บทที่ 3

ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองที่มีการจัดทำในทางปฏิบัติ

จำนองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดให้ต้องทำตามแบบ คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากการจำนองไม่ทำตามแบบถือว่าสัญญาจำนองนั้นไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ นอกจากแบบ กฎหมายยังได้กำหนดรายละเอียดอื่นๆ ซึ่งสาระสำคัญอย่างน้อยตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 สำหรับข้อตกลงอื่นๆ ในสัญญาจำนอง คู่สัญญายังอาจตกลงกำหนดข้อสัญญาเพิ่มเติมกันอย่างใดก็ได้ ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา เว้นแต่ข้อตกลงนั้นจะต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรือเป็นการพ้นวิสัย หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่จะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ โดยในทางปฏิบัติมักจะเรียกการจดทะเบียน "จำนอง" ว่า "จำนองเป็นประกัน" และมักจะกำหนดรายละเอียดอื่นๆ ไว้ในเอกสารที่เรียกว่า "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง"

การตกลงทำสัญญาจำนองและข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองในปัจจุบันพบว่าจะอยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) ซึ่งฝ่ายผู้รับจำนองส่วนใหญ่ ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ จะทำการร่างข้อสัญญาโดยกำหนดข้อตกลงต่างๆ ไว้ล่วงหน้าเป็นจำนวนมากเพื่อจะใช้กับลูกหนี้และผู้จำนองที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง โดยลูกหนี้หรือผู้รับจำนองที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาจะอยู่ในลักษณะจำยอมต้องรับเอาข้อสัญญานั้นๆ ไม่สามารถต่อรองแก้ไขได้

โดยผู้เขียนขอยกเอารายละเอียดบางประการของข้อตกลงใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง" ที่มีการจัดทำขึ้นในทางปฏิบัติของธนาคารหรือสถาบันเงินมาพิจารณาดังนี้

3.1 ข้อตกลงเกี่ยวกับแบบของสัญญา

การจำนองเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 714 คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ข้อตกลงใดที่กำหนดให้

จัดทำสัญญาจำนองโดยไม่ถูกต้องตามแบบ มีผลทำให้สัญญาจำนองนั้นไม่สมบูรณ์ ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 *"การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ"* เช่น มอบโฉนดที่ดินให้เจ้าหนี้เพื่อประกันหนี้ กรณีเช่นนี้ไม่มีผลเป็นการจำนองแต่อย่างใด

คำพิพากษาฎีกาที่ 1064/2509 มอบอำนาจให้ไปทำสัญญาจำนองและมอบโฉนดให้ไว้ ตราบใดที่ยังมิได้ไปจดทะเบียนจำนอง การจำนองก็ยังไม่มีขึ้นโดยสมบูรณ์ เพราะยังไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อผู้มอบอำนาจตายใบมอบอำนาจย่อมระงับไป ผู้ที่รับโฉนดไว้ไม่มีสิทธิยึดโฉนดไว้ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1612/2512 เพียงเอาโฉนดที่ดินมาให้ผู้ให้กู้ยึดไว้ตามสัญญากู้ มิใช่หนี้ที่มีประกันตามกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2521 จำเลยสัญญาจะจำนองที่ดินเป็นประกันการที่คนภายนอกจะซื้อน้ำมันจากโจทก์ โจทก์ขายน้ำมันไปก่อนวันจดทะเบียนจำนอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 มิฉะนั้นการจำนองจะเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 ดังนั้นการที่จำเลยตกลงกับโจทก์ว่าจะเอาที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจำนองไว้กับโจทก์เพื่อประกันในการที่นายสุรชาติซื้อน้ำมันจากโจทก์โดยยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่โจทก์กลับยอมขายและส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงให้นายสุรชาติ ผู้ซื้อไปก่อนจดทะเบียนสัญญาจำนองดังกล่าวนั้น จำเลยหาต้องรับผิดในการที่ไม่จดทะเบียนจำนองไม่

ได้มีบันทึกหมายเหตุไว้ท้ายฎีกาฉบับนี้ว่า โจทก์ยอมรับว่าเมื่อจำเลยยังไม่ได้จดทะเบียนจำนอง จะบังคับจำนองเป็นประกันหนี้ค่าน้ำมันเชื้อเพลิงที่จำเลยค้ำประกันลูกหนี้ของโจทก์ไม่ได้ โจทก์จึงฎีกาว่าจำเลยผิดสัญญาไม่จำนองตามข้อตกลง ศาลยังคงวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดในค่าน้ำมันเชื้อเพลิงอยู่นั่นเอง คงเป็นบรรทัดฐานได้ว่า สัญญาจะจำนองไม่มีกฎหมายรองรับดังสัญญาจะซื้อจะขายที่มีผลบังคับได้ก่อนที่จะทำการซื้อขาย[1]

---

[1]จิตติ ติงศภัทิย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2521, คำพิพากษาฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2521, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2521, หน้า 723.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1194/2523 โจทก์จำเลยตกลงกันจะให้มีการจำนองที่ดินของโจทก์ตามโฉนดฉบับพิพาทเป็นประกันเงินกู้ โจทก์รับโฉนดที่จำนองธนาคาร อ. ไว้ มามอบให้แก่จำเลย แต่ในเมื่อยังไม่มีการจำนอง จำเลยก็ยังไม่มีสิทธิใดๆ เหนือที่ดินโจทก์ จำเลยจะยึดโฉนดไว้เพื่อเป็นบังคับชำระหนี้ไม่ได้ ถ้ายึดได้ก็หมายความว่ายึดไว้จนโจทก์ยอมไถ่จำนองมาจำนองแก่จำเลยซึ่งโจทก์ไม่อาจถูกบังคับเช่นนั้นได้ การที่ธนาคาร อ. ผู้รับจำนองที่ดินจำเป็นต้องเรียกเอาโฉนดคืนไปยึดถือไว้หรือไม่นั้น เป็นคนละเรื่องกับปัญหาที่ว่าจำเลยมีสิทธิจะยึดถือโฉนดของโจทก์ไว้ต่อไปหรือไม่

ได้มีบันทึกหมายเหตุไว้ท้ายฎีกาฉบับนี้ว่า โฉนดที่ดินของโจทก์ ผู้รับจำนองยึดไว้ โจทก์รับจากผู้รับจำนองมามอบให้จำเลยเพื่อไถ่จำนองเดิมและจำนองกับจำเลยใหม่ประกันหนี้ที่จะมีการซื้อเชื้อเพลิงกัน ผู้ซื้อเชื่อไม่ใช่โจทก์ โจทก์มิได้ทำสัญญาจะจำนองที่ดินกับโจทก์เป็นแต่ลงชื่อรู้เห็นเป็นพยานในสัญญาที่ผู้ซื้อน้ำมันทำกับจำเลย โจทก์ทำใบมอบอำนาจให้ไถ่จำนองเดิมและทำจำนองใหม่ กับมอบโฉนดที่ดินนี้ให้จำเลย

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวนี้มีข้อกฎหมายที่น่าสนใจ คือ การที่โจทก์เป็นเจ้าของโฉนดและมอบโฉนดแก่จำเลย โจทก์จึงเป็นผู้เรียกคืนโฉนดได้ โดยสิทธิของโจทก์เอง ปัญหาอยู่ที่จำเลยมีสิทธิจะไม่คืนโฉนดเพราะเหตุใดหรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 1136 คือ *"ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ที่ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้"* ส่วนที่โจทก์มอบโฉนดแก่จำเลยนั้น ถ้าไม่ใช่มอบโดยมีสัญญาผูกพันเป็นหนี้ที่บังคับได้ตามมาตรา 194 หากเป็นแต่ยอมให้ยึดโฉนดไว้ก็มีผลเพียงทำให้การที่จำเลยยึดโฉนดไว้ไม่เป็นละเมิด โจทก์ไม่มีหนี้ที่ผูกพันให้จำต้องยอมยึดต่อไป โจทก์ไม่ยอมให้จำเลยยึดไว้และเรียกคืนเมื่อใดก็ได้

จากแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว เห็นได้ว่าการจำนองที่ยังไม่จดทะเบียนให้ถูกต้องตามแบบ เช่น การส่งมอบโฉนดที่ดินให้แก่เจ้าหนี้โดยไม่ทำสัญญาจำนองตามแบบที่กำหนด ไม่มีผลเป็นการจำนอง แต่การมอบโฉนดดังกล่าวก็มีประโยชน์แก่เจ้าหนี้เช่นกัน คือ การมอบโฉนดให้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในสัญญากู้ หมายความว่า ลูกหนี้ไม่อาจเรียกโฉนดคืนได้ ถ้าเป็นลูกหนี้ยังมิได้ชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 493/2457) การยึดโฉนดไว้โดยไม่มีการจดทะเบียนจำนอง เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิพิเศษเหนือที่ดินนั้นเลย เจ้าหนี้มีสิทธิเพียงรักษาโฉนดนั้นไว้เป็นการป้องกันมิให้ลูกหนี้จำหน่ายขายที่ดินเท่านั้นเอง

สำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาไม่ว่าจะแก้ไขมากน้อยเพียงใด ต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกัน มิฉะนั้นแล้วการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะใช้ยันต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ หากยินยอมให้ผู้จำนองและผู้รับจำนองสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาจำนองได้โดยไม่ต้องจดทะเบียน จะเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนตามมาตรา 756 ที่ต้องการให้บุคคลทุกคนมีโอกาสตรวจสอบเอาความจริงของทรัพย์ให้สูญเสียไป

มาตรา 756 บัญญัติว่า *"การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใดๆ สิ้นเชิงหรือแต่เพียงบางส่วนก็ดี การระงับหนี้อย่างใดๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้นเป็นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อคำขอร้องของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามไม่ให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก"*

ตัวอย่างเช่น ล. กู้ยืมเงิน จ. 1,000 บาท แล้วเอาบ้านจำนอง จ. ไว้เป็นประกันการชำระหนี้นั้น และสัญญาจำนองนั้นได้นำไปจดทะเบียนแล้ว ต่อมาภายหลัง ล. ได้ชำระหนี้ให้แก่ จ. ทั้งหมด ในการชำระหนี้นี้ จ. ได้ออกใบรับเงินให้แก่ ล. แต่มิได้นำการชำระหนี้ไปจดทะเบียนเพื่อแสดงว่าหนี้ได้รับชำระแล้วและบ้านหลุดพ้นจากการจำนอง ภายหลัง จ. ตกเป็นคนล้มละลาย เจ้าหนี้ของ จ. ก็มีสิทธิบังคับจำนองบนบ้านหลังนั้นได้ คือ เจ้าหนี้ของ จ. อาจขายบ้านหลังนั้นได้ ทั้งนี้เพราะการชำระหนี้ของ ล. ที่กระทำต่อ จ. มิได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมาย จึงไม่อาจจะยกเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ของ จ. ผู้ล้มละลาย ผู้เป็นบุคคลภายนอกได้

มาตรา 756 นี้เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับบุคคลภายนอก คือการจดทะเบียนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการชำระหนี้ที่จำนองนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก แต่ในระหว่างคู่สัญญาเอง คือ ระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนอง ถ้าผู้จำนองได้รับหนี้ทั้งหมดแล้วและได้รับใบรับเงินไว้เป็นสำคัญ ถ้าและผู้รับจำนองบังคับจำนอง หรือพยายามโอนการจำนองไปให้แก่บุคคลอื่น ผู้จำนองหรือผู้ได้รับโอนทรัพย์สินนั้นจากผู้จำนองก็อาจที่จะทำลายการบังคับจำนองนั้นเสียได้ โดยการยกเอาใบรับเงินซึ่งแสดงว่าหนี้ได้ชำระเสร็จสิ้นแล้วขึ้นต่อสู้ได้ (ดูฎีกาที่ 829/2474 และ910/2474)[2]

---

[2]สุกิจ นิมมานเหมินท์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 60-63.

