

บทที่ 4

วิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

เนื่องจากการค้าประกันเป็นการประกันความเสี่ยงจากการไม่ชำระหนี้หรือการล้มละลายของลูกหนี้ โดยการนำกองทรัพย์สินอีกกองหนึ่งของบุคคลอื่นที่มีใ้ลูกหนี้ เข้ามาผูกพันชำระหนี้แทนลูกหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้นั้น ทำให้เจ้าหนี้มีโอกาสได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือเพิ่มเติมจากผู้ค้าประกัน และทำให้ลูกหนี้ได้มีทุนหมุนเวียน หรือมีโอกาสเข้าทำงาน การค้าประกันจึงเป็นประโยชน์ทั้งแก่เจ้าหนี้และผู้ค้าประกัน แต่โดยที่ผู้ค้าประกันเป็นบุคคลภายนอกสัญญาและไม่มีส่วนได้เสียในหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ทั้งยังต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการค้าประกันนั้น รวมทั้งอาจไม่ได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ไม่เหลือทรัพย์สินใดมาชำระให้แก่ผู้ค้าประกัน จึงสมควรกำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิและขอบเขตความรับผิดชอบที่เป็นธรรมแก่ผู้ค้าประกัน โดยเฉพาะผู้ค้าประกันซึ่งเข้าค้าประกันโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือผู้ค้าประกันที่มีได้ค้าประกันเป็นทางการค้า

1. ความทั่วไป

ในปัจจุบันพบว่าสัญญาการค้าประกันมักจัดทำขึ้นเป็นสัญญาสำเร็จรูปและมีข้อสัญญาตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้าประกันตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ รวมทั้งกำหนดให้ผู้ค้าประกันสละสิทธิไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ของลูกหนี้และที่ตนมีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้า ในลักษณะที่ให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบแทนลูกหนี้โดยสิ้นเชิง ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ ในการทำนิติกรรมสัญญา เจ้าหนี้มักจะไม่นำถึงภาระหนี้สินและความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้และผู้ค้าประกันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงสูงในการที่จะไม่ได้รับชำระหนี้คืน ส่วนผู้ค้าประกันมักจะตกลงเข้าทำสัญญาการค้าประกันเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้ เนื่องจากไม่ประสงค์ให้มีผลกระทบต่อการอาชีพการงาน มิตรภาพที่มีต่อกันหรือเพื่อตอบแทนบุญคุณที่ลูกหนี้เคยค้าประกันให้ การให้ความไว้วางใจในตัวลูกหนี้ โดยไม่คำนึงถึง

ผลหรือภาระของการเข้าค้ำประกัน ไม่เข้าใจหรือไม่ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องเกี่ยวกับหนี้ซึ่งตนเข้าค้ำประกันและขอบเขตความรับผิดที่แท้จริงของการค้ำประกัน ไม่เข้าใจสัญญาค้ำประกันหรือสำคัญผิดเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกัน เนื่องจากสัญญาค้ำประกันมักใช้ภาษากฎหมายหรือใช้ข้อความที่สลับซับซ้อน ผู้ค้ำประกันมักไม่หารือกับนักกฎหมายก่อนเข้าทำสัญญาค้ำประกัน ตลอดจนไม่มีเวลาที่จะพิจารณาไตร่ตรองสัญญาค้ำประกัน ส่งผลให้ผู้ค้ำประกันขาดความเข้าใจในหนี้ของตนและไม่นำพาต่อสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกไปจากนี้ ในสัญญาค้ำประกันมักจะกำหนดข้อสัญญาให้ผู้ค้ำประกันรับผิด “ในจำนวนเงินทั้งปวง” ซึ่งเป็นการขยายความรับผิดของผู้ค้ำประกันในหนี้ของลูกหนี้ทั้งในปัจจุบันและอนาคตให้ขึ้นอยู่กับจำนวนหนี้ที่ไม่มีขอบเขตจำกัด จนกระทั่งเมื่อได้รับข้อเรียกร้องจากเจ้าหนี้ให้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันจึงมาตระหนักว่าตนต้องรับผิดในหนี้ทั้งหมด รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ โดยปราศจากสิทธิยกข้อต่อสู้ใด ๆ และเมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้วมาใช้สิทธิไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันนั้นอาจไม่ได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้เนื่องจากลูกหนี้ไม่เหลือทรัพย์สินมาชำระหนี้

