



วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางในการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับข้อตกลงต่อทำ สัญญาจ้าง

ในบทก่อนได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์สำคัญและความมุ่งหมายของการจัดทำข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้าง การจัดทำข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้างในทางปฏิบัติ และการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจ้างตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว บทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาและแนวทางในการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้าง โดยทำการศึกษาสัญญาจ้างซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้จ้างกับผู้รับจ้างทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและผู้รับจ้างที่เป็นสถาบันการเงิน เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับข้อสัญญาทั้งหลาย ไม่จำกัดเฉพาะแต่นิติกรรมสัญญาที่ทำกันในธุรกิจการเงินการธนาคารเท่านั้น

เนื่องจากเป็นที่รับรู้กันมานานาประเทศว่าสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน การทำสัญญาจำนวนมาก รวมถึงสัญญาจ้างและข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้าง มีลักษณะและรูปแบบเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่คู่สัญญาที่เป็นบุคคลเคยมีการเจรจาตกลงกำหนดข้อตกลงต่างๆ ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ส่วนรายละเอียดอื่นๆ ที่ไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา อาจไม่มีการเจรจาตกลงกัน แต่ปล่อยให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แต่สัญญาในปัจจุบันได้ขยายขอบเขตของการบังคับต่อบุคคลที่เข้ามาผูกพันในลักษณะเป็นกลุ่ม มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาเป็นลักษณะเฉพาะ และมีความสลับซับซ้อนในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายมากขึ้น อีกทั้งยังมีการทำสัญญาขึ้นในรูปแบบของสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Contrat d' adhesion หรือ Adhesion Contract) หรือที่ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช เรียกว่า สัญญาจ่ายอม¹ ซึ่งคู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ร่างหรือกำหนดข้อตกลงในสัญญาขึ้น และบางครั้งฝ่ายที่ร่างสัญญาเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ได้ถือโอกาสกำหนดข้อตกลงในสัญญา

¹ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2 เล่ม (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536) หน้า 108-119.

ต้นฉบับ หน้าขาดหาย

เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีทางเลือกนอกจากจำยอมเข้าทำสัญญาด้วย

สัญญาปัจจุบันที่อยู่ในรูปแบบของแบบสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปอาจกล่าวได้ว่าด้านหนึ่งเป็นความก้าวหน้าหรือเป็นการพัฒนาในการทำสัญญา ที่มีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและช่วยคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบทั้งทางเศรษฐกิจและความรู้ความสามารถ แต่ในทางกลับกันอาจมองว่า ข้อตกลงที่เกิดขึ้นในรูปแบบสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปมีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายโดยตรงต่อผลบังคับตามเนื้อหาของสัญญาที่เกิดขึ้นจากการมีโอกาสได้กำหนดข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ทำสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อน เพื่อเป็นการบังคับแก่บุคคลที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง สภาพเช่นนี้ก็มีความเสียเปรียบของหลักสัมพันธ์ภาพของสัญญาที่ไม่มีความเป็นอิสระและเจตนาของคู่สัญญาไม่มีความสำคัญ เพราะเป็นสัญญาที่ขาดการเจรจาต่อรองกันได้อย่างแท้จริงในระหว่างคู่สัญญา²

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการทำสัญญาจำนองหรือข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองในปัจจุบัน ซึ่งผู้รับจำนองส่วนใหญ่ ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันภัย เป็นผู้ประกอบการและเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่า ได้ร่างข้อสัญญาโดยกำหนดข้อตกลงต่างๆ เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้าเป็นจำนวนมากเพื่อจะใช้กับลูกหนี้และผู้จำนองที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง และเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า เนื่องจากความจำเป็นต้องใช้เงินนั้นก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาทุกคนที่เข้ามาทำสัญญานั้น แต่การที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาจำนองหรือข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองไว้ล่วงหน้าอย่างไร ลูกหนี้ก็ต้องยินยอมตกลงปฏิบัติตาม โดยที่ลูกหนี้หรือผู้จำนองไม่สามารถเจรจาต่อรองกันได้ นั่นเป็นสิ่งที่แสดงถึงอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันหรือความไม่เสมอภาคของคู่สัญญา ทั้งยังเป็นการเข้ามาเป็นคู่สัญญาในลักษณะจำยอมต้องรับเอาข้อสัญญานั้นๆ ด้วย

²ดาราพร ติระวัฒน์, "กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), กรกฎาคม 2542, หน้า 26-27.

นอกจากปัญหาความไม่เสมอภาคดังกล่าว ปัจจุบันยังพบลักษณะความไม่เสมอภาคในอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งน่าพิจารณา คือ ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาที่ประกอบอาชีพด้วยกัน และความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นการไม่เสมอภาคทั้งในข้อเท็จจริงและทั้งในข้อกฎหมาย

การจ้างงานจึงเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยผู้รับจ้างอาจเป็นไปทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 แต่ด้วยข้อจำกัดด้านต่างๆ ได้แก่ ด้านเงินทุนจึงพบว่าส่วนใหญ่ผู้รับจ้างมักจะเป็นสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพตามความหมายผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

“ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัยหรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน”

ลูกหนี้หรือผู้จ้างซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ในฐานะผู้บริโภค ที่ได้มีการนิยามศัพท์อยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เช่นเดียวกันว่า

“ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย”

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ตามคำนิยามศัพท์ของกฎหมายประกอบแล้ว จะเห็นว่าผู้จำหน่ายและผู้จ้างเพื่อประกันหนี้ให้แก่ผู้บริโภคถือเป็นผู้บริโภคด้วย เนื่องจากในความเป็นจริงผู้จำหน่ายหรือผู้จ้างก็คือผู้ค้าประกันรูปแบบหนึ่ง

นอกจากนั้นยังพบว่ารูปแบบข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างงในปัจจุบันอยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ตามที่ได้มีการนิยามศัพท์อยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ว่า

“สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”

การที่พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกำหนดให้สัญญาสำเร็จรูปเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่นำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ในการประกอบกิจการของตนมักจะอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และในทางปฏิบัติมักจะกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ให้ประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุดหรือให้เสียเปรียบน้อยที่สุด หรือกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมไว้หลายลักษณะ จึงอาจถูกตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ได้

เมื่อพิจารณาคำนิยามศัพท์ดังกล่าว ประกอบกับลักษณะการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างงในปัจจุบันแล้ว จะเห็นว่าข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างงที่สร้างขึ้นระหว่างสถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภค นอกจากนั้นโดยทั่วไปมักจะทำบันทึกข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างงในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป จึงอยู่ในข่ายที่อาจถูกตรวจสอบความเป็นธรรมได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น.....”

สำหรับข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างงที่สร้างขึ้นกันเองเป็นการเฉพาะครั้งเฉพาะคราวในระหว่างญาติพี่น้อง เพื่อนบ้านหรือเพื่อนร่วมงาน ไม่อาจถูกตรวจสอบตามมาตรา 4 ซึ่งจำกัดขอบเขตการตรวจสอบ

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเนียมเฉพาะสัญญา 3 ประเภท ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝาก อย่างไรก็ตาม สัญญาจำนองที่สร้างขึ้นเองในระหว่างญาติพี่น้องหรือเพื่อนอาจถูกตรวจสอบตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 8 ได้ หากมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมเนียมเฉพาะกรณีที่ระบุไว้ในมาตรานั้นๆ

การจำนองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งนอกจากจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พื้นฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ แบบของสัญญา ตามมาตรา 714 คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และต้องมีข้อความอันเป็นรายละเอียดที่สำคัญต่างๆ ได้แก่ ระบุทรัพย์สินที่จำนอง ตามมาตรา 704 หรือระบุจำนวนเงินจำนองเป็นเงินไทย ตามมาตรา 708 หรือวิธีการบังคับจำนองตามมาตรา 711 ซึ่งหากคู่สัญญากำหนดข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวขัดหรือแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์แล้ว ข้อตกลงส่วนอื่นๆ คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดกันอย่างไรก็ได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์และเสรีภาพในการแสดงเจตนา หากข้อตกลงนั้นไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือไม่เป็นการฝ่าฝืน หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าคู่สัญญามักจะกำหนดรายละเอียดของข้อตกลงอื่นไว้ในเอกสารที่เรียกว่า “ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง” หรือ “สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง”

จากการศึกษาในบทที่ 3 ว่าในทางปฏิบัติมีการจัดทำข้อตกลงใน “ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง” หรือ “สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง” ที่มีเนื้อหาบางประการแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้เขียนจึงใคร่ขอมาข้อตกลงดังกล่าวมาวิเคราะห์ว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ตามบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

5.1 ข้อตกลงตามบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การจำนอง คือ การที่บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน คำว่า “ตราไว้” คือ การทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา

714 คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

การจําเองเป็นทรัพย์สิน การแสดงออกซึ่งการจําเองต้องอาศัยทางทะเบียนตามหลักซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1299 ฉะนั้นทรัพย์สินที่จําเองได้จึงมีแต่อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางอย่างซึ่งมีทะเบียน วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เพื่อเปิดคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งสุจริต โดยอาศัยหลักการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบว่าทรัพย์สินนั้นมีภาระจําเองติดอยู่ เพราะทรัพย์สินที่จําเองสามารถโอนขายต่อๆ ไปได้หรือจําเองซ้ำได้อีก โดยถือเป็นแบบแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 หากไม่ทำตามแบบสัญญาจําเองนั้นเป็นโมฆะ แต่อาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้ เช่น การทำสัญญาจําเองเป็นหนังสือแต่ไม่จดทะเบียนจึงเป็น แต่เป็นหลักฐานการกู้ยืมได้

ในทางปฏิบัติพบว่ามีกรณีตกลงทำสัญญาประกันด้วยทรัพย์สินในลักษณะที่ขัดต่อบทบัญญัติเรื่องการจําเองดังกล่าว เช่น มีข้อตกลงว่าไม่ทำเป็นหนังสือหรือตกลงทำเป็นหนังสือแต่ไม่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ถูกต้องครบถ้วนตามแบบที่กฎหมายกำหนด นอกจากนั้นยังพบว่ามีการทำสัญญาจะจําเองด้วย จึงเป็นปัญหาว่าข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลบังคับได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนใคร่ขอวิเคราะห์โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี

1) สัญญาจําเองที่ไม่ถูกต้องตามแบบ

การจําเองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้ การจําเองใดที่มีการตกลงอย่างชัดเจนว่าไม่ทำตามแบบ การจําเองนั้นไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดผลบังคับในทางกฎหมายได้ ตราบใดที่สัญญาจําเองยังไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องก็เป็นการยึดถือเพียงเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน เช่น โฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นการจําเองที่สมบูรณ์ การจําเองยังไม่เกิดขึ้น (คำพิพากษาฎีกา 1064/2509) โดยสัญญาจําเองทุกฉบับต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะสมบูรณ์ จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องความไม่เป็นธรรมที่ต้องให้ศาลตรวจสอบตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 อีก

2) สัญญาจะจำนอง

เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดบัญญัติรับรองสิทธิตามสัญญาจะจำนอง ดังนั้นเจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิพิเศษใดๆ เนื้อทรัพย์สินนั้นอันเป็นกรณีที่เจ้าหนี้เสียประโยชน์ โดยผู้เขียนขอแยกพิจารณาการตกลงทำสัญญาจะจำนองดังนี้

2.1) สัญญาจะจำนองมีผลบังคับให้ต้องไปทำสัญญาจำนองหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 มีหลักว่าการจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ ดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้จึงจะสมบูรณ์บังคับกันได้ การใดที่กฎหมายกำหนดแบบไว้จะให้ศาลเป็นผู้บังคับให้ทำให้อุบัติตามแบบไม่ได้ โดยในเรื่องนี้มีคำพิพากษาของฎีกาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1183/2521 จำเลยสัญญาจะจำนองที่ดินเป็นประกันการที่คนภายนอกจะซื้อน้ำมันจากโจทก์ โจทก์ขายน้ำมันไปก่อนวันจดทะเบียนจำนอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 มิฉะนั้นการจำนองจะเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 ดังนั้นการที่จำเลยตกลงกับโจทก์ว่าจะเอาที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจำนองไว้กับโจทก์เพื่อประกันในการที่นายสุรชาติซื้อน้ำมันจากโจทก์โดยยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่โจทก์ก็ลดยอมขายและส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงให้นายสุรชาติผู้ซื้อไปก่อนจดทะเบียนสัญญาจำนองดังกล่าวนั้น จำเลยหาต้องรับผิดชอบในการที่ไม่จดทะเบียนจำนองไม่ โจทก์จะยกเหตุที่จำเลยผิดข้อตกลงดังกล่าวมาฟ้องเรียกค่าเสียหายค่าน้ำมันเชื้อเพลิงจากจำเลยไม่ได้

ได้มีบันทึกหมายเหตุไว้ท้ายฎีกาฉบับนี้ว่า โจทก์ยอมรับว่าเมื่อจำเลยยังไม่ได้จดทะเบียนจำนอง จะบังคับจำนองเป็นประกันหนี้ค่าน้ำมันเชื้อเพลิงที่จำเลยค้าประกันลูกหนี้ของ

โจทก์ไม่ได้ โจทก์จึงฎีกาว่าจำเลยผิดสัญญาไม่จำนองตามข้อตกลง ศาลยังคงวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในค่าน้ำมันเชื้อเพลิงอยู่นั่นเอง คงเป็นบรรทัดฐานได้ว่า สัญญาจะจำนองไม่มีกฎหมายรองรับดังสัญญาจะซื้อจะขายที่มีผลบังคับได้ก่อนที่จะทำการซื้อขาย³

คำพิพากษาฎีกาที่ 1194/2523 โจทก์จำเลยตกลงกันจะให้มีการจำนองที่ดินของโจทก์ตามโฉนดฉบับพิพาทเป็นประกันเงินกู้ โจทก์รับโฉนดที่จำนองธนาคาร อ. ไว้ มามอบให้แก่จำเลย แต่ในเมื่อยังไม่มีการจำนอง จำเลยก็ยังไม่มียุติใดๆ เนื้อที่ดินโจทก์ จำเลยจะยึดโฉนดไว้เพื่อเป็นบังคับชำระหนี้ไม่ได้ ถ้ายึดได้ก็หมายความว่ายึดไว้จนโจทก์ยอมไถ่จำนองมาจำนองแก่จำเลย ซึ่งโจทก์ไม่อาจถูกบังคับเช่นนั้นได้ การที่ธนาคาร อ. ผู้รับจำนองที่ดินจำเป็นต้องเรียกเอาโฉนดคืนไปยึดถือไว้หรือไม่นั้น เป็นคนละเรื่องกับปัญหาที่ว่าจำเลยมีสิทธิจะยึดถือโฉนดของโจทก์ไว้ต่อไปหรือไม่

