

ความหมายและลักษณะของมัดจำ

การที่นิติกรรมหรือสัญญาก่อให้เกิดหนี้ขึ้น หนี้อันได้แก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกหนี้ ต้องกระทำการอันใดอันหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้ และกฎหมายก็ได้วางบทบัญญัติเกี่ยวกับผลบังคับตามหนี้นั้น กฎหมายได้บังคับให้ลูกหนี้ต้องทำการชำระหนี้นั้น ถ้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ก็จะมีการบังคับให้ชำระหนี้ ตลอดจนบังคับลูกหนี้ให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้นเพราะการไม่ชำระหนี้ แต่โดยที่บทบัญญัติผลบังคับตามหนี้เป็นประหนึ่งกลไกหรือเครื่องมือของส่วนรวมในการบังคับตามเรื่องหนี้ การที่คู่กรณีได้ทำความตกลงเปลี่ยนแปลงความบางข้อบางประการของบทบัญญัติเรื่องหนี้ขึ้นนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้บัญญัติถึงความตกลงให้ทำได้ เช่น ในเรื่องมัดจำ ซึ่งในบทนี้จะได้ศึกษาถึงลักษณะของมัดจำ ซึ่งกฎหมายยินยอมให้ตกลงกันได้ว่ามีความหมายและลักษณะอย่างไร

2.1 ความหมายของมัดจำ

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้นิยามหรือความหมายของคำว่า "มัดจำ" ไว้ว่ามีความหมายว่าอย่างไร คงมีแต่บัญญัติไว้ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ว่าหมายถึง "เงินที่บุคคลมอบไว้แก่คู่สัญญา โดยตกลงว่าถ้าตนไม่ทำตามสัญญาให้รับเงินนั้นเสีย ประจักษ์ว่า" ดังนั้น เมื่อพิจารณากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ซึ่งบัญญัติว่า "เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่า การที่ให้มัดจำนั้นยอมเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่ง มัดจำนี้ยอมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย" ซึ่งในเรื่องนี้มีนักวิชาการและนักกฎหมายได้ให้ความหมายไว้ต่าง ๆ กัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร อธิบายว่า ¹ "มัดจำได้แก่เงินหรือทรัพย์สินอื่นซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อเป็นพยานหลักฐานของสัญญา และเป็นประกันในการปฏิบัติตามสัญญานั้น"

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า ² "มัดจำได้แก่เงินหรือทรัพย์สินอื่น ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไว้ เมื่อเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่าง หรือทั้งสองอย่างพร้อมกัน กล่าวคือ (1) เป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว (2) เป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้น"

ศาสตราจารย์ประกอบ หุตะสิงห์ ได้อธิบายไว้ว่า ³ "มัดจำเป็นเงินหรือสิ่งของมีค่าที่ส่งมอบไว้ต่อกันในขณะที่ทำสัญญา มีลักษณะสำคัญดังนี้ (ก) มัดจำกำหนดขึ้นเป็นพยานหลักฐานว่าได้ทำสัญญากัน การที่คู่สัญญากำหนดให้มีการวางมัดจำขึ้นนั้น ก็เพื่อให้เป็นหลักฐานอันแน่นอนว่าได้มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว เป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ว่าได้มีการทำสัญญากัน"

อาจารย์ศักดิ์ สมองชาติ อธิบายไว้ว่า ⁴ "มัดจำคือเงินหรือสิ่งของมีค่าอื่น ซึ่งคู่สัญญาได้ส่งมอบให้ไว้แก่กันเมื่อเข้าทำสัญญา"

¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 284.

² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแห่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 244-245.

³ ประกอบ หุตะสิงห์, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2518), หน้า 163-164.

⁴ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2527), หน้า 432

เพื่อเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้น ได้ทำกันขึ้นแล้วและเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย ในการทำสัญญาโดยทั่วไปกฎหมายมิได้บังคับว่าต้องมีการวางมัดจำ เว้นแต่เอกเทศสัญญาลักษณะซื้อขาย ซึ่งบัญญัติถึงการวางประจำหรือมัดจำไว้ใน มาตรา 456 ดังนั้น สัญญาใดที่กฎหมายไม่บังคับให้มีมัดจำ ย่อมแล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน จะมีการวางมัดจำหรือไม่วางก็ได้ ไม่กระทบกระทั่งถึงความสมบูรณ์ของสัญญาหรือการฟ้องร้องบังคับคดีแต่อย่างใด ถ้ามีการวางมัดจำก็เป็นพยานหลักฐานว่าได้มีการทำสัญญากันขึ้นแล้ว แต่ไม่ใช่พยานหลักฐานหรือข้อสันนิษฐานเด็ดขาด เพราะอาจนำสืบหักล้างได้ว่าความจริงยังไม่มีสัญญาต่อกัน จะถือเอาการวางมัดจำเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าได้มีการทำสัญญากันขึ้นแล้วหาได้ไม่ "

อาจารย์อนุมติ ใจสมุทร อธิบายไว้ว่า "มัดจำเป็นสิ่งซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ลูกหนี้) ได้ให้ไว้กับอีกฝ่ายหนึ่ง (เจ้าหนี้) เมื่อเข้าทำสัญญา อันเป็นหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว ทั้งเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย"

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย อาจให้คำอธิบายถึงความหมายของมัดจำว่า คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบเงินหรือสิ่งอื่นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเข้าทำสัญญา ทั้งนี้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว และเป็นประกันในการปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย

การที่จะพิจารณาว่าถ้อยคำต่าง ๆ ที่คู่สัญญาตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญา โดยมอบสิ่งใดให้ไว้เมื่อเข้าทำสัญญาด้วย จะมีลักษณะ เป็นมัดจำหรือไม่จะต้องพิจารณาถึงหลักการตีความสัญญาด้วย กล่าวคือ การตีความสัญญาถือหลักที่ว่าเจตนารมณ์ของคู่กรณีเป็นข้อสำคัญ การตีความสำคัญจะต้องพิจารณาทั้งเจตนารมณ์

* อนุมติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา (มาตรา 354 ถึง มาตรา 394), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรบริการ, 2514), หน้า 199.

ของกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญา^๕ และพิจารณาทั้งเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในขณะทำสัญญาด้วย^๖ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 132 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า "ในการตีความแสดงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร" ตามมาตรา 132 นี้ หมายความว่าให้ถือเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนที่กล่าวไว้ หรือเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การตีความการแสดงเจตนาเพื่อหยั่งทราบเจตนาอันแท้จริงนั้น โดยปกติศาลมักจะเป็นผู้ตีความเพื่อบังคับให้เป็นไปตามเจตนาอันแท้จริง และในกรณีเป็นที่สงสัยศาลก็อาจสืบพยานเพื่อประกอบการตีความได้ด้วย แต่กฎหมายก็ได้บัญญัติว่าการตีความนั้นเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ดังนั้น คู่กรณีเองซึ่งอาจตีความการแสดงเจตนาได้ด้วย แต่ถ้าตีความไม่ตรงกันหรือขัดต่อกฎหมาย คู่กรณีย่อมมีสิทธินำคดีมาสู่ศาลเพื่อขอให้ตีความและบังคับให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงได้

2.1 ลักษณะของสัญญามัดจำ

สัญญามัดจำเป็นสัญญาซึ่งทำขึ้นต่างหาก เป็นมูลก่อให้เกิดหนี้วัตถุต้องปฏิบัติต่อกันเป็นส่วนหนึ่งต่างหากของตัวเอง แต่ในการทำสัญญานั้นไม่ได้มีการบังคับว่าคู่สัญญาต้องตกลงกันในเรื่องมัดจำด้วย หรือถ้าเป็นสัญญาประเภทใดต้องมีการตกลงเรื่องมัดจำ ทั้งนี้ เพราะมัดจำนั้นไม่ใช่ความตกลงส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้เกิดหรือไม่เกิดสัญญาที่ได้ตกลงแต่อย่างใด มัดจำนั้นจึงถือเป็นเพียงส่วนประกอบของสัญญา ซึ่งพอจะแยกลักษณะของมัดจำได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 มัดจำเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้ทำขึ้นแล้ว

เมื่อคู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันและมีการให้มัดจำกันไว้ บทบัญญัติตามมาตรา 377 บัญญัติไว้ว่า มัดจำนั้นย่อมเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้น

^๕ ฉานินทร์ ทรัพย์วิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 526.

ได้ทำกันขึ้นแล้ว ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรค 2 ได้บัญญัติไว้ว่า "อนึ่ง สัญญาจะขายหรือจะซื้อทรัพย์สินอย่างใด ๆ ดังว่ามานี้ก็ตีความขึ้นในการซื้อขายทรัพย์สินเช่นว่านั้นก็ดี ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ และตามวรรค 3 บัญญัติว่า "บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านให้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาห้าร้อยบาท หรือน้อยกว่านั้นขึ้นไปด้วย" แม้ตามบทบัญญัติในมาตรา 456 วรรค 2 นี้ จะใช้ถ้อยคำว่า "วางประจำ" แต่เมื่อพิจารณาจากต้นร่างภาษาอังกฤษแล้วจะเห็นว่าใช้คำว่า "earnest" เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติในเรื่องมัดจำ ดังนั้น จึงมีความหมายว่ามัดจำเช่นเดียวกัน โดยหลักแล้วหากมีการวางมัดจำกันไว้ ก็ถือเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดีกันได้ แต่ปัญหาก็คือว่าคู่สัญญาจะนำสืบหักล้างได้หรือไม่ว่าความจริงแล้วยังไม่มีสัญญาต่อกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งจะถือว่าการวางมัดจำนี้ เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดแล้วหรือไม่ว่าการวางมัดจำนั้นต้องถือว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าตามบทบัญญัติของกฎหมายถือว่ามัดจำนั้น เป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งเพื่อพิสูจน์ว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว แต่หากมีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอื่นมาลบล้างคู่สัญญาก็ย่อมนำสืบหักล้างได้ ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 811/2482 ได้วินิจฉัยว่าการจะตกลงให้สิทธิโจทก์ผูกขาดได้ซื้อไม้จากจำเลยแต่ผู้เดียวนั้น เมื่อโจทก์ทราบอยู่ดีว่าจำเลยถือเอาเรื่องเงินจำนวน 12,000 บาท ที่จะให้โจทก์เป็นสาระสำคัญของสัญญา แต่ยังมีได้ตกลงกันแน่นอน คือ จำเลยจะต้องอยู่ในตัวสัญญา แต่โจทก์ว่าควรอยู่นอกสัญญา นอกนั้นยังมุ่งจะให้ทำสัญญากันเป็นหนังสือ แต่ก็ยังมีได้เซ็นสัญญากัน ดังนี้ ถือว่ายังไม่มีความผูกมัดกัน ถึงแม้โจทก์จะได้มอบเงิน 4,000 บาทให้จำเลยรับไว้เป็นมัดจำแล้วก็ดี บทบัญญัติตามมาตรา 377 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมิได้ลบล้างหลักในมาตรา 366 แต่อย่างใด

