

บทที่ 3

การใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงิน

เป็นหลักประกัน

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงเรื่องของการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกันในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และรูปแบบของนิติกรรมสัญญาในทางปฏิบัติ รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลเพื่อวิเคราะห์ถึงผลบังคับของการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นหลักประกันในรูปแบบต่าง ๆ ตามหัวข้อดังนี้

3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกัน เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลผู้นำสิทธิตามสัญญานั้นมาเป็นหลักประกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงที่มีผลบังคับได้ในทางกฎหมาย เพื่อให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเรียกร้องบังคับหลักประกันนั้นได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งสัญญาหรือข้อตกลงที่มีผลบังคับได้ในทางกฎหมายนั้น อาจกระทำได้หลายรูปแบบ ซึ่งผลบังคับของสัญญาหรือข้อตกลงในแต่ละรูปแบบ มีความแตกต่างกัน และมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

3.1.1 การจำนำ (Pledge)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บัญญัติเรื่อง "จำนำ" ไว้ตั้งแต่มาตรา 747 - 769 โดยแบ่งออกเป็นการจำนำทรัพย์สินซึ่งต้องมีการส่งมอบ และการจำนำสิทธิที่มีตราสาร

3.1.1.1 การจำนำทรัพย์สินซึ่งต้องมีการส่งมอบ

ลักษณะของสัญญาจำนำ บัญญัติไว้ในมาตรา 747 " อันว่าจำนำนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ " การจำนำจึงประกอบด้วยสาระสำคัญ

2 ประการ คือ ประการแรก ผู้จำหน่ายต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่าย¹ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินก็ไม่เป็นการจำหน่าย การส่งมอบจึงเป็นสาระสำคัญ และถือเป็นแบบแห่งสัญญาจำหน่าย เพราะสิทธิจำหน่ายนั้นเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย จึงเป็นทรัพย์สิน มิได้ก่อตั้งขึ้นโดยสัญญาหรือข้อตกลง ดังจะเห็นได้ว่าแม้คู่สัญญาจะตกลงกันทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำสัญญาจำหน่ายเป็นหนังสือ แต่ถ้ามิได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายตามกฎหมาย² เพราะกฎหมายมุ่งถึงผลแห่งการใช้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกัน คือให้เจ้าหนี้มีอำนาจที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยการนำทรัพย์สินไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ซึ่งการที่จะบังคับตามทรัพย์สินที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์เช่นนั้นได้ จะต้องมีตัวทรัพย์สินรองรับการใช้สิทธิดังกล่าว ดังนั้น หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิบังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ ทำให้ขาดสภาพของการเป็นหลักประกันตามกฎหมาย เพราะไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินใด ๆ เหนือทรัพย์สินที่จำหน่าย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่าด้วยการระงับสิ้นไปแห่งการจำหน่ายในมาตรา 769 (2) ว่า จำหน่ายมระงับสิ้นไปเมื่อผู้รับจำหน่ายยอมให้ทรัพย์สินจำหน่ายกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำหน่าย แต่ในส่วนของครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่าย คู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำหน่ายได้ ตามมาตรา 749^{*}

การส่งมอบ สามารถกระทำได้โดยการโอนการครอบครอง จึงนำหลักเรื่องการโอนการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 และ

¹ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ คำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 144 ; ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525), หน้า 154

² คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 503/2504

^{*} มาตรา 749 บัญญัติว่า "คู่สัญญาจำหน่ายจะตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำหน่ายไว้ก็ได้"

1379* มาใช้สำหรับเรื่องการส่งมอบด้วย โดยเทียบเคียงกับความหมายของการส่งมอบตามมาตรา 2 แห่ง Bill of Exchange Act, 1882 ของอังกฤษ ซึ่งบัญญัติว่า "Delivery means transfer of possession, actual or constructive from one person to another" ซึ่งแปลความได้ว่า "ส่งมอบ หมายความว่า การโอนการครอบครองโดยตรง หรือโดยปริยาย จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง"³ และ "การครอบครอง" นั้น คือ การแสดงกิริยาอาการยึดถือหรือหวงกันไว้เพื่อตน⁴

นอกจากนั้น การส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว ยังต้องประกอบด้วยเจตนาเพื่อเป็นประกันในการชำระหนี้ด้วย มิฉะนั้นมิใช่การจำนำ เช่น ก. กู้เงิน ข. ต่อมา ก. มีกิจธุระจึงฝากรถยนต์ไว้กับ ข. ดังนี้มิใช่จำนำ⁵ ดังนั้น ต้องมีหนี้ประธานก่อน แล้วจึงมีการตกลงส่งมอบทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น สัญญาจำนำจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ ซึ่งหากหนี้ประธานเสื่อมเสียหรือระงับไปไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม การจำนำซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ ก็จะต้องระงับไปด้วย แม้ว่าผู้รับจำนำจะยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำคืนให้แก่ผู้จำนำก็ตาม สิทธิที่ผู้รับจำนำมีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นก็สิ้นสุดลง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 769 (1) ว่า จำนำย่อมระงับสิ้นไป เมื่อหนี้ซึ่งจำนำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่นมิใช่เพราะอายุความ

ลักษณะสำคัญของสัญญาจำนำประการต่อมา คือ ทรัพย์สินที่จำนำ

* มาตรา 1378 บัญญัติว่า "การโอนไปซึ่งการครอบครองนั้น ย่อมทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง"

มาตรา 1379 บัญญัติว่า "ถ้าผู้รับโอนหรือผู้แทนยึดถือทรัพย์สินอยู่แล้ว ท่านว่าการโอนไปซึ่งการครอบครองจะทำเพียงแสดงเจตนาก็ได้"

³ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวเงิน. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2514), หน้า 121.

⁴ ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ทรัพย์สิน. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 208.

⁵ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ จำนำ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537) , หน้า 145

ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งคำว่า "สังหาริมทรัพย์" ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140 ว่า "สังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย" จึงมีนัยกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า⁶ เมื่อสังหาริมทรัพย์นั้น หมายถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ด้วย ฉะนั้น สิทธิอันเกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์จึงยอมจำนำกันได้ หากกฎหมายไม่ได้ยกเว้นหรือห้ามไว้ และทำได้โดยอาศัย มาตรา 747 นี้เอง เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสังหาริมทรัพย์ และนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง⁷ มีความเห็นว่า เมื่อสิทธินี้เป็นสังหาริมทรัพย์แล้ว การจำนำก็ยอมทำได้ตามมาตรา 747 อันเป็นหลักทั่วไปแห่งสัญญาจำนำ และเมื่อสิทธินี้เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแล้ว การส่งมอบยอมทำได้ด้วยการแสดงเจตนาต่อกันเท่านั้นก็เป็นการเพียงพอแล้ว

แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากพิจารณาประกอบกับลักษณะสำคัญของสัญญาจำนำในประการแรกดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า การจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ ตามความหมายของคำว่า "ส่งมอบ" และ "ครอบครอง" ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงจะก่อให้เกิดสิทธิจำนำขึ้นตามกฎหมาย ดังนั้น สังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาจำนำตามมาตรา 747 จะต้องสามารถส่งมอบให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ได้ด้วย คือ เจ้าหนี้สามารถแสดงกิริยายึดถือไว้ได้ การส่งมอบจึงไม่สามารถกระทำได้เพียงการแสดงเจตนาต่อกัน ดังนั้น วัตถุไม่มีรูปร่าง จึงเป็นทรัพย์สินที่โดยสภาพไม่อาจส่งมอบให้แก่กันได้ แม้จะรวมอยู่ในความหมายของสังหาริมทรัพย์ ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า ไม่สามารถนำมาจำนำได้ตามมาตรา 747 เพราะการจำนำ ตามมาตรา 747 จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วย การจำนำจึงจะสมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอาจนำมาจำนำได้หากเข้าลักษณะ

⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, "จำนำสิทธิ" บทบัญญัติ ตอนที่ 3 เล่มที่ 35 พ.ศ.2521, หน้า 429.

"แก้ความเข้าใจเรื่องจำนำสิทธิ" บทบัญญัติ ตอนที่ 2 เล่มที่ 36 พ.ศ.2522, หน้า 180.

หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4102/2539

⁷ ธนวัฒน์ เนติโพธิ์, "เรื่องที่ 12.3.5 ลักษณะของสัญญาจำนำที่ใช้ในทางพาณิชย์" เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจ (Business Law) หน่วยที่ 7-15, หน้า 441.

ของสิทธิที่มีตราสารซึ่งกฎหมายในเรื่องจำหน่ายได้กำหนดวิธีการไว้ เพราะมีตราสารที่จะนำมาส่งมอบให้เจ้านายถือไว้แทนตัวทรัพย์สินหรือสิทธินั้น ส่วนสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มิใช่สิทธิซึ่งมีตราสารย่อมไม่สามารถนำมาจำหน่ายได้ เพราะไม่มีตราสารที่จะนำมาส่งมอบแทนตัวทรัพย์สินหรือสิทธิให้แก่ผู้รับจำหน่าย

3.1.1.2 การจำหน่ายสิทธิที่มีตราสาร

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มิได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องของการจำหน่ายสิทธิไว้เป็นการเฉพาะ เว้นแต่ในกรณีทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นสิทธิซึ่งมีตราสาร ตามมาตรา 750 * การจำหน่ายตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเช่าสัง ตามมาตรา 751 * การจำหน่ายตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลโดยนาม ตามมาตรา 752 * * และการจำหน่ายใบหุ้นหรือใบหุ้นกู้ ตามมาตรา 753 *** จึงเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้ประสงค์ที่จะให้มีการนำสิทธิโดยทั่วไปมาจำหน่ายตามบทบัญญัติในลักษณะนี้ เพราะสิทธิที่ไม่มีตราสาร อาจเป็นสิทธิที่

* มาตรา 750 ถ้าทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นสิทธิซึ่งมีตราสาร และมีได้ส่งมอบตราสารนั้นให้แก่ผู้รับจำหน่าย ทั้งมิได้บอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำหน่ายแก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วยไซ้ ท่านว่าการจำหน่ายย่อมเป็นโมฆะ

* มาตรา 751 ถ้าจำหน่ายตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเช่าสัง ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้สลักหลังไว้ที่ตราสารให้ปรากฏการจำหน่ายเช่นนั้น อนึ่งในการนี้ ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งตราสาร

** มาตรา 752 ถ้าจำหน่ายตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลโดยนาม และจะโอนกันด้วยสลักหลังไม่ได้ ท่านว่าต้องจดข้อความแสดงการจำหน่ายไว้ให้ปรากฏในตราสารนั้นเอง และท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งตราสารหรือบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้บอกกล่าวการจำหน่ายนั้นให้ทราบถึงลูกหนี้แห่งตราสาร

*** มาตรา 753 ถ้าจำหน่ายใบหุ้น หรือใบหุ้นกู้ชนิดระบุชื่อ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บริษัท หรือบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้จดลงทะเบียนการจำหน่ายนั้นไว้ในสมุดของบริษัท ตามบทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะ 22 ว่าด้วยการโอนหุ้นหรือหุ้นกู้

บังคับได้แต่ในฐานะที่เป็นบุคคลสิทธิ เช่น สิทธิตามสัญญาต่าง ๆ ซึ่งแม้จะมีกฎหมายกำหนดว่า ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือต้องทำเป็นหนังสือ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่การทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือการทำเป็นหนังสือดังกล่าว ก็มีใช้เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญานั้น ๆ เพราะแม้คู่สัญญาจะมีได้มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำสัญญาเป็นหนังสือสัญญานั้นก็ยังบังคับได้ระหว่างคู่สัญญา เพราะเป็นบุคคลสิทธิที่มีอยู่ระหว่างกัน มิได้ทำให้ความสมบูรณ์ของสัญญานั้นเสียไปแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายในเรื่องจำนำก็มีได้ให้ความหมายของคำว่า "สิทธิที่มีตราสาร" ไว้ จึงเกิดปัญหาว่า สิทธิที่มีตราสาร ตามความหมายของมาตรา 750 มีความหมายเพียงใด

ในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายท่านหนึ่ง ให้คำอธิบายว่า⁸ "การจำนำสิทธิที่มีตราสารตามมาตรา 750 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คำแปลภาษาอังกฤษใช้คำว่า "a right represented by a written instrument" ซึ่งแปลได้ว่า คือ "ตราสารใช้แทนสิทธิหรือทรัพย์สิน" มิใช่ตราสารที่เป็นเพียงหลักฐานแห่งสิทธิ หรือหลักฐานแห่งหนี้ในความหมายทั่วไปเท่านั้น" และได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ "สิทธิที่มีตราสาร" ว่า⁹ "...สิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างตามความหมายในมาตรา 94 (ปัจจุบัน คือ มาตรา 138) นั้น โดยธรรมชาติของมันไม่มีตัวตนที่จะหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันได้ แต่กระนั้นก็ดี สำหรับสิทธิบางอย่าง เช่น สิทธิในตั๋วเงิน ประทอนสินค้า ในวงการค้าขายได้ทำตราสารขึ้นเพื่อใช้เป็นตัวสิทธินั้นเอง การโอนขายจำนำสิทธิเช่นนี้ ใช้วิธีการส่งมอบตราสารกันประหนึ่งว่า เป็นทรัพย์สินมีตัวตนเหมือนอย่างธนบัตร สิทธิมีตราสารเป็นสำคัญหมายความรวมถึง ตราสารเปลี่ยนมือ ซึ่งโดยปฏิบัติของพ่อค้าใช้ส่งมอบโอนกันได้เช่นนี้เท่านั้น เข้าใจว่าไม่หมายความถึงสิทธิอย่างอื่น...."

⁸ ไพจิตร ปุณณพันธ์, "การจำนำสิทธิที่จะได้รับเงินฝากคืน." ดุลพินิจ เล่ม 6 ปีที่ 39 พฤศจิกายน - ธันวาคม พ.ศ. 2535, หน้า 9; ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525), หน้า 161 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 2051/2537

⁹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 633/2478.

นักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง¹⁰ ได้ให้คำอธิบายถึงลักษณะทางกฎหมายของ "ตราสาร" (Instrument) ว่าหมายถึง เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่ใช้เพื่อให้ความมุ่งหมายตามกฎหมายเฉพาะอย่างมีผลบังคับ ตราสารนี้มีไว้เป็นหลักฐานแห่งสิทธิหรือหน้าที่เท่านั้น แต่ตัวตราสารนั่นเองเป็นเอกสารที่ก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ และห้ามพิสูจน์แก้ไขเพิ่มเติมข้อความในตราสารโดยพยานบุคคล

และในตำรากฎหมายต่างประเทศ ได้อธิบายความหมายของคำว่า "Instrument" ไว้ดังนี้

"Instrument" in general usage the word "Instrument" means any tool used to do a particular job. In English law the word is used in narrower, more specialised to mean a written document used to effect some particular legal purpose. It has been defined as "any written document under which any right or liability.....exists"¹¹

"A document of this kind is not merely evidence of a right or liability, the document itself is the instrument by which the rights or liabilities are created."¹²

จากความเห็นของนักกฎหมายและความหมายของคำว่า "ตราสาร" ที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ตราสารนั้นจะต้องเป็นเอกสารที่มีไว้เป็นเพียงหลักฐานแห่งสิทธิ (Evidence of debt) แต่จะต้องเป็น "เอกสารแห่งสิทธิ" คือ ก่อให้เกิดสิทธิขึ้นโดยตัวของตราสารนั่นเองด้วย ซึ่งคำว่า "เอกสารแห่งสิทธิ" นี้ ตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า "Document

¹⁰พนิดา วัฒนเวคิน "ผลของการโอนบิลออฟแลดิงในระบบกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 75.

