



บทที่ 1

บททั่วไป

ลักษณะของสัญญาจำนอง

จำนองเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 ให้นิยามจำนองว่า "อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง" ฉะนั้นลักษณะที่สำคัญของสัญญาจำนองตามบทบัญญัตินี้ได้แก่

1. ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่ผู้รับจำนอง มีสาระสำคัญ 2 ประการคือ ทรัพย์สินที่อาจจำนองได้ และความหมายของคำว่า "ตราไว้"

1.1 ทรัพย์สินที่อาจจำนองได้

1.1.1 ประเภทของทรัพย์สิน จะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 คือ

1) อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ที่ดินกับทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกันกับที่ดินนั้น อนึ่งคำว่าอสังหาริมทรัพย์ ท่านหมายความรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิในที่ดินด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 100)

ที่ดิน คือพื้นดินทั่วไป แต่ย่อมไม่หมายถึงดินที่ขุดขึ้นมาแล้ว ตามความหมายที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า "ที่ดินหมายความว่า พื้นดินทั่วไป และให้หมายความถึงภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย" แต่จะนำความหมายตามประมวลกฎหมายที่ดินทั้งหมดมาใช้กับคำว่าที่ดินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ เช่น ลำน้ำและทะเลสาบย่อมไม่เป็นที่ดินตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 100¹

¹บัญญัติ สู้ชนะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน

ทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดิน หมายถึง ของที่ดินตรงตราอยู่กับ
ที่ดินไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของมนุษย์ หรือเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ

ทรัพย์สินประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน หมายถึง ทรัพย์สินที่มีลักษณะ
ชนิดที่เรียกได้ว่าเป็นที่ดิน หรือประกอบอยู่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับที่ดินตามธรรมชาติ เช่น ก้อน
กรวด หวาย แร่ธาตุ ซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติ หรือซึ่งมนุษย์นำมารวมไว้กับที่ดินจนกลายเป็นส่วน
ของพื้นดินตามธรรมชาติ

สิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิในที่ดิน เช่น กรรมสิทธิ
ในที่ดิน สิทธิเก็บกิน หรือสิทธิเหนือพื้นดินอันได้จดทะเบียนสิทธิแล้ว ย่อมเอาไปจำนองได้ ส่วน
สิทธิที่โอนไม่ได้ตามกฎหมายย่อมจำนองไม่ได้ เช่น สิทธิอาศัย เพราะบังคับจำนองไม่ได้²

2) เรือกำปั่น หมายถึง เรือทุกอย่างที่เดินเฉพาะด้วยเครื่อง
หรือด้วยใบและไม่ได้ใช้กรรเชียง แจว หรือพาย (ตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม
พ.ศ. 2456 มาตรา 3 วรรคแรก)

3) เรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป หมายถึง เรือที่ไม่มีเครื่อง-
จักรกลเป็นกำลังเดิน แต่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป คำว่าตันในที่นี้หมายถึงตันกรอส ซึ่งเป็น
น้ำหนักของเรือทั้งหมดไม่ใช่ตันระวางบรรทุกหรือตันระวางขนาน้ำ³

4) เรือกลไฟ หมายความว่า ตลอดถึงเรือทุกอย่างที่เดินด้วย
เครื่องจักร และจะใช้ใบด้วยหรือไม่ใช้ก็ตาม และให้หมายความตลอดถึงเรือกำปั่นยนต์ด้วย
(ตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3 วรรค 2)

5) เรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป เรือยนต์หมายถึง
เรือยนต์ทุกอย่างที่มีขนาดต่ำกว่า 30 ตัน ที่ใช้ให้เดินด้วยเครื่องจักรซึ่งมีไค้อาศัยกำลังเกิดจาก

²ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3
ว่าด้วยค้ำประกันจำนองจำนำ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 73.

³วิชญ์ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยเอกเทศสัญญาลักษณะซื้อขายแลกเปลี่ยน
ให้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 103.

สัคิม (พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3 วรรค 4) แต่เฉพาะ เรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไปที่อยู่จำนองได้ หากได้จดทะเบียนแล้ว

6) แพ หมายถึง เรือแพ ไม่ใช่แพซุง

7) สัตว์พาหนะ ตามพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 มาตรา 4 และ 5 ได้แก่ ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อ ลา ซึ่งได้ทำตัวรูปพรรณแล้ว ตามมาตรา 8

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"สัตว์พาหนะ" หมายความว่า ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อ ลา ซึ่งได้ทำหรือต้องทำตัวรูปพรรณตามพระราชบัญญัตินี้

"คำนิรูปรพรรณ" หมายความว่า ลักษณะสัณฐานโดยเฉพาะของ สัตว์พาหนะแต่ละตัวซึ่งเป็นอยู่เอง หรือซึ่งทำให้มีขึ้นใช้เป็นเครื่องหมาย

"ตัวรูปพรรณ" หมายความว่า เอกสารแสดงคำนิรูปรพรรณสัตว์ พาหนะ

"นายทะเบียน" หมายความว่า นายอำเภอหรือผู้ทำการแทน หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแต่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้

"เจ้าพนักงาน" หมายความว่า พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและนายทะเบียน

มาตรา 5 พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่สัตว์พาหนะของ ราชการทหาร เว้นแต่ในการโอนกรรมสิทธิ์สัตว์นั้นให้แก่เอกชน

มาตรา 8 เมื่อสัตว์พาหนะดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ช้างมีอายุย่างเข้าปีที่แปด
- (2) สัตว์อื่นนอกจากโคตัวเมียมีอายุย่างเข้าปีที่หก
- (3) สัตว์ใดได้ใช้ขับขี่ยากเข็นหรือใช้งานแล้ว
- (4) สัตว์ใดที่มีอายุย่างเข้าปีที่สี่ เมื่อจะนำออกนอก

ราชอาณาจักร

- (5) โคตัวเมียมีอายุย่างเข้าปีที่หก เมื่อจะทำการโอนกรรมสิทธิ์

เว้นแต่ในกรณีรับมรดก

ให้ เจ้าของหรือตัวแทนพร้อมด้วยผู้ใหญ่บ้านหรือพยานในกรณี
ที่ไม่มีผู้ใหญ่บ้าน หรือผู้ใหญ่บ้านไปด้วยไม่ได้ นำสัตว์นั้นไปขอจดทะเบียนทำตัวรูปพรรณจากนาย
ทะเบียนท้องที่ที่สัตว์นั้นอยู่ภายในกำหนดดังต่อไปนี้ เว้นแต่ไม่สามารถที่จะนำไปได้

- ก. สัตว์ในอนุมาตรา 1 และอนุมาตรา 2 ตามที่
นายทะเบียนจะได้ประกาศเป็นรายตำบลและกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวัน
- ข. สัตว์ในอนุมาตรา 3 ภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่
วันได้ใช้ขี้ขี้ลาก ขึ้นหรือใช้งานแล้ว
- ค. สัตว์ในอนุมาตรา 4 และอนุมาตรา 5 ต้องขอจด
ทะเบียนทำตัวรูปพรรณก่อนนำออกนอกราชอาณาจักร หรือทำการโอนกรรมสิทธิ์
สัตว์ที่มีอยู่ในบทบังคับแห่งอนุมาตรา 1 ถึงอนุมาตรา 5
เจ้าของจะขอจดทะเบียนทำตัวรูปพรรณก็ได้
เมื่อนายทะเบียนพร้อมด้วยเจ้าของหรือตัวแทนได้ตรวจสอบ
คำนิรูปรูปพรรณเห็นเป็นการถูกต้อง และเจ้าของหรือตัวแทนได้ชำระค่าธรรมเนียมแล้ว ให้นายทะเบียน
จดทะเบียนทำตัวรูปพรรณให้

8) สंहาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนเฉพาะ
การ หมายถึงเฉพาะการทำจำนอง ไม่หมายความถึงสंहาริมทรัพย์ที่มีทะเบียน เพื่อให้เจ้าหน้าที่
ตำรวจควบคุมติดตามได้ หรือเพื่อควบคุมการเสียภาษี เช่น รถยนต์ อาวุธปืน สंहาริมทรัพย์
เหล่านี้ยอมจำนองไม่ได้ ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514⁴ และ
กฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวออกใช้บังคับเพื่อให้เครื่องจักรเป็นสंहา-
ริมทรัพย์ที่สามารถจดทะเบียนจำนองและทำนิติกรรมอื่นใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้จัดตั้งสำนักงาน
ทะเบียนเครื่องจักรกลางขึ้นในกระทรวงอุตสาหกรรม มีอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนเครื่องจักร
ทุกจังหวัด และมีหน้าที่ควบคุมสำนักงานทะเบียนเครื่องจักรประจำจังหวัด ที่จะได้จัดตั้งขึ้นต่อไป
ด้วย เครื่องจักรใดบ้างที่จะจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้ ได้ทำบัญชีระบุไว้ ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 1
(พ.ศ. 2514) ออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร เจ้าของเครื่องจักรผู้ใด

⁴ดูภาคผนวก ก.

ประสงค์จะจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักร ให้อื่นคำขอตามแบบของทางการ พร้อมด้วยเอกสารหลักฐาน รูปถ่าย แผนที่ สิ่งแสดงที่ตั้งโรงงานหรืออาคารที่เครื่องจักรตั้งอยู่ต่อนายทะเบียน สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรกลาง หรือสำนักงานนายทะเบียนเครื่องจักรประจำจังหวัดที่เครื่องจักรนั้นตั้งอยู่

นายทะเบียนจะปิดประกาศการขอจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักร ณ สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรที่รับคำขอและที่ว่าการอำเภอหรือกิ่งอำเภอที่เครื่องจักรนั้นตั้งอยู่ มีกำหนดเวลาสามสิบวัน ถ้ามีผู้ยื่นคำร้องคัดค้าน นายทะเบียนก็จะรับการดำเนินการจดทะเบียนไว้ก่อนจนกว่าจะทราบตัวผู้ถือกรรมสิทธิ์เป็นการแน่นอน

ในกรณีที่ไม่มีผู้คัดค้าน หรือมีผู้คัดค้าน แต่นายทะเบียนสอบสวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุผลเพียงพอ นายทะเบียนก็จะออกหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรมอบให้แก่ผู้ยื่นคำขออนึ่งฉบับ และเก็บรักษาไว้ ณ สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรประจำจังหวัดที่เครื่องจักรนั้นตั้งอยู่หนึ่งฉบับ สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรกลางหนึ่งฉบับ กับจะจัดให้มีแผ่นป้ายโลหะ (ขนาด 125 × 50 มม.) แสดงหมายเลขทะเบียนติดไว้ที่ส่วนหนึ่งส่วนใดของเครื่องจักรนั้นให้เห็นได้โดยชัดเจน

เจ้าของเครื่องจักรที่ได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรไว้แล้ว ประสงค์จะจดทะเบียนจำนอง หรือขายฝากเครื่องจักร ก็ให้อื่นคำขอตามแบบฟอร์มต่อนายทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรกลางหรือสำนักงานทะเบียนเครื่องจักรประจำจังหวัดที่เครื่องจักรนั้นตั้งอยู่ และต้องมีการปิดประกาศ การขอจดทะเบียนจำนองมีกำหนดเวลาสามสิบวันนับแต่วันประกาศเป็นต้นไป หรือถ้ามีผู้คัดค้านก็ต้องมีการสอบสวนอย่างเดียวกันกับการขอจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักร

ในกรณีใดก่อนการจำนองหรือการขายฝากเครื่องจักรที่ได้จดทะเบียนแล้ว เจ้าของหรือผู้ขายฝากจะต้องนำหลักฐานแสดงการใดก่อนการจำนอง หรือการขายฝากของผู้รับจำนองหรือผู้รับซื้อฝาก พร้อมกับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรมาขอจดทะเบียนการใดก่อนต่อนายทะเบียนที่ได้ออกหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนนั้น

การย้ายเครื่องจักรไปจากที่ตั้งเดิม หรือการที่เครื่องจักรได้เปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญไปจากรายการที่ได้จดทะเบียนไว้ จะต้องแจ้งต่อนายทะเบียน เพื่อ

ให้มีการแก้ไขทะเบียนหรือออกหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรเสียใหม่ให้ถูกต้อง

ในการย้ายเครื่องจักรที่ได้จดทะเบียนจำนวนไว้แล้ว ให้
เจ้าของเครื่องจักรทำหนังสือยินยอมของผู้รับจำนวนมาแสดงต่อนายทะเบียน และให้ถือว่าเครื่อง-
จักรที่ย้ายไปนั้นยังติดสิทธิจำนวนสืบเนื่องกันไปด้วย⁵

พึงสังเกตว่า เครื่องจักรที่จดทะเบียนได้นี้ จะต้องเป็น
เครื่องจักรที่ระบุไว้ในบัญชีตามกฎหมายกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร
เครื่องจักรที่ไม่มีระบุไว้ก็ยังนำมาจดทะเบียนหรือจำนวนยังไม่ได้⁵

1.1.2 ต้องเป็นทรัพย์สินของผู้จำนวน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 705 บัญญัติว่า "การจำนวนทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใคร
อื่นจะจำนวนหาได้ไม่" คำว่า "เจ้าของ" ตามความหมายของมาตรานี้รวมถึงผู้ใดคนหนึ่งซึ่งมีอำนาจ
ถูกต้องตามกฎหมาย ในอันที่จะทำการจำนวนทรัพย์สินนั้นแทนผู้เป็นเจ้าของด้วย เช่น ผู้ได้รับมอบ
อำนาจให้ทำการจำนวนแทนก็อาจทำการจำนวนในนามของตัวการ เสมือนหนึ่งเจ้าของทรัพย์สิน
มาจำนวนเอง หรือกรณีผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ กระทำการแทนผู้เยาว์ซึ่งเป็นเจ้าของ
ทรัพย์สิน เป็นต้น ผลของมาตรานี้คือ

1) ถ้าผู้จำนวนไม่มีอำนาจการจำนวนนั้นไม่ผูกพันเจ้าของ
ทรัพย์สินแม้ผู้รับจำนวนจะสุจริต โดยหลัก "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน"

คำพิพากษาฎีกาที่ 1315/2493 มีผู้ทุจริตปลอมหนังสือ
มอบฉันทะเอาโฉนดที่ดินของเขาไปจำนวน โดยเจ้าของที่ดินมิได้ประมาทเลินเล่อ ผู้รับจำนวนไม่
ได้ทรัพย์สินในที่ดินนั้น เจ้าของที่ดินมีสิทธิขอให้เพิกถอนนิติกรรมจำนวน และให้ผู้รับจำนวนส่ง
โฉนดคืน