สำหรับการชำระดอกเบี้ยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการชำระดอกเบี้ยอันเกิดแต่หนี้จำนอง แต่การแก้ไขอัตราดอกเบี้ยต้องนำไปจดทะเบียน ทั้งนี้เพื่อยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้

โดยใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง" มักจะกำหนดเนื้อความของสัญญาดังนี้

"ผู้จำนองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน ตามเลขเครื่องหมายที่ดินในสัญญาจำนอง ได้ตกลงจำนองที่ดินกับบรรดาตึกโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างต่างๆ ซึ่งมีอยู่แล้วในที่ดินรายนี้ หรือที่มีขึ้นต่อไปในภายหน้าในที่ดินรายนี้ทั้งสิ้นไว้แก่ผู้รับจำนองเป็นประกัน (guarantee) หนี้ซึ่งผู้จำนอง หรือเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่แล้ว และในเวลานี้หรือในเวลาใดเวลาหนึ่งในภายหน้า ในเรื่องการกู้เงินการเบิกเงินเกินบัญชีและหนี้ในลักษณะอื่นๆ ทุกประเภทที่เป็นหนี้แก่ผู้รับจำนองทั้งหมด รวมทั้งการขอรับสินเชื่อประเภทหมุนเวียน (Revolving credit) อันเป็นประเพณีการให้สินเชื่อของผู้รับจำนองซึ่งผู้รับจำนองทราบดีอยู่แล้วด้วย รวมวงเงิน.....บาท (.....)

เนื่องจากทรัพย์จำนองตามวรรคแรกเป็นประกันหนี้ในขณะทำสัญญานี้ และหนี้ต่อไปในภายหน้าด้วย ผู้จำนองและผู้รับจำนองจึงตกลงกันว่าตราบใดที่ผู้จำนองยังมิได้ทำการจดทะเบียนไถ่ถอนจำนองไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม ผู้จำนองและผู้รับจำนองยังคงตกลงให้ถือว่าสัญญาจำนองฉบับนี้คงมีผลบังคับอยู่ เพื่อเป็นประกันหนี้ที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าของลูกหนี้ที่กล่าวมาแล้วกับผู้รับจำนอง ภายในวงเงินที่กำหนดไว้ในวรรคแรกอีกด้วย

ถ้าผู้จำนอง หรือ ..... ได้กู้เงินหรือเบิกเงินเกินบัญชีจากผู้รับจำนองภายในวงเงินที่กำหนดไว้เท่าใด หรือผู้รับจำนองได้รับความเสียหายเนื่องในการที่ผู้รับจำนองได้ปล่อยสินเชื่อตามแบบและวิธีการของธนาคารลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวแล้วภายในวงเงินที่กำหนดไว้เท่าใด ผู้จำนองยอมรับผิดชดใช้เงินให้แก่ผู้รับจำนองจนครบถ้วน นอกจากนั้นผู้จำนองยอมรับผิดชดใช้ดอกเบี้ยตามจำนวนเงินที่ผู้รับจำนองต้องจ่ายหรือเสียหายไปทั้งสิ้น รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ ค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ และค่าธรรมเนียมในการบังคับจำนองหรือการไถ่ถอนการจำนองนั้นด้วย"

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ซึ่งรับจดทะเบียนจำนองจะทำการตรวจสอบสัญญาจำนองก่อนว่ามีรายละเอียดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งมีตกลงใดที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ จึงจะทำการรับจดทะเบียน

3.2 ข้อตกลงเกี่ยวกับลำดับการจำนอง

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับลำดับของการจำนอง มี 2 มาตรา คือ

มาตรา 712 บัญญัติว่า *"แม้ถึงมีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตาม ทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้แก่บุคคลหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในระหว่างเวลาที่สัญญาก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้"*

มาตรา 730 บัญญัติว่า *"เมื่อทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวได้จำนองแก่ผู้รับจำนองหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจำนองเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียน และผู้รับจำนองคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง"*

เหตุที่ผู้ร่างกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้จำนองทำการจำนองซ้ำได้เช่นนี้ ด้วยประสงค์เพื่อจะให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์มีสิทธิจะใช้มูลค่าของทรัพย์เป็นประกันหนี้ได้อย่างสมบูรณ์เต็มที่ตราบใดที่ราคาทรัพย์สินมีมากพอคุ้มกับหนี้[3] ไม่เป็นการเสียหายแก่ผู้รับจำนองรายแรกแต่อย่างใด เพราะเวลาชำระหนี้ผู้รับจำนองรายแรกมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์ที่จำนองจนครบถ้วนก่อน เหลือเท่าใดผู้รับจำนองคนหลังจึงจะได้รับชำระหนี้

คำว่า จำนองครั้งที่ 2 หมายถึง จำนองกับผู้รับจำนองคนใหม่ ถ้าจำนองกับผู้รับจำนองคนเดิม เรามักจะเรียกว่าขึ้นจำนอง คือเพิ่มจำนวนเงินจำนอง

บางกรณีคู่สัญญาอาจกำหนดข้อตกลงในลักษณะห้ามผู้จำนองนำทรัพย์สินที่จำนองไว้กับผู้รับจำนองไปทำการจำนองซ้ำกับผู้รับจำนองรายอื่น หรือมีข้อตกลงเกี่ยวกับลำดับการจำนองไว้ หากพิจารณาหลักกฎหมายทั้ง 2 มาตราดังกล่าว แม้ในสัญญาจำนองเดิมจะมีข้อตกลงห้ามจำนองเป็นประกันหนี้กับบุคคลอื่นก็ตามไว้ ก็สามารถจำนองต่อได้ ซึ่งในทางปฏิบัติไม่ค่อยมีการจำนองลำดับที่ 2 หรือจำนองลำดับที่ 3 ฯลฯ เนื่องจากหาผู้รับจำนองรายหลังได้ยาก และผู้รับจำนอง

---

[3] ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ. หน้า 8.

รายแรกมักเป็นผู้เก็บรักษาโฉนดหรือเอกสารสิทธิของทรัพย์ที่จำนองไว้เอง หากผู้จำนองจะนำทรัพย์นั้นไปจำนองอีกรายหนึ่ง ผู้รับจำนองมักจะไม่ยอมเพราะไม่อยากเสียเวลาและยุ่งยากในภายหลัง จึงมักจะทำการขึ้นเงินจำนองกับเจ้าหนี้รายเก่านั้นเอง โดยเฉพาะกรณีผู้รับจำนองเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงินจะใช้วิธีการนี้มาก แม้ทางปฏิบัติจะเรียกว่าขึ้นเงินจำนองก็ตาม แต่ความเป็นจริงก็นับเป็นการจำนองด้วยรายหนึ่ง โดยถือลำดับวันที่ขึ้นเงินจำนองจะนำไปรวมกับเงินจำนองเดิมไม่ได้ เช่น ก. จำนองที่ดินไว้กับ ข. 50,000 บาท ต่อมาจำนองลำดับที่ 2 กับ ค. 30,000 บาท ต่อมา ก. ขอขึ้นเงินจำนองกับ ข. อีก 20,000 บาท ต้องนับเป็นการจดจำนอง 3 รายตามลำดับ ถ้าขายทรัพย์ได้เงินไม่พอใช้หนี้ทุกราย ต้องใช้หนี้เรียงลำดับ ข. จะเอาจำนองขึ้นเงินภายหลังสุดไปรวมกับจำนองเดิมเป็น 70,000 บาท มาชำระหนี้ก่อนไม่ได้ เอาใช้หนี้ก่อนได้เพียง 50,000 บาท เท่านั้น ที่เหลือต้องชำระให้ ค. แล้ว จึงจะชำระรายที่ขึ้นเงิน (ถือเป็นการจำนองลำดับที่ 3) ถ้าขายได้เงินไม่พอใช้หนี้รายแรก รายต่อไปก็ไม่ได้รับใช้หนี้จากทรัพย์ที่จำนอง ถ้าไม่มีข้อตกลงเป็นพิเศษให้เอาทรัพย์อื่นของผู้จำนองชำระหนี้แทนแล้ว ผู้จำนองก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 733 และถือว่าหนี้จำนองระงับไปทุกรายตามนัยของมาตรา 744 (5)

3.3 <u>ข้อตกลงให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น</u>

การทำข้อตกลงให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น นอกจากการฟ้องศาลให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองนำมาชำระหนี้ หรือฟ้องศาลให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้ เป็นข้อตกลงที่ต้องห้ามขัดกับหลักการบังคับจำนองตามมาตรา 711ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 711 บัญญัติว่า "การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนองหรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองนั้นไซร้ ข้อตกลงเช่นนั้น ท่านว่าไม่สมบูรณ์"

มาตรานี้ต้องการให้มีการบังคับจำนองตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยมีมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้จำนองให้ได้ราคาขายที่เป็นธรรม โดยถือว่าการขายทอดตลาดด้วยการปล่อยให้ประชาชนเข้ามาประมูลซื้อจะได้ราคาขายที่เป็นธรรมที่สุดและยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย นอกจากนั้นยังเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองฉ้อโอกาสเอาเปรียบผู้จำนองโดยเฉพาะลูกหนี้ จึงมีข้อห้ามตกลงกันแต่ต้นใน 2 ประการ คือ

1) ห้ามมิให้ผู้จำนองทำสัญญาที่มีข้อตกลงกันเป็นพิเศษว่าก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระหรือถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง หรือผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 729

มาตรา 729 บัญญัติว่า "นอกจากทางแก้ดั่งบัญญัติไว้ในมาตราก่อนนั้น ผู้รับจำนองยังชอบที่จะเรียกเอาทรัพย์ที่จำนองหลุดได้ ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดั่งจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี

(2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ

(3) *ไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นใดจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง"*

กล่าวคือ ผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ ลูกหนี้จะต้องขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลา 5 ปี ราคาทรัพย์สินที่จำนองไม่มากกว่าหนี้ที่ต้องชำระ และไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่จำนอง หากมีการทำสัญญาเป็นอย่างอื่นไม่เป็นไปตามมาตรา 729 เช่น ไม่รอให้ขาดส่งดอกเบี้ย ถึง 5 ปี หรือไม่ต้องมีการฟ้องศาลเพื่อแสดงว่าราคาทรัพย์กับจำนวนหนี้พอๆ กัน คือ มิใช่ว่าจำนวนหนี้น้อย แต่ราคาทรัพย์ที่จะเอาหลุดมากกว่าหนี้ที่ติดค้างอยู่ ก็ให้หลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองก็ได้ ข้อตกลงดังกล่าวนั้นไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้

2) ข้อตกลงให้จัดการทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น นอกจากวิธีการบังคับจำนองตามที่กฎหมายกำหนด

เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกที่จะบังคับชำระหนี้แบบเจ้าหนี้สามัญตามมาตรา 214 หรือเลือกวิธีการบังคับจำนอง หากเจ้าหนี้เลือกที่จะได้รับชำระหนี้โดยวิธีการบังคับจำนองแล้ว เจ้าหนี้ไม่มีทางเลือกอย่างอื่นนอกจากใช้วิธีการบังคับจำนองตามที่กฎหมายกำหนด 2 วิธี คือ (1) บังคับเอาทรัพย์ที่จำนองออกขายทอดตลาดแล้วนำเงินมาชำระหนี้ หรือ (2) บังคับเอาทรัพย์ที่จำนองนั้นหลุดเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้ ตามขั้นตอนและวิธีการบังคับจำนองไว้ในมาตรา 728

มาตรา 728 บัญญัติว่า "เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร ซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาให้ยึดทรัพย์สินจำนองหรือให้ขายทอดตลาดก็ได้"