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นนี้ ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า ตามมาตรา 377 นี้ หมายความว่าเพียงว่าระยะใดก็ได้มีการมัดจำกันแล้ว ให้สันนิษฐานว่าได้มีสัญญาต่อกันแล้ว แต่ข้อสันนิษฐานนี้ไม่เด็ดขาดโดยตัวบทกล่าวแต่เพียงว่า "ย่อมเป็นพยานหลักฐาน" เท่านั้น มิได้ให้ถือเป็นเด็ดขาดว่าได้มีสัญญาต่อกันขึ้น



แล้ว ก็เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ข้อความอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา คือ จำนวนเงิน 12,000 บาท ยังมิได้ตกลงกันแน่นอน คือ จำเลยจะต้องอยู่ในสัญญา แต่โจทก์ว่าควรอยู่นอกสัญญา นอกนั้นคู่ความมุ่งจะให้ทำสัญญากันเป็นหนังสือ แต่ยังมีได้เซ็นสัญญากัน คดีจึงอยู่ในบังคับบทมาตรา 366 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ยังไม่มีสัญญาผูกมัดกัน ข้อสันนิษฐานตามบทมาตรา 377 จึงเป็นอันสิ้นไป คือ มาตรา 377 นั้น ต้องอ่านรวมไปกับมาตรา 366 โดยมาตรา 377 มิได้ลบล้างหลักในมาตรา 366 แต่อย่างไรเลย

ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้บันทึกข้อสังเกตท้ายฎีกาฉบับนี้ไว้โดยให้ความเห็นว่า "ความเกี่ยวข้องระหว่างมาตรา 377 และมาตรา 366 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 377 การให้สิ่งใด ๆ เป็นมัดจำเป็นแต่พยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้วเท่านั้น แต่ถ้าปรากฏว่าคู่สัญญาตกลงกันว่าจะทำสัญญาเป็นหนังสือ ข้อตกลงนี้ย่อมสำคัญกว่าการรับมัดจำ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าข้อตกลงปากเปล่าย่อมเป็นการเลื่อนลอย ฉะนั้นมาตรา 366 วรรค 2 จึงบัญญัติว่า เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยให้ถือว่ายังไม่มีสัญญาต่อกัน จนกว่าจะทำได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ ทั้งนี้ เพราะสมกับเจตนาของคู่กรณี เพราะคู่กรณีประสงค์จะให้ทำเป็นหนังสือนั้น ก็เพื่อจะได้มีโอกาสตกลงกันในรายละเอียดปลีกย่อยต่าง ๆ ซึ่งเป็นเรื่องยืดเยื้อ ไม่เป็นการสะดวกในการตกลงปากเปล่า และนอกจากนี้ยังได้หนังสือสัญญาเป็นหลักฐานแน่นอนแล้ว ฉะนั้น แม้จะมีการให้มัดจำกันแล้ว แต่ถ้าคู่กรณียังประสงค์จะให้สัญญาทำเป็นหนังสือ สัญญาก็ย่อมจะไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะทำเป็นหนังสือเสร็จแล้ว"

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาฎีกาซึ่งตัดสินในเวลาต่อมาที่วินิจฉัยไว้เป็นแนวเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างให้เห็นพอสังเขปต่อไปนี้คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1541/2509 แม้วิธีที่จะทำสัญญาจะซื้อขายกัน กฎหมายกำหนดไว้หลายวิธีก็ตาม เมื่อคู่สัญญากำหนดจะทำกันโดยวิธีทำเป็นหนังสือ สัญญาให้มีข้อตกลงทุกข้อตามที่พูดกัน ก็ต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา จะนำเอาวิธีอื่น เช่น การวางเงินมัดจำมาวินิจฉัยว่าเป็นข้อตกลงจะซื้อขายกันแล้ว โดยบริบูรณ์หาได้ไม่

การวางเงินมัดจำซึ่งกำหนดไว้ว่าจะต้องทำสัญญาจะซื้อขายเป็นหนังสือขึ้นอีกฉบับหนึ่งในวันที่กำหนด (ตามเอกสารดังกล่าวในวรรคต้น) นั้น ผู้พันต่อกันเพียงถึงวันที่กำหนดไว้ว่าจะทำหนังสือสัญญาขึ้นใหม่เท่านั้น และผู้พันเท่าที่มีข้อความในวงเล็บกำกับไว้ว่า "ในระยษนี้ข้าพเจ้าจะทำการขายให้ใครไม่ได้" ซึ่งแปลความหมายได้ว่า ถ้าพันระยษนี้และไม่มีการทำหนังสือสัญญาขึ้นตามที่กำหนดกันได้ จึงขายให้คนอื่นได้

คู่กรณีพูดกันว่า ข้อสัญญาจะต้องตกลงกันโดยทำเป็นหนังสือ จึงถือว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ และการที่ได้ทำความเข้าใจกันได้โดยพูดกันว่าโจทก์จะต้องชำระเงินในวันทำหนังสือสัญญาจะซื้อขาย และต้องชำระราคาล่วงหน้างวดที่ 2 ในวันอื่นต่อไปนั้น ก็หาเป็นการผูกพันไม่ จนกว่าข้อตกลงเช่นว่านี้จะได้ทำเป็นหนังสือขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 161/2512 โจทก์ตกลงจะซื้อที่ดินพร้อมตึกแถวจากจำเลยด้วยเงินผ่อน ได้วางเงินมัดจำไว้แล้วแต่มีข้อตกลงกันว่า จะทำหนังสือจะซื้อขายกันอีกฉบับหนึ่งเพื่อกำหนดการชำระเงิน การแบ่งแยกโฉนด และการโอนกรรมสิทธิ์ หากโจทก์ไม่ทำสัญญาภายในกำหนด 1 เดือน ถือว่าโจทก์ไม่ขอยอมให้จำเลยริบมัดจำได้ ดังนี้ หากโจทก์ไม่ยอมทำหนังสือจะซื้อขายตามที่ตกลงกันได้ ย่อมถือว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกัน โจทก์จะหาว่าจำเลยผิดสัญญาและเรียกร้องให้จำเลยขายที่ดินพร้อมตึกแถวให้โจทก์หาได้ไม่

2.2.2 มัดจำเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา

มัดจำนั้นนอกจากจะเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้นว่า สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว สัญญามัดจำยังเป็นหลักประกันในการที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นอีกด้วย ลักษณะของสัญญามัดจำจึงคล้ายคลึงกันกับการประกันอย่างอื่นในลักษณะประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน เพราะการประกันอย่างอื่นก็เพื่อจะปฏิบัติตามสัญญาเช่นเดียวกัน เช่น การกู้ยืมเงินแล้วมอบนาฬิกาให้ไว้เป็นประกันซึ่งเมื่อไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถนำนาฬิกาออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ อย่างเช่นในเรื่องการจำนำ การที่มัดจำเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญานี้ย่อมมิได้ในสัญญาทั่ว ๆ ไป สาระสำคัญมีอยู่เพียงว่าสิ่งที่ให้ไว้ต่อกันโดยมุ่งหมายจะให้เป็น

มัดจำ ทั้งนี้ ตามมาตรา 377 ตอนท้าย ได้บัญญัติไว้ว่า "มัดจำนี้ยอมเป็นประกัน การที่จะปฏิบัติตามสัญญาด้วย" ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า เมื่อผู้วางมัดจำปฏิบัติผิดสัญญา ก็ยินยอมให้ผู้รับมัดจำริบเงินหรือสิ่งอื่นที่ตนได้วางไว้เป็นมัดจำได้ และตามบทบัญญัติในมาตรา 378 ก็ได้บัญญัติให้จัดการกับมัดจำดังต่อไปนี้ ถ้าหากคู่สัญญามีได้ตกลงกันได้เป็นประการอื่น

- 1) ให้ส่งคืนหรือจัดเอาเป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้
- 2) ให้ริบ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละลายเลยไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ตกเป็นหนี้วิสัยเพราะเหตุการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ หรือถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายนั้น
- 3) ให้ส่งคืน ถ้าฝ่ายที่รับมัดจำละลายเลยไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ตกเป็นหนี้วิสัยเพราะเหตุการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งฝ่ายนี้ต้องรับผิดชอบ

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้รับมัดจำมีสิทธิที่จะจัดการกับมัดจำได้ โดยส่งคืนมัดจำหรือจัดเอามัดจำเป็นการใช้เงินบางส่วน ถ้าหากมีการชำระหนี้แล้ว ทั้งนี้ เพราะเมื่อได้ปฏิบัติตามสัญญาจนได้ชำระหนี้กันแล้ว มัดจำที่ให้ไว้ก็ย่อมพ้นจากการเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาที่ต้องส่งคืนกัน การจะถือเอามัดจำเป็นการใช้เงินบางส่วนนั้น ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายไว้ว่า ⁷ "ที่จริงผิดหน้าที่ลักษณะของมัดจำ เพราะตามมาตรา 377 มัดจำนั้นเป็นแต่หลักฐานหรือประกันแห่งการชำระหนี้เท่านั้น ดังนั้น เมื่อว่ากันตามลักษณะในมาตรา 377 แล้ว จะจัดเอามัดจำเป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อมีการชำระหนี้ตามสัญญาแล้วไม่ได้ แต่ประเพณีปฏิบัติทำกันดั่งนั้นทั่วไป ไปวางมัดจำจ้างเจ็กตัดกางเกงไว้ มัดจำนั้นก็จัดเอาเป็นการใช้เงินค่าจ้างบางส่วนเมื่อตัดกางเกงเสร็จ มาตรา 378 (1) ถือตามประเพณีที่ปฏิบัติกันดั่งนี้"

⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 530.