คำพิพากษาฎีกาที่ 325/2514 จำเลยเอาที่ดินมือเปล่าของ
ผู้ร้องซัดทรัพย์ไปออก น.ส.3 เป็นของตนแล้วไปจำนวนไว้กับโจทก์ เมื่อศาลได้พิพากษาให้เพิกถอน
น.ส.3 โดยฟังว่าเป็นที่ดินของผู้ร้องซัดทรัพย์แล้วแม้ศาลจะมีได้พิพากษาถอนการจำนวน และรับฟัง
ว่าโจทก์รับจำนวนไว้โดยสุจริตโจทก์ก็ไม่มีสิทธิที่จะบังคับจำนวนเอาแก่ที่ดินนี้

⁵สงวน สุชัคคานนท์, "การเอาเครื่องจักรประกันเงินกู้," บทบัญญัติ (ธันวาคม,

คำพิพากษาฎีกาที่ 1640/2516 อำเภอได้ออกใบแทนหนังสือ
รับรองการทำประโยชน์สำหรับที่ดินให้เจ้าของที่ดิน จนกระทั่งสำนักงานที่ดินได้ออกโฉนดให้
เจ้าของที่ดินแล้ว ย่อมถือได้ว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์ฉบับเดิมเป็นอันยกเลิกไปตามบทบัญญัติ
ของประมวลกฎหมายที่ดิน การที่เจ้าของที่ดินนำต้นฉบับหนังสือรับรองการทำผลประโยชน์ที่ถูกต้องยกเลิก
นั้นไปจำหน่ายที่พิพาท แล้วต่อมานำที่ดินนั้นพร้อมโฉนดไปขายฝากไว้กับผู้อื่นอีกและไม่ได้คืนภายใน
กำหนด ดังนี้ การจำหน่ายไม่มีผลบังคับแก่ที่พิพาท ผู้รับจำหน่ายจะฟ้องให้ผู้อื่นชื้อที่พิพาทใดถอนการจำหน่าย
หาได้ไม่

คดีนี้แม้ผู้จำหน่ายเป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง แต่เนื่องจากหนังสือ
รับรองการทำประโยชน์ที่นำมาจำหน่ายที่ดินถูกต้องยกเลิกไปแล้ว การจำหน่ายนี้จึงไม่มีผลเป็นการจำหน่าย
ตามกฎหมาย

2) ถ้าตัวแทนทำการจำหน่ายนอกเหนืออำนาจที่ได้รับมอบหมายหรือ
ทำโดยปราศจากอำนาจ การจำหน่ายไม่ผูกพันเจ้าของ หรือผูกพันเท่าที่ได้มอบหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 287/2506 ศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้บิดา
ของผู้เยาว์ทำนิติกรรมจำหน่ายที่ดินแทนผู้เยาว์เพื่อเอาเงินมาปลูกสร้างอาคารลงในที่ดินของผู้เยาว์
และเปิดร้านขายผ้า เพื่อผลประโยชน์แก่ผู้เยาว์ แต่บิดาไปจำหน่ายที่ดินของผู้เยาว์เพื่อประกันหนี้
บุคคลอื่นไม่ใช่เพื่อประโยชน์แก่ผู้เยาว์ และมีได้นำเงินไปใช้จ่ายตามที่ศาลสั่งอนุญาตเลย การทำ
นิติกรรมจำหน่าย เช่นนี้ยอมไม่ผูกพันผู้เยาว์และทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 3409/2525 จำเลยมีชื่อถือกรรมสิทธิ์
ในที่ดินมีโฉนด แม้จะฟังว่าเป็นการมีชื่อแทนในส่วนที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รองตัว จำเลยก็มีฐานะ
เป็นตัวแทนของผู้รองในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินของผู้รอง และผู้รองอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนซึ่งมิได้
เปิดเผยชื่อ เมื่อจำเลยนำที่ดินไปจำหน่ายไว้กับโจทก์ถือว่าผู้รองยอมให้จำเลยทำการออกหน้าเป็น
ตัวแทน การจำหน่ายยอมมีผลผูกพันกรรมสิทธิ์ที่ดินส่วนของผู้รองตัว ผู้รองจึงไม่มีสิทธิที่จะขอให้
ปล่อยทรัพย์สินดังกล่าวที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้

ได้มีบันทึกทนายฎีกาฉบับนี้ว่า คดีนี้ผู้รองชื้อทรัพย์สินอย่างที่ได้มาซึ่งที่ดินพิพาทบางส่วนตามสัญญา
ซื้อขายจึงเป็นการได้มาโดยนิติกรรม เมื่อการได้มาดังกล่าวมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน
กับพนักงานเจ้าหน้าที่ยอมไม่บริบูรณ์ ตามมาตรา 1299 วรรคแรกกล่าวคือการได้มาคงเป็น
เพียงบุคคลสิทธิไยยันระหว่างเจ้าของรวมคือผู้รองกับจำเลย ย่อมไม่ผูกพันโจทก์ผู้รับจำหน่าย
ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก

แต่คดีนี้ศาลฎีกาได้ปรับบทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 806 ว่า ผู้ร้อง
 ตัวการยอมให้จำเลย ตัวแทนทำการออกหน้าเป็นตัวการใส่ชื่อในโฉนดที่ดินคนเดียว ผู้ร้อง
 ตัวการหาอาจจะทำให้เสื่อมเสียสิทธิของโจทก์ บุคคลภายนอกซึ่งไม่รู้จำเลยเป็นตัวแทน
 ไตไม

ปัญหาว่า ถ้าข้อเท็จจริงไม่ต้องด้วยมาตรา 806 เป็น ก. ออกเงินซื้อที่ดินคนละกิ่งหนึ่ง
 กับ ข. ไตทำใบมอบอำนาจให้ ข. รับจดทะเบียนสิทธิที่ดินกิ่งหนึ่งแทน แต่ ข. กลับโอน
 ใส่ชื่อ ข. เป็นเจ้าของโฉนดคนเดียว แล้วจดทะเบียนจำนองผู้มีชื่อ ดังนี้ ผู้รับจำนองอาจ
 บังคับจำนองทั้งแปลงโดยปรับบทตามมาตรา 1299 วรุคแรก เพราะ ก. ไตมาซึ่งที่ดินโดย
 นิติกรรมแต่ไม่จดทะเบียนการไตมา จึงไม่บริบูรณ์ไย้นผู้รับจำนองไม่ไตคังเหตุผลข้างตน⁶

มีข้อนำพิจารณาว่า การตั้งตัวแทนไปทำสัญญาจำนองต้องมอบ
 อำนาจโดยทำเป็นหนังสือตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 ซึ่งบัญญัติว่า
 "กิจการอันใดท่านบังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทน เพื่อกิจการอันนั้นก็ต้อง
 ทำเป็นหนังสือด้วย" ในทางปฏิบัติมักจะทำในรูปของใบมอบอำนาจ ซึ่งในใบมอบอำนาจนั้นจะมี
 รายละเอียดว่า ผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจ ในการเป็นตัวแทนไป
 ทำการจำนองกับผู้รับจำนอง โดยจะระบุรายละเอียดของทรัพย์สินที่จะนำไปจำนอง รวมทั้งหนี้ภาระ
 ที่ทรัพย์สินนั้นจะนำไปจำนองเป็นประกันด้วย และผู้มอบอำนาจ ก็จะลงลายมือชื่อของตนเองลงใน
 หนังสือมอบอำนาจต่อหน้าพยาน ซึ่งจัดได้ว่าหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวนี้เป็นการ ทำเป็นหนังสือใน
 การตั้งตัวแทนตามความหมายของมาตรา 798 แล้วนั่นเอง

อย่างไรก็ตามหลักในมาตรา 798 นี้จะใช้บังคับแต่เฉพาะใน
 กรณีที่มีการตั้งตัวแทนโดยแจ้งชัดเท่านั้น จะไม่นำหลักในมาตรา 798 นี้ไปใช้กับกรณีเป็นตัวแทนเชิด
 ตามมาตรา 821 หรือกรณีเป็นตัวแทนโดยปริยายอย่างอื่น⁷

⁶ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3409/2525," คำพิพากษา
 ฎีกาประจำปี พุทธศักราช 2525 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตสภา, 2525), หน้า 2543-
 4545.

⁷ สรรเสริญ ไกรจิตต, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า
 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), หน้า 13.

3) กรณีทรัพย์สินที่จำนองนั้นมีเจ้าของหลายคน ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1361 บัญญัติว่า

เจ้าของรวมคนหนึ่ง ๆ จะจำหน่ายส่วนของตนหรือจำนอง หรือก่อให้เกิดภาระติดพันได้ แต่ตัวทรัพย์สินนั้นจะจำหน่าย จำนำ จำนอง หรือก่อให้เกิดภาระติดพันได้ ก็แต่ด้วยความยินยอมแห่งเจ้าของรวมทุกคน

ถ้าเจ้าของรวมทุกคนได้จำหน่าย จำนำ จำนอง หรือก่อให้เกิดภาระติดพันทรัพย์สินโดยมิได้รับความยินยอมแห่งเจ้าของรวมทุกคน แต่ภายหลังเจ้าของรวมคนนั้นได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินแต่ผู้เดียวไซ้ร ทานวานิติกรรมนั้นเป็นอันสมบูรณ์

กรณีที่ทรัพย์สินหนึ่งมีเจ้าของกรรมสิทธิหลายคนกฎหมายได้บัญญัติถึงสิทธิที่จะจำนองทรัพย์สินนั้นมีเจ้าของรวมไว้คือ

- 1) เจ้าของรวมแต่ละคนมีสิทธิที่จะจำนองทรัพย์สินส่วนของตนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 735/2479, 227/2495)
- 2) การจำนองทรัพย์สินรวมต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมทุกคน มิฉะนั้นการจำนองไม่ผูกพันสิทธิในทรัพย์สินส่วนของผู้ไม่ยินยอมนั้น การยินยอมของเจ้าของรวมนั้นอาจยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เช่นรู้แล้วไม่คัดค้าน

3) ถ้าต่อมาเจ้าของรวมผู้เอาทรัพย์สินไปจำนองโดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของรวมทั้งหมดทุกคนดังกล่าวในข้อ 2 ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองนั้นแต่ผู้เดียว การจำนองมีผลถึงทรัพย์สินทั้งหมด

ในบางกรณีแม้ว่าผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนองแต่การจำนองก็มีผลผูกพันเจ้าของทรัพย์สินได้แก่

- 1) กรณีที่เจ้าของทรัพย์สินประมาณเลินเล่อ เช่น เจ้าของที่ดินลงชื่อในใบมอบอำนาจ โดยไม่ได้กรอกข้อความให้ผู้รับมอบอำนาจนำไปกรอกข้อความเอง จะปฏิเสธความรับผิดไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 212/2517)

- 2) กรณีที่เจ้าของมีส่วนรู้เห็นยินยอมในการจำนอง เช่น กรรยายอมให้สามีลงชื่อในใบไต่สวนเพื่อขอลอกโฉนดว่าเป็นที่ดินของสามี แล้วสามีเอาไปจำนองผู้อื่นผู้รับจำนองสุจริต การจำนองนั้นผูกพันภริยาด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1082/2504)

3) กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรค 2 ถ้ามีผู้ใดมาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่น นอกจากนิติกรรม สิทธิของผู้ใดมานั้นถ้ายังมีไต่จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทาง ทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมีไต่จดทะเบียนนั้นมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ใดสิทธิมาโดย เสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และไต่จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนและผู้รับจ้างของสุจริต เชื่อหลักฐานทาง ทะเบียน จึงได้รับความคุ้มครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 355-362/2495 โจทก์ฟ้องว่าที่ดินพิพาท บางส่วนเป็นของโจทก์ จำเลยที่ 1 ได้มาขอประกาศรับมรดก แล้วโอนใส่ชื่อจำเลยที่ 2 ใน ประเทศกให้ในวันเดียวกันแล้วต่อมา จำเลยที่ 2-3 ได้แสดงเจตนาสมรู้ตวยกันทั้งสองฝ่ายโดย ให้เจ้าพนักงานที่ดินทำสัญญา จ้างนองให้จำเลยที่ 2 เป็นผู้จ้างนอง จำเลยที่ 3 เป็นผู้รับจ้างนอง ซึ่งเป็นการไม่สุจริต จึงขอให้เพิกถอนการโอนมรดกและการจ้างนองเสีย ฯลฯ

ศาลชั้นต้นฟังว่า โจทก์เป็นเจ้าของที่ดินพิพาทส่วนที่ฟ้อง จำเลยที่ 2 เป็นผู้รับโอนประเทกให้ จะมีสิทธิดีกว่าผู้โอนไม่ได้ และคดีไม่เข้ามาตรา 1299 แต่การจ้างนองที่ จำเลยที่ 2 ทำไว้กับจำเลยที่ 3 นั้น โจทก์สืบไม่ได้ว่าเป็นไปโดยไม่สุจริต โจทก์ซึ่งได้กรรมสิทธิ ในที่รายนี้โดยไม่จดทะเบียน จะขอให้เพิกถอนการจ้างนองไม่ได้ จึงพิพากษาว่าที่ดินตามส่วนที่กล่าว ในฟ้องเป็นของโจทก์ให้เพิกถอนการโอนมรดกและการยกให้เฉพาะที่ดินส่วนนี้ เสีย คำขอให้เพิกถอน การจ้างนองให้ยก ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าปัญหามีเพียงว่า การที่นาย เชื่อมจำเลยที่ 3 รับจ้างนองไว้จะผูกพันส่วนของโจทก์แต่ละคนหรือไม่ ในข้อนี้เห็นว่าบรรดาพวกโจทก์ได้กรรมสิทธิ ที่ดินรายพิพาทมาโดยการครอบครองยังมีไต่จดทะเบียน จะยกสิทธิขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่นายเชื่อม ผู้รับจ้างนอง ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและซึ่งได้สิทธิมาโดย เสียค่าตอบแทนโดยสุจริตและไต่จดทะเบียน สิทธิแล้วหาได้ไม่ตาม มาตรา 1299 วรรค 2 จึงพิพากษายืน

นอกจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่โดยมากกล่าวข้างต้นแล้วยังมีบันทึกของ บรรณาธิการท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2514 ซึ่งเป็นบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้หลักเกณฑ์ ทางกฎหมาย ผู้เขียนจึงใคร่ขอแนะนำบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวมาลงไว้ดังนี้

