรัพย์สินที่วางไว้มีมากมายดังนี้ ต้องถือว่ามีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ และหาทางตีราคาลดลงตามมาตรา 383 ตั้งนั้น จึงเห็นว่าศาลไม่อาจลดมัดจำลงได้"

^{๔๒} ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 532-533.

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง⁴³ เห็นว่า "ตามความในมาตรา 378 (2) ถ้าแปลโดยเคร่งครัดก็จะเห็นว่า เจ้าหนี้มีสิทธิริบมัดจำได้ทั้งหมดไม่ว่ามัดจำนั้นจะมากน้อยเพียงใด โดยไม่จำกัดคำนึงถึงความเสียหายของเจ้าหนี้"

ฝ่ายที่สอง⁴⁴ เห็นว่า "ถ้าพิจารณาตามมาตรา 377 แล้ว ก็เห็นว่ามัดจำเป็นแต่วางไว้เป็นประกันการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น จึงไม่มีเหตุที่จะริบเสียทั้งหมดจนเกินความเสียหายที่ได้รับ การจะริบมัดจำเมื่อมีการไม่ชำระหนี้มัดจำนั้นย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างอะไรกับเบี้ยปรับ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เพราะเมื่อถึงเวลาที่ต้องริบ มัดจำย่อมพ้นจากหน้าที่ประกันการปฏิบัติตามสัญญา และกลายเป็นเบี้ยปรับที่พึงริบเมื่อไม่ชำระหนี้ ตามมาตรา 379, 380 และ 381 ไปแล้ว เหตุนี้ฝ่ายผู้วางมัดจำย่อมพิสูจน์ความเสียหายเพื่อลดจำนวนที่ต้องริบได้ตามมาตรา 383, 375"

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เพราะเมื่อกฎหมายมิได้เปิดช่องให้มีการลดมัดจำกันได้ เมื่อคู่สัญญาตกลงที่จะให้มัดจำกันไว้เท่าไรแล้ว ก็คงเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นก็คงริบกันได้ทั้งหมด คู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำไว้จะมาขอให้ศาลสั่งลดมัดจำลงย่อมไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ทำเช่นนั้น และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้ระบุเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับไว้ในหมวดเดียวกันและเรียงต่อกัน แต่ในเรื่องของเบี้ยปรับนั้น ตามมาตรา 383 มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลพิจารณาลดเบี้ยปรับลงได้ถ้าเห็นว่าสูงเกินส่วน แต่ในเรื่องมัดจำมิได้มีบทบัญญัติเช่นนั้น จริงอยู่ที่ว่าโดยหลักทั่วไปแล้วกฎหมายมิได้พึงประสงค์จะให้คู่สัญญาหาผลกำไรโดยการกำหนดไว้ในสัญญาต่อกัน เพราะการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

⁴³ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 438-439.

⁴⁴ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, หน้า 75.

ย่อมสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ รวมทั้งค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษตาม มาตรา 222 และ 223 ได้อยู่แล้ว แต่จะนำบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ โดยนำเรื่องการลดเบี้ยปรับมาใช้กับมัดจำด้วย โดยอาศัยมาตรา 4 ในฐานะเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ไม่สามารถจะนำมาปรับใช้ได้ เพราะตามมาตรา 4 นั้น เป็นกรณีที่บัญญัติถึงกรณีที่ไม่ มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ซึ่งห้ามมิให้ศาลปฏิเสธที่จะไม่พิจารณา พินิจพิเคราะห์ โดยอ้างว่าไม่มีบทกฎหมายมาปรับแก้คดี แต่ตามบทบัญญัติในเรื่อง มัดจำนั้น มีบทกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว แม้จะไม่กล่าวไว้ชัดเจนก็ตามว่าสามารถปรับ มัดจำได้ทั้งหมด แต่ก็ถือว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติให้ลดกันได้โดยเรื่องเบี้ยปรับแล้ว ก็ต้องบังคับกันไปตามถ้อยคำของกฎหมาย คือ ปรับได้ทั้งหมด แม้ว่าในความเป็น จริงแล้วจะได้รับความเสียหายเพียงเล็กน้อยและน้อยกว่ามัดจำที่ปรับไว้ก็ตาม