ได้มีบันทึกหมายเหตุท้ายฎีกาฉบับนี้ว่า “โฉนดที่ดินของโจทก์ ผู้รับจำนองยึดไว้ โจทก์รับจากผู้รับจำนองมามอบให้จำเลยเพื่อไถ่จำนองเดิมและจำนองกับจำเลยใหม่ประกันหนี้ที่จะมีการซื้อเชื้อเพลิงกัน ผู้ซื้อเชื้อไม่ใช่โจทก์ โจทก์มิได้ทำสัญญาจะจำนองที่ดินกับโจทก์เป็นแต่ลงชื่อผู้เห็นเป็นพยานในสัญญาที่ผู้ซื้อน้ำมันทำกับจำเลย โจทก์ทำใบมอบอำนาจให้ไถ่จำนองเดิมและทำจำนองใหม่ กับมอบโฉนดที่ดินนี้ให้จำเลย⁴

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวนี้มีข้อกฎหมายที่น่าสนใจ คือ การที่โจทก์เป็นเจ้าของโฉนดและมอบโฉนดแก่จำเลย โจทก์จึงเป็นผู้เรียกคืนโฉนดได้ โดยสิทธิของโจทก์เอง ปัญหาอยู่ที่จำเลยมีสิทธิจะไม่คืนโฉนดเพราะเหตุใดหรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 1136 คือ “ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ที่ไม่มียุติจะยึดถือไว้” ส่วนที่โจทก์มอบโฉนดแก่จำเลยนั้น ถ้าไม่ใช่มอบโดยมีสัญญาผูกพันเป็นหนี้ที่บังคับได้ตามมาตรา 194 หากเป็นแต่ยอมให้ยึดโฉนดไว้ก็มีผลเพียงทำให้การที่จำเลยยึดโฉนดไว้ไม่เป็นละเมิด โจทก์ไม่มีหน้าที่ผูกพันให้จำต้องยอมยึดต่อไป โจทก์ไม่ยอมให้จำเลยยึดไว้และเรียกคืนเมื่อใดก็ได้

³ จิตติ ดิงคัมภีร์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2521, คำพิพากษาฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2521, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2521, หน้า 723).

⁴ จิตติ ดิงคัมภีร์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1194/2523, คำพิพากษาฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2523, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2523)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 725/2476/7 รศ.957 จำเลยมอบโฉนดให้โจทก์ยึดไว้ต่างหนี้ แม้ไม่ใช่จำนำโฉนด โจทก์ก็ยึดไว้ได้ตามสัญญา จำเลยหลอกเอาโฉนดนั้นมาจากโจทก์เป็นการฉ้อโกง มีความผิดตามอาญา มาตรา 304 ในขณะนั้น เรื่องนี้โจทก์ยอมให้ผู้ซื้อน้ำมันทำสัญญาจะจำนองที่ดินของโจทก์แก่ผู้ชาย และโจทก์มอบโฉนดนี้ให้ไว้ แม้โจทก์ไม่ใช่ผู้ทำสัญญาจะจำนอง แต่โจทก์ยอมให้ทำสัญญานั้น ถ้าสัญญานั้นใช้บังคับกันได้ โจทก์ก็ปฏิเสธไม่ได้ เช่นอย่างยอมให้ใครเอาของของเราไปขาย เราจะปฏิเสธไม่ได้ แม้ผู้ชายไม่ใช่ตัวแทนของเรา เราไม่ใช่ผู้ชายในสัญญาซื้อขายก็ตาม ปัญหาจึงอยู่ที่สัญญาจะไถ่ถอนเดิมและสัญญาจำนองใหม่มีผลบังคับเป็นหนี้ตามมาตรา 194 หรือไม่

การไถ่ถอนเป็นเรื่องของผู้จำนองเดิม ไม่ใช่จำเลย จำเลยเป็นผู้จะรับจำนองใหม่ การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 714 มิฉะนั้นก็ผิดแบบเป็นโมฆะตามมาตรา 115 สัญญาจะทำตามแบบไม่มีผล เป็นเรื่องที่คู่กรณีเองต้องทำให้ครบถ้วนตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ จะให้ศาลบังคับให้ทำให้ถูกต้องตามแบบไม่ได้ สัญญาจะทำกิจการอันใดตามแบบจึงบังคับไม่ได้”

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เห็นว่าสัญญาจะจำนองไม่มีผลบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการจำนอง กล่าวคือ ผู้รับจำนองยังไม่มีสิทธิใดๆ เหนือทรัพย์สินที่จำนอง และจะให้ศาลบังคับให้ทำให้ถูกต้องตามแบบไม่ได้ เป็นเรื่องที่คู่กรณีเองต้องทำให้ครบถ้วนตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ เนื่องจากสัญญาจะจำนองไม่มีกฎหมายรองรับไว้ แตกต่างจากสัญญาจะซื้อจะขายที่มีกฎหมายรับรองผลก่อนที่จะทำการซื้อขายว่าสามารถบังคับได้

ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่า สัญญาจะจำนองไม่มีผลบังคับให้ต้องไปจดทะเบียนจำนอง และไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจะจำนอง

สำหรับกรณีที่มีการกู้เงินหรือขอสินเชื่อจากธนาคารมาเพื่อซื้อเครื่องจักรจากต่างประเทศ โดยมีข้อตกลงกันเพิ่มเติมว่าหลังจากที่จดทะเบียนเครื่องจักรตามพระราชบัญญัติเครื่องจักรเรียบร้อยแล้ว ลูกหนี้จะจดทะเบียนจำนองเครื่องจักรนั้นเพื่อเป็นประกันการกู้เงินดังกล่าวกับธนาคาร หากลูกหนี้ผิดสัญญา ไม่ดำเนินการจดทะเบียนจำนองเครื่องจักรกับธนาคาร ธนาคารจะสามารถฟ้องบังคับให้ทำการจดทะเบียนจำนองเครื่องจักรได้หรือไม่

มาตรา 369 บัญญัติว่า “ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด”

สัญญาต่างตอบแทนเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการตอบแทนกันในทางทรัพย์สิน หนี้ที่เกิดจากสัญญาต่างตอบแทนมีผลแตกต่างจากหนี้ที่เกิดจากสัญญาชนิดอื่นๆ สัญญาต่างตอบแทน หมายถึง สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะชำระหนี้เพื่อการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหนี้จะต้องชำระซึ่งกันและกันตั้งแต่ตอนทำสัญญา เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหนี้ที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายให้ผู้ซื้อ และผู้ซื้อก็มีหนี้ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย ส่วนสัญญาอื่นๆ เช่น ให้ยืม ตัวแทนไม่มีบำเหน็จ หรือค้ำประกัน เป็นต้น ล้วนไม่เป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวมีหนี้ที่จะต้องชำระให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่มีการชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน⁵ สัญญาต่างตอบแทนจึงเป็นสัญญาซึ่งต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน

พิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1183/2521 และ 1194/2523 ประกอบกับหลักกฎหมายสัญญาต่างตอบแทนข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการจำนองมีลักษณะเช่นเดียวกับการค้ำประกัน ดังนั้นการจำนองโดยปกติไม่ถือเป็นสัญญาต่างตอบแทน การที่กฎหมายกำหนดแบบของสัญญาจำนองไว้ให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบ ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ทำให้อ้างอิงตามแบบหรือสั่งให้ไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ เพราะฉะนั้นปัญหาที่ผู้เขียนได้ยกมาเป็นอุทธรณ์กรณีที่มีการกู้เงินหรือขอสินเชื่อจากธนาคารมาเพื่อซื้อเครื่องจักรจากต่างประเทศ โดยมีข้อตกลงกันเพิ่มเติมว่าหลังจากที่จดทะเบียนเครื่องจักรตามพระราชบัญญัติเครื่องจักรเรียบร้อยแล้ว ลูกหนี้จะจดทะเบียนจำนองเครื่องจักรนั้นเพื่อเป็นประกันการกู้เงินดังกล่าว นั้น ธนาคารจึงไม่สามารถฟ้องให้ลูกหนี้จดทะเบียนจำนองเครื่องจักรได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าด้วยล้าพังข้อตกลงเช่นนี้ยังไม่เกิดสัญญาต่างตอบแทนตามนัยของมาตรา 369 ขึ้นมา

⁵โสภณ รัตนกร. หนี้, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), กรกฎาคม 2543, หน้า 37.

ในทางตรงกันข้าม ถ้าหากมีการทำข้อตกลงระหว่างธนาคารผู้ให้สินเชื่อกับลูกค้าผู้ขอสินเชื่อ และข้อตกลงที่ทำกันนั้น อาจอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกันหรืออาจอยู่แยกสัญญา กันก็ได้ ข้อตกลงที่ทำกันจะประกอบด้วยข้อตกลงในส่วนสำคัญเป็นข้อๆ ดังนี้

- 1) มีข้อตกลงว่าธนาคารจะให้สินเชื่อเป็นจำนวนเงินตามที่ลูกค้าแสดงความ จำนองขอสินเชื่อเพื่อที่ลูกค้าจะได้นำเงินสินเชื่อดังกล่าวนี้ไปใช้ดำเนินการประกอบธุรกิจตามที่ลูกค้า เสนอรายละเอียดให้ธนาคารทราบ โดยการเบิกจ่ายสินเชื่อจะเบิกเป็นงวดๆ
- 2) ลูกค้าตกลงนำอสังหาริมทรัพย์ที่ตนเป็นเจ้าของมาจดทะเบียนจำนองเป็น ประกันหนี้ที่เกิดขึ้นตามข้อ 1 ข้างต้นนั้น
- 3) มีข้อตกลงเพิ่มเติมอีกว่า ธนาคารผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิเข้าจัดการดูแลและควบคุม การใช้เงินสินเชื่อให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อ
- 4) มีข้อตกลงให้ธนาคารเข้ามาช่วยจัดการด้านการตลาดเพื่อประโยชน์แก่กิจการ ของลูกค้า
- 5) มีข้อตกลงว่าธนาคารตกลงจะให้สินเชื่อแก่บุคคลที่ลูกค้าจัดหา (Post-Finance) โดยข้อตกลงข้อ 5 นี้ส่วนมากจะพบในกรณีโครงการที่ลูกค้าขอสินเชื่อไปเพื่อประกอบ ธุรกิจด้านอสังหาริมทรัพย์ เช่น ก่อสร้างบ้าน ก่อสร้างอาคารชุดเพื่อจำหน่ายแก่ผู้บริโภค
- 6) มีข้อตกลงว่าเพื่อเป็นการตอบแทนในการที่ธนาคารผู้ให้สินเชื่อเข้ามา ดำเนินการตามข้อ 3 ข้อ 4 และข้อ 5 ดังกล่าวข้างต้น ลูกค้าตกลงที่จะให้ค่าธรรมเนียมแก่ธนาคารใน อัตราที่ได้ระบุไว้
- 7) มีข้อตกลงกันอีกว่า เพื่อเป็นประกันหนี้ต่างๆ ที่ลูกค้าก่อขึ้นแก่ธนาคาร ทั้ง ที่มีอยู่แล้วและที่จะมีขึ้นในอนาคต ลูกค้าตกลงจะนำอสังหาริมทรัพย์ของลูกค้ามาจดทะเบียน จำนองกับธนาคารเพิ่มขึ้นอีก

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างธนาคารกับลูกค้าตามข้อ 3 ถึงข้อ 6 เป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ต่างตอบแทนขึ้นระหว่างลูกค้ากับธนาคาร กล่าวคือ ลูกค้าจะได้ ประโยชน์จากข้อตกลงดังกล่าวนี้ คือ เงินจำนวนสินเชื่อที่ลูกค้าจะเบิกจ่ายในงวดต่อๆ ไป ซึ่งเมื่อลูก ค้าแจ้งเบิกเงินงวดต่อไป ธนาคารต้องยอมให้ลูกค้าเบิก ขณะเดียวกันธนาคารก็ได้ประโยชน์จาก จากข้อตกลงดังกล่าวนี้ ในการได้ค่าธรรมเนียมในการเข้าไปจัดการ หากลูกค้าไม่จ่ายค่าธรรมเนียม

ธนาคารมีสิทธิที่จะให้ลูกค้ารับผิดชอบในส่วนนี้ได้ ข้อตกลงดังกล่าวนี้จึงผูกพันระหว่างลูกค้ากับธนาคาร ตามนัยของมาตรา 369 กล่าวคือ ถ้าธนาคารไม่ยอมให้เบิกเงินเชื่องวดถัดไป ลูกค้าก็มีสิทธิปฏิเสธไม่ชำระค่าธรรมเนียมที่ค้างอยู่ให้กับธนาคารได้ หรือถ้าลูกค้าไม่ยอมจ่ายค่าธรรมเนียมที่ธนาคารควรจะได้รับ ธนาคารก็ย่อมมีสิทธิปฏิเสธที่จะไม่ยอมให้ลูกค้าเบิกเงินเชื่องวดถัดไปได้ เป็นการบังคับให้เป็นไปตามผลของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 369

ส่วนข้อตกลงข้อ 7 เป็นข้อตกลงที่อาจจะพูดว่าเป็นสัญญาจะจำนอง

เมื่อมีการทำข้อตกลงที่สำคัญทั้ง 7 ข้อดังกล่าวข้างต้นเรียบร้อยแล้ว หากต่อมา มีข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาขึ้นมา เช่น ลูกค้าผิดสัญญาไม่ไปจดทะเบียนจำนองตามข้อตกลงข้อ 7 ไม่จ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่ธนาคารตามข้อตกลงข้อ 3 ถึงข้อ 6 หรือธนาคารผิดสัญญาไม่ยอมให้ลูกค้าเบิกเงินงวดต่อไปตามข้อตกลงข้อ 1 ผลบังคับจะเป็นเช่นใด ถ้าฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญานำคดีขึ้นสู่ศาล ตามประเด็นพิพาทที่จะกล่าวต่อไป

2.2) พ้องบังคับให้แต่ละฝ่ายปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำกันขึ้นไว้ได้หรือไม่ เพียงใด

ตั้งที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วว่าข้อตกลงที่ลูกค้าทำกับธนาคารนั้นเข้าลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน หาก

(ก) ธนาคารเป็นฝ่ายผิดสัญญา ไม่ยอมให้ลูกค้าเบิกเงินสินเชื่อในงวดถัดไป ลูกค้าย่อมอาศัยข้อสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าว บังคับให้ธนาคารยอมให้ลูกค้าเบิกเงินในงวดต่อไปได้ แต่ขณะเดียวกันกรณีนี้ธนาคารก็มีสิทธิบังคับให้ลูกค้าไปจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินใหม่ได้ด้วย