1. หลักกฎหมายทั่วไปมีอยู่ว่า "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" แต่ในบางกรณีกฎหมายก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้อย่าง ดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคท้ายซึ่งเป็นเรื่องระหว่างผู้ที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่น เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม เช่น การไต่กรรมสิทธิในที่ดินโดยครอบครองปรปักษ์และยังมีได้มีการจดทะเบียนการใดมานั้น กับบุคคลภายนอกซึ่งได้สิทธิมาโดย เสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว เช่น รับซื้อที่ดินที่มีผู้ครอบครองปรปักษ์จนได้กรรมสิทธิไปแล้วจาก เจ้าของเดิมโดย เสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต กับทั้งได้จดทะเบียนการซื้อขายกันโดยสุจริต แม้ เจ้าของที่ดินเดิมซึ่งเป็นผู้โอนจะไม่มีสิทธิในที่ดินนั้นแล้ว แต่บุคคลภายนอกที่เป็นผู้รับโอนก็ยังมีสิทธิดีกว่าผู้ที่ไต่กรรมสิทธิโดยครอบครองปรปักษ์ และยังมีได้จดทะเบียนสิทธิของตนไว้ (ฎีกาที่ 1346/2506) ทั้งนี้ก็จะเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่ผู้ที่ได้จดทะเบียนสิทธิของตนไว้ตามกฎหมาย

2. หลักที่ว่า "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" นี้ ศาลฎีกาได้นำไปใช้ในกรณี "ที่ดินมือเปล่า" ด้วย ดังปรากฏในฎีกาที่ 1076-1079/2510 ซึ่งวินิจฉัยว่าผู้รับซื้อที่ดินซึ่งมี น.ส.3 ไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าผู้ที่มีชื่อใน น.ส.3 ไม่มีสิทธิในที่ดินนั้น ผู้ซื้อก็ไม่มีสิทธิอย่างไร เพราะ "ผู้รับโอนยอมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน"

แต่ต่อมาได้มีฎีกาที่ 804/2511 ซึ่งขอเท็จจริงได้ความว่า จำเลยจำนองที่ดินมือเปล่าไว้กับโจทก์ ต่อมาผู้ซึ่งปกครองดูแลที่ดินนั้นแทนจำเลยได้ไปแจ้งการครอบครองเป็นของตนเองและขอออก น.ส.3 แลวนำไปขายให้ผู้อื่น ต่อมาผู้อื่นได้ขายที่ดินนั้นให้ผู้อื่นโดยมีการจดทะเบียนไว้ ใน น.ส.3 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดย เสียค่าตอบแทน และโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว มีสิทธิดีกว่าจำเลยซึ่งเป็น เจ้าของเดิมตาม มาตรา 1299 วรรคท้ายเมื่อจำเลยซึ่งเป็น เจ้าของเดิมไม่อาจอ้างสิทธิในการเป็น เจ้าของในที่ดินพิพาทเพื่อไต่กรรมสิทธิแล้ว สิทธิจำนองของโจทก์ในการที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินคือที่ดินพิพาทนั้น ก็ย่อมเป็นอันหมดสิ้นไปในตัว โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ที่ดินพิพาท ซึ่งเป็นของผู้ร้องใดต่อไป ฯลฯ ซึ่งก็มีผลเท่ากับว่าผู้รับโอนในคดีนี้มีสิทธิดีกว่าผู้โอนซึ่งเอาที่ดินของ เจ้าของเดิมมาขอออก น.ส.3 โดยไม่มีสิทธิ

ครั้งต่อมาก็มีฎีกาที่ 1758/2513 ซึ่งขอเท็จจริงได้ความว่าเดิม ต. เป็น เจ้าของที่ดินมือเปล่าแปลงหนึ่ง แล้วได้ขายให้โจทก์ ต่อมา ต. ได้ไปขอออก น.ส.3 แล้วไปขายให้จำเลย โดยได้จดทะเบียนการขายไว้ใน น.ส.3 โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ได้ครอบครองที่ดินพิพาทมาด้วยความสงบด้วยเจตนาเป็น เจ้าของเป็นเวลา 10 กว่าปีแล้ว ที่ดินนาพิพาทเป็นที่ดินมือเปล่าไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน การโอนสิทธิครอบครองยอมทำได้ด้วยสละเจตนาครอบครองและส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง ฉะนั้นโจทก์จึงเป็น

เจ้าของผู้ครอบครองที่พิพาท การที่ ต. ได้รับ น.ส.3 จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิครอบครอง ในที่พิพาทแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่เจ้าของแล้วแม้จะได้รับชื่อไว้โดยสุจริต เสียคา
 ครอบแทนและจดทะเบียนแล้ว ก็ไม่มีสิทธิอย่างใด เพราะ น.ส.3 หาใช่เป็นหลักฐาน
 กรรมสิทธิ์ว่าเป็นเจ้าของที่ดินนั้นทางทะเบียนเช่นโฉนดที่ดินไม่ จึงจะนำมาตรา 1299 ,
 1300 มาใช้แก่กรณีนี้ไม่ได้ ฯลฯ ซึ่งก็เท่ากับศาลฎีกาทันกลับไปหาหลักที่ว่า "ผู้รับโอนยอม
 ไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" ตามที่เคยวินิจฉัยไว้ในฎีกาที่ 1076-1079/2510 ที่กล่าวไว้ข้างตน

ส่วนฎีกาที่ 325/2514 นี้ แม้ขอเท็จจริงจะใกล้เคียงกันกับฎีกาที่ 804/2511 แต่ก็คง
 วินิจฉัยไปตามแนวฎีกาที่ 1076/2510 และที่ 1758/2513 แม้จะมีโคลงกล่าวอ้างคำพิพากษา
 ทั้ง 2 ฉบับนี้ไว้ด้วยก็ตาม จึงพอจะถือเป็นแนว ของศาลฎีกาได้ต่อไปว่าในกรณีที่ดินมือเปล่า
 ซึ่งไม่อาจมีผู้ใดมีกรรมสิทธิ์ได้นั้น ศาลฎีกาถือเอาหลักการครอบครองเป็นสำคัญ หากที่ดิน
 นั้นมีเจ้าของครอบครองอยู่โดยชอบแล้ว แม้จะมีผู้ใดไปขออนุญาต น.ส.3 และแม่ น.ส.3 นั้น
 จะได้มีการโอนไปยังบุคคลภายนอก ผู้ได้รับโอนไว้โดยเสียคาครอบแทนและโดยสุจริต และ
 ได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วก็ไม่อาจจะขยันเจ้าของผู้ครอบครองที่ดินนั้นอยู่ได้ ตาม
 หลักที่ว่าผู้รับโอนยอมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพราะผู้มีชื่อใน น.ส.3 ที่เป็นผู้โอนไม่มีสิทธิใน
 ที่ดินนั้น ผู้รับโอนจึงไม่มีสิทธิอย่างใด หรืออีกนัยหนึ่งเท่ากับศาลฎีกาแปลความหมายของคำว่า
 "จดทะเบียนสิทธิ" ตามมาตรา 1299 วรรคท้ายว่าในกรณีเกี่ยวกับที่ดิน มาตรานี้หมายถึง
 การจดทะเบียนสิทธิในหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินซึ่งก็ใดแก่โฉนดที่ดิน (ตามประมวลกฎหมาย
 ที่ดินมาตรา 1 โฉนดที่ดินหมายรวมถึงโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า
 "ได้ทำประโยชน์แล้ว" ด้วย) ส่วน น.ส.3 นั้น แม้จะมีการจดทะเบียนใดแต่ก็ไม่ใช่หลักฐาน
 กรรมสิทธิ์ว่าเป็นเจ้าของที่ดินนั้นทางทะเบียนเหมือนอย่างโฉนดที่ดิน (ฎีกาที่ 1056/2507,
 1758/2513) การจดทะเบียนใน น.ส.3 จึงมิใช่การจดทะเบียนสิทธิตามความมุ่งหมาย
 ของ มาตรา 1299 วรรคท้าย

3. โดยเฉพาะสำหรับคดีตามฎีกาที่ 325/2514 แม้จะไม่พิจารณาตามหลักใน มาตรา
 1299 วรรคท้าย แต่จะพิจารณาคตามบทกฎหมายในลักษณะจำนอง โจทก์ก็คงจะแพ้คดีเช่นเดียว
 กัน เพราะ มาตรา 705 บัญญัติว่า "การจำนองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะที่
 นั้นแล้ว ทานว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่" เมื่อคดีฟ้องขอเท็จจริงได้ว่าขณะที่จำเลยนำที่ดิน
 ไปจำนองไว้กับโจทก์ที่ดินยังเป็นของผู้ร้องอยู่ ไม่ใช่ที่ดินของจำเลย การจำนองก็ย่อมไม่มี
 ผล โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินนี้ได้ เช่นเดียวกัน⁸

1.1.3 บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ภายในบังคับเงื่อนไข เช่นใด
 จะจำนองทรัพย์สินนั้นได้แต่ภายในบังคับเงื่อนไข เช่นนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 706)

⁸ จาร์ส เขมะจารุ, "หมายเหตุบรรณาธิการท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 325/2514,"

คำพิพากษาฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2514 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2514),



คำว่า "เงื่อนไข" ตามมาตรานี้มีความหมายต่างกับ "เงื่อนไข" ในมาตรา 144 กล่าวคือ เงื่อนไขในที่นี้ไม่เกี่ยวกับความเป็นผลหรือสิ้นผลของนิติกรรม แต่หมายถึง ภาระที่คิดทรัพย์สินน้อย เงื่อนไขนี้ต้องได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย⁹ เจ้าของจะจำหน่ายทรัพย์สินโดยปลอดจากเงื่อนไขไม่ได้ ดังนั้นเมื่อบังคับจำหน่ายก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่มีอยู่ ตัวอย่างเช่น ก. ชายผากที่ดินไว้กับ ข. มีกำหนดไถภายใน 5 ปี ข. จะจำหน่ายที่ดินนั้นก็ทำได้ เพราะ ข. เป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิในที่ดินนั้นแต่การจำหน่ายต้องอยู่ภายในบังคับเงื่อนไขที่ ก. เจ้าของเดิมจะนำเงินมาไถได้ภายใน 5 ปี และหาก ก. มาไถภายในกำหนด ก. จะต้องได้กรรมสิทธิ์คืนไป โดยปลอดจำหน่ายตามมาตรา 502¹⁰ ผู้รับจำหน่ายจะไปเรียกร้องเอาจากใครไม่ได้ เพราะตนเสี่ยงเข้าไปรับจำหน่ายทรัพย์สินที่เขามีกรรมสิทธิ์อันมีเงื่อนไขเอง

1.2 ความหมายของคำว่า "ตราไว้" หมายถึงการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ในมาตรา 714 นั้นเอง คือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้เพราะเหตุที่ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนองนั้น เป็นทรัพย์สินที่สำคัญมีราคาสูง กฎหมายจึงต้องกำหนดให้มีทะเบียนแสดงกรรมสิทธิในทรัพย์สิน และการทำสัญญาจำนองต้องทำตามแบบ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 บัญญัติว่า "อันสัญญาจำนองนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่" การตราเป็นเครื่องเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบว่า ทรัพย์สินนี้มีภาระจำนองติดอยู่ และถือเป็นแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 (จะนั้นหากทำผิดแบบที่กำหนดไว้แล้ว สัญญาจำนองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ) แต่สัญญาจำนองที่ทำผิดแบบและเป็นโมฆะนั้น อาจเป็นการสมบูรณ์ในนิติกรรมอย่างอื่นได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 136) เช่นการทำสัญญาจำนองเป็นหนังสือไม่สมบูรณ์สำหรับสัญญาจำนองแต่เป็นหลักฐานการกู้ยืมได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 505/2507 การที่โจทก์ตกลงยอมให้จำเลยยึดถือโฉนดไว้จนกว่าจำเลยจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนนั้น เป็นเรื่องโจทก์ยอมให้จำเลยยึดเพียงตัวเอกสาร

9 ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, หน้า 64.

¹⁰ มาตรา 502 ทรัพย์สินซึ่งใดนั้น ท่านว่าบุคคลผู้ไถยอมได้รับคืนไปโดยปลอดสิทธิใด ๆ ซึ่งผู้ซื้อเดิมหรือทายาท หรือผู้รับโอนจากผู้ซื้อเดิมก่อให้เกิดขึ้นก่อนเวลาได้

อันเป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้น จำเลยทามีสิทธิพิเศษใด ๆ ในตัวทรัพย์สิน
ที่ดินตามโฉนดอย่างไรไม่ ไม่เข้าลักษณะสัญญาจำนอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1064/2509 แม้จะมอบโฉนดให้และทำใบมอบอำนาจ
ให้ทำจำนองแทน แต่ตราใบที่ยังมิได้จดทะเบียนจำนอง การจำนองก็ยังไม่ขึ้นโดยสมบูรณ์
เพราะยังไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้

มีข้อหาพิจารณาว่า

1) กรณีจดทะเบียนขายฝากอำพรางจำนอง จำนองต้องจดทะเบียนตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 อีกหรือไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 118 บัญญัติว่า

การแสดงเจตนาลวงด้วยสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ท่านว่าเป็นโมฆะ แต่ข้อไม่สมบูรณ์
อันนี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต และต้องเสียหายแต่
การแสดงเจตนาลวงนั้น

ถ้านิติกรรมอันหนึ่งทำด้วยเจตนาจะอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งไว้ ท่านให้บังคับตามบท
บัญญัติของกฎหมายอันว่าด้วยนิติกรรมอำพราง

บทบัญญัติมาตรานี้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องเจตนาว่าเจตนาแต่ละอันมีผลอย่างไร และให้
นิติกรรมผูกพันบังคับกันตามเจตนาอันไหน

ส่วนในเรื่องแบบนี้มีมาตรา 115 บัญญัติบังคับไว้ว่าการใดมิได้ทำ
ให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ ซึ่งในเรื่องจำนองมีมาตรา 714
บัญญัติว่า "อันสัญญาจำนองท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่"