ตั้งที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า มัดจำอยู่ในฐานะเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น ตราใบดิวที่ลูกหนี้ยังมีได้ปฏิบัติการชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นตามสัญญาที่ไม่มีสิทธิเรียกมัดจำคืนจากเจ้าหนี้ นอกจากนั้น หากลูกหนี้จะขอให้เจ้าหนี้จัดเอาเงินมัดจำที่วางไว้นั้น เป็นการชำระหนี้บางส่วนก็ไม่ได้อีกด้วย ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2499 ซึ่งมีรายละเอียดว่า โจทก์และจำเลยทำสัญญาซื้อขายไม้ โดยตกลงกันว่าจะต้องส่งไม้เป็นงวด ๆ ภายในกำหนดเวลา และผู้ซื้อต้องชำระราคาเป็นเงินสดทวงงวดภายในกำหนดเวลาโดยชำระเป็นเงินสดเมื่อตรวจรับไม้ถูกต้องแล้ว ผู้ซื้อได้วางมัดจำไว้เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ถ้าผิดสัญญาไม่ซื้อให้รับมัดจำดังนี้ เมื่อผู้ขายส่งไม้ให้ผู้ซื้อหลายงวดแล้ว ผู้ซื้อก็ยังมิได้ชำระราคาค่าไม้ให้ผู้ขาย แม้จะยังส่งไม้ไม่ครบจำนวนเพราะยังไม่ครบกำหนดเวลาก็ถือได้ว่าผู้ซื้อผิดสัญญาแล้ว ผู้ขายย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำและเรียกร้องให้ผู้ซื้อชำระราคาค่าไม้ที่ค้างชำระได้ และผู้ซื้อไม่มีสิทธิหักเงินมัดจำเป็นการชำระหนี้ค่าไม้ที่ค้างชำระ

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ จะเห็นได้ว่าเงินมัดจำนั้นต้องยึดถือไว้เป็นประกัน เพื่อให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อสัญญา เมื่อคู่สัญญาปฏิบัติตามข้อสัญญาครบถ้วนแล้ว ก็ให้ส่งคืนแก่ผู้วางมัดจำหรือจัดเอาเป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้ ฉะนั้น เงินมัดจำที่จำเลย (ผู้ซื้อ) ในคดีนี้ขอให้หักเป็นค่าไม้หากจะมีการหักก็ต้องไปหักตอนสุดท้าย ถ้าหักเสียแต่คราวส่งไม้งวดแรก ๆ แล้วงวดต่อไปก็เท่ากับไม่มีมัดจำ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าได้มีการส่งไม้กันยังไม่ครบตามสัญญา แต่ไม่ใช่ความผิดของโจทก์ (ผู้ขาย) หากแต่เป็นความผิดของจำเลยเองแล้ว ซึ่งไม่มีเหตุที่จะหักเงินมัดจำค่าไม้ที่จำเลยค้างชำระแก่โจทก์ได้

2.2.3 ข้อตกลงในการวางมัดจำ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าลักษณะของสัญญามัดจำนั้น เป็นสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการทำสัญญา และเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาด้วย นอกจากนี้ สัญญามัดจำยังมีรายละเอียดที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงลักษณะของสัญญามัดจำ ดังต่อไปนี้คือ

ก) สัญญามัดจำเป็นสัญญาอุปกรณ

สัญญามัดจำนั้นเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญา แต่สัญญามัดจำนี้เป็นสัญญาอุปกรณ กล่าวคือ โดยหลักแล้วต้องมีสัญญาประธานกันก่อนแล้ว จึงให้มัดจำกันตามสัญญาประธานนั้น เหตุที่ถือว่าเป็นสัญญาอุปกรณก็เพราะเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 377 ที่ว่า "เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ..." จึงพิจารณาได้ว่าต้องมีความผูกพันกันตามสัญญาประธานอยู่ก่อนแล้วจึงวางมัดจำไว้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามสัญญาประธานนั้น สัญญาประธานนั้นเป็นสัญญาที่สมบูรณ์โดยลำพังตัวเอง ส่วนสัญญาอุปกรณนั้นนอกจากจะต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตนเป็นอุปกรณด้วย แต่แม้ข้อกำหนดเกี่ยวกับมัดจำนี้จะรวมอยู่ในสัญญาเดียวกันกับสัญญาประธาน แต่ก็สามารถแยกส่วนออกเป็นสัญญาอุปกรณได้ ดังนั้น หากมีการปฏิบัติตามสัญญาประธานเสร็จสิ้นแล้ว ก็ต้องส่งคืนมัดจำแก่ผู้วางมัดจำไว้ เว้นแต่จะจัดเอาเป็นการใช้เงินบางส่วนในเมื่อมีการชำระหนี้ หรือแม้จะมีการริบมัดจำเพราะเหตุคู่สัญญาฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ ก็ยังเป็น การริบตามข้อกำหนดเกี่ยวกับมัดจำอันเป็นสัญญาอุปกรณนั่นเอง กรณีหากสัญญาประธานไม่สมบูรณ์เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น สัญญาประธานตกเป็นโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมซึ่งถูกบอกล้างแล้ว หรือขาดอายุความแล้ว ข้อกำหนดเกี่ยวกับมัดจำอันเป็นสัญญาอุปกรณก็พลอยไม่สมบูรณ์ตามไปด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดเกี่ยวกับมัดจำอาจไม่ใช่สัญญาอุปกรณเสมอไป ถ้าหากสัญญาประธานยังไม่มีต่อกัน เช่น วางมัดจำเพื่อจะทำสัญญา แต่ยังไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้หมดทุกข้อจึงยังไม่ได้ทำสัญญาต่อกัน เมื่อไม่มีฝ่ายใดผิดสัญญา ย่อมริบมัดจำไม่ได้ ซึ่งตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1541/2509 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า แม้วิธีที่จะทำสัญญาจะซื้อขายกันกฎหมายกำหนดไว้หลายวิธีก็ตาม เมื่อคู่สัญญากำหนดจะทำกันโดยวิธีทำเป็นหนังสือสัญญาให้มีข้อตกลงทุกข้อตามที่พูดกันก็ต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา จะนำเอาวิธีอื่น เช่น การวางเงินมัดจำมาวินิจฉัยว่าเป็นข้อตกลงจะซื้อขายกันแล้วโดยบริบูรณ์หาได้ไม่ ข้อตกลงจะซื้อขายในส่วนที่ตกลงหลักการว่าจะขาย 15 ไร่ ๆ ละ 35,000 บาทนั้น ยังหาสมบูรณ์เป็นสัญญาจะซื้อขายไม่ จึงไม่มีสัญญาอันใดที่จะบอกเลิก การที่จะวินิจฉัย

ว่ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายใดย่อมมีไม่ได้เช่นกัน จำเลย (ผู้ชาย) จึงไม่มีสิทธิที่จะริบเงินมัดจำที่โจทก์ (ผู้ชาย) วางไว้ได้

นอกจากนี้ ถ้าสัญญาใดที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องมีการวางมัดจำ คู่สัญญาย่อมจะตกลงให้มีหรือไม่มีมัดจำก็ได้ และการมีมัดจำไม่ทำให้กระทบกระทั่งถึงความสมบูรณ์ของสัญญาประธาน หรือการฟ้องร้องบังคับคดีแต่อย่างใด ดังนั้น คู่สัญญาตามสัญญาประธานมีสิทธิและหน้าที่อย่างไรต่อกัน ก็คงบังคับหรือปฏิบัติกันไปตามนั้นได้ เช่น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมาก ก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามบทบัญญัติในเรื่องนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213, 214 และ 215 ได้ แม้ว่าจะมีข้อตกลงเรื่องมัดจำไว้แล้วก็ตาม แต่ถ้าคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงสละสิทธิตามกฎหมาย โดยระบุให้ใช้บังคับกันตามสัญญามัดจำเท่านั้นแล้ว สิทธิเรียกร้องที่มีอยู่ตามกฎหมายในการที่จะบังคับตามสัญญาประธานย่อมหมดลง คู่สัญญามีแต่เพียงสิทธิที่จะเรียกร้องบังคับกันได้ตามผลของสัญญาอุปกรณตามที่มัดจำกันไว้เท่านั้น ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยและวางหลักนี้ไว้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699/2466 ว่าโจทก์จำเลยได้วางเงินมัดจำไว้ เห็นได้ว่าเป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า เพราะฉะนั้นเมื่อจำเลยผิดนัดครั้งที่ 2 โจทก์จึงพอใจริบเงินมัดจำและนั่งเสีย แต่หากว่าจำเลยมาฟ้องเรียกเงินรายนี้คืนก่อน โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายรายนี้ขึ้นบ้าง จริงอยู่ในคดีผิดสัญญาทั่วไปเมื่อฝ่ายหนึ่งผิด สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องเรียกค่าเสียหาย โดยคิดเทียบราคาที่ตกลงในสัญญากับราคาขายในตลาดได้ แต่คดีนี้หาเข้าอยู่ในหลักทั่วไปนั้นไม่ เพราะโจทก์จำเลยได้มีข้อตกลงกันโดยเฉพาะว่า เมื่อผิดสัญญาแล้วให้ริบเงินมัดจำอย่างเดียว ซึ่งเสมอด้วยกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าเช่นนี้ ตามหลักกฎหมายโจทก์จะฟ้องเรียกค่าเสียหายนอกเหนือจากนี้มิได้

ข) ต้องมีการส่งมอบสิ่งใดให้ไว้แก่กัน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 บัญญัติว่า "เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่า....." ดังนั้น จะเห็นได้ว่าจะมีสัญญามัดจำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการให้สิ่งใดไว้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อขณะทำสัญญา หากคู่กรณีตกลงกันว่าจะให้สิ่งใดไว้ต่อกัน แต่ยังไม่ได้มีการให้แก่กันไว้ก็

ไม่สมบูรณ์เป็นสัญญามัดจำ และหากมีการผิดสัญญาประธานกันเกิดขึ้นจะเรียกให้ส่งมอบกันในภายหลังนั้นไม่ได้

แต่มัดจำอาจเป็นสิ่งที่ให้ไว้แก่กันก่อนทำสัญญาประธานต่อกัน เพื่อเป็นหลักฐานในการที่จะได้ทำสัญญาประธานต่อกันในที่สุด และเป็นประกันในการปฏิบัติตามสัญญาด้วย ดังนั้น เมื่อได้ทำสัญญาประธานต่อกันแล้ว ก็ไม่จำเป็นจะต้องมีมัดจำไว้เป็นพยานหลักฐาน และประกันการปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป จึงต้องคืนมัดจำให้แก่กันหรือจะตกลงกันให้เป็นการชำระหนี้บางส่วนก็ได้ เช่น คู่สัญญาจะซื้อขายที่ดินกัน เมื่อผู้ซื้อได้วางมัดจำไว้ ต่อมาได้ตกลงซื้อขายและโอนกรรมสิทธิ์ต่อกันแล้ว กรณีนี้ผู้ขายต้องคืนมัดจำให้แก่ผู้ซื้อ หรือผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงกันว่ามัดจำให้ชำระเป็นราคาที่ดินส่วนหนึ่งก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ความตอนหนึ่งว่า "ในเรื่องความรับผิดของจำเลย คู่ความขอให้ศาลวินิจฉัยตามสัญญาที่ 34/2496 และ ที่ 5/2497 โดยไม่ติดใจสืบพยานในข้อนี้ ในการพิจารณาถึงความรับผิดของจำเลยตามสัญญาทั้งสองฉบับนี้ ปรากฏว่าเมื่อจำเลยผิดสัญญาโจทก์ได้เลือกใช้สิทธิเลิกสัญญากับจำเลย ผลแห่งการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 บัญญัติให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิม รวมทั้งมีสิทธิที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายด้วย คดีนี้โจทก์เรียกร้องให้จำเลยคืนเงินที่รับไปล่วงหน้า และให้ใช้เงินตามสัญญาหลายรายการ ศาลฎีกาจะได้พิจารณาข้อเรียกร้องของโจทก์ตามฟ้องแต่ละรายการดังนี้