(ข) แต่ถ้าหากลูกค้าเป็นฝ่ายผิดสัญญา ไม่ยอมไปจดทะเบียนจำนองตามสัญญา ข้อ 7 หรือไม่ยอมชำระค่าธรรมเนียมตามสัญญา ข้อ 6 และผิดนัดชำระหนี้ ผู้เขียนเห็นว่าธนาคารย่อมมีสิทธิ

(1) บังคับให้ลูกค้าชำระหนี้ทั้งหมดที่ลูกค้าเป็นหนี้ธนาคารอยู่ได้ กรณีนี้ลูกค้าไม่อาจจะถือประโยชน์แห่งเงื่อนไขชำระหนี้ได้ ทั้งนี้กรณีต้องด้วย มาตรา 193 (2) ที่บัญญัติว่า “ลูกหนี้ไม่อาจจะถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขชำระหนี้ได้ หากลูกหนี้ไม่ให้ประกันในเมื่อจำต้องให้” การที่ลูกค้าไม่ยอมไปจดทะเบียนจำนองตามผลของสัญญา ข้อ 7 ย่อมได้ชื่อว่าเป็นลูกหนี้ไม่ให้หลักทรัพย์เป็นประกันตามข้อสัญญาที่ลูกหนี้เคยให้สัญญาไว้

(2) ถ้าลูกค้าไม่ยอมชำระหนี้ที่ค้างชำระอยู่ทั้งหมด ธนาคารย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินการบังคับจำนองเอากับทรัพย์สินที่ลูกค้าได้นำมาจำนองไว้ตามข้อ 2 ตามสิทธิที่ธนาคารมีอยู่ในฐานผู้รับจำนอง ตามมาตรา 728

(3) ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีนี้ธนาคารไม่น่าที่จะมีสิทธิบังคับให้ลูกค้าไปจดทะเบียนจำนองโดยอาศัยข้อสัญญาข้อ 7 ได้ เนื่องจากสัญญาจะจำนองไม่มีผลบังคับให้ต้องไปจดทะเบียนจำนอง และไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจะจำนอง กรณีนี้ต่างกับกรณีของสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ตามนัยมาตรา 456 วรรคสอง ซึ่งมีหลักกฎหมายและแนววินิจฉัยของศาลฎีกาที่วางหลักไว้ว่า หากผู้ขายไม่ยอมไปจดทะเบียนซื้อขาย ผู้จะซื้อจะมีสิทธิบังคับให้ผู้จะขายไปจดทะเบียนซื้อขายได้ หรือนำคำพิพากษาของศาลแพ่งการแฉ่งเจตนาของผู้ขายได้ตามนัย มาตรา 213 วรรคสอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่)

ทั้งนี้เพราะเรื่องสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์มีกฎหมายบัญญัติรับรองความมีอยู่และผลบังคับของสัญญาดังกล่าวไว้เป็นการชัดเจน ซึ่งต่างกับกรณีของสัญญาจะจำนองไปบังคับให้ฝ่ายลูกหนี้จดทะเบียนจำนองได้

2.3) ลูกหนี้จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามผลของข้อตกลงที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนได้หรือไม่

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาจะจำนองไม่สามารถบังคับให้ทำตามแบบได้ และไม่มีผลบังคับเป็นการจำนองตามกฎหมายว่าด้วยการจำนองก็ตาม แต่กรณีที่เจ้าหนี้ไม่ฟ้องศาลขอให้สั่งจดทะเบียนจำนอง แต่เจ้าหนี้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัญญาจะจำนองสามารถทำได้หรือไม่ ผู้เขียนใคร่ขอพิจารณา ดังนี้

(ก) กรณีที่ธนาคารเป็นฝ่ายผิดสัญญา ไม่ยอมให้ลูกค้าเบิกเงินสินเชื่อในงวดถัดไป ลูกค้าจะอาศัยข้อสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าว ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่

ผู้เขียนใคร่ขอนำคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องสัญญาจะให้กู้ยืมมาพิจารณาเทียบเคียงดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2923/2525 จำเลยมีที่ดิน ได้เสนอโจทก์เพื่อร่วมโครงการจัดสรรพร้อมอนุมัติกู้เงินเพื่อลงทุนด้วย โจทก์อนุมัติ ได้ทำสัญญากัน 2 ฉบับ คือ สัญญากู้และสัญญาให้ผู้ซื้อกู้เงินโจทก์ไปซื้อที่ดินและบ้านตามโครงการ ดังนี้ สัญญาฉบับหลังเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาฉบับแรกข้อความในสัญญาแต่ละฉบับมีผลผูกพันบังคับกันได้ ดังนั้น การตีความเจตนาของคู่สัญญาจึงต้องแปลจากสัญญาทั้งสองฉบับรวมกัน ไม่ใช่ยกเอาเฉพาะข้อความตอนใดตอนหนึ่งหรือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งหรือข้อใดข้อหนึ่งมาแปล จึงไม่ใช่นิติกรรมอำพราง และไม่ใช่สัญญาการเงินโดยวิธีออกตัวสัญญาใช้เงินอย่างเดียว สัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนกันเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญากู้ธรรมดา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิหน้าที่จะต้องปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกันตามข้อความที่ระบุไว้ในสัญญา

โจทก์ยอมให้จำเลยกู้เงินสูงกว่าจำนวนที่ขอกู้ในการเสนอโครงการครั้งแรก แสดงว่าได้ตกลงเปลี่ยนแปลงวงเงินกันแล้ว เท่ากับเป็นการยืนยันตามข้อตกลงนั้น ข้อตกลงนี้จึงผูกพันโจทก์ โจทก์จะปฏิเสธไม่ให้จำเลยและผู้ซื้อที่ดินกับบ้านกู้เงินถึงจำนวนดังกล่าวไม่ได้ เป็นการผิดสัญญา

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าสัญญาจะให้กู้ปกติโดยทั่วไปนั้นไม่ถือเป็นสัญญาต่างตอบแทน หากผิดสัญญาไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ แต่สำหรับสัญญากรณี ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากมีข้อสัญญาอื่นๆ ที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน เช่น มีการตกลงให้สิทธิโจทก์เข้ามาควบคุมดูแลอนุมัติโครงการแบบแปลน แผนผังในการจัดสรรพัฒนาที่ดินและปลูกสร้างบ้านของจำเลยตั้งแต่เริ่มต้นโครงการ และจำเลยต้องจ่ายเงินค่าควบคุมดูแลและตรวจสอบบ้านที่จำเลยสร้างขึ้นทุกหลัง หลังละ 700 บาท รวมทั้งจำเลยต้องให้ผลประโยชน์แก่โจทก์ร้อยละ 2.5 ของราคาที่ดินและบ้าน สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญากู้ธรรมดา หากผิดสัญญาสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยปกติสัญญาจะจำนองไม่ถือเป็นสัญญาต่างตอบแทน หากผิดสัญญาไม่สามารถฟ้องร้องบังคับให้จดทะเบียนจำนองได้ และไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจะจำนอง อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าในสัญญาจะจำนองหรือสัญญาขอสินเชื่อโดยจะนำทรัพย์สินมาจดจำนองมีข้อสัญญาอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการสัญญาต่างตอบแทนกันก็เมื่อธนาคารผิดสัญญาไม่ยอมให้ลูกค้าเบิกเงินสินเชื่อในงวดถัดไป ลูกค้าย่อมอาศัยข้อสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าว ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้

(ข) กรณีที่ลูกหนี้เป็นฝ่ายผิดนัดไม่ทำการจดทะเบียนจำนองตามสัญญา ข้อ 7 หรือไม่ยอมชำระค่าธรรมเนียมตามสัญญา ข้อ 6 และผิดนัดชำระหนี้ หากปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นกับฝ่ายธนาคาร ธนาคารสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่

ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้นว่า ข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างธนาคารกับลูกค้าตามข้อ 3 ถึงข้อ 6 เป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ต่างตอบแทนขึ้นระหว่างลูกค้ากับธนาคาร ข้อตกลงดังกล่าวนี้จึงผูกพันระหว่างลูกค้ากับธนาคารตามนัยของมาตรา 369 ซึ่งกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ว่ากรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ หากสภาพแห่งหนี้เปิดช่อง นอกจากนั้นหากปรากฏว่าการที่ลูกหนี้ผิดสัญญามีความเสียหายเกิดขึ้นกับฝ่ายธนาคาร ธนาคารย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นกันตามมาตรา 213 วรรคท้ายและมาตรา 215

มาตรา 213 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้น โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการใดกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุเป็นอันจะให้งดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ระงับการที่ได้กระทำลงนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อกัลยาณหน้าที่ด้วยก็ได้

อนึ่งบทบัญญัติวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายไม่ ”

มาตรา 215 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้”

สำหรับข้อตกลงอื่นๆ อันเป็นเนื้อหาของสาระของสัญญาจำนองตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ระบุทรัพย์สินที่จำนอง ระบุจำนวนเงินไทยที่แน่นอนตรงตัว หรือจำนวนเงินขั้นสูงที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราไว้เป็นประกันนั้น เนื่องจากปัจจุบันการทำสัญญาจำนองในทางปฏิบัติมักจะจัดทำอยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งผู้รับจำนองส่วนใหญ่ ได้แก่ ธนาคารหรือสถาบันการเงิน เป็นผู้กำหนดข้อตกลงต่างๆ อันเป็นรายละเอียดของสัญญาจำนองไว้ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปล่วงหน้าแล้ว โดยในสัญญาดังกล่าวจะกำหนดรายละเอียดต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องระบุในสัญญาจำนองไว้แล้ว และการที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาจำนองต้องทำตามแบบ คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ในทางปฏิบัติพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับจดทะเบียนจะทำการตรวจสอบสัญญาจำนองก่อนว่าสัญญาจำนองนั้นมีรายละเอียดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งตรวจสอบว่ามีตกลงใดที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ก่อนทำการรับจดทะเบียน จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องความไม่เป็นธรรมที่จะต้องให้ศาลตรวจสอบตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

5.2 ข้อตกลงให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น นอกจากการฟ้องศาลให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองนำมาชำระหนี้ หรือฟ้องศาลให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ 2 วิธี คือ การบังคับจำนองโดยขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง ตามมาตรา 728 หรือการบังคับจำนองโดยวิธีเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ ตามมาตรา 729

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 กำหนดขั้นตอนว่าผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวก่อนและหากลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว เจ้าหนี้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดได้ ส่วนมาตรา 729 การขอเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ คือ ผู้รับจำนองฟ้องศาลว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ขอให้ศาลพิพากษาให้ทรัพย์สินที่จำนองนั้นตกมาเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง ภายใต้เงื่อนไขเด็ดขาดทั้ง 3 ข้อดังนี้

- 1) ลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลา 5 ปี ติดต่อกันนับแต่วันที่ดอกเบี้ยถึงกำหนดชำระถึงวันฟ้อง
- 2) ผู้จำนองไม่ได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ โดยหน้าที่นำสืบเป็นของผู้จำนอง และ
- 3) ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นใดจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้

การกำหนดข้อตกลงให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น นอกจาก 2 วิธีการดังกล่าว คือ การขายทอดตลาด หรือเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ เป็นข้อตกลงที่ต้องห้ามขัดกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับจำนอง และขัดกับมาตรา 711 ที่กำหนดห้ามตกลงกันแต่ต้นใน 2 ประการ คือ

- 1) ห้ามมิให้ผู้จำนองทำสัญญาที่มีข้อตกลงกันเป็นพิเศษว่าก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระหรือไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง หรือกรณีผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ ไม่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 729
- 2) ข้อตกลงให้จัดการทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่น นอกจากวิธีการบังคับจำนองตามที่กฎหมายกำหนด คือ บังคับเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดโดยไม่ต้องฟ้องศาล หรือเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ

มาตรา 711 มีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้มีการบังคับจำนองตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยถือว่าวิธีการบังคับจำนองตามที่กฎหมายกำหนดเป็นวิธีการที่ยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย และสามารถป้องกันมิให้ผู้รับจำนองถือโอกาสเอาเปรียบผู้จำนองโดยเฉพาะลูกหนี้ โดยการบีบบังคับผู้จำนองให้สูญเสียทรัพย์สินที่จำนองซึ่งส่วนมากเป็นที่ดิน บ้านเรือน เรือกลสวน ไร่ นา ซึ่งมีมูลค่ามาก และมีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิต

การที่ผู้จำนองให้ผู้รับจำนองขายทรัพย์สินที่จำนองไว้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 711 นั้นมีผลเพียงไม่สมบูรณ์ โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงไม่ได้เท่านั้น (คำพิพากษาฎีกา 707/2506)

อย่างไรก็ตาม เห็นว่ามาตรา 711 นี้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หากคู่สัญญาจ้างตกลงกันขัดต่อกฎหมายหรือแตกต่างไปจากที่ กฎหมายกำหนด ข้อตกลงนั้นถือเป็นโมฆะ

ดังนั้นการที่สัญญาจ้างมีข้อตกลงให้เจ้านี้ผู้รับจ้างเป็นเจ้าของเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ จ้างหรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จ้างเป็นประการอื่น นอกจากการฟ้องศาลให้ขายทอดตลาด ทรัพย์สินที่จ้าง หรือให้อาทรัพย์สินที่จ้างหลุดเป็นสิทธิก่อนหน้าถึงกำหนดข้อตกลงนั้นเป็น โมฆะ ไม่มีผลบังคับกันได้ จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องความไม่เป็นธรรมที่จะต้องให้ศาล ตรวจสอบตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 อย่างไรก็ตาม หากมีการตกลง กันภายหลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ไม่ถือว่าเป็นช่วงที่ลูกหนี้เป็นฝ่ายที่เสียเปรียบสามารถ ตกลงกันได้ ซึ่งหากมีการกำหนดข้อตกลงกันภายหลังก็ต้องกำหนดข้อตกลงที่เป็นธรรมด้วย ได้แก่ กรณีกรณีที่มีการตกลงภายหลังจากหนี้ถึงกำหนดชำระให้ยกทรัพย์สินที่จ้างคืนใช้หนี้แทน นั้น สามารถตกลงได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 711

สำหรับการตกลงยกทรัพย์สินใช้หนี้หนี้ มีปัญหาที่ควรพิจารณาว่าการยกทรัพย์สินใช้หนี้ แทนหนี้ มีหลักเกณฑ์การคิดมูลค่าทรัพย์สินนั้นอย่างไร

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ยุติธรรมในการพิจารณามูลค่าของทรัพย์สิน ที่ใช้หนี้แทนไว้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการยกทรัพย์สินที่จ้างคืนใช้หนี้หนี้มีลักษณะคล้ายกรณีเจ้าหนี้ ยอมรับเอาทรัพย์สินอย่างอื่นเป็นการชำระหนี้แทนตามมาตรา 656 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย

มาตรา 656 บัญญัติว่า “ถ้าทำสัญญากู้ยืมเงินกัน และผู้กู้ยอมรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สิน อย่างอื่นแทนจำนวนเงินนั้นไซ้ ท่านให้คิดเป็นหนี้เงินค่างชำระโดยจำนวนเท่ากับราคาท้องตลาด แห่งสิ่งของหรือทรัพย์สินนั้นในเวลาและ ณ สถานที่ส่งมอบ

ถ้าทำสัญญากู้ยืมเงินกัน และผู้ให้กู้ยืมยอมรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่นเป็นการ ชำระหนี้แทนเงินที่กู้ยืมไซ้ หนี้อันระงับไปเพราะการชำระเช่นนั้น ท่านให้คิดเป็นจำนวนกับราคา ท้องตลาดแห่งสิ่งของหรือทรัพย์สินนั้นในเวลา และ ณ สถานที่ส่งมอบ”

อาศัยหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 จึงควรนำหลักเกณฑ์ การคิดมูลค่าทรัพย์สิน โดยถือเอาราคาท้องตลาดในเวลา และ ณ สถานที่ส่งมอบทรัพย์สินในกรณี เจ้าหนี้ยอมรับเอาทรัพย์สินอย่างอื่นเป็นการชำระหนี้แทนตามมาตรา 656 มาปรับใช้โดยอนุโลม

5.3 ข้อตกลงห้ามชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ

หลักทั่วไปเกี่ยวกับการชำระหนี้ที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันว่า เป็นหนี้อะไรลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ อย่างนั้นโดยตรง ลูกหนี้จะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่นไม่ได้ เว้นแต่จะมีข้อตกลงให้ทำ เช่นนั้นได้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และแม้หนี้ที่ต้องชำระจะเป็นหนี้ที่สามารถแบ่งได้ เจ้าหนี้ก็ ไม่จำเป็นต้องยอมรับชำระหนี้เป็นส่วนๆ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 208 วรรค หนึ่งและมาตรา 320

มาตรา 208 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างไรใด ลูกหนี้ต้องขอ ปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรง”

มาตรา 320 บัญญัติว่า “อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับ ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่เจ้าหนี้จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าหาอาจจะบังคับได้ไม่”

ดังนั้นการชำระหนี้ไม่ตรงกับวัตถุประสงค์แห่งหนี้ การชำระหนี้ไม่ครบถ้วนหรือการชำระหนี้ที่ผิด ผิดไปจากหนี้เดิมนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ได้ แต่หลักดังกล่าวมีเพื่อประโยชน์ ของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จึงอาจยอมสละหรือผ่อนผันให้ลูกหนี้อย่างไรก็ได้ ดังจะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้อาจยอมรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ตกลงกันไว้แต่เดิมหรือบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้ เจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้บางส่วนก็ได้

เหตุที่กฎหมายกำหนดว่าลูกหนี้ต้องชำระหนี้ทั้งหมดจะแบ่งชำระไม่ได้นั้นก็เพราะเจ้าหนี้มี สิทธิจะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ยิ่งถ้าเจ้าหนี้ที่เป็นผู้ประกอบการค้าก็ยิ่งมีความจำเป็นเกี่ยวกับ เงินทุน การได้รับชำระหนี้คราวละเล็กน้อย นอกจากจะเป็นการเพิ่มภาระบางประการให้แก่ เจ้าหนี้แล้ว ถ้าเป็นการชำระหนี้เงินที่ได้รับชำระคราวละเล็กน้อยอาจใช้หมดไปได้โดยง่าย เช่น ตามสัญญาจำนอง โจทก์ต้องรับผิดในจำนวนเงินจำนวนหนึ่งแล้ว ยังต้องรับผิดสำหรับดอกเบี้ยซึ่ง

ลูกหนี้ผิดนัดด้วย เมื่อโจทก์ขอไถ่ถอนจำนองในจำนวนเงินดังกล่าว โดยไม่เสนอขอชำระดอกเบี้ยด้วย จำเลยยอมปฏิเสธการชำระหนี้ และไม่ยอมให้ไถ่ถอนจำนองได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3713/2535)

ข้อยกเว้นที่ให้เจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้บางส่วนนั้นมีอยู่หลายกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือโดยข้อตกลงของคู่สัญญา มีผลให้เจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้เป็นส่วนๆ เช่น กรณีที่หนี้กลายเป็นการพันวิสัยบางส่วน มาตรา 218 วรรคสอง กรณีหักกลบลบหนี้หนี้ซึ่งตกทอดไปยังทายาทหลายคน กรณีที่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น และหนี้ที่มีทรัพย์สินจำนองเป็นประกันตามมาตรา 713

สำหรับหนี้ที่มีทรัพย์สินจำนองซึ่งส่วนใหญ่เป็นเงินจำนวนมาก กฎหมายได้กำหนดผ่อนปรนให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ค้างจำนองเป็นงวดๆ ได้ แม้ในสัญญาจะไม่มีข้อความว่าให้ใช้เป็นงวดๆ ตามมาตรา 713 แต่ต้องเป็นการชำระหนี้ค้างจำนองเป็นงวดๆ ก่อนหนี้ทั้งหมดถึงกำหนด

การที่กฎหมายกำหนดให้สามารถชำระหนี้ค้างจำนองเป็นงวดๆ ได้ก็เพื่อแบ่งเบาภาระของลูกหนี้และเพื่อให้ผู้จำนองใช้เครดิตในทรัพย์สินอย่างเต็มที่ เช่น จำนองจำนวน 200,000 บาท จะผ่อนชำระทีละ 50,000 บาท แล้วให้จดทะเบียนลดลงมาเป็นคราวๆ ก็ได้ โดยมาตรา 713 นี้เป็นเรื่องผู้จำนองชำระหนี้ค้างจำนองเป็นงวดๆ ไม่ใช่การไถ่ถอนจำนองเป็นบางส่วน (ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ (1298/2512)

แม้มาตรา 713 จะบัญญัติไว้เพื่อช่วยเหลือผู้จำนองให้สามารถผ่อนชำระได้จะได้ไม่เป็นภาระจนเกินไปสำหรับฝ่ายลูกหนี้ก็ตาม แต่การเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ชำระหนี้ค้างจำนองเป็นงวดๆ ได้โดยไม่มีข้อจำกัดนั้นก็อาจสร้างปัญหาหรือก่อความยุ่งยากให้แก่ทั้งฝ่ายผู้จำนองและผู้รับจำนอง หาก ลูกหนี้ขอผ่อนชำระเป็นงวดๆ โดยเงินเพียงจำนวนเล็กน้อยก็อาจเป็นการสร้างภาระให้แก่เจ้าหนี้เช่นกันได้ เช่น ภาระในการรับชำระเงินจำนวนคราวละเล็กน้อยซึ่งอาจหมดไปได้โดยง่าย

นอกจากนั้นการชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ ยังต้องทำการจดทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับการจำนอง มิฉะนั้นแล้วการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ ตามมาตรา 756

มาตรา 746 บัญญัติว่า “การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใดๆ สิ้นเชิงหรือแต่เพียงบางส่วนก็ดี การรับหนี้ย่างใดๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนอง หรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้น เป็นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อคำขอร้องของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามไม่ให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก”

การชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ ได้โดยไม่มีข้อจำกัดยังเป็นภาระแก่ลูกหนี้ในการต้องไปดำเนินการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากโดยปกติในทางปฏิบัติธนาคารผู้รับจำนองมักจะกำหนดข้อตกลงในสัญญาจำนองหรือบันทึกต่อท้ายสัญญาจำนองที่ทำไว้ล่วงหน้าว่าให้ลูกหนี้ผู้จำนองในการชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายสำหรับการจดทะเบียนดังกล่าวด้วย “ค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นในการทำจำนองหรือไถ่ถอนจำนองผู้จำนองตกลงจะเป็นฝ่ายออกแต่ฝ่ายเดียว”

นอกจากนั้นในทางปฏิบัติยังพบว่าผู้รับจำนองมักจะกำหนดเวลาสำหรับการชำระหนี้ไว้ว่าเมื่อใด ลูกหนี้ไม่สามารถผ่อนชำระนานกว่าที่กำหนด หรือกำหนดว่าก่อนถึงกำหนดลูกหนี้จะผ่อนย่อยๆ ไม่ได้ หรือบางกรณีมีการกำหนดให้ผ่อนชำระเป็นงวดๆ ได้ โดยกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำไว้ให้ชำระครั้งละไม่น้อยกว่าเท่าใด ซึ่งลูกหนี้ก็ต้องปฏิบัติตาม หากลูกหนี้จะถือสิทธิตามมาตรา 713 ก็ต้องมาดำเนินการขอให้ศาลบังคับ ซึ่งเป็นเรื่องยุ่งยาก

ข้อตกลงเกี่ยวกับการชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ เป็นข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ แต่ยังเป็นปัญหาว่าข้อตกลงห้ามมิให้ชำระหนี้ล้างจำนองดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่เป็นธรรมหรือไม่

พิจารณาหลักการรับชำระหนี้บางส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 320 ที่กำหนดว่าลูกหนี้ไม่อาจบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้เพียงบางส่วนได้ และเจ้าหนี้มีสิทธิปฏิเสธ

ไม่รับชำระหนี้เพียงบางส่วนเช่นกัน ดังนั้นเจ้าหนี้จึงมีสิทธิที่จะกำหนดข้อตกลงห้ามชำระหนี้ล่าช้า
 จำนวนเป็นงวดๆ ได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์และเสรีภาพของการแสดงเจตนาและไม่ถือว่าข้อตกลง
 ดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
 เนื่องจากไม่ทำให้ผู้จำนองต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนดมาตรา 4 วรรคสาม
 แต่อย่างใด โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดข้อตกลงห้ามดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดข้อ
 ตกลงที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถลดภาระลงได้เท่านั้น

กรณีข้อสัญญาจำนองมีข้อตกลงให้ลูกหนี้ผ่อนชำระหนี้ประธานเป็นรายเดือน และหาก
 ผิดนัดเพียงงวดใดงวดหนึ่งให้เจ้าหนี้มีสิทธิยึดทรัพย์เอาชำระหนี้ทั้งหมดหรือบังคับจำนอง ข้อ
 ตกลง ดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ และเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่

ในประเด็นนี้ผู้เขียนใคร่ขอยกคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 521/2510 (ประชุมใหญ่) มาวางเป็น
 หลักในการวินิจฉัยในคดีดังกล่าว จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความชำระหนี้จำนอง
 จำนวนหนึ่ง โดยมีข้อตกลงกำหนดและเวลาชำระหนี้ว่าจะต้องชำระภายในวันที่ 1 ของทุกๆ เดือน
 เดือนละ 1,000 บาท แต่ไม่มีข้อความว่าถ้าผิดนัดงวดใดงวดหนึ่งให้ถือว่าผิดนัดทั้งหมด เมื่อจำเลย
 ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนี้ ก็ได้ชื่อว่าเป็นผู้ผิดสัญญายอม การที่จำเลยตกลงกำหนดเวลาชำระหนี้
 เป็นงวดๆ นี้ หาได้แยกหนี้ออกเป็นรายๆ ต่างรายกันไม่ เหตุนี้เมื่อจำเลยไม่ชำระหนี้ตามกำหนด
 เวลาที่ตกลงกันไว้แม้แต่งวดหนึ่งงวดใดก็ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้จำนองรายนั้นทั้งหมด หาใช่
 ผิดนัดแต่เฉพาะงวดไม่

ในการประชุมใหญ่ศาลฎีกาคดีนี้มีการถกเถียงกันว่า โดยท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภิทธิ์ เป็น
 องค์คณะในคดีนี้มีความเห็นว่า เมื่อจำเลยผิดนัดก็ต้องบังคับตามสัญญายอม ซึ่งหนี้ตามสัญญา
 ยอมคือ หนี้ 8,000 บาท ส่วนนายวงษ์ วีระพงศ์ มีความเห็นว่าหนี้นี้มีกำหนดเงื่อนไข เจ้าหนี้จะ
 บังคับก่อนเวลาไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154, 155 แต่ท่านอาจารย์
 จิตติ ดิงศภิทธิ์ มีความเห็นว่ามิเงื่อนไขอันเดียวหรือหลายอัน ถ้ากำหนดนี้เป็นเงื่อนไขในการ
 ชำระหนี้ เมื่อผิดนัดก็เป็นการผิดสัญญาทำให้โจทก์ฟ้องเรียกหนี้ทั้งหมดตามสัญญาได้⁶

⁶โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 521/2510 (ที่ประชุมใหญ่)

ศาสตราจารย์ประภาศน์ อวยชัย ได้บันทึกหมายเหตุไว้ว่า ในเรื่องการตีความหรือแปลกฎหมายนั้น มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 ว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ท่านให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้”⁷

ส่วนการระงับหนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 320 ว่า “อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้ แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าหา อาจจะบังคับได้ไม่”

สำหรับการตีความสัญญา นั้นเป็นไปตามมาตรา 368 ที่บัญญัติว่า “สัญญานั้นต้องตีความ ไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

ในเรื่องการตีความหรือแปลสัญญา ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยวางหลักไว้แต่เดิมมา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1470/2492 วินิจฉัยว่า มาตรา 11 ป.พ.พ. ย่อมเป็นหลักในการแปลสัญญาจริง แต่มีความหมายเพียงว่า เมื่อศาลได้พิเคราะห์ถึงเหตุผลและพฤติการณ์อันจะนำมาประกอบการแปลหมด กรณียังมีข้อสงสัยอยู่จึงให้ตีความตามหลักที่กล่าวไว้ในมาตรา 11 แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลจะใช้มาตรา 11 แปลสัญญาโดยไม่เหลียวแลถึงเหตุผลและพฤติการณ์ประกอบสัญญานั้นเสียเลย เมื่อถ้อยคำในสัญญายังเป็นที่สงสัยและศาลล่างสั่งงดสืบพยานมา ศาลฎีกามีอำนาจสั่งให้ศาลล่างพิจารณาพิพากษาใหม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 506/2519 “โจทก์จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยโจทก์จะต้องชำระเงินให้จำเลยภายในวันที่กำหนดแล้วจำเลยจึงจะโอนที่พิพาทให้โจทก์ ศาลพิพากษาตามยอมแล้ว เมื่อโจทก์ไม่ชำระเงินในวันดังกล่าว โจทก์เป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ไม่มีสิทธิขอให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้อีก”

⁷ รายละเอียดโปรดดูประภาศน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เล่ม 1, จัดพิมพ์โดยสภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย 2536, หน้า 967-969.