กล่าวคือ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว จึงมีหนังสือบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระ โดยกำหนดเวลาให้พอสมควร ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลานั้น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล เพื่อขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ ไม่ว่าเจ้าหนี้จะการบังคับจำนองหรือเอาทรัพย์จำนองหลุดก็ดี ก็ต้องฟ้องศาลทั้งสิ้น เพื่อให้ศาลเข้ามาควบคุมมิให้เจ้าหนี้เอาเปรียบลูกหนี้ หากเจ้าหนี้ผู้จำนองตกลงกันผิดแผกจากวิธีการที่กฎหมายกำหนด เช่น การตกลงกันก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระว่าไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขมาตรา 728 และมาตรา 729 หรือข้อตกลงให้ผู้รับจำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทรัพย์ทอดตลาดใช้หนี้โดยไม่ต้องฟ้องศาล หรือข้อตกลงให้เอาทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิโดยไม่ต้องเข้าเงื่อนไข ตามมาตรา 729 เหล่านี้เป็นข้อตกลงที่ผิดไปจากวิธีการบังคับจำนอง ข้อตกลงนี้ไม่สมบูรณ์ ใช้บังคับไม่ได้เฉพาะส่วนที่ขัดกับบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนองเสมือนหนึ่งว่าไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น ส่วนสัญญาจำนองและข้อตกลงอื่นของสัญญาจำนองที่ไม่ขัดต่อกฎหมายยังใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะ

การที่ผู้จำนองให้ผู้รับจำนองขายทรัพย์ที่จำนองไว้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 711 นั้นมีผลเพียงไม่สมบูรณ์ โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงไม่ได้เท่านั้น (คำพิพากษาฎีกา 707/2506)

กรณีที่ผู้จำนองตกลงยอมให้เอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิ ถ้าผิดนัดไม่ชำระหนี้ซึ่งตามปกติแล้วราคาทรัพย์จำนองมักจะท่วมหนี้ จะเห็นได้ว่า มาตรา 656 บัญญัติกันไว้ส่วนหนึ่งว่า การกู้ยืมเงินนั้น ถ้าผู้ยืมยอมรับเอาทรัพย์สินอย่างอื่นแทนเงินที่กู้ก็ดี หรือผู้ให้ยืมยอมรับเอาทรัพย์สินอย่างอื่นแทนจำนวนเงินที่ต้องชำระหนี้ก็ดี จะต้องตีราคาทรัพย์สินตามราคาท้องตลาด ณ เวลาและสถานที่ส่งมอบทรัพย์สินนั้น จะตกลงกันไว้ล่วงหน้าไม่ได้ มาตรา 656 ให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ ใช้ไม่ได้ เช่น การตกลงว่า "ถ้าผู้กู้ไม่ชำระหนี้ ให้ผู้ให้กู้เอาที่ดินที่มอบไว้กับเจ้าหน้าที่เป็นการตีใช้หนี้ โดยถือว่าราคาทรัพย์สินดังกล่าวเท่ากับหนี้ที่ค้างชำระ และพร้อมกันนี้ผู้กู้ได้มอบใบมอบอำนาจที่ลงนามแล้วให้ไว้แก่ผู้ให้กู้แล้ว"

มาตรา 656 มีความมุ่งหมายอย่างเดียวกับมาตรา 711 นี้ แตกต่างกันตรงที่ว่ามาตรา 711 เป็นเรื่องจำนอง ส่วนมาตรา 656 เป็นเรื่องการชำระหนี้ทั่วๆ ไป การใช้ถ้อยคำก็แยกกันคือ มาตรา 656 ใช้คำว่า "เป็นโมฆะ" ส่วนมาตรา 711 นี้ใช้คำว่า "ไม่สมบูรณ์" ซึ่งนักกฎหมายถือกันว่ามีสาระเหมือนกัน คือใช้ไม่ได้นั่นเอง

วัตถุประสงค์ของการห้ามตกลงกันก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระตามมาตรา 711 เนื่องจากเกรงว่าเจ้าหนี้จะเอาเปรียบลูกหนี้จำนอง เพราะขณะนั้นลูกหนี้หรือผู้จำนองอยู่ในฐานะเป็นเบี้ยล่างอยู่ในฐานะขาดอำนาจต่อรอง แต่ภายหลังหนี้ถึงกำหนดการจะกลับกัน คือ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะอยู่ในฐานะง้องอน เพราะฉะนั้นหากตกลงกันเมื่อหนี้ถึงกำหนดมีการผิดนัดแล้วพ้นระยะเวลาต่อรองแล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องกันว่าสามารถทำได้ มาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากคู่สัญญาจำนองตกลงกันแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงนั้นถือเป็นโมฆะ

3.4 ข้อตกลงห้ามชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวด ๆ

การชำระหนี้โดยทั่วไปนั้น ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้แต่เพียงบางส่วนหรือชำระหนี้เป็นอย่างอื่นและจะบังคับให้เจ้าหนี้ยอมรับไม่อาจกระทำได้ ตามมาตรา 320 ที่บัญญัติว่า *"อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าหาอาจจะบังคับได้ไม่"*

มาตรา 320 ดังกล่าวเป็นเรื่องการชำระหนี้ตามหลักทั่วไป เหตุที่กฎหมายกำหนดว่าลูกหนี้ต้องชำระหนี้ทั้งหมดจะแบ่งชำระเป็นบางส่วนไม่ได้นี้ก็เพราะเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน การได้รับชำระหนี้คราวละเล็กละน้อย นอกจากจะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ถ้าเป็นการชำระหนี้เงินครางละเล็กน้อยอาจใช้หมดได้โดยง่าย

ที่ว่าลูกหนี้จะชำระหนี้บางส่วนโดยเจ้าหนี้ไม่ยินยอมไม่ได้นั้น ตัวอย่างเช่น หนี้ 100,000 บาท ขอชำระ 30,000 บาท เจ้าหนี้ไม่ยอมรับก็ไม่ถือว่าเจ้าหนี้ผิดนัด หรือตามสัญญาจำนอง โจทก์ต้องรับผิดในเงินจำนวนหนึ่งแล้ว ยังต้องรับผิดสำหรับดอกเบี้ยซึ่งลูกหนี้ผิดนัดด้วย เมื่อโจทก์ขอไถ่ถอนจำนองในเงินจำนวนดังกล่าว โดยไม่เสนอขอชำระดอกเบี้ยด้วย จำเลยย่อมปฏิเสธการชำระหนี้และไม่ยอมให้ไถ่ถอนจำนองได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3713/2535) เนื่องจากกฎหมายได้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการที่จะปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ได้หากลูกหนี้ขอชำระหนี้บางส่วนหรือชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ตามมาตรา 207 ที่บัญญัติว่า *"ถ้าลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ และเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้นั้นโดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ไซร้ ท่านว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด"*

กรณีที่เจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้เพียงบางส่วน มาตรา 329 วรรคแรก บัญญัติว่า *"ถ้านอกจากการชำระหนี้อันเป็นประธาน ลูกหนี้ยังจะต้องชำระดอกเบี้ยและเสียค่าฤชาธรรมเนียมอีกด้วยไซร้ หากการชำระหนี้ในครั้งหนึ่งๆ ไม่ได้ราคาเพียงพอจะปลดเปลื้องหนี้สินได้ทั้งหมด ท่านให้เอาจัดใช้เป็นค่าฤชาธรรมเนียมเสียก่อน แล้วจึงใช้ดอกเบี้ย และในที่สุดจึงให้ใช้ในการชำระหนี้อันเป็นประธาน"* ที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้นับว่าเป็นธรรมเพราะจะให้นำเงินไปใช้เงินต้นก่อน เจ้าหนี้ย่อมเสียเปรียบ เพราะเงินต้นลดลง ดอกเบี้ยที่จะได้รับก็ลดลงด้วย นอกจากนั้นการที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้ชำระหนี้บางส่วนนับว่าเป็นการช่วยเหลือลูกหนี้อยู่แล้ว ไม่ควรที่จะให้เจ้าหนี้ต้องเสียประโยชน์อย่างใดอีก [4]

แต่สำหรับหนี้จำนอง กฎหมายได้ผ่อนปรนให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้เป็นงวดๆ ได้ ตามมาตรา 713 บัญญัติว่า *"ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาจำนอง ท่านว่าผู้จำนองจะชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ ได้"* หมายความว่า ลูกหนี้จะผ่อนชำระหนี้เป็นงวดๆ ได้ ก่อนหนี้ทั้งหมดถึงกำหนด ถ้าหนี้ถึงกำหนดแล้ว เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระได้ทั้งหมด ผ่อนไม่ได้ ส่วนจะผ่อน

---

[4]มาโนช สุทธิวาทนาพุฒิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม. หน้า 77-78.

จำนวนเท่าใดนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้ ทั้งนี้ น่าจะพิจารณาความสุจริตของคู่กรณีด้วย เช่น เงินเป็นจำนวนมากแต่ขอผ่อนชำระเป็นงวดๆ แต่เป็นจำนวนน้อย ย่อมก่อความยุ่งยากให้แก่เจ้าหนี้ แม้กฎหมายจะให้ทำได้ก็น่าจะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต แต่บางกรณีได้มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาว่าจะชำระหนี้เป็นงวดไม่ได้ ต้องชำระทีเดียวทั้งหมด ดังนี้ก็ต้องเป็นไปตามสัญญา นอกจากห้ามมิให้ชำระเป็นงวดแล้ว อาจจะตกลงชำระเป็นงวดแต่งวดหนึ่งๆ ต้องไม่น้อยกว่าเท่านั้นเท่านี้ก็ย่อมกระทำได้ ถ้าลูกหนี้ได้ผ่อนชำระเป็นงวด แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับก็ถือว่าเจ้าหนี้ผิดนัด ไม่มีสิทธิจะเรียกร้องดอกเบี้ยในเงินจำนวนนั้น เหตุผลของมาตรานี้ก็เพราะหนี้จำนองส่วนมากเป็นเงินก้อนใหญ่ เพื่อแบ่งเบาภาระของลูกหนี้และเพื่อให้ผู้จำนองใช้เครดิตในทรัพย์สินของเขาให้เต็มที่ ในการที่จะนำไปจำนองเจ้าหนี้อื่นต่อไป จึงให้แบ่งชำระได้[5]

มาตรา 713 เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 320 ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเพื่อให้เจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้บางส่วน โดยเป็นบทสนับสนุนสิทธิของผู้จำนองตามมาตรา 712 ที่จะเอาทรัพย์สินของตนไปจำนองต่อกับใครก็ได้ จึงเปิดโอกาสโอกาสให้ชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ ได้ โดยมาตรา 713 นี้เป็นเรื่องผู้รับจำนองชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ ไม่ใช่เรื่องการไถ่ถอนจำนองเป็นบางส่วน การไถ่ถอนจำนองบางส่วนไม่สามารถทำได้ เพราะจำนองแบ่งแยกไม่ได้ (ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1298/2512)

มาตรา 713 นี้ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงยอมให้ตกลงเป็นอย่างอื่นได้

3.5 ข้อตกลงเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ย อัตราดอกเบี้ย และการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย กรณีลูกหนี้ผิดนัด รวมทั้งการบอกกล่าวใดๆ เกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยและหนี้ที่ต้องชำระ

โดยปกติสัญญาจำนองจะกำหนดให้ระบุอัตราดอกเบี้ยไว้เป็นตัวเงินซึ่งหากผู้รับจำนองต้องการได้ดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทน ก็ต้องระบุไว้ในสัญญาจำนองให้คิดดอกเบี้ยได้ โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทั่วไปที่มิใช่สถาบันการเงิน ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมาย

---

[5]ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 64-65.