1. โจทก์เรียกร้องให้จำเลยใช้เงินตาม ข้อ 4 ของสัญญาที่ 34/2496 และสัญญาที่ 5/2497 ซึ่งมีข้อความอย่างเดียวกันว่า "ข้อ 4 เมื่อลงลายมือชื่อในสัญญานี้ ผู้รับจ้างต้องนำหนังสือรับรองการจ่ายเงินจำนวน 127,120 บาท (ตามสัญญาที่ 34/2496) และ 69,972.50 บาท (ตามสัญญาที่ 5/2497) โดยมีหนังสือค้ำประกันของธนาคารมณฑลจำกัด ให้ผู้ว่าจ้างยึดถือไว้เป็นประกันในการปฏิบัติตามสัญญานี้ เมื่อผู้รับจ้างกระทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง แม้จะถูกบังคับตามกฎหมายหรือตามสัญญาในข้ออื่น ๆ แล้ว ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิริบเงินมัดจำตามสัญญาข้อนี้ได้อีกด้วย" โจทก์ฟ้องว่าจำเลยมิได้วางเงินจำนวนนี้ไว้กับโจทก์ และ



มิได้มีธนาคารค้ำประกัน แต่จำเลยต้องยอมให้โจทก์ริบมัดจำตามสัญญาข้อนี้จำเลยจึงต้องรับผิดชอบใช้เงินจำนวนนี้แก่โจทก์

คดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อโจทก์เลือกเอาทางเลิกสัญญาไม่ผูกพันตามสัญญาต่อไปแล้ว โจทก์จะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาให้ส่งเงินมาเป็นมัดจำ และให้โจทก์รับด้วยไม่ได้ เพราะเงินจำนวนนี้ยังไม่ได้ให้ไว้แก่โจทก์ เป็นแต่สัญญาจะปฏิบัติแล้วมิได้ปฏิบัติจนกระทั่งสัญญาเลิกไป จะบังคับให้ส่งเวลานี้ไม่ได้ เหตุว่าสิ้นความผูกพันเสียแล้ว เงินมัดจำที่จะรับได้ในกรณีเลิกสัญญาโดยความผิดของฝ่ายวางมัดจำนั้นต้องได้ให้ไว้แล้ว ถ้าเพียงสัญญาจะให้ ไม่ใช่เงินมัดจำ เพราะมาตรา 377 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "เมื่อเข้าทำสัญญาถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่าการที่ให้มัดจำนั้นยอมเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่ง มัดจำนี้ยอมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย" ดังนั้น การที่เอาค้ำมัดสัญญาเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาหาไม่ผลเป็นมัดจำที่จะให้รับได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1722/2513 โจทก์จ้างจำเลยให้ทำการก่อสร้างให้โจทก์ โดยมีข้อสัญญาว่าหากเกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นเนื่องจากจำเลยผิดสัญญา โจทก์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามกฎหมายในการปฏิบัติตามสัญญา จำเลยได้วางหนังสือค้ำประกันของธนาคารไว้แทนการวางมัดจำเป็นเงินจำนวนหนึ่ง หนังสือค้ำประกันนี้เป็นเพียงสัญญา ซึ่งธนาคารผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อโจทก์เพื่อชำระหนี้ในเมื่อจำเลยผิดสัญญาและไม่ชำระหนี้เท่านั้น ธนาคารมิได้วางเงินตามสัญญาค้ำประกันไว้แก่โจทก์ขณะเมื่อจำเลยเข้าทำสัญญากับโจทก์ หนังสือค้ำประกันจึงมิใช่เป็นมัดจำตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 แม้ธนาคารจะได้ชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันให้โจทก์ ในเมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญากับจำเลยก็ไม่ทำให้เงินที่ชำระนั้นกลายเป็นมัดจำไป เมื่อหนังสือค้ำประกันไม่ใช่มัดจำ และตามสัญญาก็มิได้ระบุไว้ว่าให้รับเงินที่ชำระตามหนังสือค้ำประกันโจทก์จึงริบเงินจำนวนนี้ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1478/2518 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ความตอนหนึ่งว่าสำหรับเงินค้ำค้ำประกัน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มิได้พิพากษาให้โจทก์ใช้ให้แก่จำเลยจึงไม่ต้องวินิจฉัย ส่วนเงินมัดจำจำนวน 13,600 บาทที่วางไว้

ตามสัญญาข้อ 4 เมื่อจำเลยใช้สิทธิเลิกสัญญากับโจทก์แล้ว จำเลยมีสิทธิริบมัดจำได้ตามสัญญาข้อ 2 เงินจำนวนนี้ยังมีได้วางไว้ต่อจำเลยเป็นเงินสด แต่ใช้หนังสือรับรองของธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด แทน แม้ยังถือเป็นเงินมัดจำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ไม่ได้ก็ตาม แต่ตามสัญญาข้อ 2 และ 4 ก็เห็นได้ว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะผูกพันกันว่า ถ้ามีการผิดสัญญา และจำเลยที่ 1 ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ฝ่ายโจทก์จะต้องใช้เงินจำนวน 13,600 บาทให้แก่จำเลย ซึ่งเงินจำนวนนี้โจทก์ได้ใช้หนังสือรับรองของธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด เป็นประกัน แต่คู่สัญญาเรียกเงินจำนวนนี้ว่า "เงินมัดจำ" ซึ่งเป็นการผิดจากความหมายตามตัวบทกฎหมายที่ยกมากล่าวข้างต้น เพียงเท่านั้นไม่ทำให้สัญญาข้อ 2 และ 4 เสียไปใช้บังคับไม่ได้ จำเลยซึ่งมีสิทธิเรียกร้องเอาเงินจำนวนนี้จากโจทก์ได้ตามสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ ท่านศาลสตราจารย์จิตติ ติงศภักดิ์ ได้บันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้ว่า มัดจำตามมาตรา 377 จะเป็นเงินหรือสิ่งอื่นใดก็ได้ แต่ต้องได้ให้ไว้คือ ส่งมอบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว เรื่องนี้กำหนดมัดจำเป็นเงิน แต่ไม่ได้มอบเงิน หากมอบหนังสือรับรองของธนาคารเป็นประกัน ซึ่งก็เป็นหน้าที่จะชำระเงิน จึงยังไม่ได้ส่งมอบสิ่งใดแก่กันอยู่นั่นเอง เหตุนี้จึงไม่มีการริบมัดจำแต่ก็คงต้องริบได้อยู่นั่นเอง จะเป็นมัดจำหรือเบี้ยปรับตามมาตรา 379 กฎหมายก็เรียกว่า "ริบ" อย่างคดีนี้สัญญาเรียกว่ามัดจำ แต่ก็ยังไม่ได้ส่งมอบให้ไว้เป็นมัดจำไม่ได้ ซึ่งได้แต่ริบอย่างเบี้ยปรับซึ่งอาจลดได้ตามมาตรา 383 ถ้าสัญญาให้เบี้ยปรับแต่อาจมอบไว้แก่กันก่อนผิดนัดก็อาจมีได้ เบี้ยปรับก็ยังเป็นเบี้ยปรับ ไม่กลายเป็นมัดจำ เบี้ยปรับที่ชำระแล้วตามมาตรา 383 ศาลลดไม่ได้ แต่เบี้ยปรับที่วางไว้ก่อนแล้ว คดีนี้ จะถือเป็นเบี้ยปรับที่ชำระแล้วไม่ได้ เป็นแต่มอบไว้เป็นประกันว่าจะชำระเมื่อเกิดความผูกพันขึ้นเท่านั้น หากจะต้องชำระแต่ไม่เต็มจำนวนก็จะถือเป็นชำระเต็มจำนวนแล้วไม่ได้

กรณีนี้คู่สัญญาจะต้องวางเงินมัดจำนั้น ทางปฏิบัติคู่สัญญาที่เป็นพ่อค้ามักจะไม่เอาเงินสดมาวาง เพราะการเอาเงินสดมาวางย่อมทำให้ขาดเงินทุนในการค้า หรืออาจเป็นภาระต้องไปกู้ยืมเงินและต้องเสียดอกเบี้ย พ่อค้าจึงมักจะเอาหนังสือค้ำประกันของธนาคารมาวางแทน โดยธนาคารรับรองว่าจะจ่ายเงินมัดจำแทนให้ ครั้นเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นจึงมีปัญหว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะ

เรียกให้ฝ่ายที่จะต้องวางเงินมัดจำชำระเงินจำนวนดังกล่าวได้หรือไม่ ตามมาตรา 378 นั้น มัดจำอาจถูกปรับได้ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ หรือถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายนั้น แต่อย่างไรก็ดีการจะปรับตามมาตรา 378 ได้นั้น ต้องปรากฏว่าสิ่งที่จะปรับนั้นเป็นมัดจำตามมาตรา 377 เสียก่อน ซึ่งตามมาตรา 377 นั้น มัดจำจะต้องเป็นสิ่งที่ได้มีการให้ไว้และเป็นการให้ไว้เมื่อเข้าทำสัญญาด้วย การให้หนังสือค้ำประกันหรือหนังสือรับรองของธนาคาร ซึ่งระบุว่า จะชำระเงินเมื่อลูกหนี้ผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ นั้น เงินจำนวนที่จะชำระหาได้มีการมอบให้แก่กันไม่ จึงไม่เป็นมัดจำตามมาตรา 377 ไม่อาจปรับตามมาตรา 378 ได้ด้วยเหตุดังกล่าว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509 จึงวินิจฉัยว่าเงินมัดจำที่ยังไม่ได้ชำระให้ เมื่อเลิกสัญญากันแล้วจะบังคับให้ส่งมิได้เพราะสิ้นความผูกพันตามสัญญาเสียแล้ว เงินมัดจำที่จะปรับในกรณีเลิกสัญญาโดยความผิดของฝ่ายวางมัดจำนั้น ต้องเป็นเงินที่ได้วางไว้แล้ว สัญญาที่จะให้ไม่ใช้มัดจำการเอาค้ำมัดจำเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาหาไม่ผลเป็นมัดจำที่จะให้ปรับได้ไม่ ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1722/2513 วินิจฉัยว่าการที่โจทก์จำเลยก่อสร้าง โดยจำเลยวางหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันการผิดสัญญาและไม่ชำระหนี้ หนังสือค้ำประกันมิใช่มัดจำตามความหมายของมาตรา 377 แม้ธนาคารจะได้ชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันให้โจทก์ เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญากับจำเลยก็ไม่ทำให้เงินที่ชำระนั้นกลายเป็นมัดจำ และในสัญญาก็ไม่ได้ระบุว่าให้ปรับเงินที่ชำระตามหนังสือค้ำประกัน โจทก์จึงปรับเงินนั้นไม่ได้ หลังจากนั้นก็ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2186/2517 วินิจฉัยเป็นทำนองเดียวกันอีกว่า หนังสือค้ำประกันซึ่งธนาคารวางไว้ต่อจำเลย เป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาของโจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญากับจำเลยนั้น ไม่เป็นมัดจำตามความหมายในมาตรา 377 เมื่อจำเลยบอกเลิกสัญญาแล้วก็ไม่มีสิทธิที่จะปรับเงินดังกล่าว

แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1722/2513 นั้น นอกจากศาลฎีกาจะกล่าวว่าเงินตามสัญญาค้ำประกันมิใช่เงินมัดจำ จึงปรับอย่างเงินมัดจำไม่ได้ ศาลฎีกายังได้กล่าวต่อไปอีกว่าสัญญาค้ำประกันก็มีได้ระบุให้ปรับกันได้ด้วย ซึ่งหมายความว่าคู่สัญญาจะตกลงให้มีการปรับหรือชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของมาตรา 377 และ 378 ก็ได้และด้วยเหตุนี้เองคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1478/2518 จึงวินิจฉัยว่าจำเลยมีสิทธิเรียกร้องให้โจทก์ชำระเงิน

จำนวนที่เอาหนังสือรับรองของธนาคารมาวางแทน เพราะได้มีการตกลงกันได้
เช่นนั้น ”

ค) สัญญาที่ต้องมีการส่งมอบสิ่งใดไว้เป็นมัดจำไม่ถือเป็นแบบของ
นิติกรรม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 นั้น บัญญัติว่า
"การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ"

ท่านอาจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายว่า "แบบของ
นิติกรรมนั้น หมายความว่าถึงพิธีการที่กฎหมายกำหนด และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำ
นิติกรรมต้องปฏิบัติตาม เพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม หากไม่ปฏิบัติตามนิติกรรม
ย่อมเป็นโมฆะตามหลักทั่วไป กฎหมายยอมรับรับรองความศักดิ์สิทธิ์ในเจตนาของ
บุคคล หากไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา
ทำนิติกรรมได้โดยอิสระ เพียงแต่แสดงเจตนาโดยชอบ นิติกรรมก็เกิดขึ้น แต่มี
นิติกรรมบางประเภทที่รัฐเห็นว่าจำเป็นต้องเข้าควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคล
จึงกำหนดแบบไว้บุคคลใดแสดงเจตนาทำนิติกรรมไม่ถูกต้องตามแบบกฎหมาย ย่อม
ไม่รับรองให้เกิดผลในกฎหมาย โดยปกติกฎหมายจะกำหนดแบบของนิติกรรมเพื่อ
ควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคล ก็เฉพาะแต่นิติกรรมที่สำคัญ ๆ ซึ่งคนทั่วไป
กระทำกันมากเท่านั้น หากเป็นนิติกรรมที่ไม่สำคัญแม้คนทั่วไปกระทำกันมาก เช่น
การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ กฎหมายก็หาได้กำหนดแบบไว้แต่อย่างใดไม่"

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการส่งมอบทรัพย์สินในกรณีมัดจำ ตามกฎหมายให้ถือ
เป็นเพียงหลักฐานการทำสัญญาและประกันการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น และคงมี

๑ โสภณ รัตนากร, "คำพิพากษาฎีกาในนานาพรรณณะ," บทบัญญัติ
83 (2519), หน้า 280-282.

๒ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย
นิติกรรมและสัญญา, หน้า 64.

แต่ตามมาตรา 456 ที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษในสัญญาจะซื้อขาย และคำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินบางอย่าง และสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงเป็นราคาห้าร้อยบาทขึ้นไป หากมีการวางมัดจำไว้ก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินในกรณีมัดจำมิใช่พิธีการเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม แต่เป็นเพียงส่วนประกอบของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมประเภทนี้ ซึ่งต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินด้วย ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินถือว่าการแสดงเจตนายังไม่สมบูรณ์ นิติกรรมจึงยังไม่เกิด แต่ก็ไม่ตกเป็นโมฆะ ถ้ามีการส่งมอบทรัพย์สินเมื่อไรนิติกรรมก็เกิดขึ้นเมื่อนั้น ถ้าถือว่าการส่งมอบทรัพย์สินในกรณีของการวางมัดจำเป็นแบบของนิติกรรมด้วยแล้ว เมื่อไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ ส่วนแบบเป็นเรื่องของพิธีการเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม ไม่ใช่เพียงเป็นพยานหลักฐานการทำสัญญาหรือประกันการปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น กรณีที่จะเป็นแบบของนิติกรรมนั้นถ้าไม่ทำตามแบบ คือ ไม่ส่งมอบทรัพย์สิน การแสดงเจตนา ก็คงเป็นอันไร้ผลในส่วนที่จะเกิดเป็นนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบอย่างนั้นเท่านั้น แต่ผลความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ยังอาจมีอยู่ และอาจมีผลสมบูรณ์ตามนิติกรรมชนิดอื่นที่ไม่มีความจำเป็นต้องทำตามแบบก็ได้

ในกรณีของสัญญามัดจำจึงเป็นนิติกรรมที่กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ โดยเฉพาะจึงยอมแล้วแต่สัญญาประธาน ถ้าสัญญาประธานเป็นนิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การวางมัดจำย่อมไม่อาจเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้ทำกันขึ้นแล้ว เพราะแม้สัญญาประธานจะเกิดก็ตกเป็นโมฆะ หรือฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้ แต่ถ้าสัญญาประธานนั้นเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ หรือกฎหมายมิได้บังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญามัดจำย่อมเกิดขึ้นด้วยการส่งมอบ และสามารถนำสืบพิสูจน์กันด้วยพยานบุคคลว่า ได้มีการวางมัดจำกันแล้วหรือไม่ เว้นแต่ว่าการวางมัดจำนั้นจะเป็นเพียงข้อหนึ่งของสัญญาซึ่งทำเป็นหนังสือดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2216/2515 (ประชุมใหญ่) ศาลได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า "ทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินเป็นหนังสือ แม้ในสัญญาจะระบุว่าได้มีการวางมัดจำไว้ด้วย การวางมัดจำก็เป็นแต่เพียงข้อสัญญาข้อหนึ่ง หากใช้ตกลงทำสัญญากันด้วยการวางมัดจำไม่ กรณีจึงต้องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 คือ เมื่อหนังสือสัญญาระบุว่าผู้จะขายได้รับเงินมัดจำไว้จากผู้จะซื้อแล้ว ผู้จะขายจะนำสืบพยานบุคคลว่าไม่ได้รับเงินมัดจำ เพราะผู้จะซื้อขอผิดชำระนั้น ไม่อาจรับฟังได้ เพราะเป็นการสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร ไม่ใช่สืบหักล้างว่าเอกสารไม่สมบูรณ์"

2.3 การเปรียบเทียบมัดจำกับสัญญาหรือข้อตกลงอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน

ในข้อ 2.1 และ 2.2 ได้กล่าวถึงความหมายและลักษณะของมัดจำไว้แล้วว่ามี ความหมายและลักษณะเช่นไร และสิ่งใดจะเป็นมัดจำหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาว่ามีความมุ่งหมายให้ข้อตกลงนั้นเป็นมัดจำด้วย แต่มีบางครั้งที่มัดจำมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาหรือข้อตกลงอย่างอื่นด้วย ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงสัญญาหรือข้อตกลงอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับมัดจำดังต่อไปนี้

2.3.1 เปรียบเทียบกับการเรื่องเบี้ยปรับ

เบี้ยปรับนั้นมีลักษณะคล้ายมัดจำ คือ มีความมุ่งหมายเป็นอย่างเดียวกัน ในการที่จะหาทางบังคับเร่งรัดกันนอกศาลเพื่อให้มีการปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น จึงอาจมีปัญหาได้ว่าเงินหรือสิ่งอื่นที่มอบไว้ให้แก่กันนั้นเป็นมัดจำหรือเบี้ยปรับ เพราะผลในทางกฎหมายนั้นแตกต่างกันอยู่ การให้มัดจำนั้นมุ่งหมายจะให้ เป็นพยานหลักฐานว่าได้ทำสัญญากันขึ้นแล้ว หรือมิฉะนั้นก็ถือเป็นการประกัน ในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาด้วย โดยไม่มุ่งเล็งถึงว่าจะให้เป็นค่าเสียหายที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้าสำหรับชดใช้ให้แก่กันเมื่อมีการผิดสัญญา คงเป็นแต่ว่าหากมีการผิดสัญญาก็ให้รับได้ ส่วนในเรื่องเบี้ยปรับนั้นมุ่งหมายถึงการผิดสัญญาโดยตรง โดยตั้งใจให้เป็นค่าเสียหายชดใช้การผิดสัญญา ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ถือเป็นพยานหลักฐานหรือประกันการปฏิบัติตามสัญญาอย่างมัดจำ มัดจำจึงคู่ไปในทางก่อให้เกิดความเชื่อใจกันว่าจะปฏิบัติตามสัญญา ส่วนเบี้ยปรับนั้นคาดว่าจะมีการผิดสัญญามากกว่า

เบี้ยปรับนั้นอาจเป็นเงินหรือการชำระหนี้อย่างอื่นก็ได้ ซึ่งหมายความว่า การชำระหนี้อย่างอื่นอันมิใช่เงินหรือการกำหนดทรัพย์สินอื่นหรือสิทธิในทรัพย์สินที่อาจโอนกันได้ รวมถึงการชำระหนี้ด้วยการกระทำ งดเว้นกระทำ หรือส่งมอบทรัพย์สินอื่นนอกจากตัวเงินด้วย ส่วนมัดจำนั้นความหมายบัญญัติไว้แคบกว่าเบี้ยปรับ เพราะมิได้รวมถึงการชำระหนี้อย่างอื่นด้วย เพียงแต่ต้องมีการส่งมอบสิ่งใดให้ไว้ต่อกัน ซึ่งสิ่งที่ให้ไว้แก่กันนั้นย่อมสามารถโอนกรรมสิทธิ์กันได้ด้วย และเบี้ยปรับนั้นคู่สัญญาอาจมอบให้ไว้แก่กัน หรือเพียงแต่กำหนดเบี้ยปรับไว้โดยยังไม่ส่งมอบก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วในทางธุรกิจมักจะเป็นแต่เพียงกำหนดเบี้ยปรับ

กันไว้โดยยังมีได้ส่งมอบแก่กัน หรืออาจกำหนดในสัญญาเพิ่มเติมในภายหลังอีกส่วนหนึ่งก็ได้

ตามบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับนั้น เมื่อการไม่ชำระหนี้อาจพิสูจน์ค่าเสียหายยิ่งกว่าเบี้ยปรับได้ ตามมาตรา 380 วรรค 2 และกรณีกำหนดเบี้ยปรับเมื่อการไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ตามมาตรา 381 วรรค 2 นั้น ก็อนุญาตให้เรียกหรือพิสูจน์ค่าเสียหายมากกว่าเบี้ยปรับได้เช่นเดียวกัน เว้นแต่กรณีกำหนดเบี้ยปรับด้วยการชำระหนี้อย่างอื่นอันมิใช่เงินนั้น ถ้าเจ้าหนี้เลือกเรียกเอาเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็เป็นอันขาดไป ตามมาตรา 382 ตอนท้าย ส่วนมัดจำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าจะเรียกค่าเสียหายอื่น ๆ นอกเหนือจากมัดจำอีกได้หรือไม่ แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1035/2475 วินิจฉัยว่าเมื่อผู้ขายผิดสัญญา นอกจากจะริบเงินมัดจำที่ได้ให้ไว้แก่กันแล้ว ผู้ขายยังมีอำนาจเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นอันเกิดแก่การผิดสัญญานั้นได้อีก จึงเห็นว่ามัดจำนั้นแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติว่า เป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างในเรื่องเบี้ยปรับ แต่ก็ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายนั่นเอง ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายซึ่งมีสิทธิริบมัดจำเสียหายมากกว่ามัดจำที่ให้กันไว้ ก็ย่อมสามารถพิสูจน์ค่าเสียหายนอกเหนือจากนี้ได้อีก ทั้งนี้ คงเป็นไปตามบทบัญญัติในเรื่องการเรียกค่าเสียหายในเรื่องหนี้โดยทั่วไป

จากบทบัญญัติในเรื่องเบี้ยปรับนั้น กำหนดไว้ว่าถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ตามมาตรา 383 ส่วนในเรื่องมัดจำไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ลดลงได้แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่ให้ไว้จะเป็นมัดจำหรือเบี้ยปรับ ต้องวินิจฉัยตามลักษณะการและเจตนาของคู่กรณี โดยถือเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลักมากกว่าลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 132 ซึ่งโดยปกติที่ปฏิบัติกันมานั้น มีนักกฎหมายท่านหนึ่งมีความเห็นว่า "แนวแบ่งแยกอาจอยู่ที่ว่า หากทรัพย์สินหรือเงินที่วางให้อีกฝ่ายหนึ่งยึดไว้เป็นจำนวนน้อย

¹¹ จีดี เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 287.

เมื่อเทียบกับราคาแห่งวัตถุของสัญญาแล้ว ดังนี้ ถือเป็นมัดจำ แต่หากเงินหรือสิ่งอื่นที่วางเป็นจำนวนมากควรจะเป็นเบี้ยปรับ" นอกจากนี้ อาจสังเกตได้จากจุดมุ่งหมายของคู่สัญญาว่า ถ้าจะกำหนดค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเมื่อการผิดสัญญาไว้ล่วงหน้า เช่น ใช้คำว่า "ค่าเสียหาย" หรือ "จะให้ปรับ" ก็พอสันนิษฐานว่าเป็นเบี้ยปรับ

2.3.1 เปรียบเทียบกับการชำระหนี้บางส่วน

มัดจำและการชำระหนี้บางส่วนนั้นมีความใกล้เคียงกันมาก เพราะเงินที่ให้กับไว้จำนวนหนึ่งนั้น อาจเป็นมัดจำหรือการชำระหนี้บางส่วนก็ได้ แต่จุดมุ่งหมายแล้วการวางมัดจำไว้ก็เพื่อเป็นพยานหลักฐาน และประกันการปฏิบัติตามสัญญา แต่การชำระหนี้บางส่วนหรือการชำระหนี้ล่วงหน้านั้น เป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้ที่ปฏิบัติตามสัญญา ไม่ใช่เงินหรือสิ่งอื่นที่ได้ให้ไว้เป็นมัดจำ เพราะลักษณะของมัดจำโดยปกติต้องมีการมอบให้ไว้ขณะทำสัญญาประธานในลักษณะเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา แต่การชำระหนี้บางส่วนหรือชำระหนี้ล่วงหน้า เช่น การชำระเบี้ยประกันภัย ซึ่งตามปกติของประเพณีในทางธุรกิจด้านนี้ ก็มักจะต้องการชำระหนี้อันเป็นเบี้ยประกันภัยก่อน หรือกรณีที่มีการให้เงินกินเปล่า (แป๊ะเจี๊ยะ) หรือค่าเช่าต่อกัน ทางประเพณีการค้าก็ถือเป็นการชำระหนี้บางส่วน เพราะคู่สัญญาที่รับเงินไปมีสิทธิในเงินนั้นโดยเด็ดขาด โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีการเลิกสัญญาหรือไม่ อีกประการหนึ่งมัดจำนั้นโดยปกติต้องให้เมื่อเข้าทำสัญญา ส่วนการชำระหนี้บางส่วนนั้นอาจให้ภายหลังทำสัญญาแล้วก็ได้ และการชำระหนี้บางส่วนนั้นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตให้รับกันได้ ดังนั้น หากต้องคืนกันเมื่อมีการเลิกสัญญาก็คงเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 391 วรรคแรก คือ ถ้าหากเกิดความเสียหายเท่าไรก็เรียกร้องกันได้ แต่จะรีบเฉย ๆ อย่างมัดจำมิได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1215/2509 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า "เมื่อมีการประมุขโอนขายสิทธิการเช่าที่โจทก์ประมุขได้เป็นไปโดยถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย และโจทก์ทราบถึงเงื่อนไขการเช่า โจทก์ก็ไม่มีสิทธิบอกล้างได้ เมื่อจำเลยพร้อมที่จะทำสัญญาโอนสิทธิตามสัญญาให้โจทก์ได้ แต่โจทก์หาได้ไปติดต่อทำสัญญาและวางเงินค่าประมุขที่ยังค้างอีกตามที่ตกลงไว้ไม่ โจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา

เมื่อราคาประมูลที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของ จ. เรียกร้องเป็นค่าตอบแทนที่โจทก์จะได้รับโอนสิทธิการเช่าห้องทั้ง 11 ห้อง แต่เมื่อไม่มีทางจะโอนสิทธิการเช่าให้โจทก์ได้เพราะได้พ้นกำหนดสัญญาเดิมของ จ. ผู้เช่าจากจำเลยที่ 3 เสียแล้ว จำเลยที่ 1 ก็ไม่มีสิทธิจะได้รับค่าตอบแทน เพราะราคาค่าประมูลนั้น เป็นค่าตอบแทนสิทธิที่โจทก์จะได้รับโอนสิทธิการเช่า เพราะข้อตกลงในรายงานการประชุมเจ้าหน้าที่ระบุไว้แต่เพียงว่า ถ้าไม่ชำระอีก ร้อยละ 75 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิริบเงินร้อยละ 25 ที่ชำระไว้แล้วเท่านั้น ไม่มีเงื่อนไขให้อำนาจที่จะเรียกร้องเอาชำระจนเต็มได้

จำนวนเงินร้อยละ 25 ที่โจทก์วางแก่จำเลยในวันประมูลขายนั้น ในรายงานของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ได้ระบุว่าเป็นเงินมัดจำ เพียงแต่กล่าวว่า "การชำระเงิน ผู้ซื้อจะชำระในวันนี้ 25 เปอร์เซ็นต์ ส่วนอีก 75 เปอร์เซ็นต์จะชำระภายในวันที่ 3 เดือนนี้หากผิดนัด เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิริบเงิน 25 เปอร์เซ็นต์ได้" ข้อความดังกล่าวนี้แสดงว่าเป็นการชำระหนี้ส่วนหนึ่งของราคาค่าซื้อ ไม่ใช่มัดจำ จำเลยริบเงินนี้ไม่ได้

เมื่อปรากฏว่า โจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาหากจำเลยได้รับความเสียหาย ก็ชอบที่จะใช้สิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนได้ เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยได้ใช้สิทธิเรียกร้องมาแต่ต้น จำเลยจึงไม่มีสิทธิจะริบเงินที่โจทก์วางไว้เป็นการชำระหนี้ส่วนหนึ่งของราคาที่ชำระให้จำเลย"

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้นี้ ผู้เขียนเห็นว่าศาลฎีกาได้ตีความถ้อยคำในรายงานของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งกล่าวว่า "การชำระเงิน" จึงตีความว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วน มิใช่เป็นเงินมัดจำ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ได้มีการชำระเงินไว้ 25 เปอร์เซ็นต์แล้ว ส่วนที่เหลือจะชำระกันในภายหลังนี้ เงินจำนวนดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ประกันว่าโจทก์ผู้ประมูลได้นี้จะต้องนำเงินส่วนที่เหลือมาชำระภายในกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้นั้นเอง อีกทั้งในรายงานของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า หากโจทก์ผิดนัด เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิริบเงิน 25 เปอร์เซ็นต์ที่วางไว้ได้ ประกอบกับในทางปกติประเพณี เมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์ และได้มีการวางเงินไว้บางส่วนในวันขาย โดยส่วนที่เหลือจะต้องมา

ชำระกันภายในกำหนดเวลาแล้ว ทางปฏิบัติหากผู้ประมุขซื้อได้ผิดสัญญา ก็ย่อมต้องถูกริบเงินที่วางไว้ นั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นไปในทางที่ว่า เงินดังกล่าวย่อมปรับได้กับเงินมัดจำ ดังนั้น หากผู้ประมุขซื้อได้ผิดสัญญา เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ย่อมน่าจะใช้สิทธิริบเงินดังกล่าวตามมาตรา 378 (2) ได้แม้จะไม่มีข้อตกลงไว้ก็ตาม เพราะเป็นสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การที่จะตีความเพียงแต่ว่ามี การจดทะเบียนไว้ว่า "การชำระเงิน" ก็คือ เป็นการชำระหนี้ล่วงหน้า อันไม่เป็นมัดจำนั้นเพียงเท่านั้น โดยมีได้พิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาและข้อตกลงอื่น ๆ ประกอบกัน โดยมีได้พิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาและข้อตกลงอื่น ๆ ประกอบกับประเพณีปฏิบัติในเรื่องดังกล่าว จึงไม่น่าจะถูกต้อนัก ซึ่งความเห็นของผู้เขียนนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 691/2522 สนับสนุนอยู่ โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า "ผู้ซื้อทรัพย์ในการบังคับคดีได้วางเงินไว้บางส่วนแล้วผิดสัญญาไม่นำเงินค่าซื้อที่ดินที่ยังค้างชำระมาชำระภายในกำหนด ถือได้ว่าเงินที่วางไว้ในวันประมุขซื้อที่ดินได้นั้นเป็นเงินมัดจำ และศาลสั่งให้ริบได้" ซึ่งจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหลังนี้ น่าจะเป็นวินิจฉัยกลับหลักคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1215/2509 เสียแล้วด้วย และตามฎีกานี้ การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการขายทอดตลาดนั้น ถือว่าเป็นการทำการแทนโจทก์ (เจ้าหนี้) ตามคำพิพากษาดังนั้น เงินมัดจำที่ริบไปนั้นจึงไม่ตกเป็นของแผ่นดิน แต่ตกเป็นของโจทก์ ซึ่งจะรับไปได้ก็ต่อเมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีจัดการขายเสร็จสิ้นและหักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีไว้แล้ว จึงจะจ่ายเงินให้โจทก์ได้