¹¹ Mason v. Schuppisser (1899) 81 L.T.147 per Sterling, J. at p.148.

¹² James Mcloughlin, Introduction to Negotiable Instrument. (London : Butterworths, 1983), p. 23.

of Title” ซึ่งถือว่าเป็นหลักฐานที่สำคัญที่สุดในการแสดงว่ามีความเป็นเจ้าของ (Ownership) ในสิทธิเรียกร้องอันเป็นทรัพย์สิน หรือที่เรียกว่า Chose in action ในกฎหมายอังกฤษ และเป็นวิธีการ (Means) หรือเครื่องมือ (Instrument) ของการรับมา (Obtaining) และการก่อตั้ง (Establishing) ซึ่งสิทธินั้น ๆ เช่นการที่จะเกิดเสียงดนตรีขึ้นมาได้ นักดนตรีก็ต้องใช้เครื่องมือ ซึ่งก็คือ เครื่องดนตรี เช่นเดียวกับการที่จะก่อตั้งสิทธิ ซึ่งมีลักษณะที่ยึดถือครอบครองไม่ได้ ก็ต้องอาศัย “เครื่องมือ” (Instrument) ซึ่งเครื่องมือนี้จะอยู่ในรูปของเอกสารสิทธิ ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า Document of Title ก็คือ Instrument และอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “ตราสาร” ก็คือ เครื่องมือ (Instrument) ที่อยู่ในรูปของ Document of Title นั่นเอง¹³

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า แม้บทบัญญัติในเรื่องจำนำ จะมีได้ ให้คำจำกัดความหรือความหมายของคำว่า “สิทธิที่มีตราสาร” ตามมาตรา 750 ไว้ แต่จากความเห็นของนักกฎหมาย และโดยการเทียบเคียงจากตำราต่างประเทศ ก็อาจกล่าวได้ว่า สิทธิที่มีตราสาร น่าจะหมายถึง ตราสารที่ใช้แทนสิทธิในทรัพย์สิน (Document of Title) ที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารนั้น ซึ่งหากไม่มีตราสารแล้ว ย่อมจะบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ไม่ได้เลย เพราะตราสารนั่นเองเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิขึ้น ดังนั้น การโอนตราสารจึงมีผลเป็นทั้งการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ และการโอนความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารนั้น ด้วย การโอนสิทธิตามตราสารจึงต้องกระทำตามแบบวิธีการของตราสารนั้น ๆ ซึ่งมีใช้แบบของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ตามธรรมดา ความหมายของคำว่าตราสารในเรื่องนี้ จึงมีความซับซ้อนกว่าการทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือการทำเป็นหนังสือเพียงเพื่อเป็นหลักฐานแห่งหนี้ (Evidence of debt) ในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น และไม่หมายความรวมถึงสิทธิตามสัญญาต่าง ๆ โดยทั่วไป ซึ่งสามารถโอนกันได้โดยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องอยู่แล้ว ตัวอย่างของสิทธิที่มีตราสาร ได้แก่ ตั๋วแลกเงิน ใบตราส่ง และใบประทวนสินค้า เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า¹⁴ สิทธิซึ่งมีตราสาร

¹³ Dudley Richardson, Guide to Negotiable Instruments and The Bill of Exchange Act. (London : Butterworths, 1970), p. 9.

¹⁴ จิตติ ติงศภัทิย์, สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและดอกเบี้ย สรุป วิเคราะห์ วิจารณ์ และตอบข้อซักถาม , วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 53 : หน้า 89-90 ; ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ คำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537) , หน้า 149.

นั้น หมายความว่าแต่เพียงสิทธิซึ่งมีเอกสารแสดงถึงสิทธิ ซึ่งอาจเป็นสิทธิได้รับเงินหรือทรัพย์สิน และตามธรรมดาเอกสารนั้น เป็นเอกสารที่สร้างขึ้นตามแบบพิธีในกฎหมาย ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการจำนำสิทธิที่มีตราสารให้กว้างออกไป เพื่อให้กฎหมายลักษณะจำนำสามารถปรับใช้กับหลักประกันที่เป็นสิทธิตามสัญญาได้อย่างกว้างขวาง โดยเทียบเคียงกับ "ตราสาร" ที่ต้องปิดอากรแสตมป์ตามประมวลรัษฎากร¹⁵

แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า การนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของตราสารตามประมวลรัษฎากร มาใช้ในความหมายของตราสารที่สามารถจำนำได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจำนำ น่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องจำนำ เพราะการกำหนดหลักเกณฑ์ของตราสารตามประมวลรัษฎากร เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากรเป็นหลัก รายการตราสารที่ปรากฏอยู่ในบัญชีอากรแสตมป์ท้ายประมวลรัษฎากรดังกล่าว จึงอาจมีการเปลี่ยนแปลง แก้ไขเพิ่มเติมได้ตามนโยบายในการจัดเก็บภาษีอากร โดยมีได้ถือตามลักษณะของตราสารที่แทนสิทธิหรือตัวทรัพย์สิน แต่การจำนำสิทธิที่มีตราสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มุ่งถึงการที่จะให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น สิทธิที่มีตราสารซึ่งสามารถจำนำได้ ก็ควรจะต้องเป็นตราสารที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ ในทำนองเดียวกันกับการจำนำที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ กล่าวคือ เจ้าหนี้สามารถบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ตามตราสารนั้นได้โดยตรง เช่น การนำตราสารนั้นออกขายทอดตลาดได้ เช่นเดียวกับการบังคับจำนำทรัพย์สินอื่น ๆ เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หรือในกรณีที่ตราสารนั้นถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ที่เป็นประกัน ตามมาตรา 754* ก็จะต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิให้ผู้รับจำนำยึดถือไว้เป็นประกัน

¹⁵ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ จำนำ จำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 149 – 150. ; นวรัตน์ กลิ่นรัตน์ "จำนำตราสาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 45.

* มาตรา 754 ถ้าสิทธิซึ่งจำนำนั้นถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ซึ่งประกันไว้หนี้ไซ้ ท่านว่าลูกหนี้แห่งสิทธิต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิให้แก่ผู้รับจำนำ และทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นของจำนำแทนสิทธิซึ่งจำนำ

ถ้าสิทธิซึ่งจำนำนั้นเป็นมูลหนี้ซึ่งต้องชำระเป็นเงิน และถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ซึ่งประกันไว้หนี้ไซ้ ท่านว่าต้องจ่ายเงินให้แก่ผู้รับจำนำและผู้จำนำร่วมกัน ถ้าและเขาทั้งสองไม่

แทนสิทธิที่จำนำต่อไป แต่ตราสารตามประมวลรัษฎากร มิใช่ตราสารที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับตามตราสารนั้นได้โดยตรง เช่น สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาจ้างทำของ สัญญาค้ำประกัน เป็นต้น การส่งมอบตราสารให้เจ้าหนี้อย่างไรจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิจำนำแก่เจ้าหนี้เหนือตราสารนั้นแต่ประการใด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สิทธิที่จะนำมาจำนำได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 750 นั้น จะต้องเป็นสิทธิที่มีตราสาร ในลักษณะที่เป็นตราสารที่ใช้แทนสิทธิในทรัพย์สิน (Document of Title) ที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารนั้น ซึ่งทำให้การจำนำสิทธิตามกฎหมายไทยต้องตีความอย่างแคบ และไม่สามารถกระทำได้ในกรณีของสิทธิตามสัญญาอื่น ๆ ที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกัน แต่ไม่มีเอกสารหลักฐานในลักษณะที่เป็นตราสารแทนตัวสิทธิหรือทรัพย์สิน ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีมูลค่าและมีสภาพคล่องในการชำระหนี้ ซึ่งเป็นลักษณะที่ดีของหลักประกันทางการเงิน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 นอกจากนี้ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทบัญญัติที่ให้ความหมายของคำว่า "ตราสาร" ไว้โดยเฉพาะว่า เอกสารในลักษณะใดบ้างที่จะถือได้ว่าเป็นตราสาร ยังทำให้เกิดข้อปัญหาในการตีความของนักกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และในหัวข้อที่จะได้กล่าวถึงแนวคำวินิจฉัยของศาล ก็จะได้เห็นว่า มีแนวคำพิพากษาของศาลที่มีความแตกต่างกันในเรื่องนี้ ซึ่งทำให้สถานะของหลักประกันที่เป็นสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่าง ๆ มีความไม่แน่นอนว่าจะสามารถใช้เป็นหลักประกันที่ให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ได้มากน้อยเพียงใด

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากจะได้มีการแก้ไขจำกัดและข้อปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากบทบัญญัติตามมาตรา 750 โดยการพิจารณาแก้ไขให้สามารถนำสิทธิตามสัญญาต่าง ๆ ที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นเงินหรือทรัพย์สิน และมีหลักฐานแห่งสิทธิหรือหลักฐานแห่งหนี้ (Evidence of debt) มาจำนำได้ เช่นเดียวกับการแก้ไขประมวลแพ่งประเทศญี่ปุ่น ในมาตรา 363 ที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าทำให้การจำนำสิทธิเรียกร้องสามารถกระทำได้โดยการส่งมอบเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ ซึ่งเดิมก่อนมีการแก้ไขการจำนำสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 363 ของประมวลแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้ต้องมีการส่งมอบเอกสารที่เป็น "written instrument" เป็นความสมบูรณ์ของการจำนำ ซึ่งหากความหมายของ

ปรองดองตกลงกันได้ ท่านว่าแต่ละคนชอบที่จะเรียกให้วางเงินจำนวนนั้นไว้ ณ สำนักงานฝากทรัพย์สินได้เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน

คำว่า "written instrument" ตามกฎหมายญี่ปุ่น หมายความว่าเพียงเอกสารแสดงสิทธิหรือหลักฐานแห่งสิทธิเท่านั้น ก็คงไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวเป็น "evidence of claim" ดังนั้น การแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังกล่าวของกฎหมายญี่ปุ่น อาจสืบเนื่องมาจากข้อจำกัดในเรื่องความหมายของคำว่า "written instrument" เช่นเดียวกับบทบัญญัติในมาตรา 750 ของกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม การแก้ไขประมวลแพ่งของประเทศญี่ปุ่นในมาตราดังกล่าว เป็นข้อที่มีความน่าสนใจว่ากฎหมายไทยก็น่าจะได้มีการทบทวนบทบัญญัติตามมาตรา 750 นี้ ซึ่งมีข้อจำกัดในการใช้และข้อปัญหาในการตีความอยู่ในปัจจุบันว่า ควรจะมีการแก้ไขอย่างไรหรือไม่ เพื่อให้การจำหน่ายสิทธิเรียกร้องโดยทั่วไปสามารถกระทำได้ โดยการส่งมอบเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งสิทธิ และบอกกล่าวแจ้งการจำหน่ายให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบเป็นหนังสือ ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 751--753 นั้น เป็นบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องของการจำหน่ายตราสารแต่ละประเภทอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไข

การจำหน่ายสิทธิซึ่งมีตราสาร มีวิธีการจำหน่ายที่กำหนดไว้ตามมาตรา 750 คือต้องมีการส่งมอบตราสารแก่ผู้รับจำหน่าย กับต้องแจ้งการจำหน่ายให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบเป็นหนังสือ มิฉะนั้น การจำหน่ายจะตกเป็นโมฆะ ส่วนการจำหน่ายตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเช่าสิ่ง ตามมาตรา 751 ซึ่งหมายถึงตราสารที่ผู้ออกตราสารออกให้แก่ผู้ทรงตราสาร เพื่อให้ลูกหนี้ตามตราสารชำระหนี้แก่ผู้ทรง ซึ่งอาจมีการระบุชื่อผู้ทรง หรือให้สิทธิแก่ผู้ทรงโดยไม่มีการระบุชื่อก็ได้ ตราสารเหล่านี้ได้แก่ตราสารเปลี่ยนมือต่าง ๆ เช่น ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน และเช็ค จะต้องสลักหลังการจำหน่ายให้ปรากฏไว้ในตราสาร แล้วส่งมอบแก่ผู้รับจำหน่าย หากไม่มีการสลักหลังการจำหน่าย จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ แต่ไม่ต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งตราสาร เพราะผู้ออกตราสารและลูกหนี้แห่งตราสารนั้น ทราบดีอยู่แล้วว่า ตราสารชนิดนี้ออกมาเพื่อโอนกันได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว ตามลักษณะของตราสารเปลี่ยนมือโดยทั่วไป แต่ถ้าหากตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเช่าสิ่งนั้น มีข้อกำหนดห้ามโอนโดยการสลักหลังแล้ว จะเป็นตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลโดยนาม มิใช่ตราสารเปลี่ยนมือ จึงต้องมีการบอกกล่าวการจำหน่ายให้แก่ลูกหนี้แห่งตราสารทราบด้วย ตามมาตรา 752 ส่วนการจำหน่ายใบหุ้น ตามมาตรา 753 ถ้าเป็นใบหุ้นชนิดระบุชื่อหรือใบหุ้นกึ่งชนิดระบุชื่อจะใช้ยันบริษัทหรือบุคคลภายนอกได้จะต้องจดทะเบียนการจำหน่ายไว้ในสมุดทะเบียนของบริษัท แต่การจำหน่ายใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

ไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการไว้โดยเฉพาะ แต่การโอนหุ้นชนิดนี้สามารถโอนให้แก่กันได้โดยการส่งมอบใบหุ้นให้แก่กัน*

3.1.1.3 ผลแห่งการจำหน่ายและวิธีการบังคับจำหน่าย

สัญญาจำหน่ายเป็นอุปกรณ์แห่งหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดภาวะผูกพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเจ้าหนี้มีสิทธิยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่ายไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ตามมาตรา 758** และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น แม้ว่าในบทบัญญัติเรื่องการจำหน่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติว่า เจ้าหนี้จำหน่ายมีสิทธิจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ เหมือนเจ้าหนี้จำนองก็ตาม แต่มีบทบัญญัติในมาตรา 282 บัญญัติไว้ว่า "เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ ท่านว่าผู้รับจำหน่ายย่อมมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่ง ดังที่เรียงไว้ในมาตรา 278 นั้น" ซึ่งตามมาตรา 251 ได้ให้ความหมายของคำว่า "ผู้ทรงบุริมสิทธิ" ไว้ว่า "ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้น ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือบทกฎหมายอื่น" ดังนั้น จึงทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง¹⁶ แต่โดยที่การยึดถือครอบครองทรัพย์สินของผู้รับจำหน่ายนั้น มิใช่การยึดถือในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายจึงมีหน้าที่ที่จะต้องสงวน

* มาตรา 1129 อันว่าหุ้นนั้นย่อมโอนกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของบริษัท เว้นแต่เมื่อเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้น ซึ่งมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดลงไว้เป็นอย่างอื่น

** มาตรา 758 ผู้รับจำหน่ายชอบที่จะยึดของที่จำหน่ายไว้ได้ทั้งหมดจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ และค่าอุปกรณ์ครบถ้วน

¹⁶ พจน์ บุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกันจำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2533) หน้า 343.