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ที่บัญญัติว่า *"ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อไป"* คือ จะเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี หรือร้อยละ 1.25 บาทต่อเดือน หากไม่มีการระบุไว้ผู้รับจำนองจะเรียกดอกเบี้ยไม่ได้ ในเรื่องนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง และไม่ปรากฏค่าพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไว้เป็นประเด็นโดยตรง จะต้องปรับเข้าเรื่องการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั่วไป เมื่อไม่ตกลงกันเรื่องดอกเบี้ยก็ไม่น่าเรียกร้องดอกเบี้ยในระหว่างอายุสัญญาได้ เว้นแต่ มีการผิดนัด ซึ่งก็เป็นเรื่องของดอกเบี้ยผิดนัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 225 เพื่อความชัดเจนจึงขอแยกพิจารณาตามประเภทของดอกเบี้ยดังนี้

3.5.1 อัตราดอกเบี้ย

ดอกเบี้ยก่อนผิดนัด คือ ดอกเบี้ยปกติสามารถแยกพิจารณาในเรื่องอัตราดอกเบี้ยได้ดังนี้

ก) กรณีกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้แน่นอนไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี

การกำหนดดอกเบี้ยไว้แน่นอนในอัตราร้อยละไม่เกิน 15 ต่อปี เป็นข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายมาตรา 654 บังคับได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นต่ำ หรือบังคับให้ต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันในการกู้ยืม ดังนี้ผู้ให้กู้อาจจะไม่คิดดอกเบี้ยเอากับผู้กู้ หรือคิดต่ำกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้

ข) กรณีสัญญาระบุให้เรียกดอกเบี้ยได้ แต่ไม่ชัดเจนเรื่องอัตราดอกเบี้ย

การตกลงลักษณะเช่นนี้ แสดงว่าคู่สัญญามีเจตนาคิดดอกเบี้ยกัน เพียงแต่ถ้อยคำที่ใช้ไม่ชัดเจนจะคิดกันในอัตราเท่าใด จึงต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 บัญญัติว่า *"ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมิได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ โดยนิติกรรมหรือบทกฎหมายอันชัดแจ้งให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี"*

กรณีดังกล่าวนี้สามารถนำไปปรับใช้กับการที่คู่สัญญาแสดงเจตนาคิดดอกเบี้ยกันไว้ แต่ไม่ระบุอัตราดอกเบี้ยกันไว้ด้วย เช่น สัญญากู้ยืมเงิน มีข้อความว่า *"ยินยอมเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ..... ต่อไป"* หรือ *"ยินยอมเสียดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดตามกฎหมาย"* หรือ *"ผู้กู้ยอมเสียดอกเบี้ยแก่ผู้ให้กู้ทุกเดือน"* (แต่ไม่ระบุอัตราดอกเบี้ยไว้) ให้ใช้อัตรา 7.5 ต่อปี เป็นต้น

ค) อัตราดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงิน

อัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์เรียกเก็บจากลูกค้าในการที่ให้ลูกค้ากู้ยืมเงินก็ดี หรืออัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอื่นเรียกเก็บจากลูกค้าก็ดีนั้น ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ที่ให้เรียกดอกเบี้ยได้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ทั้งนี้เพราะธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันการเงินนั้น มีกฎหมายพิเศษบัญญัติถึงการเรียกดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินไว้โดยเฉพาะ คือ

1) พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พ.ศ. 2528 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำหนดไว้ ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์อาจจ่ายได้

(2) ดอกเบี้ยซึ่งส่วนลดที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกได้

ฯลฯ

การกำหนดตามมาตรานี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

2) พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2524 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า

"เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขภาวะเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย มีอำนาจกำหนดอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดจากผู้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีได้

ในการกำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย จะกำหนดอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดให้ผู้ให้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีด้วย ก็ได้

ในการกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง รัฐมนตรีจะกำหนดอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยสำหรับสถาบันการเงินบางประเภทหรือทุกประเภทก็ได้ และจะกำหนดเงื่อนไขให้สถาบันการเงินต้องปฏิบัติด้วยก็ได้

การกำหนดตามมาตรานี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา"

ส่วนสถาบันการเงิน มีการให้คำนิยามไว้ใน มาตรา 3 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 คำว่า "สถาบันการเงิน" ไว้ว่า หมายความว่า

(1) ธนาคารแห่งประเทศไทย

(2) ธนาคารพาณิชย์ ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์

(3) บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

(4) สถาบันการเงินอื่นที่รัฐมนตรีกำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

กฎหมายทั้งสองฉบับส่งผลให้ธนาคารพาณิชย์ และสถาบันการเงินสามารถเรียกดอกเบี้ยจากลูกค้าได้เกินร้อยละ 15 ต่อปีตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 645 ได้ โดยอัตราดอกเบี้ยของสถาบันการเงินอาจแตกต่างกันได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปัจจัยในการทำธุรกิจของสถาบันการเงินนั้นๆ ปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยเลิกคุม คือ ยกเลิกการกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินสามารถคิดจากลูกค้า โดยกำหนดหน้าที่แต่เพียงว่าให้สถาบันการเงินแจ้งอัตราดอกเบี้ยที่จะคิดกับลูกค้าในธุรกิจต่างๆ ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยและปิดประกาศให้ลูกค้าได้ทราบโดยเปิดเผย เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้แข่งขันได้โดยเสรี

3.5.2 การคิดดอกเบี้ยและดอกเบี้ยผิดนัด

การคิดดอกเบี้ยโดยทั่วไปอาจแยกพิจารณาได้เป็นดอกเบี้ยระหว่างอายุสัญญากับดอกเบี้ยผิดนัดดังนี้

1) กรณีไม่มีการตกลงคิดดอกเบี้ยกันไว้

หากไม่มีข้อตกลงให้คิดดอกเบี้ยจะคิดดอกเบี้ยกันไม่ได้ แต่เมื่อมีการผิดนัดสามารถคิดดอกเบี้ยระหว่างกันได้ตามมาตรา 224 วรรคแรก *"หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี"*

2) กรณีสัญญาระบุให้เรียกดอกเบี้ยต่อกัน แต่ไม่ทราบอัตราดอกเบี้ย

หากสัญญามีข้อความแสดงให้เห็นว่ามีการตกลงคิดดอกเบี้ยกันไว้ แต่ไม่ทราบอัตราดอกเบี้ยที่แน่ชัด ต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 ผู้ให้กู้จึงมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้ ผู้ให้กู้ก็ยังคงได้รับดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีเท่าเดิม

3) กรณีสัญญาระบุอัตราดอกเบี้ยไว้ชัดเจนไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี (กรณีผู้ให้กู้ไม่ใช่ธนาคารหรือสถาบันการเงิน)

เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาคิดดอกเบี้ยต่อกันและกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ชัดแจ้งทั้งดอกเบี้ยระหว่างสัญญาและดอกเบี้ยผิดนัดโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การแสดงเจตนาย่อมมีผลตามกฎหมาย จึงต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้

สำหรับการคิดดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงิน ปกติจะมีการตกลงกันอัตราดอกเบี้ยไว้ชัดเจนแน่นอน เมื่อมีการผิดนัด ก็ยังคิดดอกเบี้ยในอัตราเท่าที่ตกลงกันไว้ และเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ คือ คำพิพากษาที่ 650/2532 ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่าประกาศกระทรวงการคลังที่ให้สิทธิธนาคารเรียกดอกเบี้ยได้

เกินกว่าอัตราปกติที่กฎหมายกำหนด เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล โดยที่โจทก์ไม่นำสืบถึงประกาศกระทรวงการคลังที่ให้สิทธิเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าอัตราปกติตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ส่งผลให้ธนาคารไม่มีสิทธิได้รับดอกเบี้ยในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดเลย ไม่ใช่มีสิทธิเรียกได้ในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี แต่เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้แล้ว ธนาคารจึงจะมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในฐานะเป็นดอกเบี้ยผิดนัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคแรก

นอกจากนั้นปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยที่เรียกเก็บจากลูกหนี้ของธนาคารพาณิชย์ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยในทางปฏิบัติ เนื่องจากตามปกติแล้วธนาคาร พาณิชย์มักจะมีการระบุอัตราดอกเบี้ยลงไว้ในสัญญา แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ธนาคารพาณิชย์สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยให้สูงขึ้นได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย โดยมีเงื่อนไขต้องแจ้งการเพิ่มอัตราดอกเบี้ยให้ผู้กู้ทราบเท่านั้น โดยไม่จำต้องให้ผู้กู้ยินยอม กรณีเช่นนี้ผู้ให้กู้ หรือธนาคารพาณิชย์มีหน้าที่ตามสัญญาต้องแจ้งการเปลี่ยน (เพิ่ม) อัตราดอกเบี้ยให้ผู้กู้ทราบ หากไม่มีการแจ้งให้ผู้กู้ทราบแล้ว ก็จะเปลี่ยน (เพิ่ม) อัตราดอกเบี้ยเองโดยพลการไม่ได้ (คำพิพากษาที่ 4365/2539)[6] สำหรับกรณีสัญญากู้ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ และยังกำหนดให้สถาบันการเงินปรับเพิ่มอัตราดอกเบี้ยได้ แม้ผู้กู้ (ลูกหนี้) จะยังมิได้ผิดนัดชำระหนี้ ข้อสัญญาที่กำหนดในเรื่องอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวไม่ใช่เบี้ยปรับ (คำพิพากษาที่ 3553/2539) กรณีเมื่อผู้กู้ผิดนัดไม่ชำระตามสัญญากู้ ยินยอมให้คิดดอกเบี้ยสำหรับเงินที่ค้างชำระในอัตราสูงสุดตามประกาศผู้ให้กู้ (สถาบันการเงิน) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย ดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นจากดอกเบี้ยเดิมจึงเป็นเบี้ยปรับเนื่องจากมีลักษณะเป็นข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ที่มีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าให้เจ้าหนี้รับหรือเรียกเอาได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ย่อมเป็นเบี้ยปรับทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 707/2539)

---

[6] ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์, คดีกู้ยืมเงิน. (กรุงเทพมหานคร : จิรรัชการพิมพ์, 2541), หน้า 71-75.

3.5.3 ดอกเบี้ยค้างส่ง

ดอกเบี้ยค้างส่ง หมายถึง ดอกเบี้ยที่ค้างชำระเรื่อยมาจนถึงวันฟ้องคดี ส่วนดอกเบี้ยที่มีการเรียกร้องให้จำเลยรับผิดภายหลังวันฟ้อง นั้นไม่ถือเป็นจำเลยค้างส่งเพราะเป็นดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นในอนาคต โดยลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในดอกเบี้ยค้างส่งเพียง 5 ปี ตามมาตรา 193/33 การนับเวลาห้าปี ให้ถือวันฟ้องเป็นหลักจากนั้นย้อนหลังไป 5 ปี ช่วงเวลา

3.5.4 การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา[7]

การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ต้องพิจารณาเชื่อมโยงกันอยู่ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 บัญญัติห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ถ้ากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นให้ลดลงมาเป็น 15 ต่อปี

เดิมหากมีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราก็ต้องปรับข้อเท็จจริงเข้ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 คือให้ลดดอกเบี้ยลงมาเหลือร้อยละ 15 ต่อไป ต่อมาเมื่อประกาศพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาบังคับใช้ เนื่องจากรัฐมองว่าอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี เป็นอัตราที่เหมาะสมแล้ว การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราจึงเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ข้อตกลงห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราจึงเป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 (มาตรา 150 ที่แก้ไขใหม่) ทำให้เกิดปัญหาต่อไปว่าจะเป็นโมฆะแค่ไหน

มาตรา 3 บัญญัติห้ามมิให้บุคคลใด เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย กับ 3 แนวทางคือ

---

[7] เรื่องเดียวกัน, หน้า 76-81.