จากความเห็นของท่านอาจารย์จิติ และแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาจ้างของให้ผ่อนชำระเป็นรายเดือน และหากผิดนัดเพียงงวดใดงวดหนึ่ง ให้เจ้าหน้าที่สิทธิอัยการทรัพย์เอาชำระหนี้ทั้งหมดหรือบังคับจำนองนั้นมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งในขณะนั้น ยังไม่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมได้ ตามมาตรา 4 (5) “ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาที่ทำสัญญา” หากหนี้มีจำนวนสูง เช่น 5 ล้านบาท และลูกหนี้ผิดนัดเพียงงวดเดียว เจ้าหนี้จะบังคับเอาทั้งจำนวน 5 ล้านบาทเนื่องจากหนี้รายนี้ไม่ใช่จำนวนเดียวและได้มีการตกลงชำระเป็นระยะๆ

5.4 ข้อตกลงเกี่ยวกับการติดดอกเบี้ย อัตราดอกเบี้ย และการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย กรณีลูกหนี้ผิดนัด รวมทั้งการบอกกล่าวใดๆ เกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยและหนี้ที่ต้องชำระ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 ว่าในการกู้ยืมกฎหมายไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นต่ำหรือบังคับให้ต้องเสียดอกเบี้ยแก่กัน ดังนั้นหากคู่สัญญาไม่ระบุจำนวนดอกเบี้ยไว้ผู้รับจำนองจะเรียกดอกเบี้ยจากผู้จำนองไม่ได้ และจากสภาพการทำสัญญาจ้างโดยทั่วไปในปัจจุบันจะอยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปซึ่งกำหนดให้ระบุอัตราดอกเบี้ยไว้เป็นตัวเงินแล้ว จึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะตกลงระบุอัตราดอกเบี้ยต่อกันอย่างใดก็ได้ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะขอแยกพิจารณาตามประเภทของผู้รับจำนองดังนี้

1) กรณีที่ผู้รับจำนองเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทั่วไปมิใช่สถาบันการเงิน

อัตราดอกเบี้ยที่ผู้รับจำนองเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทั่วไปที่มีใช่สถาบันการเงิน สามารถเรียกจากลูกหนี้หรือผู้จำนองตามสัญญากู้ยืมเงินได้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ที่บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้ติดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อไป” กล่าวคือ เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีไม่ได้

หากปรากฏว่าสัญญาจ้างของกำหนดให้เรียกดอกเบี้ยต่อกันได้ แต่ไม่กำหนดอัตราดอกเบี้ยให้ชัดเจนว่าจะคิดในอัตราเท่าใด เช่น สัญญาจ้างของ มีข้อความว่า “ยินยอมเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ต่อไป” หรือ “ยินยอมเสียดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดตามกฎหมาย” หรือ “ผู้กู้ยอมเสียดอกเบี้ยแก่ผู้ให้กู้ทุกเดือน” แต่ไม่ระบุอัตราดอกเบี้ยไว้ เช่นนี้ต้องนำหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ โดยนิติกรรมหรือบทกฎหมายอันชัดแจ้งให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี” มาปรับใช้ คือ เรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี

สำหรับการคิดดอกเบี้ยในระหว่างที่ผิดนัด หากสัญญาจ้างของกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ให้คิดต่อกันไว้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งไม่ขัดต่อกฎหมาย คู่สัญญาก็สามารถคิดดอกเบี้ยได้ตามที่ตกลงกัน ตามมาตรา 224 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้น โดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็คงให้ส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น” แต่แม้ว่าจะไม่ได้ตกลงให้คิดดอกเบี้ยผิดนัดระหว่างกันไว้ กฎหมายกำหนดให้สามารถคิดดอกเบี้ยผิดนัดได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามมาตรา 224 วรรคแรก และหากปรากฏว่าสัญญาจ้างของระบุให้เรียกดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดต่อกันได้ แต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยให้ชัดเจนจึงต้องปรับใช้ด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ โดยนิติกรรมหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี” ผู้รับจ้างจึงมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี

กรณีที่มีการเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 3 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันวินิจฉัยว่าดอกเบี้ยเป็นโมฆะทั้งหมด ทั้งในส่วนที่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดและส่วนที่ไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด สำหรับเงินต้นนั้นแยกออกจากส่วนของความเป็นโมฆะของดอกเบี้ย จึงบังคับให้ชำระเงินต้นได้ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเห็นว่าปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น คำพิพากษาที่ 2034/2522 คำพิพากษาที่ 478/2588

คำพิพากษาที่ 2034/2522 จำเลยกู้เงินจากโจทก์โดยเรียกดอกเบี้ยร้อยละ 2.50 บาทต่อสัปดาห์เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ดังนี้ ดอกเบี้ยนั้นตกเป็นโมฆะ

คำพิพากษาที่ 478/2588 การกู้ยืมโดยเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น ดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะ

จากหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทั่วไปที่มีใช้สถาบันการเงิน กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงนั้นใช้บังคับไม่ได้ ดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะ และมีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับด้วย

โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการเรียกดอกเบี้ยก่อนผิดนัดและดอกเบี้ยผิดนัดของผู้รับจำนองที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทั่วไปที่มีใช้สถาบันการเงิน ไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องความไม่เป็นธรรมที่จะต้องให้ศาลตรวจสอบตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เนื่องจากไม่ใช่สัญญาที่อยู่ในอำนาจศาลตรวจสอบความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้

2) กรณีผู้รับจำนองเป็นสถาบันการเงิน

เนื่องจากสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารพาณิชย์ มีกฎหมายพิเศษที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกดอกเบี้ยไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2524 มาตรา 4 ที่กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำหนดอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดจากผู้กู้ยืมและผู้ให้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีได้ ทั้งนี้ การจะกำหนดให้อยู่ในอัตราได้นั้นจะต้องขึ้นกับภาวะเศรษฐกิจ ดังนั้นอัตราดอกเบี้ยที่เป็นสถาบันการเงินสามารถเรียกเก็บจากลูกค้าในการให้กู้ยืมเงินจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ที่สามารถเรียกดอกเบี้ยได้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี เดิมเคยมีประกาศกระทรวงการคลังโดยอาศัย

อำนาจตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดอกเบี้ยกู้ยืมเงินของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 กำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์อาจคิดจากผู้กู้ยืมได้ไว้ ตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยเช่น ไม่เกินร้อยละ 18 หรือ 19 ต่อปี แต่ปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยเลิกคุมอัตราเพดานดอกเบี้ย คือ ยกเลิกการกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินสามารถคิดจากลูกค้า โดยกำหนดหน้าที่แต่เพียงว่าให้สถาบันการเงินแจ้งอัตราดอกเบี้ยที่จะคิดกับลูกค้าในธุรกิจต่างๆ ให้ธนาคารแห่งประเทศไทย และปิดประกาศให้ลูกค้าได้ทราบโดยเปิดเผย เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้แข่งขันได้โดยเสรีตามภาวะในตลาดการเงิน

การคิดดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินนั้น ปกติจะมีการตกลงอัตราดอกเบี้ยกันไว้ชัดเจนแน่นอนทั้งดอกเบี้ยก่อนผิดนัดและดอกเบี้ยเมื่อมีการผิดนัด ดังนั้นเมื่อมีการผิดนัดเกิดขึ้นจึงยังคิดดอกเบี้ยในอัตราเท่าที่ตกลงกันไว้ได้ และเกี่ยวกับเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ คือ คำพิพากษาที่ 650/2532 ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า ประกาศกระทรวงการคลังที่ให้สิทธิธนาคารเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าอัตราปกติที่กฎหมายกำหนด เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล โดยที่โจทก์ไม่นำสืบถึงประกาศกระทรวงการคลังที่ให้สิทธิเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าอัตราปกติตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ส่งผลให้ธนาคารไม่มีสิทธิได้รับดอกเบี้ยในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดเลย ไม่ใช่มีสิทธิเรียกได้ในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี แต่เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้แล้ว ธนาคารจึงจะมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในฐานะเป็นดอกเบี้ยผิดนัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคแรก

อย่างไรก็ตาม มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยเป็นแนวว่าข้อตกลงให้คิดดอกเบี้ยเมื่อมีการผิดนัดมีลักษณะต้องด้วยหลักกฎหมายเรื่องเบี้ยปรับ หากปรากฏว่าสูงเกินควร ให้ปรับลดลงได้ ตามมาตรา 383 ที่บัญญัติว่า “ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สินเมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดกัน” ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 707/2539 ข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่มีลักษณะเป็น ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าให้เจ้าหนี้รับหรือเรียกเอาได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ ให้ถูกต้องตามควรยอมเป็นเบี้ยปรับทั้งสิ้นไม่ว่าจะมีการเรียกชื่ออย่างไรหรือไม่

จำเลยที่ 1 และที่ 2 กู้เงินจากโจทก์โดยยอมเสียดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปี กำหนดชำระเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยเป็นรายเดือน ซึ่งหากผิดนัดไม่ส่งเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยตาม อัตราและกำหนดยอมให้คิดดอกเบี้ยคงค้างเพิ่มขึ้นเป็นอัตราสูงสุดตามประกาศของโจทก์ที่ออก โดยอาศัยอำนาจตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย ดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นจากดอกเบี้ยเดิมจึง ถือว่าเป็นเบี้ยปรับ

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลมองว่าอัตราดอกเบี้ย ผิดนัดที่ธนาคารพาณิชย์เรียกเก็บจากลูกหนี้นั้นสูงเกินควร และศาลมีอำนาจปรับลดลงได้ ซึ่งฝ่าย ธนาคารพาณิชย์ได้แย้งว่าอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารเรียกเก็บนั้น เป็นไปตามประกาศกระทรวงการ คลัง เรื่องอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดได้จากผู้กู้ยืม

สำหรับประเด็นปัญหาเรื่องการคิดดอกเบี้ยทบต้น คือ การคิดดอกเบี้ยตามอัตราที่ ตกกลงไว้รวมกับเงินต้นแล้วคิดดอกเบี้ยตามที่ตกลงไว้ต่อไป จำนวนเงินต้นที่รวมกับดอกเบี้ยนั้นถือเป็นเงินต้นที่จะใช้คำนวณเพื่อคิดดอกเบี้ยในงวดต่อไปได้ โดยการคิดดอกเบี้ยทบต้นเป็นการเพิ่มหนี้ ให้แก่ลูกหนี้ซึ่งนับว่าเป็นภาระแก่ลูกหนี้เป็นอย่างมาก แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้ถึงหนึ่งปีก็นับว่าเป็นการเอาเปรียบเจ้าหนี้เช่นกัน กฎหมายจึงกำหนดให้เอาดอกเบี้ยค้างชำระเกิน 1 ปีมาทบ เข้าเป็นเงินต้นได้ ข้อตกลงดังกล่าวอาจตกลงกันก่อนที่ดอกเบี้ยค้างชำระก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2518/2530)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 655 บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงินแล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นก็ได้ แต่การตกลงเช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

ส่วนประเด็นการค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัดก็ดี ในการค้าขายอย่างอื่นทำนองเช่นว่านี้ก็ดี หากอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติซึ่งกล่าวมาในวรรคก่อนนั้นไม่”

จากหลักกฎหมายมาตราดังกล่าวข้างต้น ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. มีข้อตกลงเป็นหนังสือ ตกลงให้นำดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่า 1 ปี มาคิดทบต้นได้
2. ประเพณีการค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด
3. ประเพณีการค้าขายอย่างอื่นในทำนองเดียวกันกับบัญชีเดินสะพัดเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อตกลงให้นำดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง มาคิดทบเป็นต้นเงินแล้ว ดอกเบี้ยค้างชำระอยู่เดิมจึงแปรสภาพเป็นต้นเงิน ไม่มีดอกเบี้ยค้างชำระอีกต่อไป

ตามประเพณีปฏิบัติของธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปมักจะมีข้อสัญญาให้นำดอกเบี้ยค้างชำระหนี้เกินกว่า 1 ปีมาทบเข้าเป็นต้นเงินและคิดดอกเบี้ยได้ โดยการคิดดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของธนาคารนั้น ว่ากันถึงในหลักวิชาการแล้ว ธนาคารควรคิดกันปีละครั้ง และถ้าระยะเวลาที่กู้ไม่ถึงปี ดอกเบี้ยจะคำนวณตามระยะเวลาที่กำหนดและจำนวนดอกเบี้ยก็จะลดลงตามสัดส่วนของระยะเวลาที่กู้ แต่ในทางปฏิบัติธนาคารจะคิดและเรียกเก็บดอกเบี้ยจากผู้กู้เป็นรายเดือน การที่ธนาคารสามารถกำหนดในสัญญาให้ผู้กู้ต้องชำระดอกเบี้ยเป็นรายเดือนได้ เป็นเพราะเหตุว่าพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 มิได้ห้ามไว้ นอกจากนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีได้บัญญัติห้ามเช่นกัน ทั้งนี้ เพราะดอกเบี้ยย่อมเกิดขึ้นได้เป็นรายวันและถือว่าเป็นดอกผล นิติบัญญัติตามมาตรา 148 จึงทำข้อตกลงเรียกเก็บดอกเบี้ยเป็นรายเดือนได้

ปัญหาที่ควรต้องพิจารณา คือ ดอกเบี้ยรายเดือนที่ลูกหนี้ค้างชำระธนาคารในหนี้สินเชื่อทุกประเภทจะนำมาทบเข้าเป็นเงินต้นเพื่อคำนวณดอกเบี้ยในเดือนต่อไปได้หรือไม่ ในปัญหานี้มีความเห็นของนักกฎหมายเป็นดังนี้

ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ มีความเห็นว่า หากการกู้ยืมเงินเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งในสองกรณี คือ มีประเพณีการค้าที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด หรือมีประเพณีการค้าที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในการค้าขายอย่างอื่นทำนองเช่นว่านั้น ผู้ให้กู้ย่อมคิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ คือ คิดดอกเบี้ยทบต้นได้ โดยได้ชี้ให้เห็นถึงความมุ่งหมายของ