ดังนั้นสัญญาที่ถูกอำพรางจะต้องทำให้ถูกต้องตามแบบด้วยจึงจะครบ
องค์สมบูรณ์ของนิติกรรม และใช้บังคับได้ มิฉะนั้นย่อมตกเป็นโมฆะถือว่าไม่มีนิติกรรมที่ถูกอำพราง
เอาเลย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2505 นิติกรรมอำพรางย่อมต้องมีนิติกรรม
ซึ่งใช้บังคับได้ทั้งสองอัน แต่กรณีทำเป็นนิติกรรมอันหนึ่งอำพรางนิติกรรมอันแท้จริงไว้ ในเรื่องนี้
นิติกรรมที่จำเลยอ้างว่าเป็นสัญญาจำนองนั้นหาไม่เลย เพราะสัญญาจำนองต้องจดทะเบียน
ตามมาตรา 714 มิฉะนั้นจะเป็นการตราไว้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หาได้ไม่ ศาลฎีกา
วินิจฉัยว่ากรณีนี้นิติกรรมคงมีอยู่แต่อันเดียวคือนิติกรรมขายฝาก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2508 ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า
 ที่คดีมีข้อต่อสู้ว่าสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมอำพรางสัญญาจำนอง เป็นการกล่าวอ้างว่าคู่กรณี
 เจตนาที่แท้จริงจะหาสัญญาจำนองกัน หากเป็นความจริงดังอ้าง สัญญาขายฝากยอมตกเป็นโมฆะ
 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 การที่จะขอนำสืบว่าสัญญาขายฝากเป็นโมฆะ
 จึงมิใช่เป็นการนำสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารแต่เป็นการนำสืบหักล้างว่าสัญญาขาย
 ฝากไม่ถูกต้อง จึงนำสืบได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94
 วรรคท้าย ส่วนสัญญาจำนองที่ถูกอำพราง จะต้องทำตามแบบหรือไม่ เป็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัย
 ต่อไป ซึ่งในคดีนี้พยานหลักฐานของจำเลยรับฟังไม่ได้ว่าสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมอำพราง
 สัญญาจำนอง พยานหลักฐานของโจทก์มีน้ำหนักมั่นคงรับฟังได้ว่า จำเลยได้ขายฝากทรัพย์สินพิพาท
 ให้โจทก์ ฎีกาจำเลยขอขึ้นจึงฟังไม่ขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2239/2517 โจทก์จดทะเบียนขายฝากที่ดินไว้
 กับจำเลยเป็นการอำพรางการจำนอง นิติกรรมอันแรกคือสัญญาขายฝากยอมเป็นการแสดงเจตนา
 ลวงด้วยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีที่จะไม่ผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้นจึงตกเป็นโมฆะตาม
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก ส่วนนิติกรรมอันหลังคือสัญญาจำนอง
 ที่ถูกอำพรางไว้โดยนิติกรรมอันแรกนั้น ต้องบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมอันที่
 ถูกอำพรางไว้ ตามมาตรา 118 วรรค 2 เมื่อการจำนองไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย
จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนองแต่เป็นเพียงการกู้เงินที่โจทก์กู้จากจำเลย โดยมอบที่ดินให้จำเลย
ยึดถือไว้เป็นประกันและถือได้ว่าเอกสารการขายฝากเป็นนิติกรรมสัญญากู้เงินที่ทำเป็นลายลักษณ์
อักษรระหว่างโจทก์จำเลยเท่านั้น เมื่อโจทก์ฟ้องขอเอาเงินมาไถ่ถอนที่ดินคืนก็เท่ากับโจทก์ขอ
ชำระหนี้เงินกู้ จำเลยมีหน้าที่รับชำระและคืนที่ดินที่เป็นประกันนั้นให้โจทก์ไป

อย่างไรก็ตามแม้ว่าสัญญาจำนองที่ถูกอำพรางต้องจดทะเบียน
 ให้ถูกต้องตามแบบจำนองจึงจะบังคับได้ก็ดี มิได้หมายความว่า การขายฝากที่จดทะเบียนไว้จะ
 สมบูรณ์ เพราะหากได้ความว่าคู่กรณีไม่มีเจตนาทำสัญญาขายฝากกัน การขายฝากยอมตกเป็น
 โมฆะเพราะเป็นการแสดงเจตนาลวงด้วยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พินัย มาตรา 118 วรรคแรก

2) กรณีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และมีการโอนสิทธิจำนองที่
 ได้ให้เป็นประกันหนี้เดิมไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ ต้องจดทะเบียนจำนองใหม่หรือไม่

การแปลงหนี้ใหม่มีหลักสำคัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคแรกคือ "เมื่อคุณกรณีที่เกี่ยวของได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่"

สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ได้แก่

1. ตัวหนี้ เช่น ตามมาตรา 349 วรรค 2 "ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้" นอกจากนี้ การเปลี่ยนวัตถุประสงค์แห่งหนี้ และทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ก็เป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เช่นกัน
2. ตัวเจ้าหนี้ ตามมาตรา 349 วรรค 3 "ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง"
3. ตัวลูกหนี้ ตามมาตรา 350 "แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นจะทำการเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำได้โดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่

ผลของการแปลงหนี้ใหม่คือ ทำให้หนี้เดิมระงับโดยมีหนี้ใหม่มาแทนและการระงับหนี้เดิมยอมทำให้หนี้อุปกรณ์ของหนี้เดิมระงับไปด้วย อย่างไรก็ตามมาตรา 352 บัญญัติว่า "คุณกรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุประสงค์แห่งหนี้เดิม แต่หลักประกัน เช่นว่านี้ ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้"

สาระสำคัญของมาตรานี้ คือ

1. วิธีการโอน คุณกรณีอาจโอนสิทธิจำนองไปได้โดยทำความตกลงกันและหากจำนองนี้ผู้จำนองไม่ใช้ลูกหนี้ในหนี้ประธาน การโอนจำนองไปประกันหนี้ใหม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้จำนองด้วย เมื่อคุณกรณีตกลงยินยอมแล้วสิทธิจำนองยอมโอนไปเป็นประกันหนี้รายใหม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1949/2516 จำเลยจำนองที่ดินประกันหนี้ของ อ.ตอโจทก์ จำเลยกับโจทก์แปลงหนี้ใหม่โดยจำเลยรับใช้หนี้แทน อ. และตกลงให้ถือว่าจำนองผูกพันตามหนังสือรับสภาพหนี้ด้วย ดังนั้นต้องบังคับตามมาตรา 352 จำนองมีผลบังคับต่อไปโดยไม่ต้องไปจดทะเบียนจำนองใหม่

2. โอนสิทธิจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม

วัตถุแห่งหนี้ คือการชำระหนี้โดย 1. ภาระการ
2. งดเว้นภาระการ 3. ส่งมอบทรัพย์สิน หนี้ที่มีอยู่คือหนี้ประธานที่เกิดขึ้นแล้ว และลูกหนี้ต้องชำระหนี้โดยมีการจำนองเป็นประกัน ดังนั้นคำว่า "เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม" จึงหมายความว่าจำนองโอนไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้เพียงเท่าที่ไม่มากกว่าหนี้เดิม
เช่น ก. กู้เงิน ข. โดยมี ค. จำนองเป็นประกันต่อมาทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนคำมาเป็นลูกหนี้เงินกู้แทน ก. และคู่สัญญาตกลงให้โอนจำนองเดิมไปเป็นประกันหนี้เงินกู้ที่ค้ำรับโอนไปได้ ดังนั้น หากค่ากู้เงิน ข. อีก จำนองยอมไม่คลุมถึงหนี้เงินกู้ใหม่
ควย

3) สัญญาจะจำนองมีผลบังคับให้ต้องไปทำสัญญาจำนองหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 มีหลักว่าการจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มิฉะนั้นจะผิดแบบตกเป็นโมฆะ ดังนั้นสัญญาที่จะต้องทำตามแบบคู่มือจะต้องทำสัญญาให้ครบถ้วนถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้จึงจะสมบูรณ์บังคับกันได้ จะให้ศาลเป็นผู้บังคับให้ทำให้ถูกต้องตามแบบไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2521 จำเลยสัญญาจะจำนองที่ดินเป็นประกันการที่ตนภายนอกจะซื้อน้ำมันจากโจทก์ โจทก์ขายน้ำมันไปก่อนจดทะเบียนจำนอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การจำนองจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 มิฉะนั้นการจำนองจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 ดังนั้นการที่จำเลยตกลงกับโจทก์ว่าจะเอาที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจำนองไว้กับโจทก์เพื่อเป็นประกันในการที่นายสุรชาติซื้อน้ำมันจากโจทก์โดยยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่โจทก์กลับยอมขายและส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงให้นายสุรชาติ ผู้ซื้อไปก่อนจดทะเบียนสัญญาจำนองดังกล่าวนี้ จำเลยหาต้องรับผิดชอบโจทก์ไม่ได้มีบันทึกหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ว่า โจทก์ยอมรับ

ว่าเมื่อจำเลยยังไม่จดทะเบียนจำนองจะบังคับจำนองเป็นประกันหนี้ค่าน้ำมันเชื้อเพลิงที่จำเลยค้ำประกันลูกหนี้ของโจทก์ไว้ไม่ได้ โจทก์จึงฎีกาว่าจำเลยผิดสัญญาไม่จำนองตามข้อตกลง ศาลยังคงวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในค่าน้ำมันเชื้อเพลิงอยู่นั่นเอง คงเป็นบันทึกฐานได้ว่า

สัญญาจะจำนองไม่มีกฎหมายรองรับคงสัญญาจะซื้อจะขายที่มีผลบังคับได้ก่อนที่จะทำการซื้อขายตามแบบที่บังคับไว้¹¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 1194/2523 โจทก์จำเลยตกลงกันจะให้มีการจำนองที่ดินของโจทก์ตามโฉนดฉบับพิพาทเป็นประกันเงินกู้ โจทก์รับโฉนดที่ดินที่จำนองธนาคาร อ. ไว้มามอบแก่จำเลย แต่ในเมื่อยังไม่มีการจำนองจำเลยก็ยังไม่มียึดใด ๆ เนื้อที่ดินโจทก์จำเลยจะยึดโฉนดไว้เพื่อบังคับชำระหนี้ไม่ได้ ถ้ายึดได้ก็หมายความว่ายึดไว้จนโจทก์ยอมได้ จำนองมาจำนองแก่จำเลยซึ่งโจทก์ไม่อาจถูกบังคับเช่นนั้นได้ การที่ธนาคาร อ. ผู้รับจำนองที่ดิน จำเป็นต้องเรียกเอาโฉนดคืนไปยึดถือไว้หรือไม่ นั้น เป็นคนละเรื่องกับปัญหาที่ว่าจำเลยมีสิทธิจะยึดถือโฉนดของโจทก์ไว้ต่อไปหรือไม่

ได้มีบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ว่า โฉนดที่ดินของโจทก์ ผู้รับจำนองยึดไว้ โจทก์รับจากผู้รับจำนองมามอบให้จำเลย เพื่อให้ได้จำนองเดิมและจำนองกับจำเลยใหม่ประกันหนี้ที่จะมีการซื้อ เชื้อน้ำมัน เชื้อเพลิงกัน ผู้ซื้อเชื้อไม่ใช้โจทก์ โจทก์มิได้ทำสัญญาที่จะจำนองที่ดินของโจทก์ เป็นแต่ลงชื่อรู้เห็นเป็นพยานในสัญญาที่ผู้ซื้อน้ำมันทำกับจำเลย โจทก์ทำใบมอบอำนาจให้ได้จำนองเดิมและทำจำนองใหม่ ก็มอบโฉนดนี้ให้จำเลยจากข้อเท็จจริงที่กล่าวนี้ มีข้อกฎหมายที่น่าสนใจหลายประการ

โจทก์เป็นเจ้าของโฉนด และมอบโฉนดแก่จำเลย โจทก์จึงเป็นผู้เรียกคืนโฉนดได้โดยสิทธิของโจทก์เอง ปัญหาอยู่ที่จำเลยมีสิทธิจะไม่คืนโฉนดเพราะเหตุใดหรือไม่ ซึ่งตาม มาตรา 1336 คือ "ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้" ส่วนที่โจทก์มอบโฉนดแก่จำเลยนั้น ถ้าไม่ใช้มอบโดยมีสัญญาผูกพันเป็นหนี้ที่บังคับกันได้ตาม มาตรา 194 หากเป็นแต่ยอมให้ยึดโฉนดไว้ ก็มีผลเพียงทำให้การที่จำเลยยึดโฉนดของโจทก์ไว้ไม่เป็นละเมิด โจทก์ไม่มีหน้าที่ผูกพันให้จำเลยยอมให้จำเลยยึดไว้ต่อไป โจทก์ไม่ยอมให้จำเลยยึดไว้ และเรียกคืนเมื่อใดก็ได้

เคยมีฎีกาที่ 725/2476/7 อส. 957 จำเลยมอบโฉนดให้โจทก์ยึดไว้ต่างหนี้ แม้ไม่ใช้จำนำโฉนด โจทก์ก็ยึดไว้ได้ตามสัญญา จำเลยลอกเอาโฉนดนั้นมาจาก

¹¹ จิตติ ดิงศกัทธิย์, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2521," คำพิพากษาฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2521 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2521), หน้า 723.

