

บทความวิจัย

สิทธิของผู้ค้ำประกัน : ศึกษากรณีสิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน*

Guarantor's Rights: Case Study of Guarantor's Rights before Debt Settlement

รพี พิกุลงาม¹

Rapee pikulngam²

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี 272 หมู่ 9 ตำบลขุนทะเล

อำเภอเมืองสุราษฎร์ธานี จังหวัดสุราษฎร์ธานี 84100

Faculty of Law, Suratthani Rajabhat University 272 Moo 9, KhunThale

Subdistrict, Suratthani Mueang District, Suratthani Province 84100

* Corresponding author E-mail: mmoddza1@gmail.com

วันที่รับบทความ : 23 สิงหาคม 2564 วันที่แก้ไขบทความ : 27 กันยายน 2564

วันที่ตอบรับ : 30 กันยายน 2564 วันที่เผยแพร่ : 14 พฤษภาคม 2565

* บทความวิจัยฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง “สิทธิของผู้ค้ำประกัน : ศึกษากรณีสิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน” มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี, พ.ศ. 2561.

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์รพี พิกุลงาม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี.

² Assistant Professor. Rapee pikulngam, Faculty of law Suratthani Rajabhat University.

บทคัดย่อ

วิจัยฉบับนี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา เสรีภาพในการทำสัญญา สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกัน ปัญหาการยกเว้นสิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกันตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ที่กำหนดให้คุ้มครองสิทธิก่อนการชำระหนี้หากฝ่าฝืนจะเป็นโมฆะ

ผลการวิจัยพบว่า กฎหมายได้ให้สิทธิก่อนการชำระหนี้เอาไว้ แก่ผู้ค้าประกัน แต่สิทธิดังกล่าวกลับถูกเจ้าหนี้ผู้มีอำนาจต่อรองสูงกว่านำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาระบุในข้อสัญญา ยกเว้นสิทธิดังกล่าว ทำให้ผู้ค้าประกันไม่สามารถใช้สิทธิได้ ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ส่งผลให้ข้อสัญญาที่ยกเว้นสิทธิที่จะยกและสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกันตกเป็นโมฆะ ผู้ค้าประกันจึงสามารถใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ได้

ข้อเสนอแนะ ในปัจจุบันผู้ค้าประกันสามารถใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ แต่สิทธิดังกล่าวมิได้มีสภาพบังคับต่อเจ้าหนี้จนกว่าจะมีคำพิพากษาจากศาล ดังนั้นเพื่อให้มีสภาพบังคับ เมื่อผู้ค้าประกันถูกฟ้องคดีจะต้องไปศาลทำคำให้การยื่นต่อศาลในประเด็นสิทธิที่จะยก สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้และนำสืบพยานในประเด็นดังกล่าวจึงจะทำให้สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกันเกิดสภาพบังคับทางกฎหมาย

คำสำคัญ: สิทธิ, ผู้ค้าประกัน, สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกัน, การยกเว้นสิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกัน

ABSTRACT

This qualitative research aims to study the history and freedom of contract, guarantor's rights before debt settlement, problem of exemption of guarantor's rights before debt settlement under the Civil and Commercial Code Amendment Act (No. 20) B.E. 2557 (2014) and (No. 21) B.E. 2558 (2015) which provide the protection of rights before debt settlement. In case of violation, it becomes void.

The study found that the law ensured the guarantor the right before the debt settlement, but the creditor who had a higher bargaining power applied the principle of freedom of contract to ignore such rights from the contract unfairly so that the guarantor was unable to exercise the rights. Later, the Civil and Commercial Code Amendment Act (No. 20), B.E. 2557 (2014) and (No. 21) B.E. 2558 (2015) rendered a contractual clause excluding the guarantor's right to defend void. The guarantor was able to exercise the rights before debt settlement against the creditor.

The author suggests that, at present, the guarantor is able to exercise the rights before debt settlement, but such rights are not enforceable against the creditor until a judgment of the court is given. Therefore, in order to ensure the compulsory condition, when the guarantor is prosecuted, the guarantor should submit an affidavit to the court on the issue of the right to defend and take witnesses on such issues. This makes the guarantor's rights before debt settlement becomes legally enforceable

Keywords: Right, Guarantor, Guarantor's Right before Debt Settlement, Exemption of Guarantor's Right before Debt Settlement

ความนำ

สัญญาค้ำประกันเป็นการประกันหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ย่อมเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ การค้ำประกันจึงเป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ของมูลหนี้ประธานโดยกฎหมายจึงได้ให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันเป็นสิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน มีอยู่ 2 ประการ คือ 1. สิทธิที่จะแย่ง และ 2. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ แต่สิทธิดังกล่าวของผู้ค้ำประกันไม่สามารถที่จะนำมาใช้ได้ กล่าวคือ สิทธิที่จะแย่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 688³ พิสูจน์ทรัพย์ลูกหนี้ตามมาตรา 689⁴ แย่งให้บังคับเอาจากหลักประกันของลูกหนี้ก่อนตามมาตรา 690⁵ นั้น หากมีข้อสัญญาว่าผู้ค้ำประกันรับผิดชอบกับลูกหนี้ย่อมมีผลทำให้ผู้ค้ำประกันไม่สามารถยกสิทธิที่จะแย่งขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ตามมาตรา 691⁶ และสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้⁷ ตามมาตรา 694⁸ นั้น

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 688 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ผู้ค้ำประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้วหรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต”

⁴ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 689 บัญญัติว่า “ถึงแม้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวในมาตราก่อนนั้นแล้วก็ตาม ถ้าผู้ค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้ไม่มีทางที่จะชำระหนี้ได้และการที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ นั้นจะไม่เป็นการยากไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องบังคับการชำระหนี้รายนั้นเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน”

⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 690 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์ของลูกหนี้ยึดไว้เป็นประกันไซ้เมื่อผู้ค้ำประกันร้องขอท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องให้ชำระหนี้เอาจากทรัพย์ซึ่งเป็นประกันนั้นก่อน”

⁶ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 691 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบร่วมกันกับลูกหนี้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าวไว้ใน มาตรา 688, มาตรา 689 และ มาตรา 690” (ตามกฎหมายเก่า)

⁷ สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ นั้น มีอยู่ 2 ประการ คือ

1. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกันขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้
2. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้”

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 694 บัญญัติว่า “นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้ำประกันมีต่อเจ้าหนี้ นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลาย ซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย”

มิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สัญญาจึงอาจทำข้อตกลงในสัญญาแตกต่างกับที่กฎหมายมาตรานี้บัญญัติไว้ได้ ส่งผลให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบไม่สามารถยกสิทธิที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้