รักษาทรัพย์สินที่จำนำ ตามมาตรา 759* แต่หากเกิดค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการสงวนรักษาทรัพย์สินนั้น ผู้รับจำนำเรียกจากผู้จำนำได้ ตามมาตรา 762 และนอกจากสิทธิในการยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้แล้ว ในกรณีที่มีดอกผลชนิดนี้เกิดจากทรัพย์สินที่จำนำ เจ้าหนี้จำนำยังมีสิทธิที่จะจัดสรรดอกผลนั้นเพื่อชำระดอกเบี้ยหรือต้นเงินได้ด้วย ตามมาตรา 761**

นอกจากสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำก่อนเจ้าหนี้อื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เจ้าหนี้ผู้รับจำนำยังเป็น "เจ้าหนี้มีประกัน" ตามความหมายของกฎหมายล้มละลายอีกด้วย*** ซึ่งกฎหมายล้มละลายมีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 95 กล่าวคือ "เจ้าหนี้มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น"

เนื่องจากการจำนำนั้น เป็นประกันแห่งหนี้ ดังนั้น หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ กฎหมายจึงให้สิทธิเจ้าหนี้ผู้รับจำนำที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แทนการชำระหนี้ได้ นอกเหนือไปจากการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามัญ ซึ่งการ

* มาตรา 759 ผู้รับจำนำจำต้องรักษาทรัพย์สินที่จำนำไว้ให้ปลอดภัย และต้องสงวนทรัพย์สินจำนำนั้นเช่นอย่างวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง

** มาตรา 762 ค่าใช้จ่ายใด ๆ อันควรแก่การบำรุงรักษาทรัพย์สินจำนำนั้น ผู้จำนำต้องชดใช้ให้แก่ผู้รับจำนำ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา

มาตรา 761 ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา หากมีดอกผลชนิดนี้ยังออกจากทรัพย์สินนั้นอย่างไร ท่านให้ผู้รับจำนำจัดสรรใช้เป็นค่าดอกเบี้ยอันค้างชำระแก่ตน และถ้าไม่มีดอกเบี้ยค้างชำระ ท่านให้จัดสรรใช้ต้นเงินแห่งหนี้อันได้จำนำทรัพย์สินเป็นประกันนั้น

*** พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 6 บัญญัติว่า

"ในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ข้อความจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

" เจ้าหนี้มีประกัน " หมายความว่า เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำนำ หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ"

บังคับจำนำนั้น กำหนดวิธีการไว้ในมาตรา 764* กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้รับจำนำจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดก่อน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนำจึงจะเอาทรัพย์สินที่จำนำนั้นออกขายทอดตลาดได้ โดยเมื่อขายทอดตลาดแล้วให้นำเงินมาชำระหนี้หากมีเงินเหลือก็ให้ส่งคืนผู้จำนำ แต่ถ้าขายได้เงินน้อยกว่าจำนวนหนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดต่อไป ตามมาตรา 767** ซึ่งการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนำนี้เป็นการขายทอดตลาดโดยผู้รับจำนำเอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ต่างกับการขายทอดตลาดในการบังคับจำนอง ซึ่งต้องฟ้องศาลขอให้สั่งขายทอดตลาด ส่วนวิธีการขายทอดตลาดนั้น ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องการขายทอดตลาด ตามมาตรา 509 – 517 แต่เนื่องจากมิใช่การขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ผู้ซื้อโดยสุจริตจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1330 แต่อาจได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1332 ถ้าเข้าเกณฑ์ตามมาตรา นั้น¹⁷

การที่กฎหมายบัญญัติว่า การบังคับจำนำจะต้องกระทำโดยวิธีขายทอดตลาดนั้น ก็เพื่อให้ผู้รับจำนำได้รับเงินมาชำระหนี้ และให้ความคุ้มครองผู้จำนำมิให้ถูกเอาเปรียบ ในเรื่องมูลค่าของทรัพย์สินที่จะถูกขายทอดตลาด มิให้ราคาต่ำจนเกินไป โดยเปิด

* มาตรา 764 เมื่อจะบังคับจำนำ ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้และอุปกรณ์ภายในเวลาอันควร ซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น

ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำชอบที่จะเอาทรัพย์สินซึ่งจำนำออกขายได้ แต่ต้องขายทอดตลาด

อนึ่งผู้รับจำนำต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังผู้จำนำ บอกเวลาและสถานที่ซึ่งจะขายทอดตลาดด้วย

** มาตรา 767 เมื่อบังคับจำนำได้เงินสุทธิจำนวนเท่าใด ท่านว่าผู้รับจำนำต้องจัดสรรชำระหนี้และอุปกรณ์เพื่อให้เสร็จสิ้นไป และถ้ายังมีเงินเหลือก็ต้องส่งคืนให้แก่ผู้จำนำหรือแก่บุคคลผู้ควรจะได้เงินนั้น

ถ้าได้เงินน้อยกว่าจำนวนค้างชำระ ท่านว่าลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับไว้ในส่วนที่ขาดอยู่นั้น

¹⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525) , หน้า 179

โอกาสให้ผู้จำนำเข้าสู่ราคาได้ด้วย และห้ามมิให้คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนเวลาที่หนี้จะถึงกำหนดชำระเพื่อบังคับจำนำเป็นอย่างอื่น* ซึ่งนอกจากการบังคับจำนำโดยวิธีการขายทอดตลาด ตามมาตรา 764 แล้ว ก็มีแต่เรื่องของการบังคับจำนำตัวเงิน ตามมาตรา 766 เท่านั้นที่ให้ผู้รับจำนำเรียกเก็บเงินตามตัวเงินนั้นในวันที่ถึงกำหนด โดยไม่ต้องบอกกล่าวลูกหนี้ก่อน ส่วนการบังคับจำนำในกรณีที่ทรัพย์สินที่จำนำเป็นสิทธิที่มีตราสาร ตามมาตรา 750 นั้น กฎหมายในเรื่องจำนำมิได้กำหนดวิธีการบังคับจำนำไว้โดยเฉพาะ จึงเป็นเรื่องที่ยังมีความเห็นแตกต่างกัน กล่าวคือ

ฝ่ายแรกมีความเห็นว่า การบังคับจำนำสิทธิที่มีตราสารนั้นก็ ต้องใช้วิธีการขายทอดตลาด เช่นเดียวกัน เพราะกฎหมายในเรื่องจำนำมิได้กำหนดวิธีการบังคับจำนำสิทธิที่มีตราสารไว้เป็นอย่างอื่นจึงต้องอาศัยบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการบังคับจำนำมาใช้บังคับ คือ การบังคับจำนำสิทธิที่มีตราสารนั้นก็ต้องใช้วิธีการขายทอดตลาดเช่นเดียวกัน¹⁸ เพราะสิทธิที่มีตราสารนั้น มีราคาและสามารถโอนให้แก่กันได้ จึงอาจขายทอดตลาดได้เหมือนทรัพย์สินทั่วไป ไม่ว่าจะวัตถุแห่งสิทธินั้นจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นก็ตาม

ส่วนฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า การบังคับจำนำในกรณีที่ทรัพย์สินที่จำนำเป็นสิทธิที่มีตราสารนั้น ต้องบังคับตามสภาพของสิทธิ และบทบัญญัติในเรื่องของการบังคับจำนำ ตามมาตรา 764 จะนำมาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับสภาพของสิทธินั้นเท่านั้น คือ การบังคับจำนำสิทธิที่มีตราสาร ไม่จำเป็นต้องขายทอดตลาดเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่วัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นเงินจำนวนแน่นอนอยู่แล้ว ย่อมไม่จำเป็นต้องขายทอดตลาดอีก

* มาตรา 756 การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนำเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่น นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนำนั้นไซ้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์

¹⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 177.

ดังนั้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัด ผู้รับจำนำก็สามารถบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ตามตราสารนั้น เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด¹⁹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การบังคับจำนำสิทธิที่มีตราสาร ต้องพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องการจำนำ ประกอบกับลักษณะของตราสาร และวิธีการบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ตามตราสารนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องจำนำ คือ การให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้ โดยเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ โดยการนำทรัพย์สินที่จำนำนั้นออกขาย เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ แต่กฎหมายกำหนดว่า ต้องขายทอดตลาด แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประกอบกับมาตรา 756 ซึ่งห้ามมิให้ตกลงกันได้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่น นอกจากที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติเรื่องการบังคับจำนำ ดังนั้น หากตกลงกันเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ย่อมกระทำได้ ซึ่งก็แสดงให้เห็นว่า อาจไม่ต้องบังคับจำนำโดยการขายทอดตลาดเสมอไป หากคู่กรณีตกลงกันเป็นอย่างอื่น เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ก็สามารถบังคับได้ตามที่ตกลงกัน แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้ ก็คงต้องใช้วิธีการบังคับจำนำโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนำตามมาตรา 764 แต่ในเรื่องของสิทธิที่มีตราสาร มีความแตกต่างจากทรัพย์สินอื่น เพราะตราสารนั้นอาจมีกำหนดเวลาในการชำระหนี้ตามตราสาร หรือกำหนดเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์ตามตราสารนั้น ซึ่งอาจเป็นเวลาก่อนหรือหลังจากหนี้ที่เป็นประกันถึงกำหนดชำระก็ได้ จึงมีบทบัญญัติในมาตรา 754 กำหนดไว้ในกรณีนี้ตราสารนั้นถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ที่เป็นประกันว่า "ลูกหนี้แห่งสิทธิต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์ให้แก่ผู้รับจำนำ และทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นของจำนำแทนสิทธิซึ่งจำนำ" แต่ถ้าเป็นกรณีที่ต้องชำระเป็นเงิน มาตรา 754 วรรคสอง ก็กำหนดว่า "ให้ใช้เงินแก่ผู้รับจำนำและผู้จำนำร่วมกัน ถ้าและเขาทั้งสองนั้นไม่ปรองดองตกลงกันได้ ท่านว่าแต่ละคนชอบที่จะเรียกให้วางเงินจำนวนนั้นไว้ ณ สำนักงานฝากทรัพย์สินเพื่อประโยชน์อันร่วมกัน" แต่ไม่มีบทบัญญัติในกรณีนี้ซึ่งเป็นประกันนั้นถึงกำหนดชำระก่อน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในกรณีที่หนี้ซึ่งเป็นประกันถึงกำหนดชำระก่อน และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ สามารถดำเนินการได้ 2 วิธี คือ

(1) ทำความตกลงกันระหว่างคู่กรณีว่าจะจัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนำอย่างไร ซึ่งอาจใช้วิธีการโอนสิทธิตามตราสารที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำเป็นกา

¹⁹ ไพจิตร ปุญญพันธ์, "จำนำสิทธิ", บทบัญญัติ เล่มที่ 35 (2521) ตอนที่ 3 : หน้า 431 ; ธนวัฒน์ เนติโพธิ์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15 (กรุงเทพมหานคร : ศรีเมืองการพิมพ์, 2527) , หน้า 441; จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 311/2527

ตีใช้นี้ก็ได้ โดยอาศัยหลักตามมาตรา 321 วรรคแรก²⁰ หรือมาตรา 656 วรรคสอง* กรณีที่เป็นหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงิน และผู้ให้กู้ยืมมอบรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่นเป็นการชำระหนี้แทนเงินที่กู้ยืม

(2) ในกรณีที่มีได้ทำความตกลงกันเป็นอย่างอื่น ย่อมต้องบังคับจำหน่ายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ นำตราสารนั้นออกขาย โดยวิธีการขายทอดตลาด เพราะการเรียกเก็บเงินตามตราสารย่อมกระทำมิได้ หากตราสารนั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระ

ส่วนในกรณีที่ตราสารและหนี้ที่เป็นประกันถึงกำหนด

ชำระพร้อมกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่า น่าจะนำบทบัญญัติตามมาตรา 754 และมาตรา 766 มาใช้บังคับ ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง กล่าวคือ ลูกหนี้แห่งสิทธิก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่ายก่อน ตามหลักที่กำหนดไว้เมื่อสิทธิที่จำหน่ายถึงกำหนดชำระ และหากผู้รับจำหน่ายและผู้จำหน่ายได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้รับจำหน่ายก็ต้องบังคับจำหน่าย ตามมาตรา 764 กล่าวคือ ต้องนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ต่อไป ส่วนในกรณีที่วัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นเงิน ลูกหนี้แห่งสิทธิก็ต้องใช้เงินให้แก่ผู้รับจำหน่ายและผู้จำหน่ายร่วมกัน หรือวางเงินไว้ ณ สำนักงานฝากทรัพย์สิน แล้วแต่กรณี ซึ่งจะเห็นได้ว่า ไม่จำเป็นต้องมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำหน่ายอีก เพราะวัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นเงินอยู่แล้ว และหนี้ที่เป็นประกันก็ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้รับจำหน่ายย่อมจะสามารถนำเงินนั้นมาชำระหนี้ได้โดยทีเดียว ดังนั้น บทบัญญัติในเรื่องจำหน่ายจึงมิได้กำหนดวิธีการบังคับจำหน่ายสิทธิที่มีตราสารไว้อีก

3.1.1.4 การจำหน่ายสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน

ในปัจจุบันธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินที่รับฝากเงินได้มีการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกันในรูปของการจำหน่าย โดยการจัดทำหนังสือสัญญาจำหน่ายสิทธิ พร้อมทั้งยึดถือหลักฐานในการรับฝากเงิน เช่น สมุดคู่ฝาก หรือใบรับฝากเงินประจำไว้และอายัดบัญชีเงินฝากตามวิธีการของธนาคารหรือสถาบันการเงินนั้น แต่การ

²⁰ อ้างแล้ว, หน้า 17.