(1) ห้ามคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) ห้ามกำหนดข้อความที่ปราศจากมูลความจริง ในเรื่องจำนวนเงินกู้หรืออื่นในสัญญา หรือตราสารเปลี่ยนมือ

(3) ห้ามกำหนดเอาหรือจะเอา หรือยอมรับเอากำไรเป็นเงินหรือสิ่งของหรือโดยการเพิกถอนหนี้ หรืออื่น ๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืมเงิน

สัญญากู้ที่มีข้อตกลงให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราสามารถออกได้เป็น 3 ส่วน คือ ต้นเงิน ดอกเบี้ยส่วนที่ไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด และดอกเบี้ยส่วนที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ขอแยกพิจารณาดังนี้

1) ต้นเงิน

การกู้ยืมเงินอาจมีข้อตกลงให้คิดดอกเบี้ยกันหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นการคิดดอกเบี้ยต่อกัน จึงไม่ใช่สาระสำคัญของกู้ยืมเงินและไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของการกู้ยืมเงิน เหตุนี้แม้ดอกเบี้ยจะเป็นโมฆะ เนื่องจากมีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ก็ไม่กระทบถึงการกู้ยืมเงินในส่วนของต้นเงิน ทั้งนี้อาศัยหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 ที่บัญญัติว่า *"ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้น ย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติกรรมแห่งกรณีว่า คู่กรณีมีเจนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะกรรมนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้"*

2) ดอกเบี้ย

ดอกเบี้ยมีอยู่ 2 ส่วนรวมกัน คือ ดอกเบี้ยไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด และดอกเบี้ยส่วนที่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด ปัญหาว่าการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราจะทำให้ดอกเบี้ยส่วนไหนเป็นโมฆะหรือตกเป็นโมฆะทั้งสองส่วน

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาปัญหานี้มี 3 เรื่องคือในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 บัญญัติคำจำกัดความของ

คำว่าสถาบันการเงินไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154 ที่กำหนดห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ถ้าในกำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละ 15 ต่อปี และมาตรา 224 วรรคแรก ที่กำหนดให้คิดดอกเบี้ยในหนี้เงินระหว่างเวลาผิดนัดได้ร้อยละ 7.5 ต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้น โดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น

ปัญหาข้อกฎหมายนี้ มีความเห็นออกเป็น 2 ความเห็นคือ

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 และบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ไม่ได้ส่งผลทางกฎหมายให้ขัดแย้งกัน แต่สามารถใช้บทบัญญัติทั้งสองมาตราควบคู่กันไปได้ กล่าวคือ แม้การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดจะตกเป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 ก็ตาม แต่ความเป็นโมฆะ หมายถึงโมฆะเฉพาะดอกเบี้ยส่วนที่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ส่วนดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ยังคงใช้ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ให้ลดดอกเบี้ยลงมาเหลือร้อยละ 15 ปี

ความเห็นที่สอง เห็นว่าเมื่อมีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดแล้ว ข้อตกลงเรื่องเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 แต่ผู้ให้กู้ยังคงเรียกดอกเบี้ยได้อยู่แต่เป็นเรื่องของดอกเบี้ยผิดนัด ซึ่งต้องสืบให้ได้ว่ามีการผิดนัดเมื่อใด ศาลก็ต้องกำหนดให้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันผิดนัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคแรก ซึ่งจากความเห็นที่สองนี้จะทำให้บทบัญญัติตามมาตรา 654 ไม่มีที่ใช้อีกต่อไป

การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันวินิจฉัยว่าดอกเบี้ยเป็นโมฆะ เช่น คำพิพากษาที่ 2657/2534

ดอกเบี้ยในที่นี้ หมายถึง ดอกเบี้ยทั้งหมดทั้งในส่วนที่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดและในส่วนที่ไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด สำหรับต้นเงินถือว่าแยกออกจากส่วนของความเป็นโมฆะของดอกเบี้ย จึงบังคับให้จำเลยชำระต้นเงินได้ นอกจากนี้จำเลยยังต้องรับผิดใน

ดอกเบี้ยซึ่งเกิดจากการผิดนัดชำระหนี้ในอัตราร้อยละ7.5 ต่อปี ตามมาตรา 224 วรรคแรก โดยศาลจะกำหนดให้นับแต่วันที่มีการผิดนัดเป็นต้นไป หรือกรณีที่ไม่ทราบวันผิดนัดศาลจะกำหนดให้นับแต่วันฟ้องเป็นต้นไป

โดยใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง" มักจะกำหนดเนื้อความของสัญญาดังนี้

"ผู้รับจำนองยอมเสียดอกเบี้ยให้แก่ผู้รับจำนอง อัตราร้อยละ ..... ต่อปี ในจำนวนเงินทั้งสิ้น ซึ่งผู้จำนองหรือ ..... เป็นหนี้ผู้รับจำนองนั้น เงินดอกเบี้ยนี้จะได้คิดในยอดเงินคงประจำวันซึ่งปรากฏในบัญชีของผู้รับจำนองและผู้จำนองยอมส่งเงินดอกเบี้ยให้แก่ผู้รับจำนองทุกๆ เดือนเสมอไป ถ้าผู้จำนองผิดนัดชำระดอกเบี้ยที่กล่าวนี้ ผู้จำนองยอมให้ผู้รับจำนองคำนวณดอกเบี้ยที่ค้างชำระทบต้นในบัญชีของผู้จำนอง และ/หรือลูกหนี้ได้ตามประเพณีด้วย"

นอกจากนั้นในทางปฏิบัติสถาบันการเงินจะมีข้อสัญญาให้นำดอกเบี้ยค้างชำระหนี้เกินกว่า 1 ปีมาทบเข้าเป็นต้นเงินและคิดดอกเบี้ยได้ และเมื่อมีข้อตกลงให้นำดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง มาคิดทบเป็นต้นเงินแล้ว ดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง มาคิดทบเป็นต้นเงินแล้ว ดอกเบี้ยค้างชำระอยู่เดิมจึงแปรสภาพเป็นต้นเงิน ไม่มีดอกเบี้ยค้างชำระซึ่งจะนำหลักเกณฑ์การเรียกดอกเบี้ยค้างชำระเกินกว่า 5 ปี มาใช้แก่กรณีนี้ไม่ได้

กรณีที่นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นลักษณะของบัญชีเดินสะพัด กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการตกลงคิดดอกเบี้ยทบต้นกันได้โดยไม่จำต้องรอให้มีการค้างชำระดอกเบี้ยมากกว่าปีหนึ่ง

3.6 ข้อตกลงในสัญญาจำนองยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733

ข้อตกลงในสัญญาจำนองยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733 คือ ข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชำระหนี้ในส่วนที่ขาดภายหลังการบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้

โดยปกติใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง" มักจะกำหนดเนื้อความของสัญญาดังนี้

"เมื่อถึงเวลาบังคับจำนองเอาทรัพย์ซึ่งจำนองนี้ขายทอดตลาดได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกับค่าอุปกรณ์ต่างๆ ดังได้กล่าวแล้วนั้น เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด หรือเมื่อผู้รับจำนองเอาทรัพย์ที่จำนองหลุด และราคาทรัพย์ที่จำนองนี้ต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกับค่าอุปกรณ์ ดังได้กล่าวแล้วนั้น เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดผู้จำนองและลูกหนี้ยองรับผิดชอบรับใช้เงินที่ขาดจำนวนนั้นให้แก่ผู้รับจำนองจนครบจำนวน"

มาตรา 733 บัญญัติว่า *"ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น"*

ก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ.118 ข้อ 2 มีหลักว่า ในเรื่องจำนำที่ดินถ้าผู้จำนำไม่ส่งดอกเบี้ย ขาดมาแต่ยังไม่ถึง 3 ปีแล้ว ผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียกต้นทุนแลดอกเบี้ยและค่าเสียหายตามศาลจะเห็นสมควร ศาลตัดสินกำหนดเงินเท่าไร ผู้จำนำไม่เสียให้แล้ว ให้ผู้รับจำนำขอให้ศาลขายที่ที่จำนำกันไว้ได้เงินเท่าไรให้ใช้แก่ผู้รับจำนำตามที่คำตัดสินได้กำหนดไว้นั้น เหลือเพียงไรให้คืนให้ผู้จำนำไป ถ้าเงินไม่พอก็ให้ให้เงินไปแก่ผู้รับจำนำทั้งหมด การจำนำนั้นเป็นเลิกกันไป กล่าวคือลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินที่ขาด

ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2472 มีหลักในมาตรา 733 ว่า "ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้จนครบ" ลูกหนี้ผูกพันตนเพื่อการชำระหนี้ทั้งหมดแก่เจ้าหนี้จนกว่าหนี้นั้นจะสิ้นไป โดยถือว่าการจำนองเป็นการประกันหนี้ประธาน หากทรัพย์สินที่จำนองมีราคาน้อยกว่าจำนวนหนี้ ภายหลังที่ได้บังคับจำนองแล้วมีหนี้เหลืออยู่เท่าใด เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถฟ้องลูกหนี้เรียกหนี้ส่วนที่ขาดนั้นได้ ลูกหนี้คงต้องผูกพันตนเพื่อการชำระหนี้ที่ค้างอยู่จนสิ้นเชิง แม้ว่าการจำนองจะหมดไปแล้ว

ก็ตาม โดยถือว่าเงินส่วนยังขาดอยู่นั้น ผู้รับจำนองยังคงเป็นเจ้าหนี้สามัญของลูกหนี้ในหนี้ประธาน ลูกหนี้ต้องใช้จนครบ เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้นั้นจากบรรดาทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ได้ สำหรับผู้จำนองพ้นความผูกพันเพราะจำนองย่อมระงับสิ้นไป เมื่อมีการบังคับจำนอง

แต่หลังจากวันที่ 27 กันยายน 2478 ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2478 เป็นว่า "ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น" ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดใดๆ ถือว่าหนี้สิ้นสุดไปด้วยการบังคับจำนอง หากบังคับจำนองทรัพย์แล้วปรากฏว่าไม่พอชำระหนี้ ซึ่งเป็นการแก้ไขหลักการที่สำคัญของการจำนอง ที่มีว่าลูกหนี้คงเป็นลูกหนี้จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จสิ้นและคงรับผิดในหนี้ส่วนที่ขาด หากทรัพย์ที่จำนองมีราคาไม่พอชำระหนี้

"ลูกหนี้" หมายถึง ลูกหนี้ในหนี้ประธาน ไม่ใช่ผู้จำนองเพราะผู้จำนองเพียงแต่เอาทรัพย์มาประกัน เมื่อบังคับจำนองเอากับทรัพย์แล้วไม่เกี่ยวข้องกันอีก ไม่จำเป็นต้องบัญญัติว่าไม่ต้องรับผิดอีก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 กำหนดให้การจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ ทรัพย์สินที่จำนองเป็นแต่เพียงหลักประกันแห่งหนี้ไม่ใช่เสมือนตัวลูกหนี้ เมื่อเอาชำระจากทรัพย์สินไม่พอ ส่วนที่ขาดยังคงเป็นหนี้กันอยู่ โดยหลักทั่วไปด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่กฎหมายจำนองปัจจุบันกลับบัญญัติว่าบังคับจำนองไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินที่ขาด

หากพิจารณาพื้นฐานที่มาหรือแนวคิดทางของกฎหมายว่าด้วยการประกันด้วยบุคคลหรือการค้ำประกันและการประกันด้วยทรัพย์ คือ การจำนอง และการจำนำแล้ว จะเห็นว่ามีที่มาจากเหตุผลเดียวกัน คือ เจ้าหนี้เกรงว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดลูกหนี้จะไม่ยอมชำระหนี้ หรือไม่มีทรัพย์สินพอที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงหาทางให้มีประกันพิเศษซึ่งอาจเป็นการค้ำประกันด้วยบุคคลหรือประกันด้วยทรัพย์ คือ การจำนองหรือการจำนำ ซึ่งหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากผู้ค้ำประกันหรือบังคับเอาจากทรัพย์ที่จำนองหรือทรัพย์ที่จำนำนั้นได้ เมื่อพื้นฐานของ

กฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำมาจากแนวความคิดเดียวกัน ผลของกฎหมายก็ควรเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งเดิมก็เป็นเช่นนั้น แต่เมื่อการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการจำนองเมื่อปี พ.ศ. 2478 โดยมิได้แก้ไขกฎหมายลักษณะค้ำประกันและจำนำด้วย ทำให้ผลของกฎหมายต่างกันเป็นตรงกันข้าม คือ การค้ำประกัน ตามมาตรา 685 บัญญัติว่า เมื่อบังคับตามสัญญาค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันไม่ชำระหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้ รวมทั้งดอกเบี้ยค่าสินไหมทดแทนและอุปกรณ์ด้วยไซร้ หนี้ยังเหลืออยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ยังคงรับผิดต่อเจ้าหนี้ในส่วนที่เหลือนั้น

การแก้ไขกฎหมายนี้มีผลกระทบต่อหลักของการจำนอง ที่ว่าการจำนองเป็นเพียงประกันเพื่อชำระหนี้ เมื่อหลักประกันไม่พอ หนี้ที่เหลือเป็นหนี้ที่ไม่มีประกัน ลูกหนี้ก็ยังต้องรับผิดชอบไม่ใช่หลุดพ้นลอยนวลไป

ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า สำหรับมาตรานี้ได้กล่าวแล้วว่า การแก้ไขด้วยเหตุทางการเมืองได้ทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนไปเป็นอันมากจนถึงขนาดที่จะถือไม่ได้ว่าการจำนองเป็นประกันแห่งหนี้เพราะถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว เมื่อขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ลูกหนี้ยังจะต้องรับผิด[8]

นาย เค. เอ. ลอร์สัน กล่าวว่า ข้าพเจ้าเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 นี้เป็นการทำความอยุติธรรมให้แก่ผู้รับจำนองอย่างยิ่ง หากไม่มีการแก้ไข มาตรา 733 ถ้าผู้จำนองและผู้รับจำนองตั้งใจกันไว้ว่า หากทรัพย์สินที่จำนองนั้นมีไม่พอชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัวในหนี้ส่วนที่ขาดนั้น การตกลงกันเช่นนี้ก็ย่อมทำได้ ข้าพเจ้าเห็นว่าถ้าไม่มีการแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 นี้ จะเป็นการดีกว่า โดยปล่อยให้คู่สัญญาตกลงกันเองว่าหากทรัพย์จำนองมีไม่พอชำระหนี้ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดอีกต่อไปในหนี้ส่วนที่ขาด[9]

นายตี๋ พานิชอัตรา กล่าวว่าในส่วนตัวข้าพเจ้าไม่เห็นด้วยการที่แก้ไขนั้น เพราะนอกจากจะเป็นการขัดกับลักษณะจำนองแล้ว อาจจะเสียผลในทางอื่นด้วย ที่ว่าขัดกับลักษณะจำนองก็ด้วยเหตุว่า การจำนองหรือการจำนำที่ดินของเราก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าตัวทรัพย์สิน

---

[8]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง จำนำ

[9]เค. เอ. ลอว์สัน, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2482 การประกันด้วยบุคคลและทรัพย์. หน้า 106.

ที่จำนองนั้นเองเป็นเสมือนลูกหนี้ตามประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน รศ.118 ข้อ 2 จึงบัญญัติว่าเมื่อไม่มีสัญญากันเป็นพิเศษแล้ว ถ้าฟ้องและต้องเอาที่ดินซึ่งจำนำขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินไม่พอหนี้ ลูกหนี้หรือผู้จำนำที่ดินนั้นไม่ต้องใช้ส่วนที่ขาดแต่การจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 702 เป็นประกันการชำระหนี้ทรัพย์สินที่จำนองนั้นไม่ใช่เสมือนตัวลูกหนี้ แต่เป็นเสมือนผู้ค้ำประกัน ซึ่งในเรื่องค้ำประกันนี้ หากผู้ค้ำประกันไม่สามารถชำระหนี้ได้หมด ส่วนที่ยังขาดอยู่เจ้าหนี้ก็ยังเรียกจากลูกหนี้ได้ เพราะลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องใช้หนี้จนครบอยู่เสมอเมื่อถือว่าทรัพย์สินที่จำนองเป็นเสมือนผู้ค้ำประกัน เอาชำระจากทรัพย์สินไม่พอ ส่วนที่ขาดอยู่ลูกหนี้ก็ยังคงมีหน้าที่จะต้องใช้ให้เจ้าหนี้จนครบเช่นเดียวกันไม่น่าจะให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดไปได้[10]

ขุนประเสริฐศุภมาตรา กล่าวว่า เพราะผลแห่งการแก้ไขกฎหมาย มาตรานี้กล่าวกันว่าเพื่อป้องกันลูกหนี้ที่เบี้ยน้อยหอยน้อยยากจน เจ้าหนี้ต้องตรวจดูราคาทรัพย์ที่จำนองเอาเองว่าในที่สุดจะคุ้มกับหนี้ที่ประกันหรือไม่ แต่ตามหลักเศรษฐศาสตร์และการพาณิชย์การจำนองเป็นระยะเวลานาน อาจมีเหตุการณ์ที่ใครๆ มากระทบกระเทือนราคาที่ดินอย่างที่ใครๆ ไม่ได้นึกฝัน ถ้าราคาที่ดินขึ้น ผลดีตกอยู่แก่ลูกหนี้ เหตุใดเวลาราคาตกจึงบัญญัติให้ผลร้ายตกอยู่แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง กฎหมายบทนี้ตัดสิทธิของเจ้าหนี้โดยเจ้าหนี้ไม่ได้ทำผิดอะไรเลย และเป็นการให้สิทธิดีแก่ลูกหนี้โดยลูกหนี้ไม่ได้ทำความชอบอะไรเลย[11]

อย่างไรก็ดี มีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า “.....เมื่อใช้ประมวลแล้วก่อนแก้ไขปี พ.ศ.2478 เอาทรัพย์จำนองหลุดแล้วยังต้องใช้จำนวนเงินที่ขาด ปัญหาว่าในทางคดีโจทก์จะฟ้องบังคับจำนองเอาทรัพย์จำนองหลุดและให้ใช้เงินที่ขาดได้อย่างไร มาตรา 729 เป็นทางแก้ที่ผู้รับจำนองจะเลือกเอาอีกวิธีหนึ่ง นอกจากการขายทอดตลาดตามมาตรา 729 เพียงแต่กำหนดว่าราคาทรัพย์ที่จำนองต้องไม่สูงกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ มิได้กำหนดว่าต้องตีราคาทรัพย์ที่จำนองเป็นเงินเท่าใด สมมุติว่าถ้าผู้รับจำนองตีราคามาต่ำกว่าจำนวนที่ค้างชำระ จำเลยผู้จำนองคัดค้านขอให้ขายทอดตลาดจะได้เงินสูงกว่านั้น พอชำระหนี้ได้เต็มหรือมีเงินเหลือด้วยซ้ำ ศาลก็ต้องให้ขายทอดตลาด และถ้าผู้จำนองมิได้พิสูจน์ว่าราคาทรัพย์จำนองสูงกว่า ก็มิได้หมายความว่าราคาต่ำกว่าอาจจะมี

---

[10] ตี๋ พานิชอัตรา, คำสอนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองเพิ่มเติมภาค 1-2 พ.ศ.2479 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), หน้า 3.

[11] ขุนประเสริฐศุภมาตรา, คำสอนปริญญาตรีพุทธศักราช 2489 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคล และทรัพย์. หน้า 69.

ราคาครบพอใช้หนี้ เมื่อผู้รับจำนองเลือกเอาทางนี้และเอาทรัพย์จำนองไป เปรียบเสมือนผู้รับโอนเมื่อมีหนี้จำนองติดไปด้วย หนี้นั้นก็ต้องเกลื่อนกลืนกัน จะว่าผู้จำนองต้องใช้อีกอย่างไรได้ ดังนั้นที่บัญญัติไว้เดิมว่า ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าลูกหนี้ต้องใช้เงินที่ขาดจึงเข้ากับมาตรา 729 ไม่ได้ เพราะมาตรา 729 ไม่มีการประมาณราคา เป็นแต่ว่าลูกหนี้สู้คดีได้ว่า ราคาสูงกว่าหรือไม่นั้น ความเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่า เฉพาะกรณีเอาทรัพย์จำนองหลุดลูกหนี้ไม่ต้องใช้เงินที่ขาดอีกน่าจะถูกต้องกว่า"[12]

ในข้อนี้ท่านอาจารย์พจน์ ปุษปาคม มีความเห็นว่า

1) ในเมื่อจำนองเป็นประกันแห่งหนี้ เมื่อบังคับจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ควรต้องรับผิดชอบส่วนที่ขาดในฐานะหนี้ไม่มีประกัน และการเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิก็เป็นวิธีหนึ่งในการบังคับจำนองเท่านั้น เมื่อหนี้ยังขาดก็ไม่มีเหตุผลอะไรที่ลูกหนี้จะไม่ต้องรับผิดชอบ

2) ที่ว่ามาตรา 729 ไม่มีการประมาณราคา จึงไม่ต้องใช้ส่วนที่ขาดนั้น อันที่จริงในการจำนองจะมีการประมาณราคาแทรกอยู่ทุกขั้นตอน ตั้งแต่เริ่มทำสัญญาผู้รับจำนองจะประมาณราคาหลักประกันก่อนให้กู้ หรือถ้าผู้จำนองก่อทรัพย์สิทธิขึ้นบนทรัพย์จำนองภายหลังผู้รับจำนองจะประมาณว่าจะเสื่อมเสียหรือไม่ ตลอดจนกรณีทรัพย์จำนองบุบสลาย ก็จะคิดประมาณว่าส่วนที่เหลือเพียงพอแก่การประกันหรือไม่ แม้มาตรา 729 ไม่ได้บัญญัติให้ต้องประมาณราคาแต่หากมาตรา 733 ได้กล่าวว่า ถ้าเอา ทรัพย์จำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ก็ย่อมมีการประมาณราคาโดยมาตรา 733 ได้ ซึ่งอาจทำโดยคู่กรณีตกลงกันได้หรือเถียงราคากันก็อาจคำนวณตามราคาตลาดหรือตั้งผู้ชำนาญมาตีราคาทรัพย์สินนั้นๆ แล้วจึงคำนวณส่วนที่ขาดได้

3) ที่ว่าหนี้เกลื่อนกลืนนั้นไม่ถูกต้อง เพราะหนี้เกลื่อนกลืนกันต้องเป็นเรื่องที่เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ด้วยในหนี้เดียวกัน แต่เจ้าหนี้จำนองเป็นผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ (มักจะเป็นเงิน) แต่ไม่ได้รับชำระ จึงบังคับจำนอง จึงใช้วิธีการตามมาตรา 729 มาหาทางให้ตนได้รับชำระหนี้ ไม่ได้กลาย

---

[12] พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนองจำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ. หน้า 271.