โจทก์เป็นโจทก์ มีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 304 ในขณะนั้น เรื่องนี้โจทก์ยอมให้ผู้อื่นนำเงินมาทำสัญญาจะจำนองที่ดินของโจทก์แก่ผู้ชาย และโจทก์มอบโฉนดนี้ให้ไว้ แม่โจทก์ไม่ใช่ผู้ทำสัญญาจะจำนองแต่โจทก์ยอมให้ทำสัญญานั้น ถ้าสัญญานั้นใช้บังคับกันได้ โจทก์ก็ปฏิเสธไม่ได้ เช่นอย่างยอมให้ใครเอาของของเราไปขาย เราจะปฏิเสธไม่ได้ แม่ผู้ชายไม่ใช่ตัวแทนของเรา เราไม่ใช่ผู้ชายในสัญญาซื้อขายก็ตามปัญหาจึงอยู่ที่สัญญาจะไถ่จำนองเดิมและจำนองใหม่ผลบังคับเป็นหนี้ตาม มาตรา 194 หรือไม่

การไถ่จำนองเป็นเรื่องของผู้รับจำนองเดิม ไม่ใช่จำเลย จำเลยเป็นผู้จะรับจำนองใหม่ การจำนองต้องทำเป็นหนังสือจดทะเบียนตาม มาตรา 714 มิฉะนั้นก็ผิดแบบเป็นโมฆะตาม มาตรา 115 สัญญาจะทำตามแบบไม่มีผล เป็นเรื่องที่คุณกรณีเองต้องทำให้ครบถ้วนตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ จะให้ศาลบังคับให้ทำให้ถูกต้องตามแบบไม่ได้ สัญญาจะทำการอันใดตามแบบจึงบังคับไม่ได้ ที่บังคับได้ก็เห็นมีแต่สัญญาจะซื้อขาย ซึ่งกฎหมายบังคับวิธีการจะซื้อขายไว้ใน มาตรา 456 วรรค 2 แสดงว่ากฎหมายรับรู้อำนาจบังคับให้ตามนั้น ถ้าเลยขึ้นไปอีกวันหนึ่ง คือสัญญา จะทำสัญญาจะซื้อขายก็บังคับไม่ได้โดยนัยเอง ซึ่งแต่เดิมเคยเรียกกันว่า "จะสองจะ" ใช้ไม่ได้ หากไม่ใช่สัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบจึงจะบังคับกันได้ เช่นสัญญาปลุกอาคารเพื่อให้เช่า ซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ไม่ใช่สัญญาเช่า เป็นแค่ปลุกอาคารแล้วจึงจะมีการเช่า จึงบังคับได้ในฐานะเป็นสัญญาต่างตอบแทนก่อนการเช่า ซึ่งไม่มีแบบ เพียงแต่รับเงินกินเปล่าเพื่อทำสัญญาเช่าได้ตัดสินใจกันมาแล้วว่าเป็นแค่ส่วนหนึ่งของค่าเช่า ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทนก่อนการเช่า บังคับให้จดทะเบียนการเช่าไม่ได้

เรื่องนี้เป็นเรื่องจะจำนอง ไม่ใช่รับโฉนดมายึดไว้ประกันหนี้เหมือนอย่างฎีกาที่อ้างจึงเป็นเรื่องที่ไม่มีหนี้ผูกพันคู่สัญญาที่จะยึดโฉนดไว้ เจ้าของโฉนดที่ยอมมอบโฉนดให้มาก็ไม่มีข้อผูกพันเช่นเดียวกัน เมื่อโจทก์ไม่ยอมขึ้นมาเมื่อใดก็เรียกคืนได้เมื่อนั้น¹²

2. เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ สัญญาจำนองเป็นสัญญาอุปการะจะต้องมีหนี้เดิมเป็นหนี้ตามสัญญาประธาณ แล้วมีจำนองเป็นสัญญาอุปการะ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในเรื่อง

¹² จิตติ ดิงศภทัย, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1194/2523," คำพิพากษาศาลฎีกาประจำปี พุทธศักราช 2523 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2523), หน้า 805-808.

จำนวนจึงอาจแบ่งเป็น 2 ส่วนคือ หนี้เดิมอันเป็นหนี้ประธาน ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ส่วนหนึ่ง กับหนี้จำนวนอันเป็นหนี้อุปกรณ์ ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้จำนวนอีกส่วนหนึ่ง ผู้จำนวนไม่จำเป็นต้องเป็นลูกหนี้ในหนี้ประธาน ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 709 "บุคคลคนหนึ่งจะจำนวนทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ก็ให้ทำได้" การแยกเป็น 2 ส่วนนี้มีความสัมพันธ์กับการบังคับชำระหนี้คือ ผู้รับจำนวนอาจเลือกใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ประธานอย่างเจ้าหนี้สามัญ หรือจะบังคับจำนวนก็ได้ ดังจะได้อธิบายต่อไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 2044/2526 จำเลยทำสัญญากับโจทก์ไว้ในฐานะเป็นหนี้ประธาน ส่วนสัญญาจำนวนได้ทำไว้เพื่อประกันหนี้เงินกู้ตามสัญญา หนี้จำนวนจึงเป็นเพียงหนี้อุปกรณ์ โจทก์จึงไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินให้จำเลยตามสัญญาจำนวน เมื่อจำเลยรับว่าโจทก์ได้จ่ายเงินให้จำเลยรับไปภายหลังวันทำสัญญาเพียง 1 วัน ก็ต้องถือว่าจำเลยได้รับเงินจากโจทก์ไป ตามสัญญา สัญญาจึงบริบูรณ์ตามกฎหมาย

เมื่อหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้ประธาน และหนี้ตามสัญญาจำนวนเป็นหนี้อุปกรณ์ หนี้ทั้งสองประเภทจึงอาจแยกเป็นส่วนออกต่างหากจากกันได้ โดยอำนาจแห่งมูลหนี้ โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญาหรือสัญญาจำนวนก็ได้

3. ผู้จำนวนไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนวน หลักนี้เป็นประโยชน์ต่อผู้จำนวนมาก เพียงแต่ "ตราไว้เป็นจำนวน" ก็พอตามพิธีการแล้ว ผู้จำนวนยังคงครอบครองใช้สอย เก็บดอกผล บนทรัพย์สินนั้นได้ ทั้งผู้จำนวนอาจขายทรัพย์สินที่จำนวนนั้นได้ แม้ว่าทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ในภาระจำนอง อยู่ และผู้รับโอนจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นภายใต้ภาระการจำนอง ใครจะเป็นเจ้าของหรือครอบครองทรัพย์สินที่จำนวนไม่สำคัญ ผู้รับจำนวนอาจบังคับจำนวนได้เสมอในเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เป็นข้อแตกต่างของการประกันด้วยทรัพย์สิน ระหว่างจำนวนกับจำนำ เพราะจำนำไม่ต้องจดทะเบียนแต่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำ

4. หนี้ที่เอาประกันได้ คำว่า "หนี้" ในที่นี้หมายถึงหนี้ประธานประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 707 บัญญัติว่า "บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยคำประกันนั้นให้นานให้ใช้ได้ ในการจำนองอนุโลมตามควร"

มาตรา 681 อันคำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์



หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้

หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้ เพราะทำด้วยความสำคัญผิด หรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้น ก็อาจมีประกันอยู่ ณ สมบูรณ์ได้ ถ้าหากว่าผู้ค้ำประกันได้รู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เขาทำสัญญาผูกพันตน

4.1 หนี้อันสมบูรณ์ หมายถึงหนี้ที่ไม่เป็นโมฆะหรือเสียเปล่าเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 113 หรือไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบตามมาตรา 115 เป็นต้น ส่วนโมฆะกรรมนั้นสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะบอกกล่าว

คำพิพากษาฎีกาที่ 112/2515 สัญญาแสวงหาประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน หรืออีกนัยหนึ่งเป็นสัญญาซื้อขายความ ยอมขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะเมื่อสัญญาซึ่งก่อกั้นตกเป็นโมฆะสัญญาจำนองที่ดินเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญานั้นยอม ไม่ผูกพันผู้จำนอง

ข้อสังเกต หนี้ที่ขาดหลักฐานฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ เป็นหนี้ที่สมบูรณ์ยอมมีจำนองประกันได้ ส่วนผู้จำนองจะไล่เบี้ยจากลูกหนี้ได้อย่างไรหรือไม่เป็นอีกส่วนหนึ่ง

4.2 หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข

หนี้มีเงื่อนไข ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144 บัญญัติว่า "ข้อความใดอันบังคับไว้ให้นิติกรรมเป็นผลต่อเมื่อมี เหตุการณ์อันใดอันหนึ่งขึ้นในอนาคต และไม่ว่าแน่นอน ข้อความเช่นนั้นท่านเรียกว่า เงื่อนไข" คือหนี้ยังไม่เกิดขึ้นในขณะที่ทำสัญญาจำนองแต่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง และหากเกิดขึ้นแล้วอาจให้ผลย้อนหลังไปถึงเวลาใดเวลาหนึ่งก่อนสำเร็จก็ได้ (มาตรา 145 วรรค 3) ตัวอย่างเช่น จำนองประกันคนเข้าทำงาน เป็นต้น

ส่วนหนี้อนาคตนั้น หมายถึงมีการระบุไว้ในสัญญาจำนองว่า หากภายหลังเกิดมีหนี้สินระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ให้จำนองครบไปตั้งด้วย ไม่ว่าหนี้นั้นจะเกิดโดยมูลหนี้ใดๆ อาจเกิดจากนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ตาม เช่น จำนองประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชี เป็นต้น

4.3 หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้ เพราะได้ทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถ คำว่า สำคัญผิดในที่นี้หมายถึงการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล

หรือทรัพย์สิน ซึ่งทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะเหมือนกรณีไร้ความสามารถ เพราะหากเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ย่อมเป็นหนี้อันไม่สมบูรณ์ จำนองประกันไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคแรก และต้องเป็นกรณีจำนองประกันหนี้ของผู้อื่น หากเป็นการจำนองประกันหนี้ของตนเองจะเท่ากับเป็นการให้สัตยาบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 142(4)

ปัญหา หากเป็นหนี้อันเกิดแต่สัญญาที่เป็นโมฆียะเพราะเหตุอื่น เช่น กลฉ้อฉลก็ดี ขมขู่ก็ดี การจำนองประกันหนี้เช่นนี้ ผู้พันผู้จำนองที่รู้มูลเหตุให้เป็นโมฆียะนั้น หรือไม่ว่าศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เห็นว่าน่าจะอนุโลมให้เป็นสัญญาประกันที่ใช้ได้¹³

5. ต้องระบุจำนวนเงินไทยจำนวนแน่นอนหรือระบุ จำนวนสูงสุดที่เอาประกันก็ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 708 "สัญญาจำนองนั้นต้องมีจำนวนเงินระบุไว้เป็นเรือนเงินไทยเป็นจำนวนแนตรงตัว หรือจำนวนชั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราไว้เป็นประกัน" กฎหมายใช้คำว่า "ต้อง" หมายความว่ากฎหมายบังคับให้ทำ ฉะนั้นหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาจำนองเป็นโมฆะ การระบุจำนวนเงินไว้ ย่อมเป็นประโยชน์ในการที่ผู้จำนองจะเอาทรัพย์สินอันเดียวกัน ไปจำนองซ้ำหรือขายต่อ ผู้รับจำนองรายต่อไป หรือผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนอง จะคำนวณราคาว่า ทรัพย์สินที่จำนองนั้นยังมีค่าเหลือจากจำนองเท่าใด เพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะรับจำนองหรือรับซื้อหรือไม่ ราคาเท่าใด

จำนวนเงินที่ระบุต้องเป็นเรือนไทย หากระบุเป็นเงินตราสกุลอื่น เจ้าพนักงานต้องไม่รับจดทะเบียนจำนองให้และถึงแม้เจ้าหน้าที่ยังรับจดทะเบียนจำนองให้ไม่ว่าด้วยความพลั้งเผลอหรือเหตุอื่นใดก็ตาม การจำนองก็ตกเป็นโมฆะ

ให้ระบุจำนวนแนตรงตัว หมายถึงจำนวนอันแน่นอน เช่น จำนองเป็นประกันหนี้ 5 หมื่นบาทหรือ 1 ล้านบาทก็ระบุจำนวนให้แน่นอน จะระบุว่า "จำนองประกันหนี้ตามจำนวนที่เป็นหนี้จริงในภายหลัง" ไม่ได้ สำหรับการระบุจำนวนชั้นสูงสุดที่จำนองเป็นประกัน คือกรณี

¹³ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกันจำนองจำนำ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 17-18.

กรณีจำนองประกันหนี้ในอนาคต เช่น จำนองประกันการเบิกเงินเกินบัญชีไม่เกิน 1 แสนบาท เงินที่จะเบิกเกินบัญชีเอาแน่ไม่ได้ว่าจะเป็นการเงินเท่าใด จึงระบุขึ้นสูงที่สุดว่าประกันหนี้ไม่เกิน 1 แสนบาท เป็นต้น

6. ต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 704 บัญญัติว่า "สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินซึ่งจำนอง" การระบุตัวทรัพย์สินเพื่อให้รู้ว่าทรัพย์สินอะไรคือจำนอง ผู้รับจำนองมีสิทธิเอาชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรค 2 เฉพาะทรัพย์สินที่ระบุในสัญญาจำนอง หากไม่ระบุทรัพย์สินที่จำนองก็เท่ากับไม่มีวัตถุแห่งสัญญาซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม เมื่อไม่ทราบว่าจำนองอะไรก็ไม่เป็นสัญญาจำนอง¹⁴ การระบุต้องระบุให้รู้ได้ว่าเป็นทรัพย์สินใดไหนแต่ไม่ต้องระบุรายละเอียดเช่น จำนองที่ดิน ต้องปรากฏในสัญญาจำนองว่าเป็นที่ดินแปลงใด ระบุเลขโฉนดและระวาง ตำบล อำเภอ จังหวัดไม่ต้องใส่ชื่อของชนิดต้นไม้จำนวนต้นไม้ จำนองบ้านก็ระบุเลขที่ทะเบียนบ้าน จำนองเรือก็ระบุเลขทะเบียนเรือชื่อเรือ แต่จะระบุกว้าง ๆ ว่า "จำนองอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมด" โดยไม่ระบุว่าที่ดินแปลงใด เจ้าพนักงานที่ดินก็จดทะเบียนจำนองให้ไม่ถูกต้องปฏิบัติยอมทำไม่ได้ทรัพย์สินที่ระบุในสัญญาจำนองนี้อาจเป็นทรัพย์สินหลายสิ่งมีเจ้าของคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ และในการนี้สัญญาจะระบุลำดับทรัพย์สินซึ่งจำนองก็ได้หรือจะให้ถือเอาทรัพย์สินแต่ละสิ่งเป็นประกันหนี้เฉพาะแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดก็ได้โดยระบุไว้ในสัญญาจำนอง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 710)

7. ต้องไม่มีข้อตกลงขัดกับบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 711 "การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือจะให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใดนอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองนั้นไซ้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์" มีหลักทั่วไปอยู่อันหนึ่งว่าเมื่อสัญญาเป็นจำนองแล้วก็ต้องคงเป็นจำนองอยู่เสมอไป ตามนี้แปลว่าความประสงค์ในทรัพย์สินนั้นก็คือ เพื่อเอาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่ได้ออกขึ้นนั้น ฉะนั้นไม่ยอมให้เงื่อนไขหรือข้อกำหนดใด ๆ ซึ่งได้นำเข้า

¹⁴ ดาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, หน้า 50.