* มาตรา 656 (วรรคสอง) ถ้าทำสัญญากู้ยืมเงินกัน และผู้ให้กู้ยืมมอบรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่น เป็นการชำระหนี้แทนเงินที่กู้ยืมไว้ หนี้อันระงับไปเพราะการชำระเช่นนั้น ท่านให้คิดเป็นจำนวนเท่ากับราคาท้องตลาดแห่งสิ่งของหรือทรัพย์สินนั้นในเวลาและ ณ สถานที่ส่งมอบ

จํานำสิทธิตามสัญญารับฝากเงินในรูปแบบดังกล่าว จะมีผลเป็นการจํานำสิทธิที่มีตราสารตามกฎหมายลักษณะจํานำหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่า สิทธิตามสัญญารับฝากเงินนั้น เป็นสิทธิที่มีตราสารหรือไม่ และถ้าเป็นการจํานำได้กระทำถูกต้องตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือไม่

สำหรับข้อพิจารณาว่าสิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นสิทธิที่มีตราสารหรือไม่ นั้น มีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากความเห็นในเรื่องความหมายของคำว่า "สิทธิที่มีตราสาร" ที่แตกต่างกัน แต่โดยที่ในการรับฝากเงินมีการออกหลักฐานการรับฝากเงินหลายประเภท การที่จะพิจารณาว่า สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นสิทธิที่มีตราสารซึ่งสามารถจํานำได้หรือไม่ จึงต้องแยกพิจารณาตามประเภทของหลักฐานการรับฝากเงิน ดังนี้

(1) สมุดคู่ฝาก (Pass Book)

การออกสมุดคู่ฝากหรือสมุดฝากเงินให้แก่ผู้ฝากเงินมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการรับฝากและการถอนเงินเป็นสำคัญเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ฝากในการฝากถอนเงินได้ตามจำนวนที่ต้องการ ซึ่งถือว่าเป็นหลักฐานของสัญญารับฝากเงินอย่างหนึ่ง แต่มีใช้หลักฐานเพียงอย่างเดียวของการรับฝากเงิน เพราะธนาคารจะต้องมีการบันทึกรายการฝากถอนเงินดังกล่าวในสมุดบัญชีหรือแฟ้มข้อมูลผู้ฝากเองธนาคารควบคุมกันไปด้วย และแม้ไม่มีสมุดคู่ฝาก ผู้ฝากก็สามารถเรียกให้ธนาคารส่งมอบเงินที่ฝากไว้ตามสัญญารับฝากได้ การออกสมุดคู่ฝากจึงมิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้ฝากยึดถือไว้แทนสิทธิตามสัญญารับฝากเงินแต่ประการใด และการโอนสมุดคู่ฝากให้แก่กันนั้น ก็ไม่ทำให้ผู้รับโอนเกิดสิทธิใด ๆ ที่จะเรียกร้องจากธนาคารผู้รับฝากเงินได้ เว้นแต่จะทำได้ทำตามแบบวิธีของการโอนสิทธิเรียกร้องที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การมอบสมุดคู่ฝากให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้เป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะมีการทำสัญญาจํานำเป็นหนังสือด้วยหรือไม่ ก็ไม่มีผลเป็นการจํานำสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน เพราะสมุดคู่ฝากมิใช่ตราสารแทนตัวทรัพย์สินหรือสิทธิ²¹ สิทธิตามสัญญารับฝากเงินที่มีสมุดคู่ฝากเป็นหลักฐานในการฝากเงิน จึงไม่สามารถจํานำได้

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5478/2534

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4102/2539

(2) ใบรับฝากเงินประจำ (Deposit Receipt)

ในการรับฝากเงินประเภทประจำ ธนาคารอาจจะออกใบรับฝากเงินประจำให้แก่ผู้ฝากแทนการออกสมุดเงินฝาก ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในการรับฝากเงินตามที่ได้มีการตกลงกันระหว่างธนาคารกับผู้ฝากเงิน ใบรับฝากเงินประจำจึงเป็นหลักฐานในการรับฝากเงินอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับสมุดคู่ฝาก แต่มิได้ใช้เพื่อลงรายการรับฝากถอนเงิน เพราะเป็นการฝากเงินโดยมีการกำหนดจำนวนเงิน ระยะเวลา และอัตราดอกเบี้ยไว้แน่นอน การมอบใบรับฝากเงินให้เจ้าหน้าที่ถือถือไว้เป็นหลักประกัน จึงมิใช่การจํานำสิทธิที่มีตราสาร เช่นเดียวกับสมุดคู่ฝาก²² เพราะใบรับฝากเงินเป็นเพียงเอกสารแสดงสิทธิ มิใช่ตราสารสิทธิ แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่าน²³ มีความเห็นว่า ใบรับฝากเงินนั้นสามารถจํานำได้ตามมาตรา 750 เพราะเป็น "ตราสาร" ในความหมายอย่างกว้าง ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่สามารถจํานำได้เฉพาะกับธนาคารที่เป็นผู้รับฝากเงินเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า หากใบรับฝากเงินเป็นตราสารที่สามารถจํานำได้ตามมาตรา 750 แล้ว ก็ควรจะจํานำกันได้กับเจ้าหน้าที่โดยทั่วไป มิใช่จำกัดเฉพาะธนาคารที่เป็นผู้รับฝากเงิน เพราะสิทธิจํานำนั้นเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือสิ่งง่าหรับมิทพยในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ย่อมสามารถใช้ยันกับบุคคลได้ทั่วไป ตามหลักของทรัพย์สิน แต่หากการจํานำใบรับฝากเงินใช้ได้เฉพาะธนาคารที่เป็นผู้รับฝากเงินเท่านั้น ก็ย่อมขัดกับลักษณะของการเป็นทรัพย์สินอยู่ในตัว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สิทธิตามสัญญารับฝากเงินที่มีใบรับฝากเงินนั้นไม่สามารถจํานำได้

(3) บัตรเงินฝาก (Certificates of Deposit)

เดิมสถานะของบัตรเงินฝาก ไม่มีความแตกต่างจากสมุดเงินฝาก และใบรับฝากเงินประจำ คือ เป็นเพียงหลักฐานประเภทหนึ่งในการรับฝากเงิน ซึ่งธนาคารพาณิชย์ออกให้แก่ผู้ฝากเงินเท่านั้น และยังมีข้อกำหนดห้ามโอนอีกด้วย บัตรเงินฝาก จึงมิได้อยู่ในความหมายของตราสารแทนสิทธิหรือทรัพย์สินที่สามารถจํานำได้ แต่ในปัจจุบันสถานะของบัตรเงินฝากมีความแตกต่างจากสมุดคู่ฝากและใบรับฝากเงินประจำ เพราะนอกจากจะเป็นหลักฐานในการรับฝากเงินแล้ว บัตรเงินฝากที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์ ยังมีกฎหมายรองรับให้สามารถ

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1474/2528

²³ จิตติ ดิงศภทิพย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2611/2522

เปลี่ยนมือและจำหน่ายได้เช่นเดียวกับตัวเงิน* คือด้วยการสลักหลังและส่งมอบ จึงทำให้บัตรเงินฝากนั้นเป็นตราสาร ตามความหมายของสิทธิที่มีตราสาร ในมาตรา 750 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วด้วย โดยธนาคารซึ่งเป็นผู้ออกตราสารและเป็นลูกหนี้มีหน้าที่ใช้เงินให้แก่ผู้ทรงตราสารเมื่อตราสารนั้นถึงกำหนด ซึ่งผู้ทรงตราสารอาจเป็นผู้ฝากเงินบุคคลตามที่ระบุชื่อไว้ในบัตรเงินฝาก หรือเป็นผู้รับสลักหลังต่อ ๆ มาก็ได้ บัตรเงินฝากจึงสามารถจำหน่ายได้โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 926 คือต้องสลักหลังการจำหน่ายไว้ในบัตรเงินฝากด้วย

สำหรับการรับฝากเงินประเภทกระแสรายวัน เป็นลักษณะของบัญชีเดินสะพัด ซึ่งธนาคารมิได้มีการออกหลักฐานการรับฝากเงินให้แก่ผู้ฝาก ทำให้ไม่มีประเด็นปัญหาในเรื่องของตราสาร จึงมิได้กล่าวถึงไว้ในที่นี้

3.1.2 การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment)

การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเรื่องของการที่เจ้าหนี้เดิมโอนสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ ไปให้เจ้าหนี้ใหม่เป็นผู้ใช้สิทธิเรียกร้องนั้นในนามของตนเอง โดยลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ในการชำระหนี้เหมือนเดิม การโอนสิทธิเรียกร้องจึงมิได้ทำให้หนี้เดิมระงับ ซึ่งเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญ ระหว่างการโอนสิทธิเรียกร้องกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

แต่เดิมนั้น การโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นเรื่องของข้อยกเว้นตามหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา (Privity of contract) แต่ในปัจจุบันกฎหมายในระบบต่าง ๆ ก็ได้ยอมรับความจำเป็นทางการค้าและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ให้มีการโอนสิทธิเรียกร้อง

* พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 มาตรา 9 จัตวา ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวเงินมาใช้บังคับกับบัตรเงินฝาก ซึ่งรวมถึงมาตรา 917 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า "อันตัวแลกเงินทุกฉบับ ถึงแม้ว่าจะมิใช่ส่งจ่ายให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งก็ตาม ท่านว่ายอมโอนให้กันได้ด้วยสลักหลังและส่งมอบ" และมาตรา 926 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า "เมื่อใดความที่สลักหลังมีข้อกำหนดว่า "ราคาเป็นประกัน" ก็ดี "ราคาเป็นจำหน่าย" ก็ดี หรือข้อกำหนดอื่นใดอันเป็นปริยายว่าจำหน่ายไซ้ ท่านว่าผู้ทรงตัวแลกเงินจะใช้สิทธิทั้งปวงอันเกิดแต่ตัวนั้นก็ยอมได้ทั้งสิ้น แต่ถ้าผู้ทรงสลักหลังตัวนั้น ท่านว่าการสลักหลังยอมมิใช้ได้เพียงในฐานะเป็นคำสลักหลังของตัวแทน"

ได้ แต่การโอนนั้นจะต้องทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนด จึงจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในมาตรา 303-313 โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

3.1.2.1 หลักทั่วไปและข้อยกเว้นของการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นการโอนโดยข้อตกลงหรือสัญญา จึงเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยหลักแล้ว สิทธิเรียกร้องทุกประเภทย่อมโอนกันได้ แม้แต่สิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข²⁴ หรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการละเมิด หรือเหตุอื่นใด ยกเว้นสิทธิเรียกร้องที่มีลักษณะตามมาตรา 303 และมาตรา 304 * ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้โดยสภาพของสิทธิไม่เปิดช่องให้โอน เพราะเป็นสิทธิที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว หรือเป็นสิทธิตามสัญญาซึ่งคุณสมบัติของเจ้าหนี้เป็นสาระสำคัญ หรือเป็นหนี้ที่เจาะจงเพื่อชำระแก่เจ้าหนี้คนใดโดยเฉพาะ เช่น สิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการละเมิด เป็นต้น

(2) สิทธิเรียกร้องที่คู่สัญญาแสดงเจตนาห้ามโอนไว้ ในบางกรณีคู่สัญญาอาจมีข้อตกลงกันห้ามมิให้โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาที่ได้ทำขึ้นก็ได้ ซึ่งหากมีข้อสัญญาเช่นนั้น และฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโอนสิทธิเรียกร้องของตนไปให้บุคคลภายนอก ก็ถือเป็นการผิดสัญญาซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อกับอีกฝ่ายหนึ่ง และการโอนนั้นจะไม่มีผลผูกพันผู้รับโอน

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 395/2502 , 652/2508 , 1833/2512

* มาตรา 303 สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเอง จะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้

มาตรา 304 สิทธิเรียกร้องเช่นใด ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดไม่ได้ สิทธิเรียกร้องเช่นนั้น ท่านว่าจะโอนกันหาได้ไม่

หากผู้รับโอนได้รู้ถึงข้อสัญญาที่ห้ามโอนเช่นนั้น แต่ถ้าผู้รับโอนสุจริต คือไม่ทราบถึงข้อสัญญาที่ห้ามโอน ลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอน ตามมาตรา 303 วรรคสอง *

(3) สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้ เพราะศาลสั่งยึดไม่ได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิที่กฎหมายห้ามมิให้ศาลยึด เช่น สิทธิของลูกหนี้ที่จะถอนทรัพย์ที่วางไว้ ณ สำนักงานวางทรัพย์ ตามมาตรา 335 วรรคแรก ** และสิทธิเรียกร้องที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 เช่น เบี้ยเลี้ยงชีพ และรายได้เพื่อเลี้ยงชีพเป็นคราว ๆ เงินเดือน บำนาญ บำเหน็จ และเบี้ยหวัดของข้าราชการ หรือลูกจ้างของรัฐบาล เงินสงเคราะห์ เงินฌาปนกิจสงเคราะห์ เป็นต้น ซึ่งสิทธิเรียกร้องเหล่านี้ แม้ผู้มีสิทธิจะยินยอมให้โอน ก็ไม่มีผลเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย

3.1.2.2 วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง

วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง อาจแบ่งได้ตามประเภทของหนี้ ดังนี้

(1) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ตามมาตรา 306 วรรคแรก *** เป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่ลูกหนี้แห่งสิทธิรู้ที่อยู่แน่นอนแล้วว่าจะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้ใด ซึ่งวัตถุแห่งหนี้อาจเป็นการกระทำการ

* มาตรา 303 (วรรคสอง) ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาเช่นนั้น ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต

** มาตรา 335 (วรรคแรก) สิทธิถอนทรัพย์นั้น ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดหาได้ไม่

*** มาตรา 306 (วรรคแรก) บัญญัติว่า "การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้นั้น ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ"

การงดเว้นกระทำการ หรือการโอนทรัพย์สินก็ได้ การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ประเภทนี้ จะต้องทำเป็นหนังสือถ้าไม่ทำเป็นหนังสือจะไม่สมบูรณ์ และจะสามารถใช้ยื่นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอน ซึ่งการบอกกล่าวการโอนหรือความยินยอมนั้นก็ควรทำเป็นหนังสือด้วย

(2) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง (obligation performable to order) ตามมาตรา 309* การโอนหนี้ประเภทนี้เป็นการโอนหนี้ซึ่งลูกหนี้สัญญาว่าจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือตามคำสั่งของเจ้าหนี้ โดยมีตราสารแสดงสิทธิของเจ้าหนี้ไว้ด้วย เป็นหนี้ซึ่งไม่อาจโอนแยกต่างหากจากตราสารได้ และตราสารนั้นแสดงความเป็นหนี้อยู่ในตัวเองโดยสมบูรณ์ และเป็นอิสระจากมูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้ การโอนหนี้ชนิดนี้จึงต้องโอนพร้อมกับตราสาร และต้องมีการบันทึกโดยวิธีการสลักหลังให้ปรากฏการโอนไว้ที่ตราสารนั้นด้วย²⁵ ตราสารเหล่านี้ ได้แก่ ตราสารเปลี่ยนมือต่าง ๆ (negotiable instrument) เช่น ตั๋วแลกเงิน ตั๋วสัญญาใช้เงิน หรือเช็ค ที่ระบุชื่อผู้รับเงิน พร้อมกับคำว่า “หรือตามคำสั่ง” ใบรับของคลังสินค้า ใบประทวนสินค้า และบัตรเงินฝาก เป็นต้น การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ประเภทนี้ จึงต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้โดยทั่วไป เพราะทำได้ง่ายและสะดวกกว่า เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจการค้า กล่าวคือ เพียงแต่สลักหลังในตราสารและส่งมอบให้แก่ผู้รับโอน ก็สมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งตราสาร เพราะลูกหนี้แห่งสิทธิยังไม่รู้แน่นอนว่าจะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้ใด เพราะตราสารนั้นอาจเปลี่ยนมือต่อไปอีกหลายทอด จนกว่าหนี้ตามตราสารนั้นจะถึงกำหนด ผู้ใดเป็นผู้ทรงตราสารจึงจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามตราสารนั้น

(3) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือ (obligation

* มาตรา 309 บัญญัติว่า “การโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกคนอื่นได้แต่เฉพาะเมื่อการโอนนั้น ได้สลักหลังไว้ในตราสาร และตัวตราสารนั้นได้ส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนไปด้วย”

²⁵ โสภณ รัตนการ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป , (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2539) , หน้า 391.

performable to bearer) ตามมาตรา 313* ซึ่งให้นำบทบัญญัติในมาตรา 312** ซึ่งใช้กับการโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง มาใช้บังคับด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในเรื่องผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง การโอนหนี้ประเภทนี้ คือการโอนหนี้ตามตราสารซึ่งไม่ได้ระบุชื่อเจ้าหนี้ไว้ และเป็นหนี้ซึ่งต้องชำระให้แก่ผู้ถือตราสารนั้น เช่น พันธบัตรชนิดผู้ถือ ตั๋วแลกเงิน หรือเช็คที่สั่งจ่ายให้แก่ผู้ถือ เป็นต้น การโอนหนี้ประเภทนี้สามารถกระทำได้โดยการส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับโอน และไม่ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งตราสาร เช่นเดียวกับการโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง

3.1.2.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

(1) ผลระหว่างเจ้าหนี้ผู้โอนและผู้รับโอน

ในกรณีที่การโอนสิทธิเรียกร้องได้ทำโดยถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องย่อมทำให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้ตามสิทธิที่ได้รับโอนแทนผู้โอน โดยเจ้าหนี้เดิมซึ่งเป็นผู้โอนไม่มีสิทธิไม่มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก²⁶ และสิ่งที่เป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ก็โอนตามไปยังผู้รับโอนด้วย ซึ่งเป็นการโอนไปโดยผลของกฎหมาย เช่น สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ หรือสิทธิอันเกิดจากการค้ำประกัน

* มาตรา 313 บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งมาตราก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือหนี้ด้วย แล้วแต่กรณี"

** มาตรา 312 บัญญัติว่า "ในมูลหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ซึ่งมีต่อเจ้าหนี้เดิม ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนโดยสุจริตนั้นหาได้ไม่ เว้นแต่ที่ปรากฏในตราสารนั้นเองหรือที่มีขึ้นเป็นธรรมดาสืบจากลักษณะของตราสารนั้น"

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 379.