2.3.3 เปรียบเทียบเรื่องจำนำ

ในกรณีที่มีการวางมัดจำไว้เป็นสังหาริมทรัพย์ชนิดอื่นนอกจากเงินนั้น เมื่อผู้วางมัดจำได้ส่งมอบให้แก่ผู้รับมัดจำ จึงทำให้มีลักษณะใกล้เคียงกับการจำนำ เพราะการจำนำก็เป็นการประกันการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาเช่นเดียวกัน แต่มีผลทางกฎหมายแตกต่างกันอยู่ แต่มัดจำนั้นมีส่วนที่แตกต่างกันกับจำนำอยู่ที่ว่า มัดจำนั้นนอกจากถือเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ยังเป็นพยานหลักฐานว่าได้ทำสัญญากันขึ้นแล้วด้วย แต่จำนำมุ่งจะเป็นประกันการชำระหนี้อย่างเดียว ทั้งมัดจำและจำนำต้องมีการส่งมอบไว้ให้แก่กันเหมือนกัน แต่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องมัดจำนั้น มีบทบัญญัติให้มีการริบกันได้ทั้งจำนวน ตามมาตรา 378

(2) หากผู้วางมัดจำเป็นฝ่ายผิดสัญญา ส่วนจำนำนั้นไม่มีบทบัญญัติให้ริบกันได้ แต่ตามเรื่องจำนำจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนว่า ให้ชำระหนี้และอุปกรณ์ภายในเวลาอันสมควร หากลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำชอบที่จะเอาทรัพย์สินที่จำนำออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ได้ และหากบังคับจำนำได้เงินสุทธิเท่าใดต้องจัดสรรชำระหนี้และอุปกรณ์ให้เสร็จสิ้นไป แต่ถ้ายังมีเงินเหลือก็ต้องคืนให้แก่ผู้จำนำ เว้นแต่กรณีบังคับจำนำได้เงินน้อยกว่าจำนวนค่างชำระ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับใช้ในส่วนที่ขาดอยู่ตามมาตรา 767 ส่วนมัดจำนั้นหากริบแล้วยังมีความเสียหายอื่นอีก ก็สามารถเรียกได้ตามบทบัญญัติในเรื่องนี้ได้ อีก ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1035/2475 ที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.3.1 ข้างต้น

2.3.4 เปรียบเทียบกับเรื่องจำนอง

มัดจำนั้นคู่สัญญาให้ไว้แก่กันโดยมุ่งให้เป็นพยานหลักฐานในการทำสัญญาและเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา ส่วนการจำนองนั้นเป็นประกันหนี้ประจានแต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ทรัพย์สินที่จะจำนองได้นั้นแคบกว่ามัดจำ กล่าวคือตามกฎหมายยอมให้จำนองได้เฉพาะอสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์บางประเภท และสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ เช่น เครื่องจักร ทั้งนี้ มัดจำต้องมีการส่งมอบสิ่งที่เป็นมัดจำให้ไว้ ส่วนจำนองนั้นไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองแต่อย่างใด เพียงแต่กฎหมายกำหนดแบบไว้ว่า สัญญาจำนองนั้น ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 714 แต่มัดจำนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้หากไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา ต้องมีการบังคับจำนองตามวิธีการของกฎหมาย โดยมีเจตนาบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้ในเวลาอันสมควร หากลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะต้องฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้พิจารณาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดตามมาตรา 728 หรือบังคับกันโดยเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ตามวิธีการของมาตรา 729 แต่จะริบเฉย ๆ อย่างเรื่องมัดจำมิได้

2.3.5 เปรียบเทียบกับสิทธิยึดหน่วง

มัดจำเป็นกรณีที่มีการส่งมอบทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้ทำขึ้นแล้วและประกันการปฏิบัติตามสัญญา ส่วนสิทธิยึดหน่วงเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ผู้ครอบครองทรัพย์สินที่จะยึดหน่วงทรัพย์สิน จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นจนสิ้นเชิง ทั้งนี้ มัดจำนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยผลของสัญญาที่คู่สัญญาดกกลงกัน ส่วนสิทธิยึดหน่วงนั้นเป็นสิทธิที่กำหนดให้มีขึ้นโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ได้เกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญา นอกจากนี้ในเรื่องผลบังคับตามเรื่องมัดจำนั้น สามารถจะริบมัดจำได้หากไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา ส่วนสิทธิยึดหน่วงนั้นไม่อาจริบทรัพย์สินที่ยึดหน่วงได้ เพียงแต่ให้สิทธิเจ้าหนี้ที่จะยึดไว้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ ซึ่งเป็นหนี้อันเป็นคุณประโยชน์แก่ตนเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งครอบครองไว้ ตามมาตรา 241

2.4 ความหมายและลักษณะของมัดจำตามกฎหมายต่างประเทศ

ตาม Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของมัดจำไว้ดังนี้ Earnest The payment of a part of the price of goods sold, or the delivery of part of such goods, for the purpose of binding the contract. A token or pledge passing between the parties, by way of evidence, or ratification of the sale ¹¹ Earnest money A sum of money paid by the buyer at the time of entering a contract to indicate the intention and ability of the buyer to carry out the contract. Normally such earnest money is applied against the purchase price. Often the contract provides for forfeiture of this sum if the buyer defaults.

¹¹ M.A. Henry Compbell Black, Black's law Dictionary, 5th. ed. (London : West Publishing Co., 1979), p. 456.

A deposit of part payment of purchase price on sale to be consummated in future. (McGuire V. Andre, 259 Ala. 109, 65 So. 2d 185, 190.) Import of term "earnest money" in real estate contract is that when comparatively small sum is paid down, it is an assurance that party is in earnest and good faith and that if his being in earnest and good faith fails, it will be forfeited. (Mortenson V. Financial Growth, Inc., 23 Utah 2d 54, 456 p. 2d 181, 184) ¹²

จาก Black's Law Dictionary นี้ อาจแปลความหมายของมัดจำได้ว่า หมายถึงการชำระราคาบางส่วนของสินค้าที่ขาย หรือการส่งมอบบางส่วนของสินค้าที่ขายเพื่อจุดมุ่งหมายในการผูกพันกันในสัญญา การที่ส่งมอบไว้เป็นพยานหลักฐานหรือประกันระหว่างคู่สัญญานี้ ก็เพื่อเป็นพยานหลักฐานหรือรับรองว่ามีการทำสัญญาซื้อขายกันขึ้นแล้ว

เงินมัดจำนั้นหมายถึง เงินจำนวนหนึ่งซึ่งผู้ซื้อได้ชำระเมื่อเข้าทำสัญญาเพื่อเป็นการบ่งชี้เจตนาและความสามารถของผู้ซื้อที่จะปฏิบัติตามสัญญา โดยปกติแล้วเงินมัดจำนี้จะเป็นส่วนหนึ่งของราคาที่ซื้อขายกัน แต่ก็มีบ่อยครั้งที่ในสัญญาได้กำหนดให้รับเงินจำนวนนี้หากผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญา เงินมัดจำให้ถือเป็นของการชำระหนี้บางส่วนของราคาซื้อขายจะเป็นผลสมบูรณ์ในอนาคต (McGuire V. Andre, 259 Ala. 109, 65 So. 2d 185, 190) ความหมายของคำว่า "เงินมัดจำ" ในสัญญาเกี่ยวกับที่ดินนั้นเมื่อมีการวางเงินจำนวนพอสมควรไว้ ก็จะเป็นการประกันว่าคู่สัญญามีความตั้งใจจริง และจะปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริต และถ้าสิ่งเหล่านี้ล้มเหลวเงินที่วางมัดจำไว้ก็จะถูกริบ (Mortenson V. Financial Growth, Inc., 23 Utah 2d 54, 456 p. 2d 181, 184)

¹² Ibid., p. 456.

2.4.1 กฎหมายอังกฤษ

ตามกฎหมายอังกฤษ ถือว่ามัดจำนั้นเป็นการแก้ไขเยียวยา การผิดสัญญาซึ่งคู่สัญญาตกลงยินยอมไว้ล่วงหน้า ซึ่งเป็นการเยียวยาในการผิด สัญญาซึ่งตกลงกันไว้เป็นพิเศษ ในสัญญาทางเยียวยาเหล่านี้มีขึ้นเพราะทางแก้ไข เยียวยาตามกฎหมายทั่วไปนั้น ไม่เป็นที่พึงพอใจหรือให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาได้ เพียงพอ¹³ ดังนั้น ในสัญญาอาจจะมิข้อกำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจจะจ่าย เงินล่วงหน้าไว้จำนวนหนึ่ง เมื่อกรณีที่ไม่มีการชำระหนี้ตามสัญญา ถ้าผู้รับเงินเป็น ฝ่ายผิดสัญญา ผู้รับเงินมัดจำไว้จะต้องคืนเงินมัดจำนั้น แต่ทั้งนี้ขึ้นกับเจตนาด้วย ว่าเงินที่ได้จ่ายไว้ นั้น ให้ไว้ในฐานะเป็นมัดจำหรือการชำระหนี้บางส่วน แต่มีจุดที่ แตกต่างกันกล่าวคือ มัดจำนั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่งซึ่งให้ไว้ในฐานะเป็นหลักประกันว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น โดยทั่วไปแล้วเงิน มัดจำนั้นไม่สามารถจะเรียกคืนได้ถ้ามิได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นอย่างอื่น ส่วนการชำระหนี้บางส่วนนั้นถือเป็นการชำระหนี้บางส่วนของราคาตามสัญญา โดยทั่วไปแล้วสามารถที่จะเรียกคืนได้ถ้าในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁴

มัดจำนั้นแตกต่างจากเบี้ยปรับตรงจุดที่ว่า ต้องมีการชำระ หรือให้กันไว้ก่อนมีการผิดสัญญา แต่โดยหน้าที่แล้วก็มาจากหลักการเดียวกัน แต่จะ ต่างกันตรงที่ว่ามัดจำนั้นมุ่งที่จะเป็นหลักประกันว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญา ส่วน เบี้ยปรับนั้นเป็นการกำหนดกันไว้ว่า จะชำระเงินจำนวนหนึ่งในฐานะที่เป็นการ ตักเตือนหรือลงโทษหากคู่สัญญาผิดสัญญา ตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องเบี้ย ปรับนั้น ได้นำมาใช้ในเรื่องมัดจำด้วย ดังตัวอย่างในคดี *Public Works Commissioners V. Hills* ซึ่งมีสัญญาก่อสร้างทางรถไฟกำหนดให้มัดจำกัน

¹³ F. H. Lawson, Remedies of English Law, (Middlesex : Penguin Book Ltd., 1972), p. 66.