มาเกี่ยวข้องในข้อสัญญาสามารถจะทำให้สัญญาจำนองนี้กลายเป็นสัญญาซื้อขาย โดยมีเงื่อนไขไปได้ เป็นความมุ่งหมายของมาตรา 711¹⁵

กฎหมายห้ามทำข้อตกลงก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระ เพราะกฎหมายถือว่าลูกหนี้ หรือผู้จำนองเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบ ในขณะที่กู้ยืมอาจถูกเจ้าหนี้บังคับเมื่อเวลาต้องการเงิน ต่อจากนั้นกฎหมายถือว่าลูกหนี้และเจ้าหนี้ฐานะอย่างเดียวกัน ลูกหนี้จะเลือกทำข้อตกลงอย่างไร ก็ได้ตามความพอใจของตน¹⁶

ข้อตกลงที่มาตรา 711 ห้ามมี 2 ประการคือ ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองเข้า เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองประการหนึ่ง หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น นอกไปจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนองอีกประการหนึ่ง

บทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนอง ในที่นี้หมายถึงประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 728-729 เช่น ตกลงกันยกเว้นว่าก่อนฟ้องคดีไม่ต้องบอกกล่าว หรือไม่ต้อง ฟ้องคดีต่อศาล หรือให้อาทรัพย์สินจำนองหลุดโดยไม่ต้องเข้าเงื่อนไข ข้อตกลงเช่นนี้ไม่สมบูรณ์ แต่สัญญาจำนองนั้นยังคงใช้ได้อยู่ เสมือนหนึ่งว่าไม่มีข้อตกลง เช่นนั้นเลย¹⁷

ประโยชน์ของสัญญาจำนองในฐานะเป็นสัญญาประกัน

1. เจ้าหนี้จำนองเอาชำระหนี้จากหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่น
เจ้าหนี้จำนองเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกัน คือมีทรัพย์สินตราไว้เป็นหลักประกันว่าจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันพิเศษก่อน เจ้าหนี้สามัญประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรค 2 บัญญัติว่า "ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่"

¹⁵ ชัยฉัตร, เลขเชอรักฎหมายภาค 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2471), หน้า 41.

¹⁶ พระมัญญาวิมลศาสตร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มาตรา 680 ถึงมาตรา 796 (กรุงเทพมหานคร: 2474), หน้า 45.

¹⁷ เค.เอ.สอว์สัน, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2482 การประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), หน้า 78.

มาตรานี้เป็นหลักสำคัญของเรื่องจำนอง เจ้าหนี้จำนองมีฐานะดีกว่า เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน เพราะสามารถเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองได้ก่อน เจ้าหนี้สามัญของเจ้าของทรัพย์สินนั้นเสมอ เจ้าหนี้สามัญของผู้จำนองได้แต่จะบังคับกับทรัพย์สินอื่นกับส่วนที่เหลือจากการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองไม่ต้องไปแบ่งส่วนเฉลี่ยกับเจ้าหนี้สามัญคนอื่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2825/2527 โจทก์ในฐานะผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ แม้โจทก์จะมีค้ำประกันจำนองโดยตรง แต่โจทก์ก็ขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองที่ยึดมาโดยปลอดจำนอง อันถือได้ว่าเป็นการขอให้บังคับชำระหนี้จำนองโดยอาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิของเจ้าหนี้จำนอง โจทก์ผู้เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิจึงอยู่ในฐานะที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีใช่เจ้าหนี้บุริมสิทธิชอบที่จะได้แต่เงินที่เหลือจากการชำระหนี้จำนองของโจทก์ตาม

2. สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินสิทธิ ใช้อ้างได้กับคนทั้งหลายทั่วไป ดังนั้น

2.1 การโอนกรรมสิทธิทรัพย์สินที่จำนองไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงการจำนอง
ตามมาตรา 702 วรรค 2 "มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่" ทรัพย์สินที่ติดจำนองนั้นตราบค้ำที่ยังไม่มีการไถ่ถอนจำนอง ภาระจำนองย่อมติดไปกับทรัพย์สินจำนองนั้นเสมอ ผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองจะปฏิเสธไม่ยอมรับรู้สิทธิของผู้รับจำนองไม่ได้ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะถูกโอนไปที่ทอดค้ำก็ตาม และแม้ผู้รับโอนจะซื้อจากการขายทอดตลาดโดยสุจริตไม่ทราบวาทินคิดจำนอง เพราะไม่ปรากฏในคำประกาศขายทอดตลาดก็ดี จำนองก็ติดไปด้วย ผู้ซื้อจะปฏิเสธไม่ยอมรับรู้การจำนองไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 823/2487, 1536/2500)

2.2 บังคับจำนองได้แม้หนี้ประธานจะขาดอายุความ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 189 บัญญัติว่า เหตุที่สิทธิเรียกร้องขาดอายุความ ย่อมไม่ห้ามผู้รับจำนองผู้รับจำนำหรือผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินหรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินอันตนได้ยึดถือไว้ในการใช้สิทธิบังคับจากทรัพย์สินที่จำนอง จำนำ หรือยึดถือไว้แล้ว แต่เมื่อใช้สิทธิอันนี้ ท่านห้ามมิให้เจ้าหนี้คิดเอาดอกเบี้ยที่ค้างกว่าห้าปีขึ้นไป

สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินสิทธิไม่สูญไปด้วยกาลเวลา แต่ในส่วนที่เป็นสิทธิเรียกร้องเอาดอกเบี้ยที่ค้างก็คงอยู่ในบังคับของหลักอายุความเสียสิทธิ เรียกเอาไม่ได้เกินกว่า

5 ปีขึ้นไปอยู่นั่นเอง

การนับดอกเบี้ยย นับโดยยึดวันบังคับจำนองเป็นหลักแล้วย้อนลงไปได้ 5 ปี ตัวอย่าง ถ้า ล. กู้ยืมเงินจาก จ. ในปี พ.ศ. 2470 และได้ชำระค่าดอกเบี้ยนั้นเลยในระยะ 8 ปีแรก มาปี 2479-2480 และ 2481 ล. ได้ชำระดอกเบี้ยให้สำหรับ 3 ปีนั้น เพราะฉะนั้น ถ้า จ. บังคับจำนองในปี 2482 ดอกเบี้ย ซึ่ง จ. จะเอาชำระได้ ก็ได้แก่ดอกเบี้ยซึ่งเกิดขึ้น นับแต่ พ.ศ. 2482 ย้อนหลังไป 5 ปีเต็มคือ ถึงปี 2477 แต่ จ. ได้รับชำระดอกเบี้ย 3 ปี หลัง เสียแล้ว จึงยังคงบังคับดอกเบี้ยได้เฉพาะ 2 ปี คือ ปี 2477-2478 ส่วนดอกเบี้ยตั้งแต่ฟ้อง จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ไม่มีกฎหมายห้ามว่า เรียกไม่ได้ ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิ เรียกได้ด้วย

การบังคับจากทรัพย์สินตามสิทธิจำนองหาใช่เป็นการบังคับชำระหนี้ที่ขาดอายุความแล้วไม่ เทียบโดยนัยคล้ายกับมาตรา 188 วรรค 2 คือเปรียบเป็นทรัพย์สินของที่ลูกหนี้ ให้ไว้สำหรับเอาไปขายใช้หนี้ ขายได้เท่าใด ชำระหนี้ได้มากน้อยเท่าใดก็ได้เพียงนั้น จะไปเรียกเอาจากลูกหนี้อีกไม่ได้ หากให้ฟ้องร้องเอาจากตัวลูกหนี้อีกได้ก็เท่ากับจะให้บังคับตามสิทธิ เรียกรองที่ขาดอายุความแล้ว แต่ถ้าขายได้เกินจำนวนที่เป็นหนี้และอุปกรณจะต้องคืนให้ลูกหนี้ จะเอาไว้เสียทั้งหมดไม่ได้ เพราะไม่ใช่การซื้อขายหรือโอนให้แต่เป็นประกัน¹⁸

เรื่องนี้กฎหมายลักษณะจำนองบัญญัติไว้ซ้ำอีกในมาตรา 745 "ผู้รับจำนอง จะบังคับจำนองแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระ ในการจำนองเกินกว่าห้าปีไม่ได้"

ทรัพย์สินที่ เจ้าหนี้อาจนำยึดหรือขออายัด เพื่อการชำระหนี้ได้

1. ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ที่อยู่ภายใต้การบังคับชำระหนี้
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย" มาตรา 214 เป็นบทสารบัญญัติ รับรองว่าทรัพย์สิน

¹⁸ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 265-266.

ของลูกหนี้ภายใต้การบังคับชำระหนี้ ส่วนวิธีดำเนินการของเจ้าหนี้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายอื่นแล้วแต่กรณี เจ้าหนี้ไม่มีอำนาจที่จะเข้าเกี่ยวข้องยึดทรัพย์สินของลูกหนี้โดยพลการ คือต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล และดำเนินการบังคับคดีตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง

คำว่า "ทรัพย์สิน" นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 นิยามว่า "ทรัพย์สินนั้นหมายรวมทั้งทรัพย์สินทั้งวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้" ข้อจำกัดอยู่ที่ว่าต้องเป็นของลูกหนี้ ที่มาตรา 214 กล่าวถึงเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ นั้นที่จริงก็เป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เหมือนกัน สิทธิที่จะเรียกร้องเอาเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นจากบุคคลภายนอกนั้น เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาถือเอาได้ตามความหมายในมาตรา 99 ที่จริงคำว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ก็กินความถึงสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ได้อยู่แล้ว แต่การเรียกเอาเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นจากบุคคลภายนอกที่ค้างชำระลูกหนี้ นั้นนั้นต้องถึงกำหนดชำระแล้ว¹⁹ มิฉะนั้นแม้แต่ตัวลูกหนี้เองก็ยังเรียกร้องไม่ได้

คำว่า "เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง" นั้น มุ่งหมายให้เจ้าหนี้ได้แดงให้ชำระหนี้ของตนเท่านั้น ไม่มีสิทธิอะไรที่จะได้มากกว่าที่เป็นหนี้กันอยู่ แม้จะได้ยึดเอาทรัพย์สินมีราคามากกว่าที่เป็นหนี้มาจำหน่าย เหลือจากชำระหนี้ก็ต้องคืนให้แก่ลูกหนี้

2. ทรัพย์สินที่เป็นของภริยาหรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 วรรคท้าย บัญญัติว่า

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ทรัพย์สินที่เป็นของภรรยาหรือที่เป็นของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้นั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจยึดหรืออายัดและเอาออกขายได้ตามที่บัญญัติไว้ข้างบนนี้

ทรัพย์สินของภริยาลูกหนี้ ตามมาตรานี้ เช่นกรณีเป็นหนี้ร่วม หรือทรัพย์สินที่คู่เป็นสินสมรส แต่ถ้าเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของภริยา ไม่มีกฎหมายให้ถือเป็นทรัพย์สินของสามีด้วย (คำพิพากษา

¹⁹ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบปริบูรณ์) (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 671-672.

ฎีกาที่ 676/2511) ทั้งนี้เกิดจากการที่สามีไปทำอะไรไม่ได้ไม่เช่นนั้นรวม ภริยาไม่ต้องรับผิดชอบ เจ้าหนี้ของสามีไม่มีสิทธิที่จะยึดทรัพย์ที่เป็นสินเดิมของภริยา (คำพิพากษาฎีกาที่ 221/2509) และมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1652/2522 วินิจฉัยว่า เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของสามีในคดีที่ภริยาไม่ได้ถูกฟ้องควย ยึดที่ดินสินส่วนตัวของภริยาชำระหนี้ไม่ได้ แม้เป็นหนี้ร่วมระหว่างสามีภริยาก็ไม่เข้าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 เพราะโจทก์ไม่ได้ฟ้องภริยาของลูกหนี้เป็นจำเลย จึงไม่ได้เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาของโจทก์ด้วย แม้หนี้นั้นจะเป็นหนี้ร่วม โจทก์ก็ไม่มีอำนาจยึดที่พิพาทที่เป็นสินส่วนตัวของภริยา ลูกหนี้ตามนัยแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 1039/2492

กรณีทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ เช่น เงินได้ของบุตรส่วนที่เหลือจากการใช้เป็นค่าอุปการะเลี้ยงดู และการศึกษาแล้วบิดายอมเอาไปใช้ตามสมควรได้ (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1573) จึงอยู่ในความรับผิดชอบที่จะถูกยึดมาใช้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 วรรคท้าย

3. ทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ในบังคับที่ห้ามตามกฎหมายมิให้บังคับคดี ทรัพย์ที่ต้องห้ามปรากฏ

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285 "ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

(1) เครื่องนุ่งห่มห่มนอน หรือเครื่องใช้ในครัวเรือนโดยประมาณรวมกันราคาไม่เกินห้าพันบาท ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรศาลจะกำหนดทรัพย์สินดังกล่าวที่มีราคาเกินห้าพันบาทให้เป็นทรัพย์สินที่ไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีก็ได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความจำเป็นตามฐานะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(2) เครื่องมือ หรือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพหรือประกอบวิชาชีพโดยประมาณรวมกันราคาไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท แต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีคำขอ โดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตยึดค่างและใช้เครื่องมือ หรือเครื่องใช้อันจำเป็นเพื่อดำเนินการเลี้ยงชีพ หรือประกอบวิชาชีพอันมีราคาเกินกว่าจำนวนราคาดังกล่าว ให้ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจอนุญาตหรือไม่อนุญาตภายในบังคับแห่งเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร

(3) วัตถุ เครื่องใช้ และอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้ทำหน้าที่แทนหรือช่วยอวัยวะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(4) ทรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย หรือตามกฎหมายยอมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอันมีลักษณะเป็นของส่วนตัวโดยแท้ เช่น หนังสือนิตยสารหรือสิ่งพิมพ์โดยเฉพาะจดหมายหรือสมุดบัญชีต่าง ๆ นั้น อาจยึดมาตรวจดูเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับคดีได้ ถ้าจำเป็น แต่ห้ามมิให้เอาออกขายทอดตลาด

ประโยชน์แห่งข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ให้ขยาย ไปถึงทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งอันเป็นของภริยาหรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งทรัพย์สินเช่นว่านี้ตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้

สิทธิจำนองเป็นประโยชน์เพื่อเจ้าหนี้เพียงใด

1. เจ้าหนี้จำนองหรือผู้มีสิทธิเรียกร้องบังคับจำนอง ได้แก่

1.1 ผู้รับจำนอง ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ในหนี้ประธาน และมีจำนองเป็นสัญญาประกันหนี้ประธานนั้นกับตน