มาตรา 655 วรรคสอง ที่ยอมให้มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ว่า เพราะกรณีเป็นเรื่องการค้ำขายหรือเป็นการค้ำขายเงิน และการให้กู้ยืมเงินย่อมจะมีดอกผลเพิ่มพูนขึ้นตลอดเวลา หากไม่ทำให้การค้ำขายเงินมีดอกผลเพิ่มพูนขึ้น การค้ำขายนั้นก็ยอมอยู่ไม่ได้ การให้กู้ยืมเงินย่อมเป็นกิจการของธนาคารพาณิชย์ที่สำคัญอย่างหนึ่ง ดังนั้นการที่ธนาคารได้ตกลงให้ประชาชนกู้ยืมเงิน (loan) ย่อมถือได้ว่าเป็นการที่ธนาคารนั้นได้ประกอบธุรกิจของธนาคารโดยที่ใช้ประโยชน์จากเงินที่ได้รับฝากไว้ อันถือได้ว่าเป็นการที่ธนาคารได้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้กู้ยืมเงิน และการค้ำดังกล่าวนี้ก็มีประเพณีที่ถือปฏิบัติเป็นปกติเสมอมาว่าให้คิดดอกเบี้ยทบต้นได้ ฉะนั้นหากลูกหนี้ค้างชำระดอกเบี้ยที่ต้องส่งในเดือนใด ธนาคารย่อมมีสิทธิที่จะเอาดอกเบี้ยที่ค้างส่งนั้นทบเข้ากับเงินต้นเพื่อใช้เป็นตัวคำนวณดอกเบี้ยในเดือนต่อไปได้^๖

แต่นักกฎหมายบางท่านไม่ผู้จะเห็นด้วยกับความเห็นข้างต้น โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้ให้เหตุผลว่า ถ้าเป็นเรื่องการกู้เงินกันตามธรรมดายอมบังคับตามมาตรา 655 วรรคแรก ไม่ว่าผู้ที่ให้กู้จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือจะเป็นพ่อค้าในการให้กู้ก็ตาม กรณีจะปรับให้เข้าข้อยกเว้นที่ว่า “ประเพณีการค้าที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในการค้ำขายอื่นทำนองเช่นว่านี้” ซึ่งวรรคสองของมาตรา 655 ยอมให้เรียกดอกเบี้ยทบต้นได้นั้นจะต้องมีลักษณะของการกู้เงินครบองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) ต้องมีการให้กู้ยืมเป็นทางการค้า (2) มีประเพณีในการค้าอย่างนั้นให้คิดดอกเบี้ยทบต้นได้ และ (3) ต้องมีบัญชีเดินสะพัดเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เหตุที่ต้องอาศัยวิธีการของบัญชีเดินสะพัดมาเป็นองค์ประกอบเพื่อให้ธนาคารพาณิชย์คิดดอกเบี้ยทบต้นได้ในกรณีที่ธนาคารให้กู้ยืมเงิน (loan) ก็โดยเหตุผลดังถ้อยคำในวรรค 2 ที่ว่า “ในการค้ำขายอื่นทำนองเดียวกันนี้” มีความต่อเนื่องมาจากถ้อยคำที่ว่า “การค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด” ความเห็นของฝ่ายนี้จึงแปลถ้อยคำที่ว่า “ในการค้ำขายอื่นทำนองเดียวกันนี้” จึงหมายถึงการค้าขายอย่างอื่นที่ต้องจัดให้มีการทำบัญชีเดินสะพัดขึ้นมาซึ่งเมื่อจัดให้มีบัญชีเดินสะพัดแล้ว ประกอบกับการค้ำขายดังกล่าวนั้นมีประเพณีการค้าให้คิดดอกเบี้ยทบต้น จึงสามารถคิดดอกเบี้ยทบต้นได้

^๖ ไพจิตร บุญญพันธุ์, ธนาคารคิดดอกเบี้ยทบต้นในเงินกู้ได้หรือไม่, บทบัณฑิต เล่มที่ 27 ตอน 3 พ.ศ. 2523 หน้า 378.

ดังนั้นความเห็นของฝ่ายนี้จึงสรุปได้ว่า หากธนาคารให้ลูกหนี้ทำสัญญากู้เงิน (loan) และการกู้เงินดังกล่าวนั้น ธนาคารจัดบัญชีลงไว้แต่ฝ่ายเดียวโดยไม่มีข้อตกลงเรื่องบัญชีเดินสะพัดกัน ดังนั้นธนาคารจะคิดดอกเบี้ยทบต้นไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 580/2509)

เมื่อพิจารณาความเห็นทางกฎหมายที่กล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า ยังมีข้อโต้แย้งกัน อยู่ว่าการที่ธนาคารให้ลูกค้ากู้ยืมเงินเป็นก้อน (loan) ธนาคารจะคิดดอกเบี้ยทบต้นได้หรือไม่ ซึ่ง แยกสรุปความเห็นได้ออกเป็น 2 ทาง

ความเห็นแรก เห็นว่าแม้ธนาคารจะให้ลูกค้าทำสัญญากู้ยืมเงินเป็นก้อน ธนาคาร ก็สามารถคิดดอกเบี้ยทบต้นได้โดยที่การกู้เงินนั้นไม่จำเป็นต้องมีสัญญาบัญชีเดินสะพัดต่อกัน ทั้งนี้โดยการแปลถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 655 วรรค 2 ที่ว่า "ประเพณีการค้าขายที่คำนวณ ดอกเบี้ยทบต้นในการค้าขายอย่างอื่นทำนองเช่นว่านี้ก็ดี" ย่อมหมายความว่าถึงกรณีการให้กู้ยืมเงิน อันเป็นการค้าขายของธนาคารพาณิชย์ด้วย

ความเห็นที่สอง เห็นว่าตามมาตรา 655 วรรคสอง ดอกเบี้ยทบต้นจะมีได้ในบัญชีเดินสะพัดหรือในการค้าขายอย่างอื่นทำนองบัญชีเดินสะพัดเท่านั้น ฉะนั้นการที่ธนาคารให้ลูกค้า ทำสัญญากู้เงินเป็นก้อนโดยไม่ใช้บัญชีเดินสะพัด ธนาคารจึงไม่อาจเรียกดอกเบี้ยทบต้นตามวรรคสองได้

โดยท่านอาจารย์ไพฑูริย์มีความเห็นว่าตามความเห็นที่สองที่เห็นว่าธนาคารจะอ้างเพื่อคิดดอกเบี้ยทบต้นจากลูกหนี้เงินกู้ได้ก็แต่เฉพาะเมื่อนิติสัมพันธ์ระหว่างธนาคารและลูกหนี้ เป็นนิติสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาบัญชีเดินสะพัด และธนาคารต้องนำสืบให้เห็นว่าเรื่องดังกล่าวนี้เป็นประเพณีการค้าที่ธนาคารทำกันเป็นปกติในการคำนวณดอกเบี้ยทบต้นได้ โดยต้องถือว่าห้ามมิให้มีการคิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระหรือห้ามคิดดอกเบี้ยทบต้น เพราะถ้า ยอมให้คิดดอกเบี้ยกันได้เช่นนี้แล้วจะเป็นภาระอันหนักและไม่ยุติธรรมอย่างยิ่งแก่ลูกหนี้ผู้กู้ยืม

แต่หลักดังกล่าวไม่ใช่ข้อห้ามเด็ดขาด ดังจะเห็นได้จากกฎหมายยังยอมให้มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ในบางกรณี กล่าวคือ ตามมาตรา 655 เท่านั้น⁹

ข้อที่ได้เถียงกันอยู่กันอยู่ว่าควรจะเป็นความคำว่า "ในการค้าขายอื่นทำนองเดียวกันนี้" ให้มีความหมายอย่างไรเพราะถ้อยคำดังกล่าวอยู่หลังคำว่า "การค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด" ว่ากันจริงแล้ว คำว่า คำว่าบัญชีเดินสะพัดตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา (มาตรา 856-860) เพราะถ้าไม่ได้หมายความว่าแล้วจะไม่มีปรากฏคำว่าบัญชีเดินสะพัดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะอื่นใดนอกเหนือจากเป็นคำที่เรียกกันในกลุ่มกรรมการธนาคารที่ใช้คำว่า "บัญชีเดินสะพัด" แทนคำว่า "บัญชีกระแสรายวัน" เมื่อถือว่า "บัญชีเดินสะพัด" ตามที่ปรากฏในมาตรา 655 วรรคสอง หมายถึงสัญญาบัญชีเดินสะพัดตามความหมายในมาตรา 856 แล้ว จึงต้องเข้าใจว่าสัญญาบัญชีเดินสะพัดในลักษณะของมันเป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ที่จะให้ความสะดวกในการชำระหนี้เดิม เช่น หนี้ซื้อขาย กู้ยืมเงิน หรือหนี้ที่จะมีต่อไประหว่างกัน เช่น หนี้เบิกเงินเกินบัญชี เพราะฉะนั้นหนี้เดิมที่จดลงไว้เป็นหนี้กู้ยืมเงิน แม้จะจดลงในบัญชีเดินสะพัด ผู้ให้ก็ยังมีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากหนี้เงินกู้ยืมนั้นจนกว่าจะได้มีการหักถอนบัญชี ด้วยเหตุนี้มาตรา 655 วรรคสอง จึงยอมให้คิดดอกเบี้ยทบต้นได้ ถ้าเรื่องกู้ยืมเงินนั้นเป็นเรื่องที่มีสัญญาบัญชีเดินสะพัดเข้ามาเกี่ยวข้อง

ดังคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 658-659/2511 (ประชุมใหญ่) ได้วินิจฉัยไว้ว่ากรณีการกู้เงินที่มีลักษณะเป็นสัญญาบัญชีเดินสะพัดเป็นเรื่องที่กำหนดเปิดโอกาสให้เอาเปรียบกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นเช่นนี้การแปลข้อเท็จจริงในเรื่องการกู้ยืมเงินให้เข้าลักษณะกฎหมายบัญชีเดินสะพัดจึงต้องจำกัดแปลกันโดยเคร่งครัด โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้จะเสียหรือลูกหนี้เป็นสำคัญ ไม่ใช่เมื่อต่างตนต่างเป็นเจ้าของหนี้กันและต่างมีบัญชีหนี้กันแล้ว จะถือว่าเป็นสัญญาบัญชีเดินสะพัดต่อกันแล้วไม่ได้

⁹ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์, ปัญหาการคิดดอกเบี้ยทบต้นของธนาคารพาณิชย์, วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ฉบับที่ 2, 2524 หน้า 10-11.

คำพิพากษาฎีกาที่ 543/2510 วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “ฝ่ายที่อ้างว่ามีประเพณีการค้าเช่นนี้ ต้องมีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่ามีประเพณีการค้าดังนั้นจริง ถ้าฟังแต่เขียนไว้ในสัญญาว่า การให้กู้เป็นไปตามประเพณีผู้ให้กู้ เช่นนี้ยังไม่พอเป็นการยอมให้มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นได้”

โดยผู้เขียนมีความเห็นตามแนวความเห็นที่สองและตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ว่า ธนาคารจะอ้างเพื่อคิดดอกเบี้ยทบต้นจากลูกหนี้เงินกู้ได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่ธนาคารและลูกหนี้นี้มีข้อตกลงในลักษณะบัญชีเดินสะพัด และเป็นหน้าที่ธนาคารที่จะต้องนำสืบให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวมีประเพณีการค้าที่ธนาคารคิดดอกเบี้ยทบต้นกันเป็นปกติ

ดังนั้นในทางปฏิบัติปัจจุบันที่ธนาคารพาณิชย์มักจะมีข้อสัญญาให้นำดอกเบี้ยค้างชำระหนี้ที่เกินกว่า 1 ปีมาทบเข้าเป็นต้นเงินและคิดดอกเบี้ยได้นั้น จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 655 วรรคแรก ไม่ถือเป็นข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงกว่าที่ควรแต่อย่างใด

สำหรับการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยที่เรียกเก็บจากลูกหนี้ของธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยในทางปฏิบัติ เนื่องจากธนาคารพาณิชย์มักจะทำให้อัตราดอกเบี้ยไว้ในสัญญาชัดเจน แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ธนาคารพาณิชย์สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยให้สูงขึ้นได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย โดยมีเงื่อนไขต้องแจ้งการเพิ่มอัตราดอกเบี้ยให้ผู้กู้ทราบเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้กู้ยินยอม กรณีเช่นนี้ผู้ให้กู้ หรือธนาคารพาณิชย์มีหน้าที่ตามสัญญาต้องแจ้งการเปลี่ยน (เพิ่ม) อัตราดอกเบี้ยให้ผู้กู้ทราบ หากไม่มีการแจ้งให้ผู้กู้ทราบแล้ว ก็จะเปลี่ยน (เพิ่ม) อัตราดอกเบี้ยเองโดยพลการไม่ได้ ตามคำพิพากษาที่ 4365/2539 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1381/2533

คำพิพากษาฎีกาที่ 4365/2539 สัญญากู้ยืมเงินมีข้อความว่าหากผู้ให้กู้จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ผู้ขอกู้ยอมให้กู้ มีสิทธิขึ้นดอกเบี้ยได้ตามแต่จะเก็บสมควร โดยเพียงแต่แจ้งให้ผู้กู้ทราบเท่านั้น ข้อความที่ระบุไว้ดังกล่าว แม้จะให้สิทธิโจทก์ขึ้นดอกเบี้ยได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย แต่ก็มีเงื่อนไขว่าจะต้องแจ้งให้จำเลยทั้งสองทราบด้วย โจทก์จะขึ้นดอกเบี้ยโดยไม่แจ้งอัตราดอกเบี้ยโดยไม่แจ้งให้จำเลยทั้งสองหาได้ไม่

ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าการเรียกดอกเบี้ยในระหว่างที่ผิดนัดนั้น ไม่ถือเป็นเบี้ยปรับตามแนวคำพิพากษาฎีกาเสมอไป หากปรากฏว่าสัญญาไม่มีข้อตกลงให้สิทธิเจ้าหนี้ในการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยภายหลังผิดนัดชำระหนี้ เช่น สัญญากำหนดคิดดอกเบี้ยกันในอัตราร้อยละ 15 ตลอดสัญญาจนกว่าจะมีการชำระหนี้ ไม่ถือว่าข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยดังกล่าวเป็นเบี้ยปรับ แต่หากปรากฏว่ามีการตกลงว่าในระหว่างสัญญาให้คิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 12 ต่อปี แต่หลังจากที่มีการผิดสัญญาให้เจ้าหนี้คิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 18 ต่อปี ข้อตกลงในส่วนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดเช่นนี้จึงจะถือเป็นเบี้ยปรับตามแนวคำพิพากษาฎีกา หากสูงเกินส่วนศาลมีอำนาจปรับลดลงได้

5.5 ข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ข้อ 6 แล้วว่าทางปฏิบัติจะพบว่าข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างของแทบทุกฉบับมีการกำหนดข้อตกลงให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชำระหนี้ในส่วนที่ขาดภายหลังการเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุด หรือขายทอดตลาด แล้วเงินไม่พอชำระหนี้ อันเป็นการกำหนดข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ที่บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น”