เมื่อปี พ.ศ. 2557 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 11 คำประกัน ฉบับที่ 20 และแก้ไขอีกในปี พ.ศ. 2558 ฉบับที่ 21 โดยมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองผู้ค้าประกันที่จะส่งผลให้ผู้ค้าประกันสามารถใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ที่กฎหมายบัญญัติได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพราะผู้ค้าประกันมิใช่ลูกหนี้ชั้นต้นแต่เป็นเพียงบุคคลภายนอกที่ยอมผูกพันต่อเจ้าหนี้ในการที่จะชำระหนี้แทนลูกหนี้เท่านั้น

ดังนั้น วิจัยฉบับนี้มุ่งโดยตรงต่อการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา เสรีภาพในการทำสัญญา สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกัน (เฉพาะกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดาเป็นผู้ค้าประกันเท่านั้น) ที่มีอยู่ 2 ประการ คือ 1. สิทธิที่จะแย้งและ 2. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ การยกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้ว่าเกิดขึ้นจากสาเหตุใด และวิเคราะห์พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ(ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 สามารถแก้ไขปัญหาการใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้าประกันได้หรือไม่ รวมถึงวิเคราะห์ว่าพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ(ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 มีผลกระทบต่อคู่สัญญาผู้ค้าประกันหรือไม่

ที่มาของการค้าประกัน

การค้าประกันมีที่มาจากกฎหมายโรมันซึ่งมีพัฒนาการมาจากเรื่องหนี้ ซึ่งมีแนวความคิดเริ่มต้นที่อำนาจเหนือของหัวหน้าครอบครัว ระหว่างหัวหน้าครอบครัวที่เป็นเจ้าหนี้และหัวหน้าครอบครัวที่เป็นลูกหนี้จะอยู่บนฐานของความไว้วางใจ แต่เพื่อเกิดความมั่นใจว่าจะได้รับการชำระหนี้ ลูกหนี้จึงต้องส่งตัวเองไปเป็นประกันหนี้โดยตัวลูกหนี้เป็นหัวหน้าครอบครัว ระหว่างที่ยังไม่ได้ชำระหนี้ลูกหนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ในลักษณะคล้ายทาส และเมื่อใดที่มีการชำระหนี้ลูกหนี้ก็จะหลุดพ้นจากอำนาจของหัวหน้า

ครอบครัวที่เป็นเจ้าหนี้⁹ ลูกหนี้จะอยู่ในอำนาจของหัวหน้าครอบครัวที่เป็นเจ้าหนี้จนกว่าจะทำงานชำระหนี้ได้ครบจึงจะได้รับการปลดปล่อยให้หลุดพ้นจากอำนาจดังกล่าวและได้ความเป็นอิสระกลับคืนมา และหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้มีอำนาจที่จะลดลูกหนี้ลงเป็นนักษโท¹⁰

ต่อมา ในยุคของกฎหมายสิบสองโต๊ะ ความคิดเรื่องของการประกันหนี้เป็นเรื่องที่บุคคลภายนอกมาประกันหนี้ให้แก่ลูกหนี้ เนื่องจากเมื่อลูกหนี้ไปเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้แล้ว การหารายได้ของลูกหนี้เพื่อมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นั้นเป็นการยากเพราะลูกหนี้ตกเป็นประกันอยู่กับเจ้าหนี้ แนวความคิดนี้จึงมีลักษณะของการส่งตัวบุคคลภายนอกไปประกันหนี้แทนการส่งตัวลูกหนี้ไปประกันหนี้แบบเดิม ก่อให้เกิดความคิดที่ว่าคนที่เป็นหนี้กับคนที่ต้องรับผิดชอบเป็นคนละคนกัน แต่ที่เหมือนเดิม คือ การส่งบุคคลดังกล่าวไปอยู่กับครอบครัวเจ้าหนี้

การค้าประกันตามกฎหมายไทย เริ่มมีมาตั้งแต่มีการขายฝากทาสเป็นสัญญาที่แพร่หลายมากที่สุด ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ตลอดจนมาถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนมีการประกาศเลิกทาส การขายฝากทาสเป็นเสมือนหนึ่งผู้ขายได้กู้เงินจากนายเงิน และมอบคนของตนคนหนึ่งไว้แก่นายเงิน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามหลักทั่วไปในสัญญาค้าประกัน การใช้แรงงานของบุคคลที่ค้าประกันไว้ก็เท่ากับการใช้ดอกเบี้ย¹¹

⁹ ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 143.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, 143.

¹¹ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), 23.

ลักษณะเฉพาะของสัญญาค้ำประกัน

การค้ำประกัน เป็นการประกันหนี้ด้วยบุคคล ความรับผิดของผู้ค้ำประกันจึงเกิดจากหนี้อีกอันหนึ่งต่างหากจากหนี้ของลูกหนี้¹² ดังนั้น กองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันย่อมแยกต่างหากจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ขึ้นต้นและเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ย่อมเกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้จากทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันจนเสร็จสิ้นเชิง

การค้ำประกันเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง แต่มิใช่สัญญาต่างตอบแทนและไม่มีค่าตอบแทน ทำให้เจ้าหนี้หาหน้าที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนแก่ผู้ค้ำประกันไม่¹³ โดยมีเงื่อนไขการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้วตนจะชำระหนี้แทน สัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไข¹⁴

การค้ำประกันเป็นสัญญาอุปรณ์ ความรับผิดของผู้ค้ำประกันในหนี้ที่จะต้องชำระจึงเป็นไปตามความรับผิดของหนี้ประธาน และไม่เกินกว่าความรับผิดของลูกหนี้ ส่งผลให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้¹⁵ และเนื่องจากสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาอุปรณ์ สัญญาค้ำประกันจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่หนี้ประธานนั้นอาจให้บุคคลอื่นชำระหนี้แทนได้เท่านั้น ถ้าหนี้ประธานเป็นหนี้ที่ไม่อาจให้บุคคลอื่นชำระหนี้แทนได้ หรือเป็นหนี้ซึ่งโดยสภาพแห่งหนี้เป็นการให้กระทำการอันหนึ่ง

¹² เสนีย์ ประโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมสัญญาเล่ม 1 ภาค 1-2*, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด 2505), 10.

¹³ นริภรณ์ กาญจนพฤกษ์, “การคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกัน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 7.

¹⁴ เค.เค.ลอร์สัน, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย การประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินเอกสารคำสอนชั้นปริญญาตรี*, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), 9-10.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2545 แม้สัญญาค้ำประกันอันเป็นสัญญาหรือหนี้อุปรณ์จะมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ ก็ต้องถืออัตราดอกเบี้ยตามที่ระบุไว้ในสัญญาหรือหนี้ประธาน.