คำพิพากษาฎีกาที่ 817/2521 มีปัญหาว่าการที่จำเลยทั้งสองจำนองที่ดินไว้ต่อโจทก์ที่ 2 เพื่อประกันเงินกู้ที่จำเลยที่ 1 กู้ไปจากโจทก์ที่ 1 สัญญาจำนองจะมีผลผูกพันจำเลยทั้งสองหรือไม่ และการที่ศาลกลางทั้งสองยกปัญหาข้อนี้ขึ้นวินิจฉัยโดยจำเลยมิได้ต่อสู้ไว้ในคำให้การ จะเป็นการวินิจฉัยนอกฟ้อง นอกประเด็นหรือไม่ โจทก์ฎีกาโต้แย้งว่าผู้จำนองไม่จำเป็นต้องเป็นลูกหนี้ผู้รับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 709 ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว มาตรา 709 ที่โจทก์ยกขึ้นอ้างเป็นเพียงกล่าวถึงผู้จำนองว่า อาจจะเป็นบุคคลอื่นไม่ใช่ลูกหนี้ก็ได้เท่านั้น ส่วนผู้รับจำนองมีกล่าวไว้ในมาตรา 702 ซึ่งกำหนดลักษณะของสัญญาจำนองว่า เป็นสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 709 แล้ว ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ เห็นว่าผู้รับจำนองจะต้องเป็น เจ้าหนี้ในมูลหนี้ที่มีการจำนองค้ำประกันนั้น ซึ่งอาจเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นในอนาคต หรือหนี้มีเงื่อนไข จะจำนองไว้เพื่อหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็จำนองได้ ปัญหาว่าจำเลยทั้งสองจะต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ที่ 2 เพียงใดนั้น ศาลยอมยกขึ้นวินิจฉัยได้ เพราะเป็นประเด็นข้อกล่าวอ้างของโจทก์ในคำฟ้องมิใช่เป็นการวินิจฉัยนอกฟ้องนอกประเด็นได้

นอกจากผู้รับจ้างต้องเป็นเจ้าของในหนี้ประธานแล้วผู้รับจ้างต้องมีอำนาจรับจ้างด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 863/2481 เครดิตฟองซิเอร์เป็นบริษัทจำกัดมีวัตถุประสงค์ในการรับจ้างอสังหาริมทรัพย์เป็นกิจการค้า กิจการเช่นนี้จำต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขาย เครดิตฟองซิเอร์ซึ่งมิได้รับอนุญาตจากรัฐบาลนั้น ไม่มีอำนาจรับจ้างและรับโอนที่ดินใด ๆ

สำหรับผลกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้มีพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 อันเป็นกฎหมายพิเศษ กำหนดให้บริษัท เครดิตฟองซิเอร์ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาล ก็ต้องเป็นไปตามนั้น มิฉะนั้นกฎหมายพิเศษจะบังคับไม่ได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 124 มีหลักอยู่ว่า "ในนิติกรรมสองฝ่าย การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งไม่ไขข้อความจริง หรือซ่อนสมบัติอันใดอันหนึ่งอันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้นั้น ท่านถือว่าเป็นการฉ้อฉล หากพิสูจน์ได้ว่าตามิได้นิ่งเสีย เช่นนั้น นิติกรรมอันนั้นก็คงจะมีได้ทำขึ้นเลย"

การนิ่งอาจเป็นกบฏฉ้อฉลได้ ในการทำนิติกรรมสองฝ่าย หรือสัญญา การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งไม่แจ้งความจริงหรือซ่อนสมบัติอันใดอันหนึ่งซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้ และถ้าใครรู้ก็คงจะไม่มีการทำนิติกรรมกันเลย

ในกรณีที่สัญญาจ้างงเกิดขึ้นโดยผู้จ้างมิได้รู้ว่าผู้รับจ้างเป็นเครดิตฟองซิเอร์ ซึ่งมีได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไม่มีอำนาจทำการรับจ้าง และหากใครรู้แล้ว การจ้างงก็คงจะไม่เกิดขึ้น สัญญาจ้างงเกิดโดยกบฏฉ้อฉล ตกเป็นโมฆียะ ผู้จ้างงมีสิทธิบอกกล่าวได้

1.2 ผู้รับช่วงสิทธิ คือบุคคลที่กฎหมายยอมให้ เข้าเป็น เจ้าหนี้แทน เจ้าหนี้เดิม และมีอำนาจที่จะใช้สิทธิทั้งปวงของเจ้าหนี้เดิม ทั้งหนี้ประธานหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ในนามของตนเองเหมือนกับว่าผู้รับช่วงสิทธิเป็น เจ้าหนี้เดิมมาแต่เดิม กรณีหนี้ที่รับช่วงสิทธิเป็นหนี้ที่มีจ้างงเป็นประกันผู้รับช่วงสิทธิก็ได้สิทธิเป็น เจ้าหนี้จ้างงด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 226 "บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของ เจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่ เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้รวมทั้งประกันแห่งหนี้นั้นได้ในนามของตนเอง"

การรับช่วงสิทธิมีขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมาย เช่น

- 1) เมื่อลูกหนี้มี เจ้าหนี้หลายราย เจ้าหนี้คนหนึ่งอาจใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้

อีกคนหนึ่ง ผู้มีสิทธิจะได้รับใช้หนี้ก่อนตน เพราะเขามีบุริมสิทธิ หรือมีสิทธิจำนำจำนองตามมาตรา 229(1) เป็นการให้โอกาสเจ้าหนี้ที่จะป้องกันผลประโยชน์ของตนโดยออกเงินใช้หนี้ ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือตน

2) กรณีที่ผู้ซื้อส่งหากรมทรัพย์ได้ใช้เงินราคาให้แก่ผู้รับจำนองผู้ซื้อจะได้รับช่วงสิทธิของผู้รับจำนองคนที่ใช้เงินให้ตามมาตรา 229(2)

3) กรณีที่ผู้มีความผูกพันร่วมกับผู้อื่นหรือเพื่อผู้อื่นในอันที่จะต้องให้หนี้มีส่วนได้เสียในการใช้หนี้และเข้าใช้หนี้นั้น เช่น เป็นลูกหนี้ร่วม เป็นผู้ค้ำประกัน เป็นต้น

4) กรณีทรัพย์หลายสิ่งจำนองประกันหนี้รายเดียว และมีได้ระบุดำค้ำไว้หากผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ทั้งหมด จากทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งแต่เพียงสิ่งเดียว ท่านให้ถือว่าผู้รับจำนองคนถัดไปโดยลำดับ เข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับจำนองคนก่อน ตามมาตรา 734 วรรค 3 เป็นต้น

1.3 ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง เจ้าหนี้อาจโอนสิทธิเรียกร้องให้บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ หรือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดไม่ได้ เช่น สิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดู บำเหน็จบำนาญ เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองที่มีอยู่เกี่ยวพันกับสิทธิเรียกร้องนั้น ย่อมตกไปให้แก่ผู้รับโอนด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 305 "เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไปสิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวพันกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ได้ สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ให้อำนาจเพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ ย่อมตกไปให้แก่ผู้รับโอนด้วย"

1.4 เจ้าหนี้ของผู้รับจำนองซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ ถ้าผู้รับจำนองไม่ยอมใช้สิทธิเรียกร้อง หรือเพิกเฉยเสียไม่ใช้สิทธิเรียกร้อง เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ของผู้รับจำนองต้องเสียประโยชน์ เจ้าหนี้ของผู้รับจำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองในนามของตนเองแทนผู้รับจำนองเพื่อป้องกันสิทธิของตนในมูลหนี้นั้นก็ได้ เว้นแต่ในข้อที่เป็นการของลูกหนี้ส่วนตัวโดยแท้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233 "ถ้าลูกหนี้ขัดขืนไม่ยอมใช้สิทธิเรียกร้องหรือเพิกเฉยเสียไม่ใช้สิทธิเรียกร้อง เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องเสียประโยชน์ไซ้รททานว่าเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นในนามของตนเองแทนลูกหนี้เพื่อป้องกันสิทธิของตนในมูลหนี้นั้นก็ได้ เว้นแต่ในข้อที่เป็นการของลูกหนี้ส่วนตัวโดยแท้"

1.5 เจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งไต่อาศัยสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยปกติเมื่อศาลมีคำสั่งไต่อาศัยสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา คำสั่งนั้นต้องมีข้อกำหนดบุคคลภายนอก ไม่ให้ชำระเงินหรือส่งมอบสิ่งของให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาแต่ให้ชำระหรือส่งมอบให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดี ณ เวลาหรือภายในเวลาตามที่กำหนดไว้ในคำสั่ง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 311 วรรคท้าย) บุคคลภายนอกที่ได้รับคำสั่งไต่อาศัยทรัพย์อาจคัดค้านได้ กรณีที่บุคคลภายนอกได้คัดค้านหรือปฏิเสธโต้แย้งไว้ และศาลมีคำสั่งชี้ขาดให้บุคคลภายนอกปฏิบัติตามคำสั่งไต่อาศัยคดี หรือกรณีคำสั่งไต่อาศัยนั้นไม่มีการคัดค้านคดี หากบุคคลภายนอกมิได้ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีแก่บุคคลภายนอกนั้น และดำเนินการไปเสมือนหนึ่งว่าบุคคลนั้นเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 312 วรรค 2)

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 313 วรรค 2 etailสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งมีต่อบุคคลภายนอก ในอันที่จะเรียกให้ชำระเงินจำนวนหนึ่งนั้น มีการจำนองเป็นประกัน การไต่อาศัยสิทธิเรียกร้องโดยรวมตลอดถึงการจำนองด้วย แต่ทั้งนี้เจ้าพนักงานบังคับคดี ต้องแจ้งคำสั่งไต่อาศัยทรัพย์นั้นไปยังเจ้าพนักงานที่ดิน และให้เจ้าพนักงานที่ดินจุดแจ้งไว้ในทะเบียนที่ดิน เช่น บุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้จำนองของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เมื่อไต่อาศัยสิทธิเรียกร้องดังกล่าวแก่บุคคลภายนอกแล้ว ต้องถือว่าได้มีการอายัดการจำนองนั้นด้วย บุคคลภายนอกจึงต้องชำระหนี้จำนองแก่เจ้าพนักงานบังคับคดี จะชำระแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหาได้ไม่ หากบุคคลภายนอกไม่ชำระตามคำสั่งไต่อาศัย เจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมมีอำนาจบังคับจำนองเอาทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย²⁰

2. ทรัพย์สินภายใต้บังคับการจำนองได้แก่

2.1 ทรัพย์สินที่จำนอง คือทรัพย์สินที่ระบุไว้ในสัญญาจำนองในฐานะเป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา ในบางกรณีทรัพย์สินจำนองมีหลายสิ่ง หรือเป็นทรัพย์สินสิ่งเดียวแต่อาจแบ่งได้หลายส่วน กฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

²⁰มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 3 และ 4 ว่าด้วยอุทธรณ์ฎีกา และการบังคับคดี (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บรรณาคม, 2518), หน้า 367-368.

2.1.1 จำนวนทรัพย์สินหลายสิ่ง สิทธิจำนองครอบทุกสิ่งแม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 716) การประกันหนี้รายเดียวด้วยทรัพย์สินหลายสิ่งยอมทำได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 710) และเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้บางส่วนลูกหนี้อาจขอให้ปลดทรัพย์สินบางสิ่งให้ปลอดจากจำนองก็ได้ หากเจ้าหนี้ยินยอมการปลดจำนองควยทำเป็นหนังสือให้อ่างกับบุคคลภายนอกไม่ได้ ตามมาตรา 746 ซึ่งมีหลักว่าการชำระหนี้การระงับแห่งหนี้อย่างใด ๆ ก็ดี ต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก

2.1.2 จำนวนทรัพย์สินหลายส่วน สิทธิจำนองครอบทุกส่วน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 717) กรณีที่ทรัพย์สินที่จำนองขึ้นเดียวถูกแบ่งเป็นหลายส่วนและเพียงทรัพย์สินบางส่วนก็คุ้มหนี้แล้ว ผู้จำนองอาจขอความยินยอมจากผู้รับจำนองให้โอนทรัพย์สินส่วนหนึ่งส่วนใดไปปลอดจากจำนองก็ได้ แต่ต้องจดทะเบียน มิฉะนั้นจะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้

2.1.3 จำนองยอมครอบถึงทรัพย์สินที่ติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 718) เพราะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินที่จำนอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 662/2507 การจำนองที่ดินซึ่งมีที่งอกโดยผู้จำนองมิได้แสดงเจตนาสงวนที่งอกนี้ไว้เลย ผู้รับจำนองยอมได้สิทธิในที่งอกรายนี้ด้วย เพราะที่งอกริมคลองยอมเป็นของเจ้าของที่ดินริมคลองตามหลักส่วนควบมาตรา 1308 เวลาจำนองที่ดินที่งอกยอมติดไปด้วย

หลักในมาตรานี้มีข้อยกเว้นที่สำคัญคือ

1) จำนองที่ดินไม่ครอบคลุมไปถึงโรงเรือนอันผู้จำนองปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง เว้นแต่จะมีข้อความกล่าวไว้โดยเฉพาะในสัญญาว่าจะให้ครอบคลุมถึง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 719) หมายความว่า เมื่อจำนองที่ดิน การจำนองยอมผูกพันที่ดินและโรงเรือนต่าง ๆ ซึ่งได้มีอยู่แล้วในขณะทำสัญญา แต่การจำนองไม่ครอบคลุมถึงโรงเรือนที่ผู้จำนองสร้างขึ้นภายหลัง เว้นแต่จะมีข้อตกลงกันเป็นพิเศษไว้ในสัญญา อย่างไรก็ตามกฎหมายยอมให้ผู้รับจำนองขายโรงเรือนไปพร้อมกับที่ดินด้วย ได้แต่ผู้จำนองใช้บุริมสิทธิของตนได้กับราคาที่ดินเท่านั้น

2) จำนองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ซึ่งได้ทำขึ้นไว้บนดินหรือที่ดินในที่ดินอันเป็นของคนอื่น ขาน้นยอมไม่ครอบไปถึงที่ดินนั้นด้วยฉันทัดกลับกันก็ฉันทันนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 720) เพราะมีหลักในมาตรา 705 ที่ว่าเจ้าของเท่านั้นที่จะทำการจำนองได้ เพราะฉะนั้นเมื่อผู้จำนองเป็นแต่เจ้าของโรงเรือนก็ยอมจะทำสัญญาจำนองครอบไปถึงที่ดินไม่ได้ และในทางตรงกันข้ามผู้เป็นแต่เจ้าของที่ดินจะทำสัญญาจำนองให้ครอบไปถึงโรงเรือนอันเป็นของอีกคนหนึ่งด้วยไม่ได้

มาตรานี้ มีลักษณะต่างกับมาตรา 719 ที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือ ตามมาตรา 719 เจ้าของที่ดินกับเจ้าของโรงเรือนเป็นคนเดียวกัน