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305* ไม่ว่าผู้โอนกับผู้รับโอนจะได้ตกลงกันให้อุปกรณ์แห่งนั้น โอนไปด้วยหรือไม่ก็ตาม

(2) ผลต่อลูกหนี้แห่งสิทธิ

การโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ แม้ลูกหนี้จะไม่ยินยอมก็สามารถโอนสิทธิเรียกร้องได้ เพราะลูกหนี้มิใช่คู่สัญญาในการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่อย่างไรก็ตาม การโอนสิทธิเรียกร้องก็มีผลต่อลูกหนี้โดยตรง เพราะลูกหนี้จะต้องเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้มีการโอนกันนั้น กฎหมายจึงกำหนดว่า จะต้องมีการบอกกล่าวหรือแจ้งการโอนเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ทราบด้วยเพื่อที่ลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ให้ถูกต้อง และหลุดพ้นจากหนี้ แต่เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของลูกหนี้หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เดิมไปก่อนที่จะรู้หรือควรจะได้รู้ถึงการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น กฎหมายก็ถือว่า ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้เช่นกัน ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 วรรคสอง** ซึ่งผู้รับโอนจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกไม่ได้ แต่ถ้าลูกหนี้ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงการโอนนั้นแล้ว ยังชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เดิม ลูกหนี้ก็ย่อมไม่หลุดพ้นจากหนี้

ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้ ต้องแยกพิจารณา
ดังนี้

ก. การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง เป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน คือ หากลูกหนี้เพียงแต่ได้รับคำบอกกล่าว โดยลูกหนี้มิได้ให้ความยินยอมในการโอน ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ก่อนการ

* มาตรา 305 บัญญัติว่า "เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย"

** มาตรา 306 (วรรคสอง) บัญญัติว่า "ถ้าลูกหนี้ทำให้พอใจแก่ผู้โอนด้วยการใช้เงินหรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้โอนไซ้ ลูกหนี้นั้นก็ดี อันหลุดพ้นจากหนี้"

โอนยื่นต่อผู้รับโอนได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะได้ให้ความยินยอมในการโอน โดยมีได้ติดเงื่อนไขหรือ
สงวนสิทธิไว้ ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ต่อเจ้าหนี้เดิมยื่นต่อผู้รับโอนไม่ได้ ตามมาตรา 308 *
เพราะกฎหมายถือว่า ลูกหนี้ได้ยอมสละข้อต่อสู้ที่มีอยู่ต่อผู้โอนแล้ว จึงไม่สามารถใช้ยื่นผู้รับโอน
ได้อีก ซึ่งข้อต่อสู้ดังกล่าวนี้อาจเป็นข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับตัวผู้โอนโดยเฉพาะหรือเกี่ยวกับหนี้ที่โอนก็
ได้

ข. การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่ง
เป็นข้อยกเว้นของหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน คือ ผู้รับโอนอาจมีสิทธิดีกว่าผู้โอนได้ ถ้ารับ
โอนไปโดยสุจริต คือลูกหนี้ตามตราสารจะยกข้อต่อสู้ซึ่งมีอยู่ต่อเจ้าหนี้เดิมยื่นต่อผู้รับโอนไม่ได้
เว้นแต่จะเป็นข้อต่อสู้ที่ปรากฏอยู่ในตัวตราสารนั่นเอง

3.1.2.4 การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญารับฝากเงินเพื่อเป็น หลักประกัน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิตามสัญญารับฝากเงินนั้นเป็น
บุคคลสิทธิ จึงสามารถโอนให้แก่กันได้ ตามบทบัญญัติในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ใน
กรณีที่เป็นการโอนสิทธิตามสัญญารับฝากเงินเพื่อเป็นหลักประกัน มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา
ดังนี้

(1) การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนั้น จะโอน
โดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขได้หรือไม่

โดยที่วัตถุประสงค์ของการเรียกหลักประกันนั้น ก็เพื่อลด
ความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ดังนั้น เจ้าหนี้จึงมิได้ต้องการที่จะ
ได้รับชำระหนี้โดยการบังคับหลักประกันยิ่งไปกว่าการได้รับชำระหนี้ตามมูลหนี้ ซึ่งหากลูกหนี้
สามารถชำระหนี้ได้ตามปกติ หลักประกันก็ไม่มีประโยชน์สำหรับเจ้าหนี้อีกต่อไป เพราะ
สัญญาหลักประกันนั้นเป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์เท่านั้น เมื่อหนี้ที่เป็นประธานระงับ สัญญา

* มาตรา 308 บัญญัติว่า "ถ้าลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมดังกล่าวมาในมาตรา 306 โดยมีได้ติดเงื่อนไข ท่านว่าจะยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนยื่นต่อผู้รับโอนนั้นหาได้ไม่"

ถ้าลูกหนี้เป็นแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ท่านว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ผู้โอนก่อนเวลาที่ได้
รับคำบอกกล่าวนั้นอันใด ก็ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนได้ฉนั้น....."

หลักประกันก็ยอมสิ้นผลไปด้วย ในการทำสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อโอนสิทธิตามสัญญาฉบับฝากเงินเป็นหลักประกัน จึงอาจมีการกำหนดข้อสัญญาที่ว่า รับโอนเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และหากลูกหนี้ชำระหนี้ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้จะโอนสิทธิที่เป็นหลักประกันดังกล่าวคืนให้แก่ลูกหนี้ หรือบุคคลผู้โอนสิทธิตามสัญญานั้นเป็นหลักประกัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้ มิใช่เงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาในการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะสิทธิเรียกร้องนั้นได้โอนไปยังผู้รับโอนแล้ว เมื่อมีการทำสัญญาโอนสิทธิ ส่วนการที่จะตกลงกันว่าจะมีการโอนสิทธิคืนให้ในภายหลัง ก็เป็นเรื่องของข้อสัญญาในการโอนสิทธินั่นเอง หากผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ไม่โอนสิทธิคืนให้แก่ผู้โอนตามสัญญา ก็เป็นเรื่องที่ผู้โอนจะต้องดำเนินการฟ้องบังคับตามสัญญาโอนสิทธินั้นต่อไป และข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวก็มีใช้เงื่อนไขบังคับหลังที่จะทำให้นิติกรรมสิ้นผล ตามมาตรา 183 วรรคสอง * เพราะมิได้กำหนดว่าให้การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นสิ้นผล เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้เสร็จสิ้น อันจะเข้าลักษณะของเงื่อนไขบังคับหลังที่จะทำให้นิติกรรมสิ้นผลแต่ประการใด แต่การโอนสิทธิเรียกร้องคืนให้แก่ผู้โอนนั้น ก็จะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับการโอนสิทธิในตอนแรก คือ ต้องทำเป็นหนังสือ และแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบด้วย เพราะหากลูกหนี้ไม่ทราบและชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอนไปก่อน ต้องถือว่าลูกหนี้ได้กระทำโดยสุจริต และลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้้นั้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 วรรคสอง

ในกรณีที่การโอนสิทธิตามสัญญาฉบับฝากเงินนั้น เป็นหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งหรือหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือ อันได้แก่ กรณีที่เป็นการโอนบัตรเงินฝาก ซึ่งมีกฎหมายรองรับสถานะของบัตรเงินฝากให้เป็นตราสารที่เปลี่ยนมือได้เช่นเดียวกับตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้นำบทบัญญัติในเรื่องตัวเงินนั้น มาใช้บังคับกับบัตรเงินฝากด้วย ทำให้การโอนบัตรเงินฝากนั้นต้องกระทำโดยการสลักหลังและส่งมอบ เช่นเดียวกับตัวเงิน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีของการใช้เป็นหลักประกันนั้น สามารถกระทำได้โดยการจำนำบัตรเงินฝากอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องกระทำในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องแต่ประการใด ส่วนในกรณีที่เป็นหลักฐานในการรับฝากเงินอื่น ๆ คือ สมุดคู่ฝาก และใบรับฝากเงินประจำ สามารถกระทำในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันหรือข้อตกลงยินยอมให้หักเงินฝากได้

* มาตรา 183 (วรรคสอง) นิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับหลัง นิติกรรมนั้นย่อมสิ้นผลในเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว

(2) การโอนสิทธิเรียกร้องนั้น จะโอนบางส่วนได้หรือไม่

เช่น ในกรณีของการโอนสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน จะโอนสิทธิในเงินฝากบางส่วน หรือโอนสิทธิเฉพาะเงินที่ฝาก แต่ไม่โอนสิทธิในการรับดอกเบี้ยด้วยได้หรือไม่

ตามหลักกฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องที่กล่าวมาแล้ว มิได้กำหนดว่าการโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องโอนไปทั้งหมด หรือห้ามมิให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องบางส่วน แต่การโอนสิทธิเรียกร้องบางส่วนก็จะต้องพิจารณาตามวัตถุประสงค์แห่งสิทธินั้นว่า โดยสภาพแล้วสามารถแบ่งแยกได้หรือไม่ เพราะหากโดยสภาพของสิทธิไม่สามารถแบ่งแยกได้ การโอนสิทธิบางส่วนก็ย่อมกระทำไม่ได้อยู่ในตัวเอง ส่วนกรณีที่เป็นสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน ซึ่งเงินเป็นวัตถุประสงค์ที่สามารถแบ่งแยกได้ จึงยอมโอนแต่เพียงบางส่วนได้ ทั้งในส่วนของสิทธิในจำนวนเงินที่รับฝาก และดอกเบี้ย แม้ว่าในกรณีของดอกเบี้ยนั้น จะยังไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนได้ ในขณะที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องก็ตาม เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องต้องแยกพิจารณาจากเรื่องของการบังคับตามสิทธิเรียกร้อง เพราะสิทธิเรียกร้องจะบังคับได้เมื่อสิทธินั้นถึงกำหนดชำระ แต่การโอนสิทธิเรียกร้องสามารถกระทำได้นับตั้งแต่เวลาที่สิทธินั้นเกิดมีขึ้น ดังนั้น เมื่อสิทธิในการได้รับดอกเบี้ยย่อมเกิดขึ้นแล้วนับตั้งแต่วันที่ธนาคารได้รับฝากเงิน จึงยอมโอนกันได้ เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง ซึ่งเป็นสิทธิที่มีตราสาร การสลักหลังโอนบางส่วนนั้นไม่สามารถกระทำได้ และตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 922 ซึ่งในกรณีของสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน คือ การโอนบัตรเงินฝากนั่นเอง ดังนั้น การโอนบัตรเงินฝากจึงไม่สามารถแยกโอนบางส่วนได้ ไม่ว่าจะ เป็นจำนวนเงินที่รับฝาก หรือดอกเบี้ยก็ตาม

3.1.3 การหักกลบลบหนี้ (Set off)

การหักกลบลบหนี้ เป็นเรื่องที่ต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้ซึ่งกันและกันในมูลหนี้ที่มีวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งเป็นอย่างเดียวกัน และทำให้หนี้ของแต่ละฝ่ายระงับลง ในส่วนที่เท่ากัน โดยการหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องของตน แต่หากฝ่ายใดยังมีหนี้เหลืออยู่ ก็ยังคงต้องชำระเฉพาะส่วนที่เหลือนั้น

3.1.3.1 หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติ เรื่องการหักกลบลบหนี้ไว้ในมาตรา 341-348 ซึ่งหน้าที่จะหักกลบลบหนี้ได้นั้น ต้องมีลักษณะที่ ดังนี้

(1) หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ ต้องมีลักษณะตามที่ บัญญัติไว้ในมาตรา 341* ดังนี้

ก. ต้องเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน คือ มีหนี้สองราย ที่บุคคลสองฝ่ายต่างก็เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน และหนี้นั้นต้องเป็นของลูกหนี้เอง หาก เป็นหนี้ของบุคคลอื่นแม้จะมีความเกี่ยวพันกันกับหนี้ของลูกหนี้ ก็ไม่สามารถนำมาหักกลบได้ เช่น หนี้ของห้างหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคล กับหนี้ของผู้เป็นหุ้นส่วน เป็นต้น ยกเว้นกรณีที่ผู้ค้า ประกันขอหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ ซึ่งสามารถกระทำได้ เพราะผู้ค้าประกันนั้นไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าลูกหนี้ และอาจยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นใช้กับเจ้าหนี้ได้ แต่ลูกหนี้จะเอาหนี้ของผู้ค้า ประกันไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ไม่ได้²⁷

ข. มีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน คำว่าวัตถุ แห่งหนี้ในที่นี้ หมายความว่าหนี้ที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน และทรัพย์สินที่จะส่งมอบนั้นเป็น ทรัพย์สินประเภทเดียวกัน และใช้แทนกันได้ด้วย เช่น เงินตรา ข้าวเปลือก ข้าวสาร น้ำตาล เป็นต้น

* มาตรา 341 ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกัน โดยมูลหนี้อันมีวัตถุเป็น อย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอม จะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยการหักกลบกันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่าย นั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับ หากเป็นการขัดกับเจตนา อันคู่กรณีได้แสดงไว้ แต่เจตนาเช่นนั้นท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต

²⁷ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้ บท เบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 453.