อันใด ดังนี้ต้องถือว่าไม่อาจทำสัญญาค้ำประกันได้ แต่อาจทำสัญญาค้ำประกันนี้ ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ได้¹⁶

การค้ำประกันเป็นสัญญาเฉพาะตัว หากผู้ค้ำประกันตายลงหลังลูกหนี้ผิดนัด ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันยังคงอยู่ แต่ตกอยู่กับกองมรดกของผู้ค้ำประกัน¹⁷

สิทธิของผู้ค้ำประกันก่อนการชำระหนี้

สิทธิของผู้ค้ำประกันก่อนการชำระหนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ 1. สิทธิที่จะเกี่ยวและ 2. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้

1. สิทธิที่จะเกี่ยว โดยสิทธิที่จะเกี่ยวของผู้ค้ำประกันแบ่งออกเป็นได้ 3 ประการ ดังนี้

1) เกี่ยวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน เมื่อเจ้าหนี้ได้ทวงถามให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิเกี่ยวให้ไปเรียกเอาจากลูกหนี้ก่อน¹⁸ แต่ไม่ได้หมายความว่า เจ้าหนี้จะต้องไปทวงลูกหนี้ก่อนถึงจะฟ้องผู้ค้ำประกันได้ แม้เจ้าหนี้ไม่ทวงลูกหนี้และให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ก่อน ก็มีอำนาจฟ้องผู้ค้ำประกันให้ชำระหนี้ได้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ดังนั้น มาตรานี้แทบไม่เกิดความเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหนี้จะทวงให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนหรือไม่ก็ตาม ก็มีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกันได้เสมอเมื่อลูกหนี้ผิดนัด¹⁹

¹⁶ อุทฤษ มงคลนาวิน, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), 17.

¹⁷ รพี พิภูลงาม, “เอกสารประกอบการสอนรายวิชากฎหมายลักษณะประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน,” (สุราษฎร์ธานี: มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี, 2558), 29.

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 688 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต”

¹⁹ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), 152.

2) เกียงให้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน²⁰ เมื่อผู้ค้ำประกันพิสูจน์ให้ศาลเห็น 2 ประการ คือ 1. ลูกหนี้มีทางชำระหนี้ได้ และ 2. การจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่เป็นการยาก สิทธิที่จะเกียงตามมาตรานี้ ผู้ค้ำประกันสามารถเกียงต่อเจ้าหนี้ก่อนฟ้องคดีได้ แต่กฎหมายไม่มีสภาพบังคับเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นการใช้สิทธิเกียงตามมาตรานี้จะปรากฏในชั้นพิจารณาคดีของศาลเสียเป็นส่วนใหญ่

3) เกียงให้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันนั้นก่อน²¹ เจ้าหนี้มีทรัพย์สินของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันในหนี้รายเดียวกันกับผู้ค้ำประกันเข้าค้ำประกันด้วย ผู้ค้ำประกันใช้สิทธิเกียงตามมาตรานี้ได้เสมอ เจ้าหนี้ต้องไปบังคับจากทรัพย์สินนั้นก่อน²²

อย่างไรก็ตาม สิทธิที่จะเกียงตามที่กล่าวมาข้างต้น มิได้ทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นความรับผิดเพียงแต่เป็นการบรรเทาความรับผิดให้แก่ผู้ค้ำประกัน

2. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิยกข้อต่อสู้ของตนเองขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ หมายถึง ข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกันเองอันเกิดจากการทำสัญญาค้ำประกัน นอกจากนี้ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ด้วย²³ หมายความว่า ลูกหนี้มีข้อ

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 689 บัญญัติว่า “ถึงแม้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวมาในมาตราก่อนนั้นแล้วก็ตาม ถ้าผู้ค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีทางที่จะชำระหนี้ได้ และการที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ขึ้นนั้นจะเป็นการยากไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องบังคับการชำระหนี้รายนั้นเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน”

²¹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 690 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์สินของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันไซ้ เมื่อผู้ค้ำประกันร้องขอ ท่านว่าเจ้าหนี้ต้องให้ชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นประกันนั้นก่อน”

²² สุตา วิศรุตพิชญ์, *หลักกฎหมายค้ำประกัน* จำนวน จำนวน, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), 42.

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 694 บัญญัติว่า “นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้ำประกันมีต่อเจ้าหนี้แล้ว ท่านว่าผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลาย ซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย”

ต่อสู้อันใดที่จะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ ผู้ค้าประกันสามารถยกข้อต่อสู้เหล่านั้นขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ด้วย

สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้านั้นมีข้อสังเกตเช่นเดียวกับสิทธิที่จะเถียงกล่าวคือ การยกสิทธิขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ในชั้นก่อนฟ้องคดีนั้น หากเจ้าหนี้ไม่ปฏิบัติตามก็ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายกับเจ้าหนี้ ซึ่งหากผู้ค้านั้นจะให้สิทธิที่จะเถียงและสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย จะต้องนำไปใช้ในชั้นพิจารณาของศาล เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องผู้ค้านั้นต่อศาล ผู้ค้านั้นจะต้องไปศาล ทำคำให้การยื่นต่อศาล ยกสิทธิที่จะเถียงและสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ในคำให้การ นำพยานเข้าสืบในประเด็นดังกล่าว เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามสิทธิของผู้ค้านั้น และอีกประเด็นหนึ่งคือ สิทธิที่จะเถียงและสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้านั้นมีผลทางกฎหมายต่างกัน คือ สิทธิที่จะเถียงมิได้ทำให้ผู้ค้านั้นหลุดพ้นจากความรับผิด เพียงแต่กฎหมายให้ไปบังคับเอาจากลูกหนี้ก่อน หากหนี้ยังขาดอยู่เท่าใดผู้ค้านั้นยังคงต้องรับผิด ซึ่งต่างจากสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ไม่ว่าจะเป็นข้อต่อสู้ของผู้ค้านั้นหรือข้อต่อสู้ของลูกหนี้ หากผู้ค้านั้นยกขึ้นต่อสู้กับเจ้าหนี้ อาจทำให้ผู้ประกันหลุดพ้นจากความรับผิดในหนี้ทั้งหมด

ปัญหาการใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้านั้น ก่อนมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

ปัญหาการใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ของผู้ค้านั้น ก่อนมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะเถียงตามมาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะถูกเจ้าหนี้เขียนยกเว้นสิทธิดังกล่าวเอาไว้ในข้อสัญญาโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผู้ค้านั้นต้องรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ ท่านว่า ผู้ค้านั้นย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าวไว้ใน มาตรา 688 มาตรา 689 และ มาตรา 690” ดังนั้น การยกเว้นสิทธิที่จะเถียงของผู้ค้านั้น

เจ้าหนี้กระทำได้โดยมีกฎหมายรับรองส่งผลให้เมื่อระบุงลงไว้ในข้อสัญญาผู้ค้าประกันจะยกสิทธิที่จะยื่นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ไม่ได้

อนึ่ง ในส่วนของสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกันขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 694 ในการยกเว้นข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกันขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกับ มาตรา 691 ดังนั้น การยกเว้นสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกัน ศาลได้ใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา มาปรับใช้ เมื่อปรากฏว่ามีข้อสัญญาที่ระบุว่าผู้ค้าประกันจะไม่ใช้สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ ส่งผลให้ผู้ค้าประกันจะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ไม่ได้เช่นกัน เพราะเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญา ประกอบด้วยเสรีภาพ 2 ประการ คือ 1. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาและ 2. เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา²⁴

1. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา เจ้าหนี้มีเสรีภาพที่จะเลือกผู้ค้าประกันของลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้พิจารณาจากความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้าประกันแทนลูกหนี้และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ค้าประกันกับลูกหนี้เพียงเท่านั้น ส่วนใหญ่จะเน้นไปทางความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้าประกัน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ค้าประกันกับลูกหนี้เป็นเพียงข้อพิจารณาลำดับรองลงไป

หากเจ้าหนี้ไม่พอใจตัวผู้ค้าประกันหรือไม่แน่ใจในความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้าประกัน เจ้าหนี้นย่อมสามารถปฏิเสธตัวผู้ค้าประกันคนดังกล่าวได้และสามารถให้ลูกหนี้จัดหาผู้ค้าประกันรายใหม่ให้แก่เจ้าหนี้ได้

แต่ในด้านของผู้ค้าประกัน จะเห็นได้ว่า ผู้ค้าประกันไม่มีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาหรือเลือกตัวเจ้าหนี้ เพราะการค้าประกันเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้กับผู้ค้าประกันเป็นส่วนตัวโดยเฉพาะ และเจ้าหนี้ของลูกหนี้ โดยลูกหนี้ได้เลือกเจ้าหนี้ไว้แล้ว ผู้ค้าประกันจึงไม่มีสิทธิในการเลือกคู่สัญญาในส่วนที่เป็นเจ้าหนี้

²⁴ คณิต ญ นคร, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 422.

เสรีภาพในการจะคิดตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไร²⁵ เป็นเสรีภาพของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่ในการค้าประกันเสรีภาพการตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญาค้าประกันหรือไม่ ตกอยู่กับเจ้าหนี้โดยเจ้าหนี้พิจารณาจากความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้าประกันแทนลูกหนี้และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ค้าประกันกับลูกหนี้ หากพิจารณาแล้วผู้ค้าประกันไม่มีความสามารถชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้มีเสรีภาพในการทำสัญญาโดยการปฏิเสธตัวผู้ค้าประกันดังกล่าวได้

ส่วนของผู้ค้าประกันที่เข้ามาทำสัญญาค้าประกันนั้น มาจากการเชื่อเชื่อของลูกหนี้ โดยลูกหนี้มิใช่คู่สัญญาค้าประกัน คู่สัญญาของผู้ค้าประกัน คือ เจ้าหนี้กับผู้ค้าประกัน และผู้ค้าประกันไม่สามารถที่จะใช้เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาค้าประกันกับเจ้าหนี้ได้หรือไม่ เพราะการค้าประกันเกิดจากการเชื่อเชื่อของลูกหนี้ที่มีความสัมพันธ์อันมาแต่กลก่อน ซึ่งหากไม่มีการเชื่อเชื่อของลูกหนี้แล้วบุคคลคนนั้นย่อมไม่เข้าทำสัญญาค้าประกันกับเจ้าหนี้ ดังนั้นในส่วนของผู้ค้าประกันก็ไม่มีเสรีภาพในการที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญาหรือไม่เข้าทำสัญญา

2. เสรีภาพในการที่จะกำหนดข้อสัญญาของสัญญา สามารถเลือกแบบในการทำสัญญา กำหนดเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้ในเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากกฎหมาย หากมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็ไม่เป็นโมฆะ

กรณีสัญญาค้าประกัน กฎหมายได้ให้สิทธิของผู้ค้าประกันการชำระหนี้ไว้ 2 กรณี คือ 1. สิทธิที่จะยกเลิกและ 2. สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ แต่สิทธิดังกล่าวมิใช่ข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถที่จะตกลงกันกำหนดในข้อสัญญาให้แตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติได้

²⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 291.

การยกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ประโยชน์ที่ได้รับจากการยกเว้นสิทธิดังกล่าวตกแก่ฝ่ายเจ้าหนี้เท่านั้น ผู้ค้าประกันหาได้รับประโยชน์ไม่ กลับกันกลับเพิ่มภาระให้กับตัวผู้ค้าประกันยิ่งขึ้นไปอีก ไม่สามารถยกเลิกสิทธิที่กฎหมายบัญญัติไว้ก่อนชำระหนี้ได้ ความรับผิดชอบกว่าตัวลูกหนี้เพราะผู้ค้าประกันหาได้ประโยชน์ใด ๆ จากการค้าประกันมีแต่ลูกหนี้ที่ได้รับประโยชน์

ส่วนของผู้ค้าประกัน โดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญากับเนื้อหาของสัญญา ผู้ค้าประกันสามารถที่จะยกเว้นข้อกฎหมายที่มีใช้เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้เช่นกัน หรือจะจำกัดความรับผิด จำกัดระยะเวลาการค้าประกัน ย่อมทำได้ทั้งสิ้น แต่หากผู้ค้าประกันทำเช่นนั้น เจ้าหนี้ก็จะปฏิเสธตัวผู้ค้าประกันรายนั้น ไม่ยอมให้เข้าทำสัญญาค้าประกันตัวลูกหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ปฏิเสธตัวผู้ค้าประกัน ลูกหนี้ก็ต้องหาตัวผู้ค้าประกันรายใหม่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา เสรีภาพดังกล่าวเป็นของเจ้าหนี้โดยแท้ ส่วนผู้ค้าประกันหาเสรีภาพในส่วนนี้ด้วยไม่

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้บังคับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาครบถ้วน และมีด้วยกันทั้งสองฝ่าย หลักในการทำสัญญาจึงอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่สัญญาผู้ค้าประกัน เสรีภาพในการทำสัญญาตกอยู่กับคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว คือ ฝ่ายเจ้าหนี้ ส่วนผู้ค้าประกันหาเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยไม่ และอีกประการหนึ่ง คือ การใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น จะต้องไม่ขัดกับลักษณะของสัญญานั้น การค้าประกันเป็นการประกันหนี้ลูกหนี้และผู้ค้าประกันมีสิทธิได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ การระบุข้อสัญญาว่า ผู้ค้าประกันไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้นั้นย่อมส่งผลให้ผู้ค้าประกันไล่เบี้ยลูกหนี้ไม่ได้²⁶ จึงเป็นการขัดกับหลักการการค้าประกัน หรือกรณีการยกเว้นสิทธิที่จะเถียงที่จะให้บังคับเอาจากลูกหนี้ก่อน

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 695 บัญญัติว่า “ผู้ค้าประกันซึ่งละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้ เจ้าหนี้นั้น ท่านว่ายอมสละสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้น และที่ไม่รู้เช่นนั้นได้เป็นเพราะความผิดของตนด้วย”