ทั้งนี้ จากการศึกษาหลักกฎหมายค้ำประกันของต่างประเทศในบทที่ผ่านมา ผู้วิจัยพบว่า มีหลักคุ้มครองสิทธิและขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกันที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในบางเรื่อง เช่น หลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ค้ำประกัน และกำหนดให้ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดเกินกว่าหนี้ประธาน, หลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส กำหนดให้การค้ำประกันหรือการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาค้ำประกันต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส กำหนดให้ความรับผิดของผู้ค้ำประกันลดลงโดยผลของกฎหมาย กำหนดให้สัญญาค้ำประกันระงับสิ้นไปเมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จำกัดสิทธิในการตกลงขยายระยะเวลาค้ำประกัน และกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของเจ้าหนี้, หลักกฎหมายค้ำประกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้ผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้อยู่ แม้ว่าลูกหนี้ขึ้นต้นสละสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของตนต่อเจ้าหนี้แล้วก็ตาม ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพื่อกำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิและขอบเขตความรับผิดที่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกัน

2. บทวิเคราะห์

จากสภาพปัญหาของการตกลงทำสัญญาค้ำประกันในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าเป็นการก่อหรือผลักดันให้ผู้ค้ำประกันเป็นอย่างมาก และในขณะเดียวกันก็เป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้อย่างมากด้วยเช่นกัน ดังนั้น เพื่อให้ผู้ค้ำประกันซึ่งต้องรับผิดชอบในหนี้ของผู้อื่นได้รับความเป็นธรรมและได้รับการคุ้มครองสิทธิมากขึ้น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงพอที่จะคุ้มครองผู้ค้ำประกันหรือไม่ และปัญหาการทำข้อสัญญาติดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกัน รวมทั้งวิเคราะห์ผลกระทบต่อเจ้าหนี้หากมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกำหนดแนวทางหรือมาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันเพิ่มเติม

2.1 ความพอเพียงของบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้ค้ำประกัน

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติสิทธิต่าง ๆ ให้แก่ผู้ค้ำประกันในบางประการที่แตกต่างหรือเพิ่มเติมจากลูกหนี้ซึ่งตนค้ำประกัน เช่น สิทธิจำกัดความรับผิดของตนเอง สิทธิเกี่ยงให้เจ้าหนี้บังคับเอาแก่ลูกหนี้หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน สิทธิยกข้อต่อสู้ของตนและข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ สิทธิไล่เบี้ยจากลูกหนี้และรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บรรดามีเหนือลูกหนี้ และพระราชบัญญัติล้มละลายฯ กำหนดให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ รวมทั้งประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน และธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ได้กำหนดให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิได้รับค่าเตือนสำหรับผู้ค้ำประกัน แต่จากสภาพปัญหาของการค้ำประกันที่เกิดขึ้น จึงพบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกัน ซึ่งจากการศึกษาหลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส หลักกฎหมายค้ำประกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับค้ำประกันของประเทศเครือรัฐออสเตรเลีย ผู้วิจัยได้พบแนวทางการคุ้มครองสิทธิและขอบเขตความรับผิดที่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกัน จึงนำมาวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ดังนี้

1. คุณสมบัติของผู้ค้ำประกัน

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีการกำหนดถึงคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้าเป็นผู้ค้ำประกัน เพื่อให้เจ้าหนี้ยอมรับบุคคลนั้นเป็นผู้ค้ำประกัน ทำให้บางครั้งเจ้าหนี้

เพียงคำนึงถึงสถานะทางสังคม อาชีพ และความน่าเชื่อถือของผู้ค้ำประกัน หรือเพียงคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้กับผู้ค้ำประกัน โดยเชื่อว่าผู้ค้ำประกันคงจะยอมชำระหนี้หรือมีอำนาจบีบบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ต่างจากหลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของผู้ค้ำประกันเอาไว้ว่า ต้องมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในตำบลที่เป็นที่ตั้งของศาลที่จะยื่นฟ้อง ต้องเป็นผู้มีความสามารถสมบูรณ์ และต้องมีความสามารถในการชำระหนี้ โดยมีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ โดยหากต่อมาผู้ค้ำประกันซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนในขณะทำสัญญาค้ำประกันกลายเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ดังนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะได้รับคนอื่นเป็นผู้ค้ำประกัน เว้นเสียแต่ว่าผู้ค้ำประกันนั้นถูกจัดหาโดยลูกหนี้ซึ่งไม่มีหนี้หรือข้อผูกมัดใด ๆ ที่จะต้องจัดหาผู้ค้ำประกัน หรือกรณีที่เจ้าหนี้ตนเองเป็นผู้ระบุตัวบุคคลที่ต้องการให้เป็นผู้ค้ำประกัน