¹⁴ G. H. Treitel, The Law of Contract, 7th ed. (London : Stevens & Sons, 1987), p. 775.

ไว้เป็นประกันจำนวน 50,000 ปอนด์ จะถูกริบถ้าไม่สามารถสร้างทางรถไฟได้เสร็จทันตามกำหนด ศาลได้ตัดสินว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถทำงานได้ทันตามกำหนดจะต้องถูกริบมัดจำ ตามบทบัญญัติของการริบในฐานะเป็นการลงโทษ แต่ในทางตรงกันข้ามมัดจำนั้นก็ถือว่าเกี่ยวพันกับความเสียหายที่คู่สัญญาได้รับ มัดจำจะถูกริบถ้าความเสียหายไม่สามารถจะถูกกำหนดได้แน่นอนในภายหน้า ก็ถือว่ามัดจำเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ¹⁵

2.4.2 กฎหมายฝรั่งเศส

ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีบัญญัติเรื่องมัดจำไว้ในเรื่องซื้อขายในประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส มาตรา 1590 ¹⁶ ได้ให้ความหมายของมัดจำว่า หมายถึงเงินจำนวนหนึ่งซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้ไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเข้าทำสัญญา และถือว่ามัดจำนั้นเป็นหลักประกันชนิดหนึ่ง ซึ่งเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายหรือข้อตกลงอื่น ๆ ซึ่งทำขึ้นโดยความตกลงกันของคู่สัญญา ¹⁷

¹⁵ Ibid., p. 775

¹⁶ มาตรา 1590 If the promise to sell was made with deposits, each one of the contracting parties is free to deposit :

He who gave them, by losing them;

And he who received them, by restoring twofold

¹⁷ Marcel Planiol, Trestise on The Civil Law Volume 2, Part 1, translated by the Louisiana Stated Law Institute 11th ed. (Louisiana, 1959), p. 785.

2.4.3 กฎหมายญี่ปุ่น

ตามกฎหมายญี่ปุ่นก็ได้กล่าวถึงเรื่องมัดจำไว้ในบทบัญญัติเรื่องซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 557¹⁸ มัดจำนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายและได้มีการโอน (transfer) เงินสดหรือสิ่งมีค่าอย่างอื่นให้ไว้ต่อกันโดยการโอน เช่นนั้นคู่สัญญามุ่งหมายให้เป็นเงินมัดจำ (earnest money) มัดจำนั้นมีหลายหน้าที่ เช่น มัดจำสำหรับการยึดหรือขยายเวลา (postponement) ของการทำสัญญา หรือมัดจำที่ให้ไว้เมื่อเข้าทำสัญญาในฐานะเป็นการลงโทษ (penalty) เมื่อมีการผิดสัญญา¹⁹

นอกจากนี้ มัดจำนั้นอาจรวมถึงมัดจำเพื่อประการอื่น ๆ อีก เช่น²⁰

1. มัดจำเพื่อเป็นข้อยืนยัน (Confirmation earnest money) คือ มัดจำซึ่งได้รับไว้ในฐานะที่พิสูจน์ว่าได้ทำสัญญากันขึ้นแล้ว
2. มัดจำเพื่อการผิดสัญญา (default earnest money) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับมัดจำไว้ปฏิบัติผิดหน้าที่ที่ผูกพันกัน คู่สัญญาฝ่ายนี้ต้องชำระคืนให้แก่คู่สัญญาที่ให้มัดจำไว้เป็นจำนวน 2 เท่าของมัดจำ แต่ถ้าคู่สัญญาซึ่งจ่ายมัดจำไว้เป็นฝ่ายผิดเสียเอง เขาจะถูกริบเงินมัดจำนั้น

¹⁸ มาตรา 557 When the purchaser has delivered bargain money to the seller, so long as one of the parties has not commenced performance the contract may be rescinded by the purchases by abandoning the bargain money, and the seller by repaying twice its amount

The provisions of Paragraph 3 of Art. 545 do not apply to the case of the preceding Paragraph

¹⁹ J.E. de Becker, Annotated Civil Code of Japan, (London : Butterworth & Co., 1909), pp. 155-156.

²⁰ Zentaro Kitagawa, Doing Business In Japan, (New York : Matthew Bender, 1982), pp. II 2-46.

3. มัดจำเพื่อการเลิกสัญญา (cancellation earnest money) มีหลักเช่นเดียวกับมัดจำเพื่อการผิดสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่วางมัดจำไว้สามารถจะเลิกสัญญาได้โดยยอมให้รับมัดจำ หากผู้รับมัดจำมิได้ผิดสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำไว้จะเลิกสัญญาก็ได้ แต่ต้องจ่ายเป็น 2 เท่าของจำนวนมัดจำที่รับไว้ หากผู้วางมัดจำมิได้ผิดสัญญา

4. มัดจำที่ให้ไว้ขณะทำสัญญาในฐานะเป็นการชำระหนี้บางส่วนในอนาคต (as a partial payment in advance)

ตามกฎหมายญี่ปุ่นเมื่อในสัญญาได้มีการให้เงินสดหรือสิ่งอื่นไว้ แต่ไม่ชัดเจนว่าให้ไว้ในฐานะอย่างไร ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นให้สันนิษฐานไว้ก่อน ให้ถือว่าเป็นมัดจำเพื่อการเลิกสัญญา ศาลฎีกาของญี่ปุ่นได้วินิจฉัยไว้ในคดีขายที่ดิน ซึ่งในสัญญากำหนดให้คืนมัดจำเป็น 2 เท่า หรือรับมัดจำในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติผิดสัญญา (แล้วแต่กรณี) ศาลฎีกาได้ตัดสินว่ามัดจำนั้นถือว่าเป็นข้อกำหนดล่วงหน้าของคู่สัญญาว่าให้เป็นค่าเสียหายที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้า (The anticipated liquidated damages) หากมีการเลิกสัญญาด้วย ²¹

2.4.4 กฎหมายเยอรมัน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (B.G.B.) มาตรา 336 มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันกับกฎหมายไทย ทั้งนี้ กฎหมายไทยในเรื่องนี้มีที่มาจากกฎหมายแพ่งของเยอรมันนั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (B.G.B.) มาตรา 336 บัญญัติว่า

(1) If, on entering into a contract, something is given as earnest, this is deemed to be proof of the conclusion of the contract

²¹ Kishin Jisho K.K.V. Otsuka, The Supreme Court, 944 Hanrie Jiho 49, September 6, 1979.

(2) In case of doubt the earnest is not deemed to be a forfeit.²²

นอกจากนี้แล้ว บทบัญญัติในเรื่องมัดจำของไทยยังมีที่มาจากคำอธิบายกฎหมายแพ่งอังกฤษของ Jenks ในมาตรา 308 ด้วย ซึ่งในมาตรา 308 บัญญัติไว้ว่า "If, upon the making of a contract, something is given as earnest, this is evidence of the conclusion of the contract. It may also serve as a security that the contract shall be performed."²³

ตามบทบัญญัติกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377 ในเรื่องของมัดจำนั้นก่อนบัญญัติเป็นภาษาไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ ได้มีการร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อน ซึ่งตัวบทภาษาอังกฤษ มาตรา 377 มีดังนี้

Section 377 If, on entering into a contract, something is given as earnest, this is deemed to be proof of the conclusive of the contract. It also serves as a security that the contract shall be performed.

เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายกฎหมายแพ่งอังกฤษของ Jenks ในมาตรา 308 และตัวบทภาษาอังกฤษตามมาตรา 377 แล้ว เห็นว่ามีความหมายในทำนองเดียวกัน ส่วนของกฎหมายเยอรมันมาตรา 336 จะแตกต่างกับของไทยก็ตรงที่ว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²² Ian S. Forrester, Simón L. Goren and Hans-Michael Ilgen, The German Civil Code (as amended to January 1, 1975), (Amsterdam : North-Holland Publishing Company, 1975), p. 55.

²³ Edward Jenks, A Digest of English Civil Law, (London : Butterworth & Co., 1921), p. 136.

มุ่งที่จะให้มัดจำเป็นพยานหลักฐานว่ามีการทำสัญญาแล้ว แต่แม้จะไม่มีบทบัญญัติให้ถือว่าเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญา แต่ในทางประเพณีการค้าขายของเยอรมันก็ยอมรับกันว่า มัดจำนั้นถือเป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งคู่สัญญาสามารถมอบมัดจำไว้เป็นเงินสดหรือสิ่งอื่น (other of object) ก็ได้ ²⁴

ตามกฎหมายแห่งเยอรมันนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้มอบสิ่งใดให้เป็นมัดจำในเมื่อทำสัญญากัน โดยไม่ต้องทำสัญญาให้รัดกุมซึ่งหมายถึงไม่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ มัดจำนั้นถือเป็นพยานหลักฐานว่าได้มีการทำสัญญากันขึ้นแล้ว แต่ทั้งนี้ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้ทำขึ้นแล้วเสมอไป อาจโต้แย้งพิสูจน์ได้ เช่น ตั้งใจจะทำสัญญาในภายหลังแต่ได้มอบมัดจำไว้ให้ก่อนในขณะที่ร่างสัญญา เป็นต้น ก็สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ว่าสัญญายังไม่มีขึ้น นอกจากนี้แล้วมัดจำยังเป็นการประกันว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาด้วย ตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น ถือว่ามัดจำเป็นส่วนหนึ่งของการชดเชยความเสียหายขั้นต่ำด้วย เงินมัดจำนี้ตราบโดยยังไม่มีมีการปฏิบัติตามสัญญาให้เสร็จสิ้น จะนำไปหักเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้มิได้ นอกจากนี้แล้วสัญญามัดจำนั้นไม่มีแบบแต่อย่างใด แต่ก็ถือว่ามัดจำเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาประธาน หากสัญญาประธานตกเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ เช่นแบบของสัญญาประธานไม่สมบูรณ์ ก็มีผลให้สัญญามัดจำอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาประธานนั้นใช้บังคับกันไม่ได้ด้วย ดังนั้น ต้องคืนมัดจำในฐานะที่ไม่มีเหตุอันสมควรที่จะถือเอาประโยชน์ได้จากมัดจำนั้น ²⁵

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁴ Earnest J. Schuster, The Principles of German Civil Law, (London : Stevens & Sons Limited, 1907), p 191.

²⁵ Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Hans Putzo and Heinz Thomas, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, (Munchen : C.H. Beck' sche Verlagsbuchhandlung, 1990), p. 407.