กลับมาบังคับเอาจากผู้ค้าประกันก่อนแล้วจึงไปเอาจากลูกหนี้ จะเห็นว่า ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปที่มุ่งจะให้ความยุติธรรมกลับสร้างภาระให้แก่ผู้ค้าประกันเพิ่มขึ้น

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า สัญญาผู้ค้าประกันจึงไม่สามารถนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาบังคับในการทำสัญญาผู้ค้าประกันได้ตามที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อข้างต้น หากไม่สามารถนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาผู้ค้าประกันได้ ย่อมทำให้ผู้ค้าประกันมีสิทธิก่อนการชำระหนี้ จึงไม่จำเป็นที่จะต้องแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้แต่อย่างใด

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

เมื่อ พ.ศ. 2557 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 11 ผู้ค้าประกัน โดยเพิ่มเติมในเรื่องของสิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้ไว้

ข้อตกลงยกเว้นสิทธิที่จะเกี่ยวของของผู้ค้าประกัน

เดิมกฎหมายบัญญัติให้สิทธิที่จะเกี่ยวของของผู้ค้านั้นสามารถเขียนข้อสัญญา ยกเว้นสิทธิดังกล่าวได้ตามมาตรา 691 หากในข้อสัญญาได้ระบุว่าถ้าผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบร่วมกันกับลูกหนี้ ท่านว่าผู้ค้าประกันย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตรา 688, มาตรา 689 และมาตรา 690²⁷

ปัจจุบัน มาตรา 691 ได้มีการแก้ไขตัวบทกฎหมาย โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการลดหนี้ของเจ้าหนี้ให้แก่ลูกหนี้ย่อมมีผลต่อผู้ค้าประกันด้วยซึ่งแตกต่างจากมาตรา 691 เดิมที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับข้อสัญญาถ้าได้ระบุว่าผู้ค้าประกันรับผิดชอบร่วมกันกับลูกหนี้ ผู้ค้าประกันย่อม

²⁷ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 691 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบร่วมกันกับลูกหนี้ ท่านว่าผู้ค้าประกันย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าวไว้ใน มาตรา 688, มาตรา 689 และมาตรา 690”

ไม่มีสิทธิที่จะเกี่ยว ดังนั้น มีผลทำให้มาตรา 691 ตามกฎหมายเก่านั้นเป็นยกเลิกและใช้มาตรา 691²⁸ ที่ประกาศใหม่แทน

นอกจากนี้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 ได้มีบทบัญญัติใหม่มาตรา 681/1 เกี่ยวกับข้อตกลงของผู้ค้าประกัน หากเจ้าหนี้ได้มีข้อตกลงหรือข้อสัญญาใดที่ให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ชั้นต้น ข้อตกลงหรือข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ²⁹

มาตรานี้เป็นมาตรการการที่แก้ไขเพื่อคุ้มครองผู้ค้าประกัน ซึ่งหลักกฎหมายเดิมก่อนมีการแก้ไข ในสัญญาผู้ค้าประกันสามารถระบุให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ชั้นต้นได้ ซึ่งการระบุดังกล่าวศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้ค้าประกันไม่สามารถที่จะยกสิทธิที่จะเกี่ยวขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ได้

ดังนั้น เมื่อมีการเพิ่มเติมมาตรา 681/1 นี้เข้ามา ย่อมส่งผลให้ผู้ค้าประกันสามารถที่จะยกสิทธิที่จะเกี่ยวขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ได้ ซึ่งหากในสัญญาผู้ค้าประกันระบุว่าให้ผู้ค้าประกันมีฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ชั้นต้น ข้อสัญญาดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

²⁸ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 691 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหนี้กระทำการใด ๆ อันมีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มีการค้าประกัน รวมทั้งดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าการระงับหนี้เป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น ถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ตามที่ไต่ลดแล้วก็ดี ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่ไต่ลดดังกล่าวไม่ครบถ้วน แต่ผู้ค้าประกันได้ชำระหนี้ส่วนที่เหลือนั้นแล้วก็ดี ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่ไต่ลดดังกล่าวแต่ผู้ค้าประกันได้ชำระหนี้ตามที่ไต่ลดนั้นแล้วก็ดี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะล่วงเลยกำหนดเวลาชำระหนี้ตามที่ไต่ลดดังกล่าวแล้วหรือไม่ก็ตาม ให้ผู้ค้าประกันเป็นอันหลุดพ้นจากการค้าประกัน

ข้อตกลงใดที่มีผลเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ค้าประกันให้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

²⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 681/1 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ข้อตกลงใดที่กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้ร่วมกับหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

ปัญหาที่ต้องพิจารณาอีกประการ คือ มาตรา 681/1 บัญญัติห้ามเขียนข้อสัญญาให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม หากฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ แต่หากเจ้าหนี้เขียนสัญญาโดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ว่าผู้ค้าประกันจะไม่ยกเลิกหนี้ที่จะเกี่ยว ตามมาตรา 688 มาตรา 689 มาตรา 690 ขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะหรือไม่ เพราะมาตรา 681/1 เป็นโมฆะเฉพาะเขียนข้อสัญญาให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการไม่ยกเลิกหนี้ที่จะเกี่ยว ตามเจตนารมณ์ของการยกเลิก มาตรา 691 (เดิม) ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะทำได้ เพราะกฎหมายใหม่ต้องการให้ผู้ค้าประกันสามารถใช้สิทธิที่จะเกี่ยว ดังนั้น หากเจ้าหนี้ระบุข้อสัญญาห้ามผู้ค้าประกันใช้สิทธิที่จะเกี่ยวข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะเช่นกัน เพราะขัดต่อเจตนารมณ์ในการออกกฎหมาย

ข้อตกลงยกเว้นสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกัน

เดิมสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้านั้นสามารถยกเว้นสิทธิดังกล่าวได้ โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เมื่อสัญญาค้านั้นมีข้อสัญญาห้ามผู้ค้าประกันยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ ส่งผลให้สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้านั้นก็เป็นอันไร้ผล

แต่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 ได้มีเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่เกี่ยวกับข้อตกลงของผู้ค้านั้นโดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 685/1³⁰ กำหนดให้ข้อตกลงใด ๆ ที่แตกต่างไปจากมาตรา 694 ที่เป็นการยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้และของผู้ค้านั้น ให้ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ บทบัญญัติที่กำหนดเพิ่มเติมนี้กำหนดเพียงเฉพาะส่วนของข้อตกลงในสัญญาค้านั้นที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายให้ตกเป็นโมฆะเท่านั้น ข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาค้านั้นที่มีได้มีลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์ และใช้บังคับได้

³⁰ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 685/1 ซึ่งบัญญัติว่า บรรดาข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าประกันที่แตกต่างกันไปจากมาตรา 681 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาตรา 686 มาตรา 694 มาตรา 698 มาตรา 699 เป็นโมฆะ”

ต่อไป เพียงแต่ความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันจะคงเหลือเพียงเท่าที่กำหนดไว้ในบรรดาข้อตกลงที่ยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่เท่านั้น