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้ค้ำประกันตามหลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศสดังกล่าว โดยเฉพาะการกำหนดให้ผู้ค้ำประกันต้องมีความสามารถในการชำระหนี้ จะทำให้การพิจารณาของเจ้าหนี้ในการรับบุคคลใดเป็นผู้ค้ำประกันมีความละเอียดรอบคอบมากขึ้น กล่าวคือ นอกจากเจ้าหนี้คำนึงถึงสถานะทางสังคม อาชีพ และความน่าเชื่อถือของผู้ค้ำประกัน หรือความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้กับผู้ค้ำประกันแล้ว เจ้าหนี้ต้องพิจารณาถึงความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันด้วย จึงควรกำหนดคุณสมบัติของผู้ค้ำประกันให้เป็นผู้มีความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ และกำหนดให้เจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องพิจารณาวิเคราะห์ถึงความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้และผู้ค้ำประกันด้วย ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในภายหลังว่าผู้ค้ำประกันซึ่งต้องรับผิดชอบใช้หนี้แทนลูกหนี้นั้น ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ นอกจากนี้ ควรกำหนดผลของการที่ผู้ค้ำประกันเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยกำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้เปลี่ยนตัวบุคคลผู้ค้ำประกัน หากภายหลังเข้าทำสัญญาค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันกลายเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ และหากลูกหนี้เพิกเฉยไม่ดำเนินการเปลี่ยนตัวผู้ค้ำประกันให้ถือเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเงื่อนไขสิ้นสุดตามความในมาตรา 193

ทั้งนี้ การกำหนดให้เจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องพิจารณาวิเคราะห์ถึงความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน และผลของการที่ผู้ค้ำประกันเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ดังกล่าวข้างต้น แม้จะเป็นการสร้างภาระให้แก่ลูกหนี้และเจ้าหนี้ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ทั้งแก่ลูกหนี้และเจ้าหนี้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ทำให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจว่าจะได้รับชำระหนี้คืน จึงตกลงเข้าทำนิติกรรมสัญญากับลูกหนี้ อันส่งผลให้ลูกหนี้มีเงินทุนหมุนเวียนในการประกอบกิจการของตน

ได้เข้าทำงาน หรือได้ไปศึกษาต่อต่างประเทศ ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้านี้ เพิกเฉยไม่พิจารณาวิเคราะห์ถึงความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกัน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เจ้านี้ไม่ควรมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้เปลี่ยนตัวผู้ค้ำประกัน หากผู้ค้ำประกันนั้นเป็นผู้ไม่สามารถ ชำระหนี้ได้ตั้งแต่ก่อนหรือในขณะทำสัญญาค้ำประกัน ไม่ว่าเจ้านั้นจะรู้หรือไม่รู้ถึงการไม่สามารถ ชำระหนี้หนี้หรือไม่ก็ตาม อันส่งผลให้เจ้านี้ต้องใช้ความละเอียดรอบคอบในการพิจารณา ความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันเสียตั้งแต่เวลาเข้าทำสัญญาค้ำประกันด้วย

2. ขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกัน

สัญญาค้ำประกันมีลักษณะสำคัญเป็นหนี้อุปกรณ์ของหนี้ประธานที่ค้ำประกัน ดังนั้น ความรับผิดของผู้ค้ำประกัน โดยหลักการต้องถือว่าจำกัดตามขอบเขตความรับผิดของหนี้ประธาน กล่าวคือ ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชำระหนี้เกินกว่าความรับผิดของลูกหนี้ และเนื่องจากสัญญา ค้ำประกันโดยทั่วไปมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียวและเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน ฐานะหรือ ความรับผิดของผู้ค้ำประกันจะต้องไม่ถูกกระทบกระเทือนให้ต้องรับภาระหนักยิ่งขึ้นหรือเป็น ผลร้ายอันเนื่องมาจากนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้านี้กับลูกหนี้ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองผู้ค้ำประกันมิให้ ต้องถูกเจ้านี้และลูกหนี้เพิ่มภาระและความรับผิดของผู้ค้ำประกันตามอำเภอใจ แต่ปรากฏว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนถึงหลักดังกล่าว ทำให้ ผู้ค้ำประกันไม่เข้าใจถึงลักษณะสำคัญของสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นหนี้อุปกรณ์ และไม่เข้าใจถึง ขอบเขตความรับผิดที่แท้จริงของผู้ค้ำประกัน

ในเรื่องดังกล่าวนี้ หลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดให้ สัญญาค้ำประกันเป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ ซึ่งผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดเกินไปกว่าหนี้ประธาน นอกจากนี้ หลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส ได้กำหนดให้ต้องมีการระบุจำนวนหรือ ขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกันเอาไว้ในสัญญาค้ำประกัน และหลักกฎหมายค้ำประกันของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดว่า เมื่อหนี้ประธานเปลี่ยนแปลงไปโดยความผิด หรือความ บกพร่องของลูกหนี้ขึ้นต้น ดังนี้ หนี้ของผู้ค้ำประกันจะไม่เพิ่มขึ้นโดยนิติกรรมใด ๆ ที่ลูกหนี้ขึ้นต้น ได้กระทำให้ขึ้นภายหลังการทำสัญญาค้ำประกันนั้น

โดยผู้วิจัยเห็นว่า หากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้มีการบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนให้ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดเกินไปกว่าหนี้ประธาน และมีการระบุจำนวนหรือขอบเขต ความรับผิดของผู้ค้ำประกันเอาไว้ในสัญญาค้ำประกัน รวมทั้งบัญญัติให้ภาระความรับผิดของ ผู้ค้ำประกันไม่เพิ่มขึ้นโดยนิติกรรมใด ๆ ที่ลูกหนี้ได้กระทำให้ขึ้นภายหลังการทำสัญญาค้ำประกันนั้น

ดังเช่นหลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส และหลักกฎหมายค้ำประกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะทำให้ผู้ค้ำประกันเข้าใจถึงลักษณะของสัญญาค้ำประกัน และขอบเขตความรับผิดชอบที่แท้จริงของผู้ค้ำประกันได้

3. หนังสือสัญญาค้ำประกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพียงบัญญัติให้สัญญาค้ำประกันต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญจึงจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ แต่ไม่ได้บัญญัติให้สัญญาค้ำประกันต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส ต่างจากหลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในการเข้าค้ำประกันต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการเข้าค้ำประกันโดยบุคคลธรรมดาต้องมีใบรับรองจากทางการด้วย นอกจากนี้ กำหนดให้การเข้าค้ำประกันโดยบุคคลซึ่งแต่งงานแล้วจะต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมของคู่สมรสในแต่ละกรณีโดยล่วงหน้าหรือในขณะที่ทำสัญญาด้วย เว้นแต่กรณีซึ่งศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ อีกทั้ง การเปลี่ยนแปลงสัญญาค้ำประกันจำต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส ถ้าจำนวนความรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้น เปลี่ยนไปค้ำประกันร่วมกับผู้อื่น หรือถ้าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานำมาซึ่งการลดหลักประกันอื่น ๆ อย่างมาก

โดยผู้วิจัยเห็นว่าการเข้าทำสัญญาค้ำประกัน แม้จะไม่ใช่การจัดการสินสมรสจึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อนก็ตาม แต่เนื่องจากการค้ำประกันเป็นการประกันหนี้ด้วยบุคคล ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับเอากับกองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 ในฐานะเป็นลูกหนี้คนหนึ่งของตน กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ยอมก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้จากทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันจนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ผู้ค้ำประกันด้วย นอกจากนี้ ผู้ค้ำประกันจะต้องผูกพันรับผิดชอบว่าจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน หรือหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น การที่คู่สมรสคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะหัวหน้าครอบครัว ต้องรับผิดชอบชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวด้วย และผู้วิจัยเห็นว่าภาระความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันนั้นมากกว่าผู้จำนำหรือผู้จำนองที่เข้าทำสัญญาจำนำ จำนอง ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476 เพราะการจำนำหรือจำนองดังกล่าวเป็นเพียงการประกันด้วยทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการนำทรัพย์สินขึ้นใดชิ้นหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเข้ามาผูกพันเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ จึงควรบัญญัติให้การ