การกำหนดข้อตกลงดังกล่าว แม้ว่าจะขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733 แต่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้ตัดสินโดยให้การยอมรับว่าข้อตกลงดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้ไม่ต้องห้ามและไม่เป็นโมฆะ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงอาจตกลงกันเป็นพิเศษให้ผิดแผกกับบทบัญญัติมาตรา 733 ได้

อย่างไรก็ตาม การกำหนดข้อตกลงดังกล่าวยังมิได้มีการพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม จึงต้องพิจาระห์กันว่า การที่ศาลฎีกาพิพากษาเช่นนั้นสอดคล้องกับหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการจ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่

เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนใคร่ขอวิเคราะห์โดยยกหลักกฎหมาย 2 กรณีมาศึกษา คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1) ศึกษาตามหลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งที่สำคัญใช้ในการแทรกแซงการทำสัญญาหรือใช้จำกัดขอบเขตของเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล เพื่อรักษาไว้ซึ่งเสถียรภาพหรือผลประโยชน์ของสาธารณะ ดังนั้นการแสดงเจตนากำหนดข้อตกลงหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่สามารถกระทำได้เป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

ในสภาพปัจจุบันเจ้าหนี้จะทำสัญญาให้ลูกหนี้นยินยอมให้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้ ในกรณีที่มีการบังคับจำนองและราคาทรัพย์สินที่จำนองมีราคาไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ ปัญหามีว่ามาตรา 733 นี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่

เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าอย่างไรเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เช่นนี้แล้ว การที่จะถือว่ากฎหมายใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่จึงต้องอาศัยความเห็นของนักนิติศาสตร์และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ว่าการที่จะถือว่านิติกรรมมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้นั้น หมายความว่า ขัดขวางตอนนโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม เช่น นิติกรรมอันเกิดแต่การที่บุคคลแสวงหาประโยชน์ใส่ตนด้วยการยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องร้องเป็นความกันขึ้นในศาลในกรณีที่ตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับมูลคดีเป็นโมฆะ เพราะต้องถือว่าเป็นนโยบายได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม

ที่จะไม่ให้บุคคลยุงให้บุคคลอื่นเป็นความกัน ในกรณีกลับกันถ้าตนเองมีส่วนได้เสียในมูลคดี นิติกรรมที่ทำไปไม่เป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1371/2492)¹⁰

พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) ได้ให้ความเห็นไว้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น ถ้าเป็นสัญญาที่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย และสัญญาอุลามากันอยู่ในจำพวกสัญญาที่เสียใช้ไม่ได้ เช่น สัญญาจ้างหญิงรับจ้างเป็นหญิงโสเภณี (คำพิพากษาฎีกาที่ 510/2468) และกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่เกี่ยวแก่คุณธรรมโดยเฉพาะแล้วนับว่าอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบของประชาชน ได้แก่ กฎหมายอาญา กฎหมายเกี่ยวกับการปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร นอกจากนี้กฎหมายที่อยู่ในจำพวกกฎหมายเอกชน ถ้าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่ด้วยแล้วก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเช่นเดียวกัน เช่น ข้อตกลงในสัญญาจำนองว่าจะยอมให้ผู้รับจำนองฟ้องเอาทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิก่อน 5 ปี ขัดต่อความสงบเรียบร้อยเป็นต้น

อาจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ ให้ความเห็นว่าสัญญาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นกฎหมายเกี่ยวกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ หรือประชาชน การกระทำใด ซึ่งมีผลกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคมหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัวยอมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹¹

อาจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นต้องเป็นข้อความ ซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะดำรงอยู่ได้ และข้อที่ควรจดจำก็คือที่ต้องการให้สังคมดำรงได้นั้นก็เพื่อจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง

กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น สรุปได้ว่าต้องเป็นกฎหมายที่มุ่งปกป้องรักษาสังคมให้อยู่อย่างสงบสุข เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายทหาร

¹⁰ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1371/2494 จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา

¹¹ ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติมฉบับพิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2543, หน้า 44-45.

กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา ฉะนั้นถ้าบทบัญญัติใดเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ซึ่งหากให้เอกชนตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้แล้วจะทำให้ประโยชน์ส่วนรวมของสังคมเสื่อมเสียไป บทกฎหมายนั้นก็จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อย่างไรก็ตามในเรื่องของเอกชน (กฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนไม่เกี่ยวกับสังคมโดยรวมโดยตรง) ถ้าสังคมปล่อยให้เอกชนตกลงกันเป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็จะทำให้ประโยชน์ของสังคมส่วนรวมเสื่อมเสียไปเห็นว่ากฎหมายนั้นก็จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเช่นเดียวกัน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 909/2492 ผู้ที่จะได้ทรัพย์สินมรดกตามพินัยกรรม ได้ตกลงทำสัญญาแบ่งทรัพย์สินมรดกตามพินัยกรรมกันเสียใหม่

สำหรับกรณีที่เป็นกฎหมายเอกชนที่มุ่งควบคุมภาวะทางเศรษฐกิจก็เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2509 การตกลงยินยอมกันไม่ประมูลแข่งขันในการประกวดราคารับก่อสร้างทางของรัฐ ซึ่งกรมทางหลวงประกาศให้มีการประมูล ย่อมทำให้รัฐได้รับความเสียหาย ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹²

มีผู้ให้ความเห็นที่ควรหยิบยกขึ้นมาพิจารณาสำหรับกรณีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ไว้ดังนี้¹³ “สำหรับการแก้ไขกฎหมายในมาตรา 733 นี้ก่อนได้รับการแก้ไขจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2478 มีข้อความเดิมที่กำหนดว่า

“ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้จนครบ”

¹²สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, วารสารอัยการ, หน้า 93-96.

¹³เรื่องเดียวกัน หน้า 91-92.

กล่าวคือ “ลูกหนี้คงเป็นลูกหนี้จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จสิ้นและคงรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด หากทรัพย์สินที่จำนองมีราคาไม่พอชำระหนี้” อันเป็นหลักการที่สำคัญของการจำนอง

จากหลักการและเหตุผลในการแก้ไขมาตรา 733 ในขณะนั้นเข้าใจว่าคงมีเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการแรก ประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม ซึ่งเกษตรกรรมเหล่านี้มักจะประสบปัญหาในเรื่องหนี้สินและปัญหาอื่นๆ โดยเฉพาะเรื่องที่ดินทำกิน ซึ่งส่วนมากต้องนำที่ดินทำกินที่มีกรรมสิทธิ์อยู่ไปจำนอง ขาย หรือขายฝากไว้กับเจ้าหนี้เพราะเหตุจากการขาดความรู้ในการทำนิติกรรมสัญญาผลสุดท้ายมักจะสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินของตนไป

ประการที่สอง เนื่องจากโดยปกติแล้ว เมื่อลูกหนี้ไปกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้โดยมีทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะให้กู้ไม่เกินครึ่งหนึ่ง หรือไม่เกินร้อยละ 75% ของราคาทรัพย์สินที่จำนองไว้แต่จะเป็นการสมยอมกัน ดังนั้นถ้ามีการบังคับจำนองโดยเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด โดยปกติแล้วราคาทรัพย์สินที่จำนองก็จะคุ้มหรือเกินกว่าราคาหนี้จำนองไว้แต่จะมีการใช้วิธีอื่นไม่สุจริตสมคบกันระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ซื้อโดยมีเจ้าหน้าที่รู้เห็นเป็นใจด้วย

แต่มาตรา 733 ในปัจจุบันมีการแก้ไขกำหนดว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบใดๆ

การแก้ไขดังกล่าวถือเป็นการทำลายหลักการที่สำคัญของการจำนอง ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับ มาตรา 702 ที่กำหนดให้การจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ เมื่อเอาชำระจากทรัพย์สินไม่พอ ส่วนที่ขาดยังคงเป็นหนี้กันอยู่”

ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าเอกสารประกอบการประชุมเมื่อครั้งมีการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ซึ่งขอยกขึ้นมากล่าวประกอบดังนี้

ตามบันทึกเรื่องเสนอแก้กฎหมายลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาร์.กียอง ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขมาตรา 733 เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2476 ว่า “1) นโยบายที่เสนอแก้ไขนั้นเป็นการตรงข้ามกับความในมาตรา 733 ที่เดียว และ2) ตามกฎหมายทั่วโลกเป็นที่ยอมรับกันว่า (ก) ลูกหนี้จำต้องชำระหนี้สินของตนจงสิ้น และจะต้องเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ออกจำหน่ายเพื่อการนั้น ข้อบังคับทั่วไปอันนี้มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสยามมาตรา 214 ซึ่งมีข้อความว่า “เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” (ข) เมื่อลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตราไว้เพื่อชำระหนี้ของตน โดยวิธีก่อให้เกิดเอกสิทธิ์เป็นคุณแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ต้องได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้

การกล่าวว่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้สินของตนและต้องเอาทรัพย์สินออกจำหน่ายเพื่อการนั้นตราบเท่าที่ตนยังมีทรัพย์สินอยู่นั้น ไม่ใช่เป็นเพียงในหลักกำหนดเท่านั้น เป็นหลักในทางสุจริตด้วย และเพราะเหตุว่าเป็นหลักในทางสุจริตนี้เอง จึงกลายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปหมด

หลักทำนองว่า เจ้าหนี้ผู้เอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อใช้หนี้ เมื่อได้เงินไม่เพียงพอจะเรียกร้องให้ใช้หนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้นั้น ย่อมเป็นการนำมาใช้ในกฎหมายแพ่งของเรา ซึ่งเป็นการตรงข้ามกับหลักที่ใช้กันอยู่ในบรรดาประเทศทั้งหลายและหากมีการใช้กฎหมายนี้ในประเทศสยาม คงไม่มีเจ้าหนี้ผู้รอบคอบคนใดที่จะละเลยไม่ทำสัญญาเพื่อไว้ให้ลูกหนี้รับผิดชอบนอกออกไปจากประมวลแพ่ง เพื่อเป็นประกันการที่จะได้เงินของตนคืน ”

นอกจากนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาการแก้กฎหมายมาตรา 733 ตาม บันทึกลงวันที่ 26 มกราคม 2477 ว่า “กฎหมายของต่างประเทศไม่ค่อยได้กำหนดไว้ชัดเจนและ โดยตรงเสมอ แต่อาศัยบทบัญญัติเฉพาะของกฎหมาย เช่น ตามบทบัญญัติที่ว่าหนี้เป็นอันระงับ สิ้นไปโดยการชำระหนี้ก็แต่เมื่อหนี้นั้นได้ชำระโดยสิ้นเชิงและเพียงพอ หรือตามบทบัญญัติใน กฎหมายลักษณะล้มละลายที่ว่า เจ้าหนี้มีประกัน (รวมถึงผู้รับจำนอง) ถ้ายังมีได้รับชำระหนี้จน สิ้นเชิงจากการที่บังคับเอาจากทรัพย์สินประกัน (รวมถึงการจำนอง) แล้ว อาจร้องขอให้จัดการใน ส่วนการเรียกร้องที่ยังไม่ได้รับชำระอย่างเจ้าหนี้สามัญได้ โดยนำหลักกฎหมายของต่างประเทศ มาอ้างได้ดังนี้

กฎหมายอังกฤษ (คู่มือลิสบูรี ว่าด้วยการจำนอง เล่ม 21 หน้า 269) ผู้รับจำนองเอา ทรัพย์สินประกันทั้งหมด หรือแต่บางส่วนออกจำหน่ายโดยการขาย เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายในการนั้น แล้ว เหลือเท่าใดผู้รับจำนองต้องคิดหักหนี้ของผู้จำนอง เมื่อหนี้นั้นยังชำระไม่ครบถ้วนอีกเท่าใด ผู้รับจำนองเรียกเอาส่วนที่ขาดอยู่นั้นได้อีก

กฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1234 “หนี้นั้นระงับสิ้นไปด้วยการ ชำระหนี้” (“Art. 1234 Les obligation s’eteignent : Par le paiement, Par le novation,.....”

มาตรา 2092 ผู้ใดผูกมัดตนเป็นการส่วนตัวก่อนขึ้น ผู้นั้นจำต้องปฏิบัติชำระหนี้ ของตนจากบรรดาดังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าที่มีอยู่แล้วหรือจะมีขึ้นในภายหน้าทั้ง ห ม ด (Art. 2092 Quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, presents et a venir. ซึ่งแปลเป็น

ภาษาอังกฤษว่า "Whosoever binds himself personally, is required to fulfil his engagement out of all his property moveable and immoveable, present and future.")

มาตรา 2209 เจ้าหนี้จะเรียกให้ขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้จำนองไว้แก่ตนได้ก็แต่ในกรณีเมื่อทรัพย์สินที่จำนองไว้กับตนนั้นไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ตามที่เรียกร้อง" (Art. 2209 Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués.)¹⁴

จากบันทึกความเห็นดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ค่อยเห็นด้วยกับนโยบายของรัฐที่จะแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 แต่เมื่อได้นำเสนอความเห็นไปยัง คณะรัฐมนตรีแล้ว คณะรัฐมนตรียังคงยืนยันให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 ดังรายละเอียดปรากฏในภาคผนวก

ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นตรงกันว่า การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อหลักของการจำนอง โดยเป็นการแก้ไขหลักการที่สำคัญของการจำนองที่ว่า ลูกหนี้คงเป็นลูกหนี้จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จสิ้น และคงรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดหากทรัพย์สินที่จำนองมีราคาไม่พอชำระหนี้ การจำนองเป็นเพียงประกันเพื่อชำระหนี้ เมื่อหลักประกันไม่พอ หนี้ที่เหลือเป็นหนี้ที่ไม่มีประกัน ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบไม่ใช่หลุดพ้นลอยนวลไป" ทำให้การจำนองไม่เป็นประกันหนี้ และแก้ไขไม่ตลอด เนื่องจากการจำนำค้ำจำนองแต่ไม่มีการแก้ไขหลักการเรื่องจำนำด้วย

¹⁴ บันทึกเรื่องเสนอแก้ไขลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

โดยศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช ได้กล่าวแล้วว่า การแก้ไขด้วยเหตุทางการเมืองได้ทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนไปเป็นอันมากจนถึงขนาดที่จะถือไม่ได้ว่าการจำนองเป็นประกันแห่งหนี้เพราะถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว เมื่อขายทรัพย์สินจำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ลูกหนี้ก็ยังจะต้องรับผิดชอบ

นาย เค. เอ. ลอร์สัน มีความเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 นี้เป็นการทำความยุติธรรมให้แก่ผู้รับจำนองอย่างยิ่ง โดยนายตี พานิชอัตรา กล่าวว่าในส่วนตัวไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขนั้น เพราะนอกจากจะเป็นการขัดกับลักษณะจำนองแล้ว อาจจะมีผลในทางอื่นด้วย