มาตรา 694 เป็นเรื่องสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกันซึ่งแต่เดิม สามารถเขียนข้อสัญญายกเว้นสิทธิดังกล่าวของผู้ค้าประกันได้ โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 685/1 ย่อมส่งผลให้การเขียนข้อสัญญายกเว้นสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้ค้าประกันตามมาตรา 694 ย่อมเป็นโมฆะไม่สามารถใช้บังคับได้

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 เป็นการแก้ไขที่ทำให้ผู้ค้าประกันได้สิทธิก่อนการชำระหนี้ตามกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ แต่สิ่งที่ผู้ค้าประกันต้องพึงระวัง คือ แม้จะมีสิทธิก่อนการชำระหนี้ก็ตาม แต่ผู้ค้าประกันก็ยังคงต้องรับผิดชอบโดยฐานการเป็นประกันหนี้ด้วยบุคคลหาหลุดพ้นความรับผิดไปไม่ และสิทธิของผู้ค้าประกันไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะแย้งและสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ ผู้ค้าประกันจะต้องระบุไว้ในคำให้การและต้องนำพยานมาสืบ หากผู้ค้าประกันมิได้ทำคำให้การ หรือมิได้ต่อสู้ไว้ในคำให้การหรือต่อสู้ไปแล้วแต่ผู้ค้าประกันมิได้นำพยานมาสืบ ผู้ค้าประกันก็ห้ามสิทธิตามกฎหมายบัญญัติไว้ไม่เช่นกัน

ผลกระทบต่อสัญญาค้ำประกันหลังใช้บังคับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิและให้เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันและผู้จำนองซึ่งมิใช่ลูกหนี้ชั้นต้น แต่เป็นเพียงบุคคลภายนอกที่ยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ในการที่จะชำระหนี้แทนลูกหนี้เท่านั้น โดยข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติปรากฏว่าเจ้าหนี้ส่วนใหญ่ซึ่งเป็นสถาบันการเงินหรือผู้ประกอบการอาชีพให้กู้ยืม มักจะอาศัยอำนาจต่อรองที่สูงกว่าหรือความได้เปรียบในทางการเงินกำหนด

ข้อตกลงอันเป็นการยกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันหรือผู้จำนองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือให้ผู้ค้าประกันหรือผู้จำนองต้องรับผิดชอบเป็นลูกหนี้ขั้นต้น กรณีจึงส่งผลให้ผู้ค้าประกันหรือผู้จำนองซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้งต้องกลายเป็นผู้ถูกฟ้องล้มละลายอีกเป็นจำนวนมาก ดังนั้น เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ค้าประกันและผู้จำนอง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้³¹

หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 มีเจตนารมณ์ให้สิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้ การยกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้มีผลทำให้ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ ผู้ค้าประกันจึงมีสิทธิก่อนการชำระหนี้ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

นอกจากนี้ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์ นักกฎหมาย 2 ท่าน³² และนักการธนาคาร³³ โดยทั้งสามท่านได้ให้ความเห็นว่า พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่ทำให้ผู้ค้าประกันมีสิทธิก่อนการชำระหนี้ครบถ้วน ซึ่งผู้วิจัยก็มีความเห็นเช่นเดียวโดยได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อก่อนหน้า

แต่ในด้านนักกฎหมายทั้ง 2 ท่านให้ข้อสังเกตไว้ว่า ผู้ค้าประกันมีสิทธิก่อนการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะเกี่ยง สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองจากศาล ดังนั้น หากเจ้าหนี้ฟ้องคดี ผู้ค้าประกันจะต้องต่อสู้คดีเพื่อให้ศาลรับรองสิทธิให้ หากผู้ค้าประกันไม่ต่อสู้คดีผู้ค้าประกันย่อมไม่สามารถใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ได้เช่นกัน ซึ่งผู้วิจัยก็มีความเห็นเช่นเดียวกัน

³¹ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

³² ชนาธิป ชินะนาวัน, สัมภาษณ์โดย รพี พิกุลงาม, กรุงเทพฯ, 1 มิถุนายน 2560.

³³ สิทธิพงษ์ พิกุลงาม, สัมภาษณ์โดย รพี พิกุลงาม, กรุงเทพฯ, 12 สิงหาคม 2560.

นอกจากนี้ นักวิชาการด้านกฎหมาย³⁴มีความเห็นเพิ่มเติมว่า การที่บุคคลจะเข้า
คำประกันบุคคลใด ระหว่างผู้ค้ำประกันและลูกหนี้จะต้องมีความผูกพันกันมาแต่กาลก่อน
และต้องเป็นความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นแก่ผู้ค้ำประกันมิใช่ปัญหาจากเรื่อง
สิทธิก่อนชำระหนี้ แต่เกิดจากสิทธิภายหลังชำระหนี้ซึ่งเป็นสิทธิไต่เบียดและการรับช่วงสิทธิ
เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันเกิดสิทธิไต่เบียดลูกหนี้ตามกฎหมาย
แต่การไต่เบียดก็ต้องมีการฟ้องร้องบังคับคดีลูกหนี้เป็นอีกคดีต่างหาก ปัญหาของผู้ค้ำ
ประกันที่สำคัญอยู่ที่การไต่เบียด

**ผลกระทบต่อเจ้าหนี้ภายหลังบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558**

ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์นักกฎหมายและนักการธนาคารได้ให้ความเห็นตรงกันว่า เมื่อ
บังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20)
พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 จะส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้โดยตรงแต่ให้เหตุผล
ต่างกัน กล่าวคือ

ด้านนักกฎหมายทั้ง 2 ท่านมองว่า เมื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558
จะส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ในการพิจารณาปล่อยสินเชื่อให้กับลูกหนี้ หากปล่อยสินเชื่อโดย
หลักประกันไม่มั่นคงหรืออาจจะไม่ได้รับการชำระหนี้ สำหรับเจ้าหนี้นิยมเลือกที่จะไม่
ปล่อยสินเชื่อให้กับลูกหนี้ เมื่อไม่ปล่อยสินเชื่อให้กับลูกหนี้นย่อมส่งผลกระทบต่อระบบ
เศรษฐกิจซึ่งเป็นผลกระทบหลายทอดและผลกระทบสุดท้าย เมื่อรัฐใช้มาตรการทาง
กฎหมายบังคับเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะพยายามเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสัญญาขึ้นใหม่เพื่อใช้
เป็นหลักประกันที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้นไป เช่น การเรียกเงินประกันการเข้าทำงานเมื่อรัฐไม่ให้

³⁴ สุจินตนา ชุมวิสูตร, สัมภาษณ์โดย รพี พิกุลงาม, สุราษฎร์ธานี, 1 สิงหาคม 2560.