อีกประการหนึ่งในเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับนี้ ได้ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 3 ของลักษณะ 2 เรื่องสัญญาเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากผู้ร่าง กฎหมายมีความประสงค์จะให้ลดมัดจำได้ ก็ย่อมบัญญัติถ้อยคำเช่นนี้ไว้ในบทบัญญัติ เรื่องมัดจำไว้แล้ว คงไม่เพียงแต่บัญญัติให้ลดได้เฉพาะเบี้ยปรับเท่านั้น แต่เมื่อ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไม่มีบทบัญญัติให้ลดมัดจำกันได้โดยในเรื่องเบี้ยปรับ ก็จะ ตัดความเกินเลยออกไป โดยเห็นว่ามัดจำนั้นย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างอะไรกับเบี้ย ปรับ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เพราะเมื่อถึงเวลาต้องปรับ ย่อมพ้น จากหน้าที่ประกันการปฏิบัติตามสัญญา และกลายเป็นเบี้ยปรับที่พึงปรับกันได้ ซึ่งทำ ให้ลดจำนวนที่ต้องปรับได้นั้น เป็นการตีความเกินเลยไปจากเจตนารมณ์และความ มุ่งหมายของกฎหมาย เพราะเมื่อคู่สัญญาให้สิ่งใดกันไว้โดยมุ่งหมายให้เป็นมัดจำ แล้ว จะไปแปลความว่าตอนต้องปรับกันจะกลายเป็นเบี้ยปรับนั้นไม่ได้ เพราะเมื่อ คู่สัญญาเขาต้องการให้เป็นมัดจำ เมื่อต้องปรับกันก็สามารถปรับกันได้อยู่แล้วตามบท บัญญัติเรื่องมัดจำ ไม่ต้องอาศัยบทบัญญัติในเรื่องของเบี้ยปรับมาเป็นเหตุให้ปรับกัน ได้แต่อย่างใด จริงอยู่แม้เมื่อพิจารณาหลักความเป็นธรรมแล้ว บางกรณีการปรับ มัดจำเสียทั้งหมดจะไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องถูกปรับก็ตาม

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ฝ่ายที่จะมัดจำจะปรับมัดจำทั้งหมด นั้น ในบางครั้งก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปรับมัดจำเป็นอย่างมาก หากมีความเสียหายเกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย หรือไม่ได้รับความเสียหายเลย

แต่กลับต้องถูกริบมัดจำไปทั้งหมด ซึ่งดูเหมือนจะกลายเป็นว่ากฎหมายยอมให้คู่สัญญาตกลงกันกำหนดมัดจำ โดยเปิดโอกาสให้มีการค้าหากำไรโดยถือประโยชน์จากสัญญาและผลบังคับตามกฎหมายได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเป็นอย่างมาก แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในการต่อรองอ่อนแอกว่า หรือต้องเสียเปรียบเมื่อต้องถูกริบมัดจำ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องมัดจำทั้ง 2 มาตรา คือ มาตรา 377 และ 378 แล้ว ก็ไม่ได้บัญญัติช่วยเหลือเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายซึ่งต้องเสียเปรียบได้แต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาจากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยพันธะธรรม มาตรา 1 ถึง 387 พ.ศ. 2464 ในส่วนที่ 6 ในเรื่องทัณฑ์บทและเงินมัดจำ⁴⁵ เป็นกฎหมายดั้งเดิมของไทยก่อนจะบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องมัดจำตามมาตรา 377-378 ที่ใช้ในปัจจุบันนี้ ก็ได้มีบทบัญญัติในเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับใช้อยู่มาตั้งแต่ดั้งเดิมแล้ว ซึ่งมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับบัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 284 บัญญัติว่า "ถ้าหากศาลเห็นว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในทัณฑ์บทมากเหลือเกิน ศาลอาจลดจำนวนนั้นลงได้"

มาตรา 287 บัญญัติว่า "เงินมัดจำนั้นถือเป็นเงินที่ผู้เป็นฝ่ายในพันธะธรรมฝ่ายหนึ่งส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง แต่ก่อนฤาในเวลาเข้าทำสัญญากัน และซึ่งผู้เป็นฝ่ายนั้น ๆ กำหนดไว้เป็นจำนวนค่าทดแทนสำหรับการไม่ปฏิบัติพันธะธรรม