สภาพเป็นลูกหนี้ เมื่อหนี้ยังชำระไม่ครบลูกหนี้ก็อาจต้องรับผิดต่อไป (ถ้ามีข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไว้)

นอกจากการแก้ไขมาตรา 733 ในความเป็นจริงผู้รับจำนองเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าทางเศรษฐกิจย่อมมีอำนาจต่อรอง ผู้จำนองซึ่งต้องการเงินก็ต้องยอมตาม เช่น อาจตีราคาหลักประกันต่ำๆ และให้กู้น้อยกว่าหลักทรัพย์ เช่น ให้กู้ไม่เกินร้อยละ 60-70 ของราคาหลักทรัพย์ นอกจากนั้นยังอาจหาทางเลี่ยงโดยวิธีทางอื่น เช่น

1) ทำข้อตกลงยกเว้นบทกฎหมายมาตรา 733 ซึ่งมีแนวคำพิพากษาฎีกาเป็นบรรทัดฐานว่าการตกลงระหว่างผู้รับจำนองกับลูกหนี้ว่า หากบังคับจำนองไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องรับผิดในส่วนที่ขาดอันเป็นการยกเว้นมาตรา 733 การตกลงเช่นนี้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนใช้ได้ ไม่เป็นโมฆะตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480, 474/2502, 168/2518

คำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480 จำเลยได้จำนองที่ดินไว้กับโจทก์และได้ทำสัญญาเพิ่มเติมกันว่า ถ้าไม่ไถ่ถอนให้เอาที่ดินขายทอดตลาดใช้ ถ้าได้เงินน้อยกว่าที่ค้างชำระ จำเลยจะใช้ให้จนครบ จำเลยเสนอฎีกามีข้อหนึ่งว่า ข้อตกลงเพิ่มเติมสัญญาจำนองนั้นเป็นสัญญาฝ่าฝืนขัดขืนกฎหมาย จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติตามมาตรา 733 เป็นเรื่องพิธีการบังคับจำนองไม่ได้ ห้ามมิให้ลูกหนี้ทำสัญญาต่างหากว่าจะใช้หนี้จนสิ้นเชิง โดยอธิบายว่า สมัยก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้จำนองและผู้รับจำนองได้เคยทำสัญญาเช่นนี้เสมอ เนื่องจากตามประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน รศ.118 ซึ่งใช้อยู่ขณะนั้น ให้การจำนองเลิกกันไป ซึ่งผู้จำนองหลุดพ้นจึงต้องทำสัญญาพิเศษกัน ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ลูกหนี้ต้องใช้จนครบ และเมื่อแก้ไขกฎหมายกลับให้ผู้จำนองไม่ต้องรับผิดอีกคู่กรณีจึงทำสัญญาพิเศษดังที่ทำมาสมัยก่อนอีก ศาลเห็นว่าการทำสัญญาพิเศษนี้ไม่ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตรงกันข้าม การที่ผู้ยืมเงินจะตกลงสัญญาว่าจะชำระหนี้จนครบจำนวนนั้นเป็นผลดีต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง หากกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้ทำสัญญาพิเศษ กฎหมายคงจะห้ามโดยชัดแจ้ง มีบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ว่า

ตามประมวลแพ่งมาตรา 113 สัญญาซึ่งมีวัตถุที่ประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมายก็ดี หรือขัดขวางต่อความสงบศีลธรรมก็ดี ต้องตกเป็นโมฆะ ปัญหาว่าสัญญาในคดีนี้จะมีวัตถุที่ประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมายหรือไม่ อาจมีทางทราบได้จากถ้อยคำในตัวบทที่เกี่ยวข้องนั้นเอง ถ้อยคำในมาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่บัญญัติไว้อย่างเบาบางแต่เพียงว่า "ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด" ถ้าประสงค์จะให้เป็นข้อห้ามของกฎหมายแล้ว คงจะได้บัญญัติไว้ให้หนักแน่นกว่านั้น เช่นอาบัญญัติลงไปว่า ถ้าทรัพย์จำนองไม่พอใช้หนี้ "ห้ามมิให้" ผู้รับจำนองยึดทรัพย์อื่นๆ ของลูกหนี้หรือผู้จำนอง ดังนี้เป็นต้น ดังจะเห็นได้เมื่อเทียบกับข้อห้ามในมาตรา 654 ที่มิให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น ได้ใช้ถ้อยคำอย่างหนักแน่นว่า "ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสอบห้าต่อปี" และยังได้บัญญัติไว้ให้การฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นตกเป็นอันไร้ผลด้วยว่าถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี โดยทำนองเช่นนี้ จึงจะเข้าใจได้ว่าเป็นข้อห้ามแห่งกฎหมาย แต่มาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่มิได้บัญญัติไว้ให้เข้าใจเช่นนั้นเลย คำว่า "ไม่ต้องรับผิด" ในมาตรา 733 นั้นเป็นถ้อยคำเพลาๆ มีบัญญัติไว้ในบทอื่นทั่วไปที่มิใช่ตัวบทกำหนดข้อห้ามของกฎหมาย เช่นในมาตรา 562 วรรค 2 ที่ว่า "ผู้เช่าไม่ต้องรับผิดในความศูนย์หายหรือบุบสลาย อันเกิดแก่การใช้ทรัพย์สินนั้นโดยชอบ" มาตรานี้ใช้คำว่า "ไม่ต้องรับผิด" เหมือนกันแต่ก็เห็นได้ทีเดียวว่า มาตรา 562 วรรค 2 นี้ไม่ใช่บทที่กำหนดข้อห้ามแห่งกฎหมาย หรือเป็นบทที่เกี่ยวกับความสงบศีลธรรมอย่างไร บุคคลชอบที่จะตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างไปได้ตามมาตรา 114 ฉันใดก็ควรเป็นอย่างเดียวกัน สำหรับมาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่ เพราะใช้ถ้อยคำไม่ผิดต่างกันอย่างไร

ความประสงค์ในการแก้ไขมาตรา 733 นั้น เท่าที่จะเห็นได้จากคำปรารภก็มีแต่เพียงเท่านี้ กล่าวคือ "โดยที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติว่า สมควรแก้ไขมาตรา 214 และ 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวด้วยความรับผิดของลูกหนี้มีจำนองเป็นประกัน" ตามที่ปรารภไว้ดังนี้เข้าใจได้แต่เพียงว่าประสงค์จะแก้ความในตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความรับผิดของลูกหนี้ หาได้ประสงค์จะแก้ความรับผิดของลูกหนี้ไม่ อันจำนองนั้น ตามหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไป เป็นแต่ประกันเท่านั้นเอง กล่าวคือ ถ้าบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์จำนองที่เป็นประกันไม่เพียงพอ เจ้าหนี้ก็ชอบที่จะเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้อีกจนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบ หลักว่าด้วยความรับผิดของลูกหนี้มีอยู่ดังนี้ ถ้าเป็นความประสงค์ของกฎหมายใหม่ที่จะแก้ความรับผิดของลูกหนี้นั้นให้วิปริตผิดไปเป็นอื่นแล้ว ก็คงจะได้แสดงความประสงค์อันนั้นไว้ให้ปรากฏชัดแจ้งในคำปรารภ เพราะเป็นการแก้ไขผิดหลักธรรมดาทั่วไปที่กฎหมายไหนๆ เขาใช้กัน แต่ก็ได้หาแสดงความประสงค์ไว้เช่นนั้นไม่ เป็นแต่ปรารภว่าจะแก้ไขข้อความในตัวบทเท่านั้นเอง แก่นของความรับ

ผิดดังกล่าวแล้วจึงยังคงใช้ได้ การแก้ไขคงมีผลแต่ว่าถ้าไม่ได้ทำสัญญาไว้ต่อกันเป็นอย่างอื่นแล้ว เจ้าหนี้จะบังคับเอาชำระหนี้ได้แต่จากทรัพย์จำนองเท่านั้น ต่อเมื่อมีสัญญาตกลงกันไว้ จึงจะบังคับเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นได้ด้วย

โดยม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้เขียน หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480 ว่า "อาจคิดสงสัยว่ามาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่เกี่ยวกับความสงบศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะการที่ทรัพย์สินอย่างอื่นของลูกหนี้จะต้องถูกยึดขายใช้หนี้ด้วยนั้น จะทำให้สิ้นตัวเป็นทางให้ก่อกรรมทำเข็ญกันขึ้นได้ด้วยประการต่างๆ แต่ความเข้าใจดังนี้เป็นการคาดคะเนให้ความหมายแก่ความสงบศีลธรรมกว้างขวางมากเกินไปนัก การที่เป็นหนี้เขาแล้วไม่ต้องใช้กลับจะกระทบกระเทือนถึงความสงบศีลธรรมได้มากว่ามาก เพราะจะไม่มีใครกล้าลงทุนให้คนอื่นเอาเงินไปค้าหากำไร ลูกหนี้อาจหาทางโกงเจ้าหนี้ได้นานาประการ จะเอาเรื่องเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรามาเทียบกันก็ไม่ได้ เพราะดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนการที่ได้ใช้ต้นทุนซึ่งเจ้าหนี้เรียกเอาจากลูกหนี้ ถ้าไม่มีข้อจำกัดห้ามไว้บ้างแล้ว เจ้าหนี้อาจขูดเลือดลูกหนี้จนผิดศีลธรรมได้ แต่เรื่องที่เอาทรัพย์จำนองกู้เงินเขาไป เขาเรียกดอกเบี้ยตามอัตราในกฎหมาย การที่เขาจะบังคับชำระหนี้นั้นจากทรัพย์จำนองและทรัพย์สินอื่นด้วยนั้นหาเป็นการขูดอะไรกันไม่ เป็นแต่การขอคืนทุนที่เขาได้จ่ายให้ไปแล้วกับดอกเบี้ยที่เขาชอบที่จะเรียกเอาได้ตามกฎหมาย การที่จะบังคับให้เขาได้รับชำระหนี้นั้นจากทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดจึงไม่น่าจะเป็นการผิดศีลธรรมความสงบอะไรไปได้

เมื่อสิทธิของเจ้าหนี้มีหลายอย่าง สิทธิอย่างใดกฎหมายห้ามก็ใช้ไม่ได้ สิทธิที่กฎหมายไม่ห้ามก็ย่อมใช้ได้ ดังนั้นการใช้สิทธิฐานะผู้รับจำนองเรียกไม่ได้มาตรา 733 ก็ยังสามารถใช้สิทธิในฐานะผู้รับจำนำหรือเจ้าหนี้มีผู้ค้ำประกันได้ เพราะกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้

คำพิพากษาฎีกาที่ 166/2481 สัญญาจำนองทำภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2478 โดยลูกหนี้ผู้จำนองได้นำบุคคลหนึ่งเข้ามาค้ำประกันว่าถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอผู้ค้ำประกันยอมรับผิดในส่วนที่ขาด ดังนั้นถึงแม้ผู้จำนองจะไม่มีข้อสัญญาพิเศษกับผู้รับจำนองว่าจะรับผิดในส่วนที่ขาดด้วยก็ดี ผู้ค้ำประกันก็ถูกผูกพันรับผิดสัญญาค้ำประกันไม่ต้องห้ามตามกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1318/2505, 2832/2528 ตัดสินในทำนองเดียวกันว่า กรณีจำนอง และมีค้ำประกันด้วย ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดตามสัญญาค้ำประกัน โดยคดีดังกล่าวพิจารณาไปไม่ถึงว่าหากบังคับจากผู้ค้ำประกันไม่พอจะกลับมาบังคับกับลูกหนี้ชั้นต้นได้อีกหรือไม่ แต่ตามหลักกฎหมายเรื่องหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิทำได้

2) ฟ้องลูกหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญ แทนการบังคับจำนอง ในกรณีที่ทรัพย์จำนองมีค่าน้อย แต่ลูกหนี้มีทรัพย์สมบัติมาก และไม่มีเจ้าหนี้อื่นมาเฉลี่ยมากนักผู้รับจำนองอาจสละจำนองฟ้องในฐานะเจ้าหนี้สามัญได้ โดยมีทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นประกันแห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 127/2506, 2003/2519, 2044/2526, 3262/2527

3) ผู้รับจำนองปลดจำนองตามบัญญัติ มาตรา 744 และใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมมีผลดังที่กล่าวตามข้อ 3 ข้างต้น