นายจ้างเรียกเก็บเงินประกันการทำงาน บรรดานายจ้างเปลี่ยนรูปแบบเป็นการหักเงินเดือนแทนการวางเงินประกัน ซึ่งมีผลกระทบต่อลูกจ้างยิ่งกว่าเดิม

ทั้งนี้สอดคล้องกับความเห็นของนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง³⁵ซึ่งได้ให้ความเห็นว่า ปัจจุบันในศตวรรษที่ 21 ประเทศไทยก็ยังคงมีแนวโน้มที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น จนเข้าใจว่าแนวโน้มในอนาคตประเทศไทยอาจจะมีเสรีภาพไม่ต่างจากที่เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษคือ การย้อนจาก “สถานะ” กลับมาสู่ “สัญญา” อีกครั้ง เพราะสภาพที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษหลังจากการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าทำให้ผลที่สุดชาวอังกฤษพบว่า การควบคุมหรือแทรกแซงเหล่านั้นมิได้ก่อประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าอย่างแท้จริง เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงานส่งผลให้คนไม่มีงานทำ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคส่งผลให้ราคาสินค้าสูงกว่าเดิม กฎหมายเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ก่อผลกระทบมากมายต่อผู้ให้เช่า จนท้ายที่สุดก็ไม่มีใครอยากให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งก็ส่งผลกระทบต่อผู้ที่ประสงค์จะเช่าเองเป็นต้น ดังนั้น ในประเทศอังกฤษก็เริ่มกลับไปมีความคิดที่จะปล่อยทุกอย่างให้เป็นไปตามกลไกของตลาดเสรีจะดีกว่า เพราะประชาชนผู้บริโภคจะเป็นผู้เลือกเองว่าอะไรจะดีที่สุดสำหรับเขา³⁶

ส่วนนักการธนาคารมองว่า เมื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 จะส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาปล่อยสินเชื่อให้กับลูกหนี้เช่นกัน ต่างกันตรงที่ความเห็นโดยนักการธนาคารเห็นว่า การพิจารณาปล่อยสินเชื่อมีการพิจารณา 2 ทาง ทางแรก ทางทฤษฎี จะพิจารณาตัวลูกหนี้ ทางที่สองพิจารณาจากข้อเท็จจริงโดยพิจารณาจากตัวผู้ค้ำประกัน ซึ่งในทางปฏิบัติ การปล่อยสินเชื่อจะพิจารณาจากผู้ค้ำประกันเนื่องจากว่า การ

³⁵ ศนันท์กรณ โสติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 294.

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

ขอสินเชื่อของลูกหนี้ส่วนใหญ่ขอสินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจ ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ขอสินเชื่อไปแล้ว สินเชื่อเหล่านั้นจะกลายเป็นเงินทุนแปลงเป็นสินทรัพย์ไปใช้ในการทำธุรกิจ ซึ่งมูลค่าของสินทรัพย์ของลูกหนี้ในทางธุรกิจราคาจะลงตามการตีค่าความเสี่ยงของสินทรัพย์ ดังนั้นการปล่อยสินเชื่อจึงพิจารณาไปที่ตัวผู้ค้ำประกันเพราะธนาคารไม่รู้จักตัวลูกหนี้ดีกว่าตัวผู้ค้ำประกัน

ธนาคารจึงใช้ผู้ค้ำประกันในการตรวจสอบสถานะทางการเงินของลูกหนี้และพิจารณาการให้สินเชื่อ 3 ประการ ดังนี้

1. ก่อนให้สินเชื่อลูกหนี้ หากลูกหนี้ไม่มีผู้ค้ำประกันย่อมสันนิษฐานได้ว่าลูกหนี้ขาดความน่าเชื่อถือในการปล่อยสินเชื่อ และหากมีผู้ค้ำประกันแสดงว่าลูกหนี้มีสถานะทางการเงินที่ค่อนข้างมั่นคงและมีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้ เพราะตัวผู้ค้ำประกันมีความสัมพันธ์กับตัวลูกหนี้ละเชื่อมั่นว่าลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้จึงเข้ามาทำสัญญาค้ำประกัน หากลูกหนี้ไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ย่อมที่จะไม่มีบุคคลมาค้ำประกันให้เช่นกัน

2. เมื่อปล่อยสินเชื่อ ผู้ค้ำประกันซึ่งมีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ย่อมรู้ว่าลูกหนี้มีสถานะทางการเงินเป็นอย่างไรซึ่งด้านธนาคารเองอาจจะไม่ทราบ ดังนั้น การมีผู้ค้ำประกัน ทางด้านนักการธนาคารมองว่าเป็นการเพิ่มบุคคลในการตรวจสอบสถานะทางการเงินของลูกหนี้โดยปริยาย

3. เมื่อต้องบังคับชำระหนี้เนื่องจากผู้ค้ำประกันเข้ามาประกันหนี้ให้กับลูกหนี้ บุคคลทั้งสองจึงต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดสนิทสนมไว้นั่นเอง เมื่อเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้ผู้ค้ำประกันจะพยายามชวนขายมิให้ตนเองถูกบังคับชำระหนี้โดยการหาทรัพย์สินของลูกหนี้ไปแจ้งต่อเจ้าหนี้ หรือหากแม้ผู้ค้ำประกันถูกบังคับชำระหนี้ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้กับผู้ค้ำประกันสามารถมีจะเจรจากันเองได้หรือผู้ค้ำประกันหาหลักทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อไถ่เบียดก็เป็นไปได้โดยง่าย

โดยสรุป เมื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 จะส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่โดยตรง ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่ปล่อยสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้เนื่องจากหลักประกันไม่มั่นคง

บทส่งท้าย

การค้าประกันมีวิวัฒนาการมาจากการนำตัวลูกหนี้มาเป็นประกันการชำระหนี้ ต่อมาการค้าประกันได้พัฒนาจากตัวลูกหนี้เป็นบุคคลภายนอกเนื่องจากการเอาตัวลูกหนี้ไว้กับเจ้าหน้าที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ได้

การประกันหนี้ด้วยบุคคลหรือการค้าประกัน เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกเข้าทำสัญญาประกันหนี้ไว้กับเจ้าหน้าที่โดยจะชำระหนี้ให้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั่น ผู้ค้าประกันก็จะชำระหนี้แทนลูกหนี้ ด้วยเหตุที่สัญญาการค้าประกันเป็นหนี้อุปพันธ์หรือหนี้ชั้นที่สอง จึงทำให้สัญญาการค้าประกันมีลักษณะพิเศษไม่เหมือนกับสัญญาประเภทอื่น กฎหมายจึงให้สิทธิก่อนการชำระหนี้แก่ผู้ค้าประกันบางประการ คือ สิทธิที่จะเพิกถอนและสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ แต่สิทธิดังกล่าวผู้ค้าประกันมีอาจนำมาใช้บังคับได้เพราะเจ้าหน้าที่ได้นำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาระบวยกเว้นสิทธิไว้ในข้อสัญญาการค้าประกัน ส่งผลให้ผู้ค้าประกันไม่สามารถใช้สิทธิดังต่อสู้กับเจ้าหน้าที่ได้