ผู้เป็นฝ่ายซึ่งไม่ขาดปฏิบัติ มีสิทธิจะเรียกร้องประจานปฏิบัติฤาเรียกค่าทดแทนไม่เกินจำนวนเงินมัดจำ ถือว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁵ เอกสารการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยพันธะธรรม มาตรา 1 ถึง 387 ตันฉบับตรวจแก้ครั้งที่ 2 (18 พฤษภาคม 2464 - 18 สิงหาคม 2464) ของกรมร่างกฎหมายซึ่งปัจจุบัน คือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ปัจจุบันถูกเก็บรักษาไว้ที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

- 1) ถ้าตนเป็นฝ่ายที่ได้รับเงินมัดจำไว้แล้ว มีสิทธิที่จะรับไว้ได้
- 2) ถ้าตนเป็นฝ่ายที่ได้ส่งมอบเงินมัดจำ ก็อาจเรียกร้องเงินมัดจำนั้นได้เป็นทวีคูณ

ในประการอย่างอื่น ท่านให้ยกบทว่าด้วยทัณฑ์นั้นมาใช้บังคับในเรื่องเงินมัดจำ"

ต่อมาได้มีการยกเลิกและแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับอีกครั้งหนึ่ง เมื่อ พ.ศ. 2466 ซึ่งในหมวด 6 เรื่องข้อกำหนดเบี้ยปรับและเงินมัดจำ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ ⁴⁶

มาตรา 350 บัญญัติว่า "ถ้าศาลเห็นว่าจำนวนเงินที่กำหนดไว้ในข้อเบี้ยปรับมากเกินไป ศาลจะลดจำนวนนั้นลงก็ได้"

มาตรา 353 บัญญัติว่า "เงินมัดจำนั้น ได้แก่ เงินที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแต่ก่อนฤาในเวลาเข้าชื่อทำสัญญากัน แลเป็นเงินซึ่งคู่สัญญานั้น ๆ กำหนดไว้เป็นจำนวนค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้

คู่สัญญาฝ่ายซึ่งไม่ผิดนัดนั้น ชอบที่จะได้รับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ฤารับค่าสินไหมทดแทนไม่เกินกว่าจำนวนเงินมัดจำไว้ ดังต่อไปนี้

- 1) ถ้าเป็นผู้ได้รับเงินมัดจำไว้แล้ว ก็ชอบที่จะรับเอาเงินนั้นไว้ได้
- 2) ถ้าเป็นผู้ได้ส่งเงินมัดจำไว้ อาจเรียกร้องเงินมัดจำนั้นได้เป็นทวีคูณ

⁴⁶ เอกสารการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ของกรมร่างกฎหมาย ปัจจุบันถูกเก็บรักษาไว้ที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในประการอื่น ๆ ท่านให้ยกบทบัญญัติว่าด้วยเบี้ยปรับมาใช้บังคับ
ในเรื่องเงินมัดจำ”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องมัดจำดั้งเดิมก่อน
ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติใน
เรื่องของมัดจำในตอนท้ายของมาตรา 287 และมาตรา 353 นั้น ได้มีบทบัญญัติ
ว่านอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในบทมาตราเรื่องมัดจำแล้ว ในประการอื่น ๆ ให้ยก
บทว่าด้วยทัณฑ์ (เบี้ยปรับ) มาใช้บังคับในเรื่องมัดจำด้วย ซึ่งก็ตีความได้ว่า
สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับ ซึ่งมีหลักว่าถ้าศาลเห็นว่าจำนวนที่กำหนดไว้
เป็นมัดจำนั้นสูงเกินไป ก็ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ลดจำนวนลงได้เช่นเดียวกับบท
บัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับ

แต่ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวไป และใช้ประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ซึ่งได้บัญญัติเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับไว้ใน
มาตรา 377-385 และใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบันนี้ แต่ในบทบัญญัติที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน
มิได้กล่าวถึงให้นำบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับอันมีบทบัญญัติให้ลดเบี้ยปรับได้มาใช้
ในเรื่องมัดจำได้แต่อย่างใด ดังนั้น แม้หลักการในเรื่องมัดจำแต่ดั้งเดิมของไทย
จะบัญญัติให้มีการลดมัดจำกันได้ แต่เมื่อบทบัญญัติในปัจจุบันมิได้กล่าวถึงไว้ให้ลดกัน
ได้ หรือให้นำบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับมาใช้กับเรื่องมัดจำได้ ก็ต้องถือว่าใน
เรื่องมัดจำนั้น แม้จะสูงเกินส่วนกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ลดกันมิได้ คงรับกัน
ได้ทั้งหมด

ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อมีคดีความขึ้นสู่ศาลนั้นในบางครั้งศาลเองก็
พยายามสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาฝ่ายผู้วางมัดจำ หากเห็นว่าผู้รับมัดจำ
ไม่ได้รับความเสียหายแต่อย่างใด หรือเสียหายเพียงเล็กน้อย หากจะริบมัดจำไป
ทั้งหมดนั้นจะเกิดความไม่เป็นธรรม ซึ่งในบางคดีหากถ้อยคำไม่ได้กล่าวไว้ชัดเจน
ว่า มอบเงินไว้เพื่อเจตนาใด หรือหากศาลเห็นว่าเงินที่มอบให้แก่กันไว้นั้นค่อนข้าง
สูง ไม่น่าจะมีเจตนาให้เป็นมัดจำ ศาลก็ตีความไปในทางให้เป็นการชำระหนี้
บางส่วนก็มี แม้ว่าบางครั้งจะไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่
1215/2509 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า จำนวนเงินร้อยละ 25 ที่โจทก์ผู้ประมุข
ชื่อสิทธิการเช่าได้ และได้วางไว้แก่จำเลยในวันประมุขขายนั้น ในรายงานของ

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ได้ระบุว่า เป็นเงินมัดจำ เพียงแต่กล่าวว่า "การชำระเงิน ผู้ซื้อจะชำระในวันนี้ 25 เปอร์เซ็นต์ ส่วนอีก 75 เปอร์เซ็นต์จะชำระในวันที่ 3 เดือนนี้ หากผิคนัดเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิริบเงิน 25 เปอร์เซ็นต์ได้" ศาลฎีกาจึงตีความว่าข้อความที่ว่า จะมีการชำระเงินนั้น แสดงว่าเป็นการชำระหนี้ส่วนหนึ่งของราคาค่าซื้อ ไม่ใช่มัดจำ จำเลยจึงริบเงินนี้ไม่ได้

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า * ในทางปฏิบัติและปกติ ประเพณีนั้น การชำระเงินดังกล่าวในลักษณะนี้ก็ถือว่าเป็นการวางมัดจำกันทั้งนั้น ประกอบกับในข้อเท็จจริงคดีนี้ตามรายงานของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีข้อตกลงให้ริบเงินจำนวนนี้ได้ จึงเห็นว่่าก็น่าจะอยู่ในความหมายของมัดจำอันได้มอบเงิน 25 เปอร์เซ็นต์นี้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาว่าผู้วางมัดจำจะต้องนำเงินที่เหลือมาชำระตามกำหนด นอกจากนี้ หากผู้วางมัดจำนำเงินที่เหลือมาชำระตามกำหนด ก็ย่อมจัดเอาเงินที่วางไว้แล้ว 25 เปอร์เซ็นต์นี้เป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้ตามมาตรา 378 (1) ในเรื่องของมัดจำก็ย่อมกระทำได้ แต่ในคดีนี้ผู้เขียนเข้าใจว่า ศาลคงเห็นว่าทางผู้รับมัดจำมิได้เสียหายแต่ประการใด หรือเสียหายก็เพียงเล็กน้อย การจะให้ริบเงินดังกล่าวทั้งหมดคงจะไม่เป็นธรรมก็เลยตีความว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วนเสียเลย ทำให้ไม่สามารถริบกันได้ เพราะในเรื่องการชำระหนี้บางส่วนนั้น ไม่มีบทบัญญัติให้ริบกันได้ คงต้องคืนเงินให้แก่กันหากมีการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 วรรคแรก แต่ถ้ามีความเสียหายเท่าไร ก็ต้องไปเรียกร้องกันต่างหาก

ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบาทของศาลที่จะเข้ามาช่วยสร้างความเป็นธรรมในการลดมัดจำที่จะต้องริบกันนั้น เท่าที่สามารถกระทำได้ในปัจจุบันนี้นั้น ค่อนข้างจะกระทำได้ยาก และในบางครั้งจะหาทางออกไปในทางอื่นได้อยู่บ้าง แต่ก็ไม่สามารถปรับใช้ได้ทุกคดี เพราะหากจากถ้อยคำในสัญญาหรือข้อตกลงประกอบกับเจตนาของคู่สัญญาปรากฏชัดแจ้งว่ามุ่งให้กันไว้เป็นมัดจำแล้ว ศาลก็คงจะตีความ

* โปรดดูรายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ และความเห็นของผู้เขียนในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.1

ให้เป็นอย่างอื่นนอกจากมัดจำไปไม่ได้ นอกจากนี้ หากมอบมัดจำกันไว้เป็นสิ่งของนอกเหนือไปจากเงินแล้ว ศาลก็จะหาทางออกโดยตีความว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วนไม่ได้เลย

แต่ผู้เขียนก็เห็นว่า ในปัจจุบันนี้มีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาในการเจรจาต่อรอง ทั้งนี้ เพราะอาจเกิดจากการตกอยู่ในฐานะจำยอมต้องเข้าทำสัญญา กรณีจึงเป็นไปได้เสมอที่ฝ่ายผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจและเทคนิคที่เหนือกว่าสามารถกำหนดเนื้อความและเงื่อนไขของสัญญาไว้ก่อน ในลักษณะให้ตนได้เปรียบข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวนี้ ซึ่งในเรื่องของสัญญามัดจำนั้นก็มีบางครั้งที่ตกอยู่ในข่ายดังกล่าวนี้ เช่น สัญญาซื้อขายคอนโดมิเนียมหรือบ้านจัดสรร ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้ขายจะจัดทำเป็นสัญญาสำเร็จรูป และกำหนดจำนวนเงินที่จะต้องมัดจำกันไว้ตายตัว ไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อต่อรองขอแก้ไขได้ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายผู้ซื้อ (ผู้วางมัดจำ) ตกอยู่ในฐานะที่ต้องจำยอมเข้าทำสัญญาดังกล่าวนี้ ซึ่งโดยลักษณะดังกล่าวนี้จะทำให้ผู้รับมัดจำได้เปรียบจากข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวนี้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วสัญญาเหล่านี้จะมีลักษณะร่วมกัน ซึ่งพอจะแบ่งได้ดังนี้⁴⁷

1. ข้อกำหนดนี้แม้จะมีเงื่อนไขหรือเนื้อหาที่แตกต่างกัน แต่มีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ เปลี่ยนแปลงหน้าที่ของคู่สัญญา ให้เบาขึ้นหรือบังคับให้ถูกผูกมัดมากขึ้น
2. การใช้สัญญาในลักษณะดังกล่าว มีส่วนช่วยในวงการธุรกิจให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และเกิดความก้าวหน้าในทางกฎหมาย แต่ผลเสียข้อหนึ่งคือ ลักษณะความไม่เท่าเทียมกันและอำนาจในการเจรจาต่อรอง
3. ความไม่เท่าเทียมกันดังกล่าว ทำให้ต้องยอมรับโดยปริยายในสภาพของความไม่เท่าเทียมกัน ในบางครั้งเป็นการบิดเบือนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและทำลายหลักพื้นฐานของสัญญา

⁴⁷ ดารานพร เตชะกำฟู, "ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา," วารสารนิติศาสตร์ 3 (กันยายน 2529) : 132-133.

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้มีบทบัญญัติบาง มาตราในการเปิดโอกาสให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการเปิดหลักของเจตนาให้ กว้างขึ้น อันเป็นมาตรการที่จะแก้ไขเยียวยาข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมของสัญญา ได้ส่วนหนึ่ง ดังนี้ ^{4๑}

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริต ตามมาตรา 5 และหลักการตีความ การแสดงเจตนาตามมาตรา 132

ข. บทบัญญัติตามมาตรา 113 เป็นหลักให้ศาลสามารถจะปฏิเสธที่จะ บังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมหรือข้อกำหนดของข้อสัญญาได้เลยทีเดียว (คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 3292/2528)