ค. หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระด้วยกัน

เนื่องจากการหักกลบลบหนี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ ดังนั้น การที่จะเรียกให้ชำระหนี้ได้หนี้นั้น จะต้องถึงกำหนดแล้ว แต่มิได้หมายความว่า จะต้องถึงกำหนดชำระพร้อมกัน เพียงแต่ใน ขณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ นั้นที่ระหักกลบต่างก็ถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้วเท่านั้น

(3) หนี้นั้นจะต้องไม่เป็นหนี้ที่ต้องห้ามมิให้หักกลบ ได้แก่

- ก. หนี้ที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบกันได้
- ข. การหักกลบลบหนี้ขัดกับเจตนาของคู่กรณี
- ค. หนี้เป็นสิทธิเรียกร้องที่ยังมีข้อต่อสู้อยู่
- ง. เป็นหนี้ที่เกิดแต่การอันมิชอบด้วยกฎหมาย
- จ. เป็นสิทธิที่ศาลสั่งยึดไม่ได้
- ฉ. เป็นหนี้ที่ศาลห้ามลูกหนี้ชำระ
- ช. เป็นหนี้ที่กฎหมายห้ามหัก
- ซ. เป็นหนี้ซึ่งไม่อาจบังคับได้

(4) วิธีการในการหักกลบลบหนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ใน

มาตรา 342 * คือ ต้องมีการแสดงเจตนา โดยฝ่ายหนึ่งแจ้งไปยังอีกฝ่ายหนึ่งว่าประสงค์จะให้มีการหักกลบลบหนี้กัน โดยจะแจ้งเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ ซึ่งการแสดงเจตนาจะต้องไม่มีการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไข เพราะการแสดงเจตนาโดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่า หนี้ส่วนที่หักกลบกันจะระงับลงแล้วหรือไม่ เมื่อใด ในทำนองเดียวกับหนี้ที่ยังมีข้อโต้แย้งหรือข้อต่อสู้ ซึ่งกฎหมายก็ไม่ให้มีการหักกลบเช่นกัน

3.1.3.2 หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย

* มาตรา 342 หักกลบลบหนี้กัน ทำได้โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาเช่นนี้ท่านว่าจะมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดอีกด้วยหาได้ไม่ การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านว่ามีผลย้อนหลังขึ้นไปจนถึงเวลาซึ่งหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้นจะอาจหักกลบลบกันได้เป็นครั้งแรก

นอกจากการหักกลบหนี้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์แล้ว ใน พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ.2503 มาตรา 102 และ 103 *ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องของการหักกลบหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ ซึ่งเป็นหนี้ลูกหนี้ที่อยู่ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ด้วย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากการหักกลบหนี้ตามที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ การหักกลบหนี้ในคดีล้มละลาย สามารถกระทำได้แม้มูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะมีได้มีวัตถุเป็นอย่างเดียวกัน หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาก็ตาม แต่หนี้ที่จะขอหักกลบในคดีล้มละลายนั้น ต้องมีหนี้ซึ่งไม่อาจขอรับชำระได้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 94 ของ พ.ร.บ.ล้มละลาย** คือ จะต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งเป็นหนี้ของเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน หรือเป็นหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันที่ยอมสละหลักประกันแล้ว ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 96

ส่วนหนี้ที่ไม่สามารถหักกลบหนี้ในคดีล้มละลาย หรือหนี้ที่ไม่อาจขอรับชำระหนี้ได้นั้น ได้แก่

- (1) หนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว หรือเด็ดขาด
- (2) หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี หรือหนี้ที่ฟ้องร้องบังคับไม่ได้ในทางแพ่ง

* มาตรา 102 ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ เป็นหนี้ลูกหนี้ที่อยู่ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุเป็นอย่างเดียวกัน หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ดี ก็อาจหักกลบกันได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว

มาตรา 103 เมื่อบุคคลซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่อยู่ในเงื่อนไขบังคับก่อนขอหักกลบหนี้ บุคคลนั้นจะต้องให้ประกันสำหรับจำนวนหนี้ที่ขอหักกลบหนี้

** มาตรา 94 เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระ หรือมีเงื่อนไขก็ตาม เว้นแต่

- (1) หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี หรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้
- (2) หนี้ซึ่งเจ้านี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้น เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

(3) หนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้น โดยเจ้าหนี้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

3.1.3.3 การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในกรณีของการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกัน มีประเด็นพิจารณา

ดังนี้

(1) สิทธิของธนาคารในการหักกลบลบหนี้ กรณีที่มีเจ้าหนี้อื่นหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดหรืออายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามสัญญารับฝากเงิน มีมากน้อยเพียงใด

โดยทั่วไปกรณีที่ จะเกิดปัญหาตามข้อนี้ จะเป็นเรื่องที่ธนาคารได้รับแจ้งให้นำส่งเงินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามสัญญารับฝากเงิน ในขณะที่หนี้ซึ่งมีสิทธิตามสัญญารับฝากเงินนั้นเป็นประกันยังไม่ถึงกำหนดชำระ เพราะหากหนี้นั้นถึงกำหนดชำระแล้ว ย่อมไม่เกิดข้อปัญหาในเรื่องของการหักกลบลบหนี้ เพราะเข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายที่ธนาคารจะหักกลบลบหนี้ได้ก่อนที่จะส่งเงินตามสิทธิเรียกร้องนั้นให้แก่ศาล หรือเจ้าพนักงานที่มีสิทธิตามกฎหมายอื่น เช่น เจ้าพนักงานประเมิน ตามประมวลรัษฎากร แต่ในกรณีที่หนี้ซึ่งเป็นประกันนั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระ ธนาคารย่อมไม่สามารถหักกลบลบหนี้ได้ เว้นแต่ลูกหนี้ตามสัญญารับฝากเงินนั้นถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายและเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ ธนาคารจึงจะสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายล้มละลายมาตรา 94 ได้ แม้ว่าหนี้ที่เป็นประกันนั้นจะยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตาม แต่ธนาคารต้องอ้างสิทธิในการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายล้มละลายเท่านั้น หากธนาคารอ้างสิทธิในการหักเงินจากบัญชีเงินฝากของลูกหนี้หรือผู้มอบสิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นประกัน ตามข้อตกลงหรือสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนหน้านั้น อาจมีความเสี่ยงในการที่จะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิตามมาตรา 115 ขอให้ศาลเพิกถอนข้อตกลงดังกล่าว โดยถือว่าเป็นการกระทำของลูกหนี้ที่มุ่งหมายให้ธนาคารได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นได้ และเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินให้เพิกถอนได้²⁸ แม้ปัจจุบันคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะถูกกลับหลักไปแล้วก็ตาม กล่าวคือ ในปีเดียวกัน ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2527 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า การที่ธนาคารหักเงินจากบัญชีเงินฝากของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ตามหนังสือยินยอมที่ได้ทำไว้ให้กับธนาคารมิใช่การกระทำของลูกหนี้ อันมุ่งหมายให้ธนาคารได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น ตามมาตรา 115

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 311/2527

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงขอให้เพิกถอนไม่ได้ เพราะแม้ไม่มีข้อตกลงดังกล่าวธนาคารก็สามารถใช้สิทธิหักกลบบนนี้ได้ตาม พ.ร.บ. ล้มละลายมาตรา 102 อยู่แล้ว

(3) ข้อตกลงในการยินยอมให้หักกลบบนนี้ที่กระทำไว้ล่วงหน้าหรือข้อตกลงที่ยินยอมให้หักกลบบนนี้ได้ แม้หนึ่งจะยังไม่ถึงกำหนดชำระ นั้นมีผลบังคับเพียงใด

ธนาคารผู้รับฝากเงินที่เป็นเจ้าหนี้ มักจะให้ลูกหนี้ หรือผู้ที่ยอมสิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นประกัน จัดทำข้อตกลงยินยอมให้ธนาคารหักกลบบนนี้ไว้ล่วงหน้า หรือยินยอมให้ธนาคารหักกลบบนนี้ได้แม้หนึ่งจะยังไม่ถึงกำหนดชำระ ซึ่งการทำข้อตกลงในลักษณะนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจไม่เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย เนื่องจากการหักกลบบนนี้ไม่จำเป็นต้องทำไว้ล่วงหน้า แต่แสดงเจตนาเมื่อใดก็เป็นการหักกลบบนนี้เมื่อนั้น โดยมีผลย้อนหลังไปจนถึงเวลาที่อาจหักกลบได้ ตามมาตรา 342 วรรคสอง ซึ่งเมื่อหนึ่งนั้นถึงกำหนดชำระ แม้ว่าลูกหนี้ยังไม่ผิดนัดก็หักกลบบนนี้ได้ เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจในการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้ ส่วนในกรณีที่มีการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าว่าให้หักกลบบนนี้ได้ แม้หนึ่งจะยังไม่ถึงกำหนดชำระ ก็ไม่น่าจะมีผลเช่นเดียวกัน เพราะผิดเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากเป็นเพียงการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการให้ธนาคารถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเพื่อชำระหนี้ได้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เช่นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่ามิใช่เรื่องของการแสดงเจตนาหักกลบบนนี้ไว้ล่วงหน้าแต่อย่างใด แต่เป็นการใช้สิทธิถอนเงินโดยอาศัยข้อสัญญา ซึ่งสามารถกระทำหรือให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าได้

3.2 รูปแบบของนิติกรรมสัญญาในทางปฏิบัติ และแนวคำวินิจฉัยของศาล

3.2.1 รูปแบบของนิติกรรมสัญญา

การใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกันในปัจจุบันมีการทำนิติกรรมสัญญาหลายรูปแบบ อันเนื่องมาจากแนวความคิดของนักกฎหมายในเรื่องของการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นหลักประกัน ยังมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งการทำนิติกรรมสัญญาของธนาคารนั้น ก็มุ่งที่จะให้ข้อสัญญามีผลบังคับได้อย่างสมบูรณ์ และสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก ซึ่งอาจจะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย ทั้งนี้ เพื่อมิให้ธนาคารต้องเสียสิทธิในหลักประกันดังกล่าว

รูปแบบของนิติกรรมสัญญาที่ธนาคารและสถาบันการเงินที่ใช้สิทธิตาม สัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกัน (ดูตัวอย่างในภาคผนวก) แยกออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ดังนี้

3.2.1.1 การทำนิติกรรมสัญญาในรูปของการจำนำสิทธิ*

การทำสัญญาในรูปแบบนี้ อาจจะเป็นการทำสัญญาจำนำสิทธิ โดยมีข้อตกลงในเรื่องของการให้ความยินยอมให้ธนาคารหักเงินจากบัญชีเงินฝาก เมื่อลูกหนี้ ผิดนัดไม่ชำระหนี้อยู่ในฉบับเดียวกัน หรืออาจจะแยกออกเป็นสัญญาจำนำสิทธิในเงินฝาก และมีหนังสือยินยอมให้ธนาคารหักเงินจากบัญชีเงินฝากด้วย ซึ่งโดยทั่วไปมักจะทำควบคู่กัน

3.2.1.2 การทำหนังสือยินยอมมอบสิทธิการถอนเงินฝาก หรือการทำ สัญญาโอนสิทธิเรียกถอน**

ส่วนวิธีปฏิบัติในการรับหลักประกันนั้น ธนาคารจะให้ผู้ฝากเงินใช้สิทธิตาม สัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกันในการกู้เงินจากธนาคาร หรือในการให้ธนาคารออกหนังสือ คำประกันให้ (Bank guarantee) ซึ่งผู้ฝากอาจใช้เพื่อเป็นประกันหนี้ของตนเองหรือนุคคลอื่นก็ได้ โดยบัญชีเงินฝากออมทรัพย์และบัญชีเงินฝากประจำทุกประเภท สามารถนำมาใช้เป็น หลักประกันได้ เพราะธนาคารมีการออกหลักฐานในการรับฝากเงินให้แก่ผู้ฝาก ยกเว้นบัญชีเงิน ฝากประเภทกระแสรายวัน ซึ่งธนาคารไม่มีการออกหลักฐานในการรับฝากเงินให้ ธนาคาร ส่วนใหญ่จึงไม่รับเป็นหลักประกัน แต่ก็มีธนาคารบางแห่งรับหลักประกันที่เป็นบัญชีเงินฝาก ประเภทนี้ โดยให้ผู้ฝากจัดทำหนังสือยินยอมมอบสิทธิการรับเงินฝาก ในลักษณะของการโอน สิทธิเรียกถอนให้กับธนาคาร เพราะไม่มีเอกสารหรือหลักฐานแห่งสิทธิที่จะให้ธนาคารยึดถือได้

ในการรับหลักประกันที่เป็นสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน ธนาคารจะให้ผู้ฝาก จัดทำนิติกรรมสัญญา ในรูปแบบอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ก็สุดแล้วแต่ความ

* ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก ก. , หน้า 139-156.

** ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก ข. , หน้า 157-170.

เชื้อของธนาคารแต่ละแห่งว่า การทำนิติกรรมสัญญาในรูปแบบใดจะให้ประโยชน์แก่ธนาคารมากที่สุด พร้อมทั้งส่งมอบหลักฐานการรับฝากเงินของบัญชีเงินฝาก ที่นำมาเป็นหลักประกันให้กับธนาคาร และธนาคารจะทำการอายัดบัญชีเงินฝาก โดยบันทึกการรับหลักประกันไว้ในแฟ้มข้อมูลผู้ฝากหรือหลักฐานการรับฝากเงินดังกล่าวด้วย ตามวิธีปฏิบัติของแต่ละธนาคาร เพื่อมิให้ผู้ฝากถอนเงินจากบัญชีเงินฝากที่ใช้เป็นหลักประกันได้

นอกจากการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกันในรูปแบบที่กล่าวมาแล้ว ในกรณีที่เป็นการให้กู้เงินหรือให้การสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการลงทุนขนาดใหญ่ ก็จะมีการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินของลูกหนี้มาเป็นหลักประกันเช่นเดียวกัน โดยจะมีธนาคารซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวแทนของกลุ่มเจ้าหนี้ หรือที่เรียกว่า ตัวแทนหลักประกัน (Security agent) ควบคุมดูแลบัญชีเงินฝากของลูกหนี้แทนกลุ่มเจ้าหนี้ ซึ่งการจัดทำสัญญาหลักประกันในกรณีนี้ ลูกหนี้จะต้องจัดทำสัญญาจำนำสิทธิ และสัญญาโอนสิทธิในบัญชีเงินฝากของลูกหนี้ให้กับกลุ่มเจ้าหนี้ หรือตัวแทนหลักประกัน โดยลูกหนี้ยังสามารถเบิกถอนเงินในบัญชีดังกล่าวได้ ด้วยความยินยอมของกลุ่มเจ้าหนี้หรือตัวแทนหลักประกัน ซึ่งหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ กลุ่มเจ้าหนี้ก็จะบังคับตามสัญญาโอนสิทธิดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องดำเนินการบังคับจำนำสิทธิ ซึ่งยังเป็นเรื่องที่มีข้อปัญหาในทางกฎหมาย แต่เหตุที่กลุ่มเจ้าหนี้ต้องการให้มีสัญญาจำนำสิทธิ ก็เพื่ออ้างสิทธิในการเป็นเจ้าหนี้มีประกันซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากกว่า เจ้าหนี้สามัญเท่านั้นเอง ซึ่งการจัดทำสัญญาทั้งสองรูปแบบในหลักประกันเดียวกันนี้ จะได้มีการวิเคราะห์ในบทต่อไปว่าจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

3.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาล

ในเรื่องของการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงินเป็นหลักประกัน ได้มีแนวคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา แยกออกเป็น 3 แนวทาง ดังนี้

3.2.2.1 แนวที่ 1 คำวินิจฉัยที่ตัดสินว่า ธนาคารอาจใช้สิทธิหักเงินจากบัญชีเงินฝาก หรือใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ ไม่ว่าจะเจ้าหนี้มีประกัน (จำนำ) หรือไม่ก็ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1336/2517

วินิจฉัยว่า เงินที่ลูกหนี้ฝากประจำไว้กับธนาคาร โดยบันทึกข้อความไว้ ในใบรับฝาก ว่า "ขอมอบให้ธนาคารมีสิทธิรับเงินตามใบฝากนี้รวมทั้งดอกเบี้ย เพื่อชดใช้หนี้สินและภาระผูกพันของลูกหนี้ทั้งหมดซึ่งมีต่อธนาคารโดยไม่มีเงื่อนไข" นั้น ธนาคารย่อมหักเงินฝากชำระหนี้ได้ตามที่จำเลยสลักหลังใบรับฝากไว้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้จะสั่งให้ธนาคารผู้ร้องส่งเงินเข้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3356/2524

วินิจฉัยว่า การหักกลบลบหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ เป็นส่วนหนึ่งของวิธีการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย มาตรา 102 ให้กระทำได้ แม้มูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุอย่างเดียวกัน หรืออยู่ในเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาก็ตาม เมื่อธนาคารผู้ร้องเป็นเจ้าหนี้ ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ และมีหนี้ที่จะต้องคืนเงินฝากแก่จำเลย จึงมีสิทธิหักกลบลบหนี้ โดยแสดงเจตนาต่อ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ตาม มาตรา 102 ได้ แม้จะไม่ได้แสดงเจตนาต่อ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ภายในกำหนดเวลาสองเดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ตามมาตรา 91 ก็ตาม เพราะกรณีมิใช่เรื่องที่ธนาคารผู้ร้องขอรับชำระหนี้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1720/2525

วินิจฉัยว่า แม้ พ.ร.บ.ล้มละลายให้สิทธิแก่ธนาคารผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าหนี้เบิกเงินเกินบัญชีของจำเลย และจำเลยเป็นเจ้าหนี้เงินฝากธนาคารผู้ร้อง ให้หักกลบลบหนี้กันได้ แต่จะต้องดำเนินการตาม ป.พ.พ. มาตรา 342 โดยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อายัดเงินที่ผู้ร้องเป็นหนี้จำเลย และผู้ร้องได้ส่งเงินให้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ได้แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ หนี้เงินฝากระหว่างจำเลยกับผู้ร้องจึงเป็นอันระงับลง สิทธิที่จะหักกลบลบหนี้ย่อมสิ้นสุดลง ผู้ร้องไม่มีสิทธิขอหักกลบลบหนี้ จึงขอให้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์คืนเงินให้แก่ผู้ร้องไม่ได้

ข้อสังเกต : เป็นเรื่องที่ธนาคารขอใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย โดยมีได้ถึงเรื่องจำนำสิทธิแต่อย่างใด จึงไม่ทราบว่าจะระหว่างจำเลยกับธนาคารมีสัญญาต่อกันอย่างไร แต่ธนาคารเสียสิทธิในการหักกลบลบหนี้ไป เพราะได้ส่งเงินให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทำให้หนี้ตามสัญญาปรับฝากเงินระงับไป จึงไม่มีหนี้ที่จะหักกลบลบหนี้ตามสัญญากู้ยืมได้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 450/2526

วินิจฉัยว่า แม้จำเลยสลักหลังจำนำใบรับฝากเงินประจำให้ผู้ร้องไว้เพื่อประกันหนี้ของจำเลยที่มีอยู่แล้วหรือในอนาคต และตกลงให้ผู้ร้องหักเงินดังกล่าวชำระหนี้ของจำเลยที่ค้างชำระต่อผู้ร้อง แต่เงินฝากประจำยอมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องตั้งแต่มีการฝากเงิน จำเลยคงมีสิทธิถอนเงินฝากไปได้ ส่วนผู้ร้องมีหน้าที่คืนเงินให้ครบจำนวนที่ขอถอน จึงมิใช่การส่งมอบสังหาริมทรัพย์ตามลักษณะจำนำ ผู้ร้องมิใช่เจ้าหนี้ที่มีประกัน ตามมาตรา 6 มีสิทธินำเงินฝากประจำมาหักกลบลบหนี้กับจำเลยได้ตามมาตรา 102 แต่ดอกเบี้ยในเงินฝากประจำที่ผู้ร้องนำเข้าบัญชีกระแสรายวันจนถึงเวลาภายหลังที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด และเงินฝากตามบัญชีกระแสรายวันที่ผู้ร้องนำมาขอหักกลบลบหนี้ มิใช่เงินที่ผู้ร้องเป็นหนี้จำเลยอยู่ในเวลาที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ จึงนำมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2453/2527 (ประชุมใหญ่)

ธนาคารผู้คัดค้านโอนเงินฝากประจำของผู้ค้าประกันไปเข้าบัญชีกระแสรายวันของลูกหนี้ เพื่อชำระหนี้ที่ลูกหนี้เป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร ตามหนังสือค้าประกันยินยอมการหักบัญชีเงินฝากประจำชำระหนี้ระหว่างผู้ค้าประกันกับธนาคาร ก่อนมีการขอให้ลูกหนี้และผู้ค้าประกันล้มละลาย แม้จะไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ธนาคารก็มีสิทธิที่จะหักกลบลบหนี้ระหว่างหนี้ตามสัญญาค้าประกันกับมูลหนี้เงินฝากประจำนั้นได้ ตาม พ.ร.บ. ล้มละลายมาตรา 102 ทั้งตามมาตรา 115 ก็ใช้คำว่า "ลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำ" มุ่งถึงกิริยาที่ยินยอม มิได้ใช้คำว่า "ผู้อื่นทำด้วยความยินยอมของลูกหนี้" จึงถือไม่ได้ว่า ลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้ธนาคารกระทำการโอนบัญชีและหักหนี้ ในระหว่างเวลา 3 เดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลาย โดยมุ่งหมายให้ธนาคารได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงขอเพิกถอนการโอนดังกล่าวไม่ได้

ข้อสังเกต : เป็นเรื่องที่อ้างถึงการหักเงินตามหนังสือสัญญายินยอมให้หักเงินบัญชีเงินฝากประจำชำระหนี้ โดยไม่ได้อ้างถึงเรื่องการจำนำแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1474/2528

การทำสัญญากับธนาคารว่า ยอมมอบเงินฝากประจำพร้อมไปรับฝากเงินไว้เป็นหลักประกันหนี้ และถ้าผิดสัญญาจะต้องเป็นหนี้หรือถูกฟ้องล้มละลาย หรือถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ยอมให้ธนาคารนำเงินในบัญชีเงินฝากดังกล่าวชำระหนี้ได้ทันที และตราใบใดที่ธนาคารยังไม่ได้รับชำระหนี้ จะไม่ถอนเงินฝาก และจะไม่กระทำการใดให้เป็นการเสื่อมสิทธิในหลักประกัน เป็นการจำหน่ายสิทธิตามตราสารไปรับฝากเงินประจำ เพื่อเป็นหลักประกันหนี้ที่มีต่อธนาคาร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 และ 750 ธนาคารเป็นผู้รับจำหน่ายสิทธิตามตราสารดังกล่าว จึงเป็นเจ้าของหนี้มีประกัน ตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย มาตรา 95 และ มาตรา 110 วรรค 3 โดยที่สิทธิซึ่งจำหน่ายตามตราสารไปรับฝากเงิน เป็นมูลหนี้ซึ่งต้องชำระเป็นเงินทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 754 วรรคสอง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ธนาคารจึงหักเงินฝากชำระหนี้ได้เลยโดยไม่มี ความจำเป็นต้องนำเงินนั้นไปขายทอดตลาดเพื่อบังคับจำหน่าย ตามมาตรา 764 วรรคสองอีก

**หมายเหตุ คู่ความในคดีนี้ เป็นคู่ความเดียวกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2611/2522 ที่จะได้กล่าวถึงต่อไปในข้อ 3.2.2.3

3.2.2.2 แนวที่ 2 คำวินิจฉัยที่ตัดสินว่า ธนาคารได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าหนี้มีประกัน (จำหน่าย) แต่ไม่สามารถหักเงินจากบัญชีเงินฝากเพื่อชำระหนี้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 148-149/2534

ข้อตกลงที่จำเลยยอมให้โจทก์นำเงินฝากประจำของจำเลยไปชำระหนี้เบิกเงินเกินบัญชีได้ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แม้ไม่ได้ตกลงกันไว้ให้ทำได้ ธนาคารก็ใช้สิทธิหักกลบหนี้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 311/2527

วินิจฉัยว่า การจำหน่ายไปรับฝากเงิน โดยทำหนังสือยินยอมให้ธนาคารมีสิทธิหักเงินฝากประจำชำระหนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีได้นั้น เป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิแก่ผู้รับจำหน่าย การแก้ทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นประการอื่นนอกจากบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำหน่าย ข้อตกลงยอมไม่สมบูรณ์ ตาม ป.พ.พ.มาตรา 756 ข้อตกลงจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ธนาคารไม่มี

สิทธิหักเงินฝากชำระหนี้ได้ และการหักเงินดังกล่าวภายหลังจากที่ถูกหนี้ถูกฟ้องล้มละลาย แล้ว เป็นการกระทำโดยมุ่งหมายให้ธนาคารได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น จึงถูกเพิกถอนได้ตามมาตรา 115 พ.ร.บ.ล้มละลาย ธนาคารมีเพียงสิทธิที่จะดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดีตามใบรับฝากเงิน โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น

ในเรื่องนี้ ได้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา ของท่านศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศภัทย์ สรุปได้ดังนี้

- 1) ใบรับฝากเงินเป็นตราสาร สิทธิตามใบรับฝากนั้นจึงเป็นสิทธิที่มีตราสาร แต่ ใบรับฝากเงินนั้น ไม่สามารถเปลี่ยนมือได้ ซึ่งมีผลทำให้ไม่สามารถบังคับจำหน่ายได้ (เพราะขายทอดตลาดไม่ได้) จึงไม่สามารถจำหน่ายแก่ผู้อื่นได้ นอกจากธนาคารซึ่งเป็นผู้รับฝากเงินตามใบรับฝากนั้น
- 2) การบังคับชำระหนี้ตามตราสาร ก็ต้องเป็นไปตามสภาพของสิทธิที่จะบังคับได้ จึง มิได้หมายความว่า จะต้องฟ้องบังคับชำระหนี้ หรือต้องขายทอดตลาดเสมอไป
- 3) เมื่อธนาคารกับผู้กู้ซึ่งเป็นผู้ฝากเงินต่างก็เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ตาม ป.พ.พ. มาตรา 341 จึงใช้บทบัญญัติเรื่องการหักกลบลบหนี้ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงนุริมสิทธิ เพราะเป็นเรื่องการหักหนี้ไม่ใช่เอาเงินออกมาจ่ายใช้หนี้ และไม่ใช้เรื่องเจ้าหนี้เรียกให้ชำระหนี้ที่ จะต้องเฉลี่ยกัน
- 4) การหักกลบลบหนี้ ไม่ต้องอาศัยสัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ เพียงแต่แสดงเจตนา ฝ่ายเดียวก็ใช้ได้ และแม้มีคำสั่งศาลห้ามชำระหนี้แล้ว ก็ยังสามารถหักกลบลบหนี้ได้ ตาม ป.พ.พ.มาตรา 247 เว้นแต่จะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังคำสั่งห้ามใช้เงินแล้วเท่านั้น

ข้อสังเกต : แต่ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ไม่ได้มีการยกเรื่องการหักกลบลบหนี้ ขึ้นมา ประโยชน์ของการหักกลบลบหนี้ตาม ป.พ.พ. และ พ.ร.บ.ล้มละลาย จึงไม่ได้รับการ พิจารณาในคดีนี้

3.2.2.3 แนวที่ 3 คำวินิจฉัยที่ตัดสินว่า ธนาคารไม่ได้รับความคุ้มครองใน ฐานะเจ้าหนี้มีประกัน (จำหน่าย) แต่ไม่มีประเด็นวินิจฉัยที่ชัดเจนในเรื่องของการใช้สิทธิหักเงินจาก บัญชีเงินฝากหรือการหักกลบลบหนี้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2611/2522

วินิจฉัยว่า ข้อตกลงมอบเงินฝากกับใบรับฝากให้เป็นประกันหนี้ที่ธนาคารค้ำประกัน ผู้ฝากเงินต่อบุคคลภายนอก นั้น ไม่สามารถกระทำได้ เพราะเงินฝากตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ ธนาคารแล้ว ผู้ฝากไม่มีกรรมสิทธิ์ในเงินฝากนั้น จึงไม่เป็นการจำนำเงินฝาก เพราะไม่มีทรัพย์สิน ที่จะมอบไว้เป็นประกันการชำระหนี้ได้

ในเรื่องนี้ มีหมายเหตุท้ายฎีกาของท่านศาสตราจารย์จิติ ติงศภักย์ สรุปได้ดังนี้

1) การจำนำเงินฝากนั้นทำไม่ได้ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา แต่สิทธิที่จะได้รับเงินฝากคือนั้น เป็นสิทธิเรียกร้องอันมีค่าเป็นเงิน ถือเป็นทรัพย์สินตาม ป.พ.พ.มาตรา 99 ซึ่งเป็นสิทธิมีตราสาร คือใบรับฝากเงิน จึงสามารถจำนำได้ตาม มาตรา 750 คือ ต้องส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับจำนำ และต้องมีหนังสือแจ้งการจำนำให้ธนาคารซึ่งเป็นลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ

2) การหักเงินจากบัญชีเงินฝากใช้หนี้ธนาคารนั้น สามารถกระทำได้ โดยนำบทบัญญัติในเรื่องการหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 347 มาใช้บังคับ

3) แม้ศาลจะมีคำสั่งอายัดเงินฝากแล้ว ธนาคารก็ยังสามารถหักกลบลบหนี้ได้ เพราะตามมาตรา 247 จะหักหนี้ไม่ได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลมี

คำสั่งอายัดแล้วเท่านั้น แม้นในคดีล้มละลายเจ้าหนี้ของผู้ล้มละลายซึ่งเป็นลูกหนี้ของผู้ล้มละลาย อยู่ด้วย ก็แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ได้ (อ้างถึงฎีกา ที่ 1336/2517)