ประโยชน์ที่ได้รับจากการยกเว้นสิทธิดังกล่าวตกแก่ฝ่ายเจ้าหน้าที่เท่านั้น ผู้ค้าประกันหาได้รับประโยชน์ไม่ และเป็นการขัดต่อหลักการการค้าประกัน ที่ต้องให้ผู้ค้าประกันได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้และขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องให้ความยุติธรรมให้แก่ประชาชนแต่กลับสร้างภาระยิ่งกว่าเดิม ด้วยเหตุผลดังกล่าว การนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้บังคับในสัญญาต่าง ๆ นั้น ต้องพิจารณาองค์ประกอบเพิ่มเติม คือ ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่และขัดต่อลักษณะของสัญญานั้น ๆ หรือไม่

สำหรับผลกระทบต่อผู้ค้าประกัน พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 บัญญัติให้การยกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้เป็นโมฆะ ย่อมทำให้ข้อสัญญาใดที่

เจ้าหนี้ระบุไว้ในสัญญาอันมีลักษณะเป็นไปในแนวทางการยกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันยอมเป็นโมฆะ ข้อสัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้ ทำให้ผู้ค้าประกันได้ใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ได้

ผลกระทบต่อเจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ไม่ปล่อยสินเชื่อโดยง่ายเนื่องจากว่า หลักประกันหรือผู้ค้าประกันมีสิทธิก่อนการชำระหนี้ที่จะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้ ภาพรวมของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ให้ผลในทางที่ดีแก่ผู้ค้าประกัน ส่งผลให้ผู้ค้าประกันมีสิทธิก่อนการชำระหนี้เต็มตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ส่วนเจ้าหนี้อาจจะมองว่าเจ้าหนี้เสียเปรียบจากการใช้บังคับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ที่ไม่สามารถเขียนข้อสัญญายกเว้นสิทธิของผู้ค้าประกันได้

แม้ผู้ค้าประกันสามารถใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้ดังกล่าวได้แต่สิทธิก่อนการชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะเกี่ยง สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้หนี้ จะมีผลบังคับใช้ได้ผู้ค้าประกันจะต้องไปศาล ทำคำให้การยื่นต่อสู้คดี ในคำให้การต้องระบุประเด็นสิทธิดังกล่าวไว้ และนำพยานเข้าสืบตามที่ได้ระบุประเด็นไว้ และสุดท้ายประเด็นดังกล่าวเป็นของผู้ค้าประกัน การพิจารณาพิพากษาจึงตกอยู่กับผู้ค้าประกัน หากผู้ค้าประกันพิสูจน์ไม่ได้ศาลย่อมไม่พิพากษาในเรื่องสิทธิดังกล่าว ดังนั้น แม้จะมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 บัญญัติให้สิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้ก็ตาม แต่หากผู้ค้าประกันไม่ต่อสู้คดีหรือต่อสู้คดีแล้วแต่ผู้ค้าประกันไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ สิทธิของผู้ค้าประกันก่อนการชำระหนี้ย่อมไม่มีผลบังคับเช่นกัน

เอกสารอ้างอิง

คณิต ณ นคร. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2545

เค.เค.ลอร์สัน. *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย การประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินเอกสาร*
คำสอนชั้นปริญญาตรี. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482.

นริภรณ์ กาญจนพฤกษ์. “การคุ้มครองสิทธิของผู้ค้าประกัน.” *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติ*
ศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญญา ถนอมรอด. *คำอธิบายกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ*.

พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.

ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน*. พิมพ์ครั้งที่ 5.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

รพี พิกุลงาม. “เอกสารประกอบการสอนรายวิชากฎหมายลักษณะประกันด้วยบุคคลและ

ทรัพย์สิน.” *สุราษฎร์ธานี: มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี*, 2558.

ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายโรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,
2559.

ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,
2559.

สุตา วิสฤตพิชญ์. *หลักกฎหมายคำประกัน จำนอง จำนำ*. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,
2553.

เสนีย์ ประโมช. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมสัญญาเล่ม 1 ภาค*
1-2. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2505.

อุกฤษ มงคลนาวิน. *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ*.
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.

บุคลากรกรม

ชนาธิป ชินะนาวัน, สัมภาษณ์โดย รพี พิกุลงาม, กรุงเทพฯ, 1 มิถุนายน 2560.

สิทธิพงษ์ พิกุลงาม, สัมภาษณ์โดย รพี พิกุลงาม, กรุงเทพฯ, 12 สิงหาคม 2560.

สุจินตนา ชุมวิสูตร, สัมภาษณ์โดย รพี พิกุลงาม, สุราษฎร์ธานี, 1 สิงหาคม 2560.

References

Civil and Commercial Code.

Judgment of the Supreme Court No. 302/2545

K.K. Lawson. Civil and Commercial Law on Guarantee of Debt by Person or Property. Bachelor's Degree Instruction Sheet, Bangkok: Thammasat University and Politics, 1939..

Kanit Na Nakorn. *Introduction to Civil and Commercial Laws*. Bangkok: Wiyuchon, 2016.

Nareephorn Kanjanaphruek. "Protection of Guarantors Rights." Master of Laws Thesis. Faculty of Laws Thammasat University, 2007.

Panya Thanomrod. *Explanation on Civil and Commercial Laws on Borrowing. Guaranteeing, Mortgage and Pledge*, 8th Edition, Bangkok: Institute of Legal Education (Thai Bar Association), 2011.

Pitikon Jeeramongkolpanich. *Guarantee of Debt by Person or Property Law*. 5th Edition. Bangkok: Winyuchon, 2012.

Rapee Phikun-ngam. "Instruction Sheet on Guarantee of Debt by Person or Property Law." Surat Thani: Suratthani Rajabhat University, 2015.

Sanankon Sothiphan. *Explanation on the Act-Contract*. 20th Edition, Bangkok: Winyuchon, 2016.

Sanankon Sothiphan. *Introduction to Roman Law*. Bangkok: Wiyuthon, 2016.

Senee Pramroj. *Civil and Commercial Code on Act and Contract. Volume 1, Part 1-2*. Bangkok: Thai Wattana Panich Co., Ltd. 1962.

Suda Wisarutpitch. *Guarantee Law, Mortgage and Pledge*. 8th Edition, Bangkok: Winyuchon, 2010.

Ukrit Mongkolnawin. *Explanation on Civil and Commercial Laws on Guarantees, Mortgages, Pledges*, Bangkok: Chulalongkorn University, 1974.

Interview

Chanathip Chinanawin, Interviewed by Rapee Phikun-ngam, Bangkok, 1 June 2017.

Sitthipong Phikun-ngam, Interviewed by Rapee Phikun-ngam, Bangkok, 12 August 2017.

Suchintana Chumwisoot, Interviewed by Rapee Phikun-ngam, Surat Thani, 1 August 2017.