3) จำนองทรัพย์สินใดไม่ครอบไปถึงดอกผลของทรัพย์สินนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 721) หลังจากที่ผู้จำนองได้จำนองทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่งแล้วผู้จำนองในฐานะเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิครอบครองใช้สอยหาผลประโยชน์ เก็บดอกผลจากทรัพย์สิน จนกระทั่งผู้รับจำนองบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 728 ดอกผลที่เกิดภายหลังจากที่ผู้รับจำนองบอกกล่าวบังคับจำนองแล้วตกเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับการจำนอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 432/2481 ผู้จำนองโอนทรัพย์สินที่จำนองให้คนภายนอกไป เมื่อผู้รับจำนองบอกกล่าวความประสงค์จะบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนแล้วสิทธิจำนองย่อมครอบถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินที่จำนอง แทนนั้นไป ผู้รับจำนองมีสิทธิจะเรียกให้ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองนั้นส่งดอกผลที่เกิดขึ้นอันแท้จริงให้แก่ตนได้ แต่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอันใดอีกไม่ได้

2.2 ทรัพย์สินนอกสัญญาจำนอง อาจตกเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับการจำนองได้ โดยผลของกฎหมายเรื่องรับช่วงทรัพย์สิน

รับช่วงทรัพย์สิน เป็นวิธีแห่งกฎหมายซึ่งยอมให้ทรัพย์สินอันหนึ่งเข้าแทนที่ทรัพย์สินอีกอันหนึ่งในฐานะนิติสัมพันธ์เดียวกันกับทรัพย์สินอันก่อน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 226) เช่น

2.2.1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 228 ถ้าพฤติการณ์ใดซึ่งทำให้การชำระหนี้เป็นอันพั่ววิสัย เช่น มีพฤติการณ์อันทำให้ทรัพย์สินเสียหายบอบสลาย หรือสูญหายไป ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ แต่เป็นผลให้ลูกหนี้ได้ทรัพย์สินอย่างอื่นมาแทน เจ้าหนี้ซึ่งควรจะได้รับทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้แต่เดิมมีสิทธิจะเรียกเอาทรัพย์สินของแทนจากลูกหนี้ หรืออาจจะใช้สิทธิเรียกร้องเอาของแทนหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนเสียเองก็ได้ คือ กฎหมาย

ยอมให้เอาทรัพย์สินที่ได้มาแทนหรือสิทธิ เรียกรองนั้น เข้าแทนที่ทรัพย์สิน เป็นวัตถุแห่งหนี้เดิม ตัวอย่าง ก. จำนองบ้านประกันหนี้เงินกู้ต่อ ข. ต่อมา ค. ไฟไหม้บ้านเสียหาย หาก ค. สร้างบ้านใหม่ชดเชยค่าเสียหายให้ ทรัพย์สินที่ได้มานั้นจะเข้าแทนที่บ้านเดิมที่จำนอง ถือเป็นทรัพย์สินที่ติดภาระจำนอง แทนบ้านหลังเดิม

และการรับช่วงทรัพย์สินเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย จึงไม่ต้องไปทำการจดทะเบียนจำนองกันใหม่ เพียงแต่เจ้าหนี้ต้องนำสิทธิของตนให้ศาลไต่ทราบ

2.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 231 วรรคแรก

เป็นกรณีทรัพย์สินที่จำนอง เป็นทรัพย์สินที่ได้เอาประกันภัยไว้ และมีเหตุการณ์อันทำให้ทรัพย์สินนั้นเสียหาย ผู้รับจำนองมีสิทธิ เรียกรองเอา เงินประกันแทนตัวทรัพย์สิน เป็นการช่วงทรัพย์สินโดยเอาสิทธิ เรียกเงินประกันภัย เข้าแทนที่ในฐานะชนิดน้อยอย่างเดียวกับทรัพย์สินที่รับจำนองไว้แล้วและวรรคท้าย การรับช่วงทรัพย์สินนี้ให้ใช้ในกรณีบังคับเวนคืนสิ่งหาริมทรัพย์กับกรณีที่ต้องใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของทรัพย์สินเพราะได้ทำให้ของ เขาเสียหายบุบสลายด้วย เป็นต้น

ที่กล่าวมาเป็นกรณีที่ทรัพย์สินเสียหายแล้วลูกหนี้ได้ทรัพย์สินอื่นมาแทนที่ทรัพย์สินที่เสียหายนั้น แต่หากเป็นกรณีที่ทรัพย์สินเสียหายจากการกระทำของลูกหนี้เอง ลูกหนี้ยอมไม่ได้ทรัพย์สินอะไรมาแทนที่ทรัพย์สินเดิม ผลกระทบต่อจำนองคือถ้าทรัพย์สินที่จำนองเสียหายเจ้าหนี้จำนองยอมไม่อาจบังคับจำนองจากทรัพย์สินนั้นได้ หรือได้น้อยลงกว่าที่ควร ปัญหาคือ กรณีเช่นนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะได้รับความคุ้มครองอย่างไรบ้าง

ตามกฎหมายลักษณะจำนองมีหลักว่า ถ้าผู้จำนองทำให้ทรัพย์สินจำนองบุบสลายหรือเสียหายเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกันให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองได้ทันที (มาตรา 723) แต่มีได้บัญญัติให้ผู้รับจำนองต้องชดเชยค่าเสียหายและมาตรา 733 มีหลักว่าถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ดูเหมือนกฎหมายลักษณะจำนองมีได้บัญญัติให้ผู้จำนองต้องชดเชยค่าเสียหาย

มีข้อควรพิจารณาว่า ในกรณีที่ผู้จำนองได้ทำให้ทรัพย์สินที่ตนนำมาจำนองสูญหายและไม่ได้ทรัพย์สินอื่นมาแทน ทำให้ผู้รับจำนองไม่อาจจะใช้สิทธิที่ตนมีอยู่ตามสัญญาจำนองได้ ดังนี้ ผู้จำนองควรที่จะเกิดความรับผิดชอบในทางแพ่งอย่างไร หรือไม่



เมื่อกล่าวถึงความรับผิดชอบในทางแพ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ชนิด ได้แก่

1. ความรับผิดชอบทางสัญญา
2. ความรับผิดชอบทางละเมิด

ความรับผิดชอบทางสัญญา หรือความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้

จะเกิดขึ้นเมื่อ

มีหนี้ผูกพันกันอยู่แล้ว

1. ได้มีสัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายในระหว่างผู้รับผิดชอบและผู้เสียหายคือ
 2. ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญานั้น²¹
- ในเรื่องทรัพย์สินที่จำนองบุบสลายหากจะพิจารณาความรับผิดชอบทางสัญญาจะ

เห็นได้ว่า

1. ได้มีสัญญาจำนองสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ พิจารณาวามีสัญญาจำนองที่สมบูรณ์ถูกต้องตามแบบเป็นสัญญาระหว่างผู้รับผิดชอบและผู้เสียหาย

2. ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญาจำนอง

หรือไม่

สัญญาจำนองนั้น ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจำนอง กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้ในหนี้ประธานไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะบังคับจำนองและได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ดังนั้น หากผู้จำนองทำให้ทรัพย์สินจำนองสูญหายจึงอาจถือได้ว่า การบังคับจำนองตกเป็นหนี้วิสัย ซึ่งยังผลให้ ผู้รับจำนองต้องเสียหายเนื่องจากไม่อาจจะบังคับจำนองตามสิทธิที่ตนเองมีอยู่ได้ ทั้งนี้เป็นไปโดยอาศัยหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 218 ความว่า

ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นหนี้วิสัยจะทำได้เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบชำระ หากว่าลูกหนี้จะต้องใช้คำสั่งใหม่ทดแทนให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้

²¹ ใจต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (โครงการตำราชุดตำราลำดับ

ที่ 1 คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518),

ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นหนี้วิสัยแต่เพียงบางส่วน ถ้าหากว่าส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้นั้น จะเป็นอันไรประโยชน์แก่เจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะไม่ยอมรับชำระหนี้ส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้แล้ว และเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้เสียทั้งหมดทีเดียวก็ได้

อย่างไรก็ตามการเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 218 นี้ก็จะจะต้องอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปในมาตรา 222 กล่าวคือ "ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้อันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้" แม้ผู้รับจำนองจะไม่สามารถใช้สิทธิในฐานะเจ้าหนี้มีประกันได้เพราะการบังคับจำนองตกเป็นหนี้วิสัยก็ตามแต่สิทธิของเจ้าหนี้ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้สามัญยังคงมีอยู่ ฉะนั้น หากบังคับชำระหนี้แบบเจ้าหนี้สามัญ และได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้จนครบถ้วนตามที่ตนเองเป็นเจ้าหนี้อยู่ ดังนั้น ย่อมเห็นได้ชัดว่า ไม่ได้มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้นั้นแต่อย่างใด ดังนั้น การเรียกค่าสินไหมทดแทนโดยอาศัยบทบัญญัติ มาตรา 218 จึงไม่อาจมีขึ้นได้

ความรับผิดทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" .เกณฑ์ความรับผิดในเรื่องละเมิดตามบทบัญญัติมาตรา 420 ได้แก่

1. มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย คำว่า "โดยผิดกฎหมาย" ในมาตรานี้ หมายความว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิเด็ดขาดของบุคคล โดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้ว ก็ถือเป็น การกระทำโดยผิดกฎหมายอยู่ในตัว²²

ดังนั้นหากผู้จำนองจุดไฟเผาบ้านตัวเอง ซึ่งในแง่ของกรรมสิทธิ์เจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิทำลายทรัพย์สินของตนได้ แต่เมื่อทรัพย์สินนั้นมีการจำนอง การทำลายทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินจำนอง ย่อมเป็นการกระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นการทำให้ผู้รับจำนองซึ่งมีทรัพย์สินจำนอง ต้องเกิดความเสียหาย เพราะเมื่อทรัพย์สิน

²² จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 มูลแห่งหนี้ (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 172-173.

จำนองต้องสูญหายไป เพราะผู้จำนองได้จุดไฟเผา ย่อมทำให้ผู้รับจำนองไม่อาจที่จะบังคับจำนองเอาแถมบ้านหลังนั้นได้ เพราะทรัพย์สินนั้นได้สูญหายไปเสียแล้ว

2. เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำคือการเคลื่อนไหวหรือริยาบพโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น²⁴ อาจกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้ การกระทำยังรวมถึงการงดเว้นไม่กระทำอีกด้วย

3. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น ความเสียหายที่เกิดอาจเป็นความเสียหายแก่ชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้

สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่งติดตัวทรัพย์สินที่จำนอง เมื่อวัตถุแห่งทรัพย์สินสิทธิเสียหายหรือสูญสิ้นไป ทรัพย์สินสิทธิจำนองย่อมสูญหายไปด้วย

4. ความเสียหายนั้นเป็นผล เกิดจากการกระทำของผู้ทะเลาะเมิด คือวินิจฉัยว่าการกระทำเป็นเหตุให้เกิดผลคือความเสียหาย เช่นนั้น โดยตรงใกล้เคียงกับเหตุเป็นปกติธรรมดา เช่น ถ้าผู้จำนองประมาทเลินเล่อทำให้ไฟไหม้บ้านที่จำนองเสียหาย ย่อมเป็นผลโดยตรงใกล้เคียงกับเหตุ คือการกระทำผิดของผู้จำนองเป็นต้น

ดังนั้นในกรณีที่ผู้จำนองทำให้ทรัพย์สินที่จำนองเสียหายทำให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองไม่ได้ หรือบังคับได้น้อยลงไม่พอชำระหนี้เป็นที่เสียหาย ผู้จำนองต้องรับผิดชอบทะเลาะเมิดต่อสิทธิจำนองของผู้รับจำนองแม้ว่าตนจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในทรัพย์สินที่เสียหายเองก็ตาม

สิทธิจำนองเป็นประกันหนี้ส่วนใดบ้าง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 715

ทรัพย์สินซึ่งจำนองยอมเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้กับทั้งค่าอุปการะต่อไปนั้นด้วยคือ

1. ดอกเบี้ย
2. ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้
3. ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง

1. หนี้ประธาน สัญญาจำนองจะมีข้อความระบุว่าเอาทรัพย์สินมาจำนองประกันการชำระหนี้มีจำนวนเงินระบุไว้เป็นจำนวนแน่ชัดตัว หรือจำนวนสูงสุดที่จะเป็นหนี้ในอนาคต

²⁴ การเคลื่อนไหวในเวลาหลับ หรือละเมอ เวลาป่วยไม่มีสติ วิกัลจริต ไม่ถือเป็นการกระทำตามความหมายของกฎหมาย (เรื่องเคิมหน้า 177)

(ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 ประกอบกับมาตรา 708)

2. หนี้อุปกรณ์ ใดแก่

2.1 ดอกเบี้ย

เมื่อหนี้อุปกรณ์เกิดดอกเบี้ย จำนวนยอมครอบคลุมถึงดอกเบี้ยด้วยตลอดไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 841/2483 การฟ้องบังคับจำนวนเอาแก่ทรัพย์สินจำนวนไม่จำเป็นต้องฟ้องเรียกทั้งต้นเงินและดอกเบี้ยรวมคราวเดียวกัน แม้ผู้รับจำนวนจะได้เคยฟ้องบังคับจำนวนแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนวนเรียกต้นเงินกับค่าเช่าและผู้รับโอนได้ชำระเงินให้แล้วก็ตาม เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้รับจำนวนได้แสดงเจตนาสละสิทธิที่จะเรียกดอกเบี้ย การจำนวนก็หาระงับสิ้นไปไม่หากผู้รับโอนได้โอนทรัพย์สินจำนวนต่อไปอีก ผู้รับจำนวนก็ชอบที่จะติดตามเรียกดอกเบี้ยเอาจากทรัพย์สินนั้นได้

2.2 ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ หมายถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ชำระหนี้²⁵ เช่น กรณีเจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้เงินคิดดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 5 ต่อปี และบอกลูกหนี้ให้ชำระในกำหนดเพราะผู้ยื่นข้อกู้โดยให้ดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ในกำหนดเจ้าหนี้ยอมเรียกค่าสินไหมทดแทน เงินที่ควรจะได้รับในการให้กู้โดยอัตราดอกเบี้ยที่สูงกว่าได้

2.3 ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนวน เกิดขึ้นจากการบังคับจำนวนดังนั้นจึงเป็นส่วนหนึ่งที่ทรัพย์สินจำนวน²⁶ ประกันครอบคลุมไปถึงด้วย ค่าฤชาธรรมเนียมนี้หมายถึงค่าธรรมเนียมศาล รวมถึงค่าธรรมเนียมชั้นบังคับคดีและค่านายท่ศาลพิพากษาให้ด้วย²⁷

²⁵ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, หน้า 72.

²⁶เรื่องเดียวกัน

²⁷ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกันจำนวน จำนวนำ, หน้า 93, 24-28.