4) ผู้จำนองตกลงกับผู้รับจำนอง โดยให้ถือเอาทรัพย์ที่นำมาจำนองไว้นั้นตีใช้หนี้ ซึ่งการทำเช่นนี้ย่อมจะเกิดผลบังคับและข้อแตกต่างไปจากการบังคับจำนอง ลักษณะของการยกทรัพย์สินตีใช้หนี้เป็นกรณีที่เจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้อย่างอื่นแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 วรรคแรก *"ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้อย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป กล่าวคือ หากลูกหนี้เสนอชำระหนี้อย่างอื่นแทนและเจ้าหนี้ยินยอม เมื่อลูกหนี้ได้ชำระและเจ้าหนี้รับชำระแล้ว หนี้ก็เป็นอันระงับไป"*

การระงับแห่งหนี้กรณีนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในบรรพ 2 ซึ่งทำให้จำนองระงับไปตามมาตรา 744 (1) หาใช่เป็นการระงับโดยเหตุบังคับจำนองเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิหรือเอาทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดไม่ ดังนั้นหากทรัพย์จำนองตีใช้หนี้ได้บางส่วน หนี้บางส่วนนั้นก็ระงับ หนี้ส่วนที่เหลือผู้รับจำนองสามารถเรียกร้องได้ โดยหลักทั่วไปแห่งหนี้ กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 733 แต่การโอนทรัพย์ที่จำนองตีใช้หนี้ให้กับผู้รับจำนองไปนั้น มิใช่เป็นการบังคับจำนองแบบใดแบบหนึ่งที่กล่าวไว้ในมาตรา 728, 729 ฉะนั้นจำนองจึงไม่ระงับตามมาตรา 744 (4), (5) หากเจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้ครบถ้วน จึงยังคงเรียกร้องส่วนที่ขาดได้ กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 733

นอกจากนั้นในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความกัน มีผลให้สิทธิเรียกร้องเดิมที่มีต่อกันระงับสิ้นไป และคู่สัญญาได้สิทธิขึ้นตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 852 *"ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นย่อมทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน"* เมื่อสิทธิเรียกร้องเดิมระงับก็คือจำนองระงับ การบังคับชำระหนี้ที่จะมีต่อไปคือการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งเกิดขึ้นใหม่ บทบัญญัติเรื่องจำนองจึงไม่นำมาใช้ ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 733

คำพิพากษาฎีกาที่ 1683/2498 โจทก์ฟ้องให้ไถ่จำนองจำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ยอมใช้เงินให้แก่โจทก์และศาลได้มีคำพิพากษาบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นแล้ว ทั้งตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ก็มิได้กล่าวว่าโจทก์จะบังคับเอาชำระหนี้ได้ แต่เฉพาะทรัพย์สินที่ได้จำนองกันไว้ ฉะนั้นโจทก์จึงชอบที่จะบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาจากทรัพย์สินใดๆ ของจำเลยอันเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 224/2518 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่โจทก์จำเลยตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันโดยจำเลยยอมชำระหนี้จำนองให้โจทก์ ซึ่งศาลได้พิพากษาตามยอมคดีถึงที่สุดแล้วนั้น ถือว่าเป็นเพียงฟ้องในมูลหนี้สามัญ และมีผลทำให้หนี้เดิมระงับเกิดหนี้ใหม่ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความโจทก์ย่อมบังคับคดีจากทรัพย์สินอื่นๆ ของจำเลยรวมทั้งทรัพย์ที่จำนองได้

3.7 ข้อตกลงที่ถือว่าลูกหนี้ผิดนัดและผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที

โดยปกติหากหนี้ถึงกำหนดชำระหรือลูกหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที นอกจากนั้นกฎหมายยังได้กำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้ของผู้รับจำนองหากเกิดกรณีตามที่กฎหมายกำหนดด้วย เพื่อความชัดเจนผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณากรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับจำนอง ดังนี้

1) หนี้ถึงกำหนดชำระ ผู้รับจำนองได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว แต่ไม่ชำระผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที แต่มีหลายรายที่แม้ว่าผู้รับจำนองจะจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ แต่ก็ไม่ได้บังคับจำนอง เนื่องจากผู้รับจำนองยังคงได้ดอกเบี้ยจากผู้จำนองหรือลูกหนี้สม่ำเสมอ

2) ลูกหนี้ผิดสัญญาหรือลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงใดที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบังคับจำนองได้ทันที ซึ่งโดยส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติมักจะมีการกำหนดข้อสัญญาให้สิทธิผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกให้ผู้จำนองชำระหนี้หรือบังคับจำนองทันทีได้ หากมีกรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จำนองหรือมีเหตุการณ์ที่ทำให้ทรัพย์จำนองมีราคาตกลงไม่คุ้มกับจำนวนหนี้ที่มีอยู่ เพื่อป้องกันความเสียหาย เนื่องจากการจำนองเป็นการนำทรัพย์มาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง หากผู้จำนองทำให้ผู้รับจำนองเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองโดยการจดทะเบียนภารจำยอมหรือทรัพยสิทธิอันจะทำให้ราคาทรัพย์นั้นเสื่อมค่า ผู้รับจำนองขอให้ลบสิทธินั้นจากทะเบียนได้ ตามมาตรา 722 จึงมีการกำหนดข้อตกลงในบันทึกต่อท้ายสัญญาจำนองกันดังนี้

"ในระหว่างที่ทรัพย์สินรายนี้ยังจำนองตามสัญญานี้อยู่ ผู้จำนองจะให้สิทธิประการใด ๆ แก่ผู้อื่นในทรัพย์ที่จำนองเพื่อให้เกิดภาระผูกพัน เช่น เช่าถือ อาศัย ปลูกสร้าง ทางเดิน ยึม เป็นต้น อันเป็นการเสื่อมสิทธิ สดสิทธิ รอนสิทธิ ทอนสิทธิ และเสียสิทธิของ ผู้จำนองเองในทรัพย์สินที่จำนองนี้ ผู้จำนองต้องได้รับความยินยอมอนุญาตจากผู้รับจำนองก่อนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถ้าผู้จำนองได้ให้สิทธิประการใด ๆ ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นแก่ผู้อื่นไว้แล้วในเวลาที่จำนองนี้ ผู้จำนองต้องแจ้งให้ผู้รับจำนองทราบเป็นลายลักษณ์อักษรทันที และถ้าผู้จำนองจะต่ออายุสิทธิที่ได้ให้ไว้แล้วออกไปอีก ผู้จำนองจะต้องได้รับความยินยอมอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้รับจำนองก่อน การกระทำใด ๆ ที่ผู้จำนอได้กระทำฝ่าฝืนขืนขัดต่อสัญญาข้อนี้ จะไม่ผูกพันผู้รับจำนองแต่ประการใด ๆ เลย และผู้รับจำนองมีสิทธิจะปฏิเสธการกระทำของผู้จำนองนั้นได้ทันที ทั้งผู้รับจำนองมีสิทธิจะบังคับจำนอง และเรียกค่าเสียหายได้ด้วย"

ส่วนข้อตกลงอื่นให้เป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา ซึ่งปกติแบบสัญญาจำนองของธนาคารมักจะกำหนดเนื้อความใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง" ให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้ทันที หากมีกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

"ถ้าจะมีปัญหาเกิดขึ้นด้วยข้อกรรมสิทธิ์ของผู้จำนองในที่ดินและทรัพย์ที่จำนองนี้ เมื่อใด ผู้รับจำนองมีสิทธิจะเรียกให้ผู้จำนองชำระหนี้และบังคับจำนองได้โดยทันที"

"ผู้จำนองสัญญาว่า ในระหว่างสัญญาจำนองนี้ ถ้าผู้รับจำนองเห็นว่าทรัพย์ที่จำนองนี้มีราคาตกต่ำลงไปกว่าราคาในเวลาที่ทำจำนองนี้ และเรียกผู้จำนองให้เอาทรัพย์อื่นมาจำนองเพิ่มอีกให้คุ้มพอกับจำนวนเงินที่ผู้จำนองเป็นหนี้ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองจะต้องจัดหาทรัพย์อื่นมาทำจำนองเพิ่มอีกให้คุ้มพอกับจำนวนหนี้ที่ผู้จำนองเป็นหนี้อยู่ ถ้าผู้จำนองบิดพลิ้วไม่ยอมปฏิบัติตามความที่กล่าวนี้ ผู้รับจำนองมีสิทธิจะเรียกให้ผู้จำนองชำระหนี้และบังคับจำนองได้ทันที"

"ถ้าผู้จำนองประพฤติผิด หรือไม่ประพฤติตามสัญญาที่กำหนดไว้ข้าแต่ข้อหนึ่งข้อใดหรือทั้งหมด ผู้รับจำนองมีสิทธิจะเรียกให้ผู้จำนองชำระหนี้และบังคับจำนองได้โดยทันที และถ้าผู้รับจำนองผ่อนเวลาให้แก่ ..... ในการชำระหนี้ โดยจะได้แจ้งหรือมิได้แจ้งให้ผู้จำนองทราบก็ตาม ผู้จำนองยอมตกลงด้วยการให้ผ่อนเวลานั้นทุกครั้งไป และจะไม่ถือเอาการให้ผ่อนเวลาเช่นว่านี้เป็นเหตุปลดเปลื้องความรับผิดของผู้จำนองเป็นอันขาด"

3) ผู้จำนองทำให้ทรัพย์สินซึ่งจำนองสูญหายหรือเสียหาย ตามมาตรา 723

มาตรา 723 บัญญัติว่า *"ถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองบุบสลาย หรือถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองแต่สิ่งใดสิ่งหนึ่งสูญหายหรือบุบสลายเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกันไซร้ ท่านว่าผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเสียในทันทีก็ได้ เว้นแต่เมื่อเหตุนั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของผู้จำนอง*

และผู้จำนองก็เสนอจะจำนองทรัพย์สินอื่นแทนให้มีราคาเพียงพอหรือเสนอจะรับซ่อมแซมแก้ไขความบุบสลายนั้นภายในเวลาอันสมควรแก่เหตุ"

มาตรากำหนดให้ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที แม้ว่าหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตามและเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ภายหลังจากที่บังคับจำนอง หากได้เงินไม่พอชำระหนี้ ผู้รับจำนองไม่มีอาจเรียกให้ลูกหนี้ชำระเงินส่วนที่ขาดได้อีกดังที่กล่าวมาแล้วตามมาตรา 733 หากปรากฏว่าไม่มีการกำหนดข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แล้ว ในทางปฏิบัติพบว่ามีผู้จำนองน้อยรายที่จะยอมจำนองทรัพย์สินอื่นมาเป็นประกันการชำระหนี้เพิ่มเติมให้พอชำระหนี้ หรือซ่อมแซมการบุบสลายของทรัพย์นั้นให้คืนดีภายในเวลาอันควร จึงมีการกำหนดเนื้อความใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หรือ "สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง" ดังนี้

"ถ้าทรัพย์ที่จำนองนี้บุบสลายหรือต้องภัยอันตราย หรือสูญหายไป ซึ่งเป็นเหตุให้ทรัพย์นั้นเสื่อมราคาไม่พอเพียงแก่การประกันหนี้ของผู้จำนองฯ จะต้องเอาทรัพย์อื่นที่มีราคาพอเพียงมาจำนองเพิ่มให้คุ้มพอกับจำนวนหนี้ที่ผู้จำนองเป็นหนี้อยู่โดยไม่ชักช้า ถ้าผู้จำนองบิดพลิ้วไม่ยอมปฏิบัติหรือไม่สามารถปฏิบัติตามความที่กล่าวนี้ ผู้รับจำนองมีสิทธิจะเรียกให้ผู้จำนองชำระหนี้และบังคับจำนองได้ทันที"