ขุนประเสริฐสุภามาตรา กล่าวว่า กฎหมายบทนี้ตัดสิทธิของเจ้าหนี้โดยเจ้าหนี้ไม่ได้ทำผิดอะไรเลย และเป็นการให้สิทธิแก่ลูกหนี้ โดยลูกหนี้ไม่ได้ทำความชอบอะไรเลย¹⁵

สำหรับการตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733 นั้นแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานดังนี้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติตามมาตรา 733 เป็นเรื่องพิธีการบังคับจำนองไม่ได้ห้ามมิให้ลูกหนี้ทำสัญญาต่างหากว่าจะใช้หนี้เงินสิ้นเชิง โดยอธิบายว่า สมัยก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้จำนองและผู้รับจำนองได้เคยทำสัญญาเช่นนี้เสมอ เนื่องจากตามประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน รศ.118 ซึ่งใช้ขณะนั้น ให้การจำนองเลิกกันไป ซึ่งผู้จำนองหลุดพ้นจึงต้องทำสัญญาพิเศษกัน ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ลูกหนี้ต้องใช้เงินครบ และเมื่อแก้ไขกฎหมายกลับให้ผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบอีกคู่กรณีจึงทำสัญญาพิเศษดังที่ทำมาสมัยก่อนอีก ศาลเห็นว่าการทำสัญญาพิเศษนี้ไม่ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตรงกันข้าม การที่ผู้ยืมเงินจะตกลงสัญญาว่าจะชำระหนี้เงินครบจำนวนนั้นเป็นผลดีต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง หากกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้ทำสัญญาพิเศษ กฎหมายคงจะห้ามโดยชัดแจ้ง มีบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ว่า

¹⁵ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อที่ 5 ที่อ้างข้างต้น

“ปัญหาว่าสัญญาในคดีนี้จะมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมายหรือไม่ อาจมีทางทราบได้จากถ้อยคำในตัวของมันเอง ถ้อยคำในมาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่ บัญญัติไว้อย่างเบาบางแต่เพียงว่า “ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด” ถ้าประสงค์จะให้เป็นการห้ามของกฎหมายแล้ว คงจะได้บัญญัติไว้ให้หนักแน่นกว่านั้น เช่น บัญญัติลงไปว่า ถ้าทรัพย์จำนองไม่พอใช้หนี้ “ห้ามมิให้” ผู้รับจำนองยึดทรัพย์อื่นๆ ของลูกหนี้หรือผู้จำนอง ดังนี้ เป็นต้น ดังจะเห็นได้เมื่อเทียบกับข้อห้ามในมาตรา 654 ที่มีให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น ได้ใช้ถ้อยคำอย่างหนักแน่นว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี” และยังได้บัญญัติไว้ให้การฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นตกเป็นอันไร้ผลด้วยว่า ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี โดยท่านเองเช่นนี้ จึงจะเข้าใจได้ว่าเป็นข้อห้ามแห่งกฎหมาย แต่มาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่มิได้บัญญัติไว้ให้เข้าใจเช่นนั้นเลย คำว่า “ไม่ต้องรับผิด” ในมาตรา 733 นั้นเป็นถ้อยคำเปล่าๆ มีบัญญัติไว้ในบทอื่นทั่วไปที่มีไว้สำหรับกำหนดข้อห้ามของกฎหมาย เช่น ในมาตรา 562 วรรค 2 ที่ว่า “ผู้เช่าไม่ต้องรับผิดในความสูญหายหรือบุบสลาย อันเกิดแก่การใช้ทรัพย์สินนั้นโดยชอบ” มาตรา นี้ใช้คำว่า “ไม่ต้องรับผิด” เหมือนกันแต่ก็เห็นได้ทีเดียวว่า มาตรา 562 วรรค 2 นี้ไม่ใช่บทที่กำหนดข้อห้ามแห่งกฎหมายหรือเป็นบทที่เกี่ยวกับความสงบศีลธรรมอย่างไร บุคคลชอบที่จะตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างไปได้ตามมาตรา 114 อันใดก็ควรเป็นอย่างไรเหมือนกัน สำหรับมาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่ เพราะใช้ถ้อยคำไม่ผิดต่างกันอย่างไร

ความประสงค์ในการแก้ไขมาตรา 733 นั้น เท่าที่จะเห็นได้จากคำปรารภก็มีแต่เพียงเท่านี้ กล่าวคือ “โดยที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติว่า สมควรแก้ไขมาตรา 214 และ 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับความรับผิดของลูกหนี้มีจำนองเป็นประกัน” ตามที่ปรารภไว้ดังนี้ เข้าใจได้แต่เพียงว่าประสงค์จะแก้ความในตัวของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของลูกหนี้ หาได้ประสงค์จะแก้ความรับผิดของลูกหนี้ไม่ อันจำนองนั้นตามหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปเป็นแต่ประกันเท่านั้นเอง กล่าวคือ ถ้าบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์จำนองที่เป็นประกันไม่เพียงพอ เจ้าหนี้ก็ชอบที่จะเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้อีกจนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบ หลักว่าด้วยความรับผิดของลูกหนี้มีอยู่ดังนี้ ถ้าเป็นความประสงค์ของกฎหมายใหม่ที่จะแก้ความรับผิดของลูกหนี้ให้วิปริตผิดไปเป็นอื่นแล้ว ก็คงจะได้แสดงความประสงค์อันนั้นไว้ให้ปรากฏชัดแจ้งในคำปรารภ เพราะเป็นการแก้ไขผิดหลักธรรมดาทั่วไปที่กฎหมายไหนๆ เขาใช้กัน แต่ก็ได้หาแสดงความประสงค์ไว้เช่นนั้นไม่ เป็นแต่ปรารภว่าจะแก้ไขข้อความในตัวของเท่านั้นเอง

แก่นของความรับผิดชอบดังกล่าวแล้วจึงยังคงใช้ได้ การแก้ไขคงมีผลแต่ถ้าไม่ได้ทำสัญญาไว้ต่อกัน เป็นอย่างอื่นแล้ว เจ้าหนี้จะบังคับเอาชำระหนี้ได้แต่จากทรัพย์จำนองเท่านั้น ต่อเมื่อมีสัญญาตกลง กันไว้ จึงจะบังคับเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นได้ด้วย

อาจคิดสงสัยว่ามาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่เกี่ยวกับความสงบศีลธรรมอันดีของ ประชาชน เพราะการที่ทรัพย์สินอย่างอื่นของลูกหนี้จะต้องถูกยึดขายใช้หนี้ด้วยนั้น จะทำให้สิ้นตัว เป็นทางให้ก่อกรรมทำเข็ญกันขึ้นได้ด้วยประการต่างๆ แต่ความเข้าใจดังนี้เป็นความคิดที่แคบให้ ความหมายแก่ความสงบศีลธรรมกว้างขวางมากเกินไป การที่เป็นหนี้เขาแล้วไม่ต้องใช้กลับจะ กระทบกระเทือนถึงความสงบศีลธรรมได้มากกว่ามาก เพราะจะไม่มีใครกล้าลงทุนให้คนอื่นเอาเงิน ไปค้าหากำไร ลูกหนี้นี้อาจหาทางโกงเจ้าหนี้ได้นานาประการ จะเอาเรื่องเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรามา เทียบกันก็ไม่ได้ เพราะดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนการที่ได้ใช้ต้นทุนซึ่งเจ้าหนี้เรียกเอาจากลูกหนี้ ถ้าไม่มีข้อจำกัดห้ามไว้บ้างแล้ว เจ้าหนี้อาจขูดเลือดลูกหนี้จนผิดศีลธรรมได้ แต่เรื่องที่เอาทรัพย์ จำนองกู้เงินเขาไป เขาเรียกดอกเบี้ยตามอัตราในกฎหมาย การที่เขาจะบังคับชำระหนี้จาก ทรัพย์จำนองและทรัพย์สินอื่นด้วยนั้นหาเป็นการขูดอะไรกันไม่ เป็นแต่การขอคืนทุนที่เขาได้จ่ายให้ ไปแล้วกับดอกเบี้ยที่เขาชอบที่จะเรียกเอาได้ตามกฎหมาย การที่จะบังคับให้เขาได้รับชำระหนี้ นั้น จากทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดจึงไม่น่าจะเป็นการผิดศีลธรรมความสงบอะไรไปได้"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 168/2518 สัญญาจำนองระบุว่า ถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอ ชำระหนี้ ผู้จำนองยอมรับผิดชอบใช้เงินที่ขาดจนครบ ข้อตกลงนั้น บังคับได้ไม่เป็นโมฆะ"

ปัญหาที่มีว่ามาตรา 733 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความ สงบเรียบร้อยของประชาชน การทำสัญญาจำนองโดยมีข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 เพราะเป็น เรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน ไม่กระทบต่อความสงบของสังคมโดยรวมแต่อย่างใด เพราะการ จำนองนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 715 ได้บัญญัติให้ทรัพย์สินที่จำนองเป็นการ ประกันการชำระหนี้และอุปกรณ์ซึ่งได้แก่ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ และ ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง ซึ่งจากบทบัญญัติของมาตรา 715 นี้มีความหมายในกรณีที่มี การบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองแล้ว จะเอาเงินที่ขายทอดตลาดนั้นชำระหนี้

อะไรบ้างนอกจากนั้น ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ผู้รับจ้างเองไม่ใช่สิทธิในการบังคับจ้างเอง แต่กลับใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหน้าที่สามัญแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องใช้มาตรา 733 นอกจากนั้น มาตรา 733 ยังได้บัญญัติไว้อีกว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจ้างเองหลุด หรือถ้าเอาทรัพย์สินจ้างเองออกขายทอดตลาดใช้หนี้” คำว่า “ถ้า” ในมาตรา 733 ตีความได้ว่าทำได้ ไม่ทำก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นเจ้าหน้าที่จ้างเองจะใช้สิทธิบังคับจ้างเองหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้มีคำพิพากษาฎีกาวางบรรทัดฐานแล้ว คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 224/2508 โจทก์ฟ้องขอให้ชำระหนี้จ้างเองมิใช่ฟ้องบังคับจ้างเอง ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 733 คู่ความทำสัญญาประนีประนอมยอมความชำระหนี้จ้างเองเป็นการแปลงหนี้ใหม่ โจทก์บังคับคดีโดยยึดทรัพย์สินอื่นของจำเลยรวมทั้งทรัพย์สินจ้างเองได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3262/2527 การกู้เงินที่มีจ้างเองประกันหนี้เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนี้สามัญ โดยบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ ตามมาตรา 214 หรือจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาจ้างเองอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ การจ้างเองไม่ห้ามเจ้าหนี้ผู้รับจ้างเองต้องผูกพันที่จะบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินที่จ้างเองแต่ทางเดียว

2) ศึกษาตามหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตามที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้นแล้วว่าการกำหนดข้อตกลงให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบชำระหนี้ในส่วนที่ขาดภายหลังการเอาทรัพย์สินที่จ้างเองหลุด หรือขายทอดตลาด แล้วเงินไม่พอชำระหนี้ อันเป็นการกำหนดข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถบังคับได้ไม่เป็นโมฆะ จึงมีปัญหาถกเถียงกันว่าข้อตกลงเช่นนี้แม้จะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 แต่จะเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ตามนัยของพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 หรือไม่

มีนักนิติศาสตร์ได้ให้ข้อสังเกตที่ควรศึกษาว่า ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 เป็นการขัดกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากทรัพย์สินที่จ้างเองนั้นเป็นประกันหนี้อันเพียงพออยู่แล้ว ผู้รับจ้างเองทุกคนคงไม่มีใครรับจ้างเองมากไปกว่าราคาทรัพย์สินซึ่งจ้างเอง

เมื่อบังคับจำนองได้เงินมาน้อยเท่าใดก็ควรจะเป็นอันยุติเพียงนั้น ไม่ควรที่จะให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบอีก การทำข้อสัญญาตกลงยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 733 เป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน มิได้กระทบกระเทือนถึงสังคมส่วนรวมแต่ประการใด เพราะการจำนองนั้น ตาม ป.พ.พ. มาตรา 715 ได้บัญญัติให้ทรัพย์สินซึ่งจำนองยอมเป็นการประกันการชำระหนี้กับค่าอุปกรณ์ซึ่งได้แก่ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ และค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 715 นี้มีความหมายว่าในกรณีที่มีการบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองแล้ว จะเอาเงินที่ขายทอดตลาดได้นั้นชำระหนี้อะไรได้บ้าง ดังนั้นหากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่ใช้สิทธิในการบังคับจำนอง แต่กลับไปใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้สามัญแล้ว กรณีก็ไม่ต้องนำมาตรา 733 มาใช้บังคับ อีกทั้งมาตรา 733 ยังได้บัญญัติอีกว่า ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ คำว่า “ถ้า” ในมาตรา 733 ตีความได้ว่าทำได้ ไม่ทำได้ เมื่อเป็นเช่นนี้เจ้าหนี้จำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้จำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนอง แต่กลับไปฟ้องร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญ กรณีก็ต้องนำ ป.พ.พ. มาตรา 214 มาใช้บังคับ ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว แม้คู่สัญญาจะไม่ทำสัญญาตกลงยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 733 เจ้าหนี้ก็ยังสามารถฟ้องร้องให้ลูกหนี้รับผิดชอบชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงอยู่นั่นเอง¹⁶

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า จากหลักการสำคัญของการจำนองคือ การที่ลูกหนี้คงเป็นลูกหนี้จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จสิ้น และคงรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด หากทรัพย์สินที่จำนองมีราคาไม่พอชำระหนี้” โดยเห็นว่าการจำนองเป็นการประกันหนี้ประจักษ์ เมื่อหลักประกันไม่พอหนี้ที่เหลือเป็นหนี้ที่ไม่มีประกัน ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบ ซึ่งนักนิติศาสตร์หลายท่านที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นกล่าวอ้างในตอนต้นแล้วมีความเห็นว่าตรงกันเช่นนี้ด้วย การแก้ไขกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันจึงเป็นการทำลายหลักการที่สำคัญของการจำนองทำให้การจำนองไม่เป็นประกันหนี้

¹⁶สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, วารสารอัยการ.

ดังนั้นการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจ้างหรือบันทึกต่อท้ายสัญญาจ้างว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจ้างง้อหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจ้างง้อออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ ลูกหนี้ผู้รับจ้างง้อต้องต้องใช้จนครบนั้น” นั้น เป็นข้อตกลงที่เป็นไปตามหลักการหรือแก่นของจ้างง้อที่ว่าจ้างง้อเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินแล้ว และไม่ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ที่ศาลจะต้องพิจารณาอีก