ค. บทบัญญัติตามมาตรา 114 บุคคลจะทำสัญญายกเว้นบทบัญญัติของ กฎหมายได้ ตามมาตรา 114 ที่จะต้องเป็นกรณียกเว้นไม่ใช่บทบัญญัติที่มีลักษณะ ไม่เป็นบทบังคับ นอกจากนี้ การปรับใช้กฎหมายจะต้องดูกฎหมายให้เป็นระบบ กล่าวคือ การตกลงทำสัญญามีใช้จะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ให้เป็นอย่างอื่นได้โดยไม่มีขอบเขต เพราะจะต้องพิจารณามิให้เป็นการทำลาย หลักพื้นฐานอันเป็นลักษณะของสัญญานั้น ๆ คู่สัญญาสามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลง ให้เป็นอย่างอื่น เมื่อมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เสียประโยชน์มีสิทธิอย่างอื่น เป็นการชดเชยสิทธิที่ตนมีตามกฎหมายและต้องเสียไป หรือการวางข้อกำหนดให้ ผิดแผกไปนั้น มีเหตุผลอันเนื่องมาจากเป็นลักษณะทั่วไปของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจาก สถานของสัญญานั้น ๆ เอง

ง. บทบัญญัติ มาตรา 11 ซึ่งเป็นการที่มีข้อสงสัยก็เปิดโอกาสให้ตี ความให้เป็นคนแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ โดยให้ศาลมีบทบาทตีความ ได้ว่าควรจะเป็นไปในทางใด ทั้งนี้ ตามกฎหมายจึงให้ถือหลักว่าต้องตีความ ไปในทางช่วยเหลือผู้ที่ต้องเป็นฝ่ายเสียหายในมูลหนี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2501)

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีหลักต่าง ๆ ตามที่กล่าวข้างต้นเข้ามาช่วยผ่อนคลายหรือแก้ไขในเรื่องของการให้ลดมัดจำกัน

^{4๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-145.

ได้ แต่ในบางครั้งบางกรณีก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องมัดจำนี้ได้ เพราะหากไม่มีข้อบกพร่องหรือถึงขนาดที่จะเป็นการขัดต่อมาตรา 113, 114 หรือมีข้อความขัดแย้งอยู่แล้ว และก็ไม่ปรากฏว่าเป็นการไม่สุจริตหรือต้องให้มีการตีความกันแต่อย่างใด ศาลจึงไม่อาจอาศัยหลักต่าง ๆ นี้เข้ามาสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้วางมัดจำอันจะให้ลดมัดจำลงได้

ผู้เขียนจึงเห็นว่าในบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของมัดจำนี้ ควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบจากการถูกริบมัดจำทั้งหมด ในกรณีที่ฝ่ายผู้รับมัดจำต้องเสียหายน้อยกว่ามัดจำที่วางไว้ต่อกัน ทั้งนี้ โดยให้ศาลมีดุลยพินิจให้ลดลงได้โดยตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าขณะทำสัญญามัดจำนั้นเกิดจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน เกิดการนำเอาสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาไปใช้ในทางเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำ ซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ให้จำต้องยินยอมตกลงด้วยในเรื่องที่ต้องยินยอมให้สิ่งที่เป็นมัดจำไว้เช่นนั้น

สำหรับแนวทางในการสร้างความเป็นธรรมเกี่ยวกับการที่สมควรให้มีการลดมัดจำได้นั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในส่วนของข้อเสนอแนะของบทที่ 5 ต่อไป

4.4.2 ตามกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาทบทวนคดีในเรื่องมัดจำตามกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องเกี่ยวกับการริบมัดจำนั้น มีปัญหาว่าตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น ยินยอมให้มีการลดมัดจำกันได้หรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศพอสังเขป ดังนี้

กฎหมายอังกฤษ

ตามกฎหมายอังกฤษนั้น มัดจำอาจจะให้ไว้ขณะเมื่อเข้าทำสัญญาหรือยังมีได้ให้กันไว้ก็ได้ เพียงแต่มีข้อตกลงว่าจะให้กันก็ได้เมื่อมีการผิดสัญญา

ถ้าผู้ซื้อ (ผู้วางมัดจำ) เรียกร้องให้มีการลดมัดจำลงเพราะว่ามัดจำนั้นสูงเกิน ส่วน ฝ่ายผู้ขาย (ผู้รับมัดจำ) ก็จะไม่ได้รับอนุญาตให้รับมัดจำได้ทั้งจำนวน ใน สถานะที่เป็นจำนวนที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้า (liquidated sum) จะพบได้บ่อย ๆ ในสัญญาซื้อขายที่ดินหรือสินค้า ซึ่งทางฝ่ายผู้ซื้อต้องนำสืบและแสดงให้เห็นว่าเขา มีสิทธิที่จะขอบรรเทาหรือผ่อนคลายการรับมัดจำได้ ซึ่งในกรณีที่มีการบรรเทา การรับมัดจำนี้ ผู้ขายก็จะถูกปฏิเสธที่จะบังคับตามสิทธิพิเศษ คือ การรับมัดจำทั้ง จำนวนย่อมทำไม่ได้^{๔๙}