ข้อสังเกต : ไม่มีประเด็นให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นการจำนำสิทธิที่มีตราสารหรือไม่ และการหักเงินจากบัญชีเงินฝากใช้หนี้ธนาคาร รวมถึงการหักกลบลบหนี้เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ อายัดเงินฝากนั้น กระทำได้หรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 4099/2532

จำเลยได้นำสมุดเงินฝากประจำมอบไว้แก่ธนาคารพร้อมทั้งหนังสือยินยอมมอบเงินฝากไว้เป็นประกัน โดยมีข้อตกลงว่า จำเลยจะไม่ถอนเงินฝากประจำของจำเลย ในเมื่อธนาคาร ยังไม่ได้รับชำระหนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี และจะไม่กระทำการอื่นใดอันเป็นการเสื่อมสิทธิในหลักประกัน ซึ่งเห็นได้ว่าสิทธิในเงินฝากทั้งหมดของจำเลยยังคงเป็นของจำเลยอยู่ หาใช่

ตกเป็นของธนาคารผู้ร้องไม่ ธนาคารผู้ร้องคงมีสิทธิเพียงยึดถือสมุดเงินฝากและครอบครองเงินฝากของจำเลยในระหว่างที่ยังไม่มีการชำระหนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีเท่านั้น เมื่อจำเลยฝากเงินไว้แก่ผู้ร้อง เงินที่ฝากยอมตกเป็นของผู้ร้อง ผู้ร้องคงมีหน้าที่ต้องคืนเงินให้ครบจำนวน การที่จำเลยตกลงมอบเงินฝากพร้อมสมุดบัญชีเงินฝากประจำไว้แก่ผู้ร้องก็เพียงเพื่อเป็นประกันหนี้ที่จำเลยจะพึงมีต่อผู้ร้องเท่านั้น การที่จำเลยให้ผู้ร้องมีอำนาจหักเงินจากบัญชีเงินฝากของจำเลย และจำเลยจะไม่ถอนเงินจนกว่าผู้ร้องจะได้รับชำระหนี้โดยครบถ้วนนั้น เป็นเรื่องความตกลงในการฝากเงินเพื่อเป็นประกันหนี้เอง หากทำให้ตัวเงินตามจำนวนในบัญชีเงินฝากยังคงเป็นของจำเลยอันผู้ร้องได้ยึดไว้เป็นประกันการชำระหนี้ไม่ ความตกลงดังกล่าวจึงไม่เป็นการจำนำเงินฝาก ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 5478/2534

การที่จำเลยที่ 1 ได้เปิดบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคารผู้ร้อง โดยมีข้อตกลงและหนังสือให้ความยินยอมว่า จำเลยที่ 1 มอบใบรับฝากประจำและเงินฝากในบัญชีไว้เป็นหลักประกันหนี้ของจำเลยที่ 1 ซึ่งมีต่อผู้ร้อง ยินยอมให้ผู้ร้องหักเงินตามใบรับฝากประจำรวมทั้งดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นชำระหนี้สินต่าง ๆ ของจำเลยที่ 1 ตราบใดที่จำเลยที่ 1 ยังมีหนี้อยู่กับผู้ร้อง จำเลยที่ 1 จะไม่ถอนเงินฝากจากบัญชีดังกล่าว เป็นการจำนำเงินฝากประจำ หรือเป็นการจำนำสิทธิที่มีตราสารตามมาตรา 750 ป.พ.พ. หรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อจำเลยที่ 1 ฝากเงินไว้กับผู้ร้อง เงินฝากยอมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้อง ผู้ร้องคงมีหน้าที่ต้องคืนให้ครบจำนวนเท่านั้น การที่จำเลยตกลงมอบเงินฝากพร้อมใบรับฝากเงินประจำไว้กับผู้ร้อง ก็เพียงเพื่อเป็นประกันหนี้ที่จำเลยที่ 1 จะพึงมีต่อผู้ร้อง แม้จะตกลงยินยอมให้หักเงินนั้นได้ ก็เป็นเพียงความตกลงในการฝากเงินเพื่อเป็นประกันหนี้นั่นเอง หากทำให้ตัวเงินตามจำนวนในบัญชีเงินฝากเป็นของจำเลยที่ 1 อันผู้ร้องยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ไม่ ความตกลงดังกล่าวจึงไม่เป็นการจำนำเงินฝาก และมีใช้การจำนำสิทธิที่มีตราสาร เพราะใบรับฝากประจำเป็นเพียงหลักฐานการรับฝากและถอนเงิน ไม่อยู่ในลักษณะของสิทธิมีตราสาร ผู้ร้องจึงต้องส่งมอบเงินให้เจ้าพนักงานบังคับคดี

ข้อสังเกต : ธนาคารไม่ได้ต่อสู้ในประเด็นเรื่องสิทธิในการหักกลบบนนี้ ตาม ป.พ.พ. (กรณีนี้ไม่ใช่คดีล้มละลาย)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4102/2539

จำเลยฝากเงินไว้กับผู้ร้อง เงินที่ฝากจึงตกเป็นของผู้ร้อง ผู้ร้องควรมีแต่หน้าที่คืนเงินให้ครบจำนวน การที่จำเลยทำสัญญาจำนำและมอบสมุดคู่ฝากเงินประจำไว้แก่ผู้ร้องก็เพียงเพื่อประกันหนี้ที่มีต่อผู้ร้อง แม้จะยินยอมให้ผู้ร้องนำเงินจากบัญชีดังกล่าวมาชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว ก็เป็นเรื่องความตกลงในการฝากเงินเพื่อเป็นประกัน ไม่เป็นการจำนำเงินฝาก อีกทั้งสมุดคู่ฝากเงินประจำก็เป็นเพียงหลักฐานการรับฝากและถอนเงินที่ผู้ร้องขอมาให้จำเลยยึดถือไว้เพื่อความสะดวกในการฝากและถอนเงินในบัญชีของจำเลยเท่านั้น ไม่อยู่ในลักษณะของสิทธิซึ่งมีตราสาร ผู้ร้องจึงไม่เป็นเจ้านั้นบุริมสิทธิจำนำ ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนใจทัก

ในเรื่องนี้ ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาของท่านอาจารย์ไพจิตร บุญญพันธ์ฯ สรุปได้ดังนี้

1) การที่ผู้ร้องอ้างว่า จำเลยได้ทำสัญญาจำนำสิทธินั้น มิใช่เรื่องการจำนำสิทธิที่มีตราสารตามมาตรา 750 แต่เป็นเรื่องการจำนำสิทธิตามบัญชีเงินฝากประจำซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องอันมีเงินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ซึ่งมีราคาและถือเอาได้ รวมทั้งโอนให้แก่กันได้ จึงเป็นสิทธิเรียกร้องอันเป็นทรัพย์สิน ที่สามารถจำนำได้ตามหลักทั่วไปในมาตรา 747

2) ตามฎีกาของผู้ร้องอ้างว่า "เป็นการจำนำเงินฝากประจำหรือเป็นการจำนำสิทธิที่มีตราสาร" เป็นการบรรยายฟ้องที่ขัดกันเอง รวมทั้งยังกล่าวอ้างว่า "กรรมสิทธิ์เงินฝากยังเป็นของจำเลยอยู่" เป็นเหตุให้ศาลฎีกาต้องวินิจฉัยว่า เงินฝากนั้นตกเป็นผู้ร้องแล้ว มิใช่ของจำเลย จึงไม่สามารถจำนำได้

3) รูปคดีในเรื่องนี้ ผู้ร้องควรจะอ้างว่า จำเลยได้จำนำสิทธิตามสัญญารับฝากเงินไว้กับผู้ร้อง โดยมอบหลักฐานการฝากคือสมุดเงินฝากไว้กับผู้ร้อง ซึ่งมีสิทธิที่มีตราสารตามมาตรา 750 แต่เป็นสิทธิเรียกร้องอย่างธรรมดา ซึ่งมีสมุดเงินฝากเป็นหลักฐานแห่งสิทธิ (Evidence of right) เท่านั้น

4) ผู้ร้องอยู่ในฐานะของเจ้านั้นจำนำ และมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากจำนวนเงินที่จำเลยฝากไว้ในบัญชี โดยหักเงินฝากนั้นชำระหนี้ได้ ไม่ต้องขายทอดตลาดแต่ประการใด เพราะวัตถุแห่งสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นเงินอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้ น่าจะถูกต้องแล้ว และสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่องของการจำนำสิทธิที่มีตราสาร ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ

1) สมุดคู่ฝากเป็นเพียงหลักฐานในการรับฝากเงินอย่างหนึ่งเท่านั้น ไม่อยู่ในลักษณะของสิทธิซึ่งมีตราสาร เพราะเป็นเพียงหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้อง มีเช็คตราสารแทนสิทธิ ที่จะสามารถนำมาจำหน่ายได้ ตามมาตรา 750 การที่จำเลยทำสัญญาจำหน่ายโดยมอบสมุดคู่ฝากให้กับธนาคาร และมีข้อตกลงยินยอมให้ธนาคารนำเงินจากบัญชีเงินฝากมาชำระหนี้ได้ จึงเป็นเพียงความตกลงในการฝากเงินเพื่อเป็นประกันเท่านั้น แต่มิใช่การจำหน่าย อันจะทำให้ธนาคารอยู่ในฐานะของเจ้าหนี้มีปริมสิทธิหรือเจ้าหนี้มีประกัน

2) ส่วนการที่จะอ้างว่า มิใช่เรื่องการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสารตามมาตรา 750 แต่เป็นเรื่องการจำหน่ายสิทธิตามบัญชีเงินฝากประจำซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้อง อันมีเงินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ซึ่งมีราคาและถือเอาได้ รวมทั้งโอนให้แก่กันได้ จึงเป็นสิทธิเรียกร้องอันเป็นทรัพย์สิน ที่สามารถจำหน่ายได้ตามหลักทั่วไปในมาตรา 747 นั้น ได้กล่าวมาแล้วว่า การจำหน่ายตามมาตรา 747 ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำหน่าย ซึ่งสิทธิโดยทั่วไปที่มีสิทธิมีตราสารนั้น โดยสภาพแห่งสิทธิไม่สามารถส่งมอบให้แก่กันได้ จึงไม่สามารถจำหน่ายได้ตามมาตรา 747

3) เมื่อสิทธิตามสัญญารับฝากเงินที่มีสมุดคู่ฝากเป็นหลักฐานแห่งสิทธิดังกล่าว ไม่สามารถจำหน่ายได้ การส่งมอบสมุดคู่ฝากให้กับธนาคารจึงไม่มีผลเป็นการจำหน่ายหรือการโอนสิทธิใดๆ เลย เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องก็ต้องปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ คือต้องทำเป็นหนังสือ และต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้แห่งสิทธิตราบหรือยินยอม ลำพังแต่การส่งมอบหลักฐานแห่งสิทธิเพียงอย่างเดียว ย่อมไม่มีผลเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง

แนวคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิตามสัญญารับฝากเงิน เป็นหลักประกันตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีความแตกต่างกัน แล้วแต่ว่าธนาคารที่เป็นเจ้าหนี้ และเป็นผู้รับฝากเงินด้วยนั้น เข้าไปในคดีด้วยเหตุใด และข้ออ้างของธนาคารคืออะไร แต่อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า มีคำพิพากษาศาลฎีกาเพียงสองเรื่องเท่านั้นที่วินิจฉัยว่าการสลักหลัง และส่งมอบใบรับฝากเงินประจำให้แก่ธนาคารเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น เป็นการจำหน่ายใบรับฝากเงินและธนาคารอยู่ในฐานะของเจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายตามกฎหมาย คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 311/2527 และ 1474/2528 แต่แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้จะถูกกลับหลักไปแล้ว โดยคำพิพากษาศาลฎีกาในปี 2534 คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5478/2534 ซึ่งวินิจฉัยว่า ใบรับฝากเงินประจำนั้นเป็นเพียงหลักฐานในการรับฝากถอนเงินไม่อยู่ในลักษณะของสิทธิที่มีตราสาร ธนาคารจึงไม่ใช่เจ้าหนี้จำหน่ายที่มีปริมสิทธิตามกฎหมาย นอกจากนั้น ในปี 2537 ยังมี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2051/2537 ที่ได้วินิจฉัยในประเด็นของการจำหน่ายตราสาร (แต่มิใช่ เรื่องของการจำหน่ายสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน) ว่า " สิทธิซึ่งมีตราสาร" หมายถึงตราสารที่ใช้ แทนสิทธิหรือทรัพย์สิน ซึ่งเป็นเอกสารที่สร้างขึ้นตามแบบพิธีในกฎหมาย และเป็นตราสารที่โอนกันได้ ด้วยวิธีของตราสารนั้น แต่ไม่หมายความถึงเอกสารธรรมดาที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นพยานหลักฐานแห่ง สิทธิทั่ว ๆ ไป " ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาในปี 2534 ก็ได้ตัดสินตามแนวฎีกาดังกล่าว

จากหลักเกณฑ์ในเรื่องของการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสาร และแนวคำพิพากษาของ ศาล ที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงน่าจะได้ข้อสรุปของการจำหน่ายสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน ดังนี้

1) สิทธิตามสัญญารับฝากเงิน ซึ่งมีสมุดคู่ฝาก หรือใบรับฝากเงินเป็นเพียง หลักฐานแห่งสิทธิ มิใช่ตราสารแทนสิทธิหรือทรัพย์สิน จึงไม่อยู่ในความหมายของสิทธิที่มีตราสาร ไม่สามารถจำหน่ายได้ ตามมาตรา 750

2) การส่งมอบสมุดคู่ฝากหรือใบรับฝากเงินประจำให้กับธนาคาร เพื่อเป็นการ ประกันหนี้ โดยทำสัญญาจำหน่ายเป็นหนังสือ และยินยอมให้ธนาคารหักเงินในบัญชีเงินฝากเพื่อ ชำระหนี้ได้นั้น ไม่มีผลเป็นการจำหน่ายสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน เพราะการส่งมอบดังกล่าวเป็น การส่งมอบหลักฐานแห่งสิทธิ ซึ่งโดยตัวของหลักฐานแห่งสิทธินั้นเอง มิได้ก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ เหนือตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิ เพราะเป็นเพียงหลักฐานแห่งหนี้เท่านั้น การส่งมอบเพื่อเป็น หลักประกัน จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ธนาคารในฐานะเจ้าหนี้มีกรรมสิทธิหรือเจ้าหนี้มีประกันตาม กฎหมาย แต่อาจเป็นเพียงความตกลงในการฝากเงินเพื่อเป็นประกันหนี้อย่างหนึ่งเท่านั้น ซึ่ง สามารถใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็นบุคคลสิทธิระหว่างคู่สัญญา

3) เฉพาะสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน ที่มีบัตรเงินฝาก เป็นหลักฐานแห่งสิทธิ เท่านั้น ที่อยู่ในความหมายของ สิทธิที่มีตราสาร เพราะบัตรเงินฝากที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์ มีกฎหมายรองรับให้สามารถเปลี่ยนมือและจำหน่ายได้เช่นเดียวกับตัวเงิน คือด้วยการสลักหลังและ ส่งมอบ จึงทำให้บัตรเงินฝากนั้นเป็นตราสาร ตามความหมายของสิทธิที่มีตราสาร ในมาตรา 750