โดยหลักแล้วหากสัญญาไม่มีเหตุการณ์ฉ้อฉล อุบัติเหตุการณ์กระทำโดย ถูกข่มขู่หรือสำคัญผิดแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำย่อมไม่มีสิทธิที่จะเรียกมัดจำคืนได้ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิที่จะขอลดมัดจำนี้จะมีขึ้นต่อเมื่อได้มีการนำสืบพิสูจน์ให้เห็น ว่า ถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วนตามหลักอิคิวตี ถือว่ามีฐานะเช่นเดียวกันกับเบี้ยปรับ และสามารถเรียกคืนได้ถ้าเป็น "การไร้เหตุผลหรือไม่เป็นธรรม" (unconscionable) ตามหลักกฎหมายของอังกฤษนั้น ถ้าให้มัดจำไว้หากเกิดความเสียหาย ก็เอามัดจำนั้นจัดเข้าชดใช้เป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย โดยไม่แบ่งเล็งถึงการรับหรือไม่รับ ดังนั้น ศาลจึงใช้ดุลยพินิจให้ลดเงินมัดจำนั้น โดยดูประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้^{๕๐}

กฎหมายฝรั่งเศส

ตามบทบัญญัติเรื่องมัดจำของกฎหมายแห่งฝรั่งเศสนั้น มิได้มีบทบัญญัติให้ สามารถลดมัดจำกันได้ คงมิให้ลดกันได้แต่ในเรื่องของเบี้ยปรับโดยศาลฝรั่งเศส ได้ควบคุมโดยให้ลูกหนี้รับผิดชอบน้อยกว่าที่กำหนดในเบี้ยปรับได้ เพราะถือว่าเป็นข้อกำหนดที่เข้ามาขัดขวางอำนาจยุติธรรมของรัฐ^{๕๑}

^{๔๙} J.W. Carter, Breach of Contract, (Sydney : The Law Book Company United, 1984), p. 479.

^{๕๐} Ibid., p. 484

^{๕๑} จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 295-296.

กฎหมายญี่ปุ่น

ตามบทบัญญัติในเรื่องมัดจำของกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น มิได้มีบทบัญญัติให้ลดมัดจำได้แต่อย่างใด ดังนั้น หากมีการให้มัดจำกันได้ และผู้วางมัดจำเป็นผู้ผิดสัญญา ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ก็อาจเลิกสัญญาได้ โดยผู้วางมัดจำต้องถูกริบมัดจำทั้งจำนวน ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 557

กฎหมายเยอรมัน

ตามบทบัญญัติเรื่องมัดจำตามกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ตามบันทึกของกรมร่างกฎหมายแล้วเป็นที่มาของบทบัญญัติในเรื่องมัดจำของไทย แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 336-338 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว ก็ได้บัญญัติให้มีการลดมัดจำกันได้แต่อย่างใด ดังนั้น หากผู้วางมัดจำเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยในพฤติการณ์ที่ผู้วางมัดจำต้องรับผิดชอบแล้ว หรือกรณีที่สัญญาต้องเลิกกันโดยผู้วางมัดจำเป็นฝ่ายผิดแล้ว เขาก็จะถูกริบมัดจำ แต่ในกรณีที่มีได้มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นแล้ว โดยปกติมัดจำจะไม่ถูกริบถ้าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาโดยถูกต้อง หรือถ้าความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานั้นได้มีการชดเชยกันแล้ว ส่วนหลักการของมัดจำในส่วนอื่น ๆ นั้น อาจจะถูกจัดให้เป็นการชำระหนี้บางส่วน หรือถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย หรือต้องส่งคืนกันแล้วแต่กรณี^{๕๒} ดังนั้น จึงเห็นว่าเมื่อจะริบมัดจำกันก็ริบได้ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะตามบทบัญญัติในเรื่องของมัดจำ มิได้มีบทบัญญัติให้ลดกันได้แต่อย่างใด

^{๕๒} Earnest J. Schuster, The Principles of German civil Law, (London : Stevens & Sons, Limited, 1907), p.191