เข้าค้าประกันและการเปลี่ยนแปลงความรับผิดของผู้ค้าประกันซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่จดทะเบียนสมรสแล้ว จะต้องมียกข้อแสดงความยินยอมของคู่สมรสก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาค้าประกันด้วย

นอกจากนี้ หลักกฎหมายค้าประกันของออสเตรเลีย ได้กำหนดว่าหนังสือสัญญาค้าประกัน ต้องประกอบด้วยข้อตกลงที่สำคัญจำเป็นทั้งหมดของสัญญาค้าประกัน และต้องระบุโดยชัดแจ้งว่าผู้ค้าประกันถูกรับภาระหรือต้องรับผิดในหน้าที่ค้าประกันนั้นด้วย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการระบุข้อความดังกล่าวไว้ในสัญญาค้าประกัน ทำให้ผู้ค้าประกันสามารถตระหนักและรับรู้ถึงภาระหรือขอบเขตความรับผิดของตน

4. การลดความรับผิดของผู้ค้าประกันโดยผลของกฎหมาย

เนื่องจาก ผู้ค้าประกันเป็นบุคคลภายนอกสัญญาและไม่มีส่วนได้เสียในหนี้ของลูกหนี้ แต่ต้องรับผิดชอบให้หนี้แทนลูกหนี้ที่ตนได้ค้าประกันให้เสมือนหนึ่งว่าตนเป็นลูกหนี้ และถูกผูกพันรับภาระอย่างนั้นเรื่อยไปจนกว่าจะชำระหนี้หมด โดยจะถอนตัวไม่ได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ การค้าประกันจึงเป็นการสร้างภาระและความรับผิดให้แก่ผู้ค้าประกัน โดยเฉพาะผู้ค้าประกันที่เข้าค้าประกันโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือมิได้ค้าประกันเป็นทางการค้า

ในเรื่องดังกล่าวนี้ หลักกฎหมายค้าประกันของสมาพันธรัฐสวิส ได้กำหนดให้ความรับผิดของผู้ค้าประกันลดลงโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ ในกรณีค้าประกันโดยบุคคลธรรมดา ความรับผิดในหนี้ของผู้ค้าประกันจะลดลง 3% แต่อย่างไรก็ตามถ้าหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกัน ความรับผิดในหนี้ของผู้ค้าประกันจะลดลง 1% ต่อปี และในทุกกรณีความรับผิดของผู้ค้าประกันที่เป็นบุคคลธรรมดานั้นจะลดลงในอัตราเดียวกับหนี้ประธาน ยกเว้นมีข้อตกลงก่อนหรือหลังทำสัญญาค้าประกันกำหนดเป็นอย่างอื่น และถ้าหนี้ในการชำระหนี้ของลูกหนี้เริ่มต้นซึ่งอาศัยอยู่ในต่างประเทศถูกระงับหรือลดลงโดยการดำเนินคดีในต่างประเทศ หรือหนี้นั้นลดลงโดยบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งใช้กับธุรกรรมต่าง ๆ หรือมีการฝ่าฝืนข้อห้ามการโอน ดังนี้ ผู้ค้าประกันซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศสมาพันธรัฐสวิสก็มีสิทธิร้องขอให้หนี้ที่ตนต้องรับผิดลดลงด้วยได้ ตราบเท่าที่ผู้ค้าประกันนั้นมิได้ละข้อต่อสู้ดังกล่าวไว้ ซึ่งต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ไม่มีการบัญญัติให้ความรับผิดของผู้ค้าประกันลดลงโดยผลของกฎหมาย ฉะนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างแรงจูงใจให้บุคคลตกลงเข้าค้าประกันรับผิดในหนี้ของผู้อื่น จึงควรกำหนดให้ความรับผิดของผู้ค้าประกันโดยเฉพาะผู้ค้าประกันที่เข้าค้าประกันโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือมิได้ค้าประกันเป็นทางการค้านั้น ลดลงโดยผลของกฎหมายดังเช่นหลักกฎหมายค้าประกันของสมาพันธรัฐสวิส

5. สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ไปบังคับเอาแก่ลูกหนี้หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน

เมื่อลูกหนี้มีค้ำประกันไม่ชำระหนี้ และเจ้าหน้าที่มาเรียกร้องเอาจากผู้ค้ำประกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 686 - 690 ได้กำหนดให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ไปเรียกเอาจากลูกหนี้หรือบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ ก่อนมาเรียกเอาจากตนได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ทั้งนี้หลักกฎหมายค้ำประกันของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดถึงผลของการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ด้วยว่า เจ้าหน้าที่ถูกผูกมัดให้ระงับการฟ้องคดีต่อผู้ค้ำประกันไว้ชั่วคราว โดยเจ้าหน้าที่ต้องหันไปฟ้องคดีต่อลูกหนี้ก่อน และเป็นการนำความเสี่ยงแก่เจ้าหน้าที่จากการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ กล่าวคือ ถ้าผู้ค้ำประกันใช้สิทธิเกี่ยวหรือขายเบี่ยงให้ไปเรียกจากลูกหนี้ในขณะที่ลูกหนี้ยังสามารถชำระหนี้ แต่เจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการบังคับชำระหนี้แก่ลูกหนี้โดยทันที และหากต่อมาลูกหนี้นั้นได้ล้มละลายลง ดังนี้ ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ต่อเจ้าหน้าที่ โดยเป็นกรณีที่ตัวเจ้าหน้าที่เองต้องรับบาปเคราะห์จากการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหลักกฎหมายฯ ดังกล่าวมีผลทำให้เจ้าหน้าที่ไม่อาจเพิกเฉยละเลยต่อการเรียกร้องของผู้ค้ำประกันได้ อันมีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิและผ่อนคลายความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันได้เป็นอย่างดี จึงควรกำหนดผลของการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วย

6. สิทธิในการยกข้อต่อสู้

เกี่ยวกับการยกข้อต่อสู้โดยผู้ค้ำประกันนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 694 บัญญัติให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิยกข้อต่อสู้ของตนและข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหน้าที่ขึ้นต่อสู้เจ้าหน้าที่ได้ และมาตรา 695 ได้บัญญัติถึงผลของการที่ผู้ค้ำประกันยอมชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่โดยละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหน้าที่ว่า ผู้ค้ำประกันย่อมสิ้นสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้น และที่ไม่รู้นั้นมีได้เป็นเพราะความผิดของตน แต่ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้บัญญัติว่าการที่ลูกหนี้สละข้อต่อสู้ซึ่งตนมีสิทธิใช้ยันต่อเจ้าหน้าที่ จะมีผลต่อผู้ค้ำประกันหรือไม่ เพียงใด¹

¹ อนึ่ง กรณีที่หนี้ขาดอายุความ แม้ลูกหนี้จะสละประโยชน์แห่งอายุความ ผู้ค้ำประกันก็ยังมีสิทธิยกอายุความขึ้นต่อสู้เจ้าหน้าที่ได้ตามนัยมาตรา 193/24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ต่างจากหลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธ์รัฐสวิส และหลักกฎหมายค้ำประกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าถ้าลูกหนี้ขึ้นต้นสละสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต้นขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้อยู่ โดยผู้วิจัยเห็นว่าสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาฝ่ายเดียวและเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน ดังนั้น ฐานะหรือความรับผิดของผู้ค้ำประกันจึงต้องไม่ถูกกระทบกระเทือนให้ต้องรับภาระหนักยิ่งขึ้นหรือเป็นผลร้ายเนื่องจากนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ฉะนั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกัน จึงควรกำหนดให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ แม้ลูกหนี้สละข้อต่อสู้ของตนแล้วก็ตาม โดยถือเสมือนว่าข้อต่อสู้ของลูกหนี้เป็นข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกัน

7. สิทธิในการบอกเลิกสัญญาค้ำประกัน

เกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยผู้ค้ำประกันนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบัญญัติไว้เฉพาะกรณีที่เป็นการค้าประกันเพื่อกิจการต่อเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาอันเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 699 เท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามารับผิดชำระหนี้แทนผู้อื่น โดยตัวผู้ค้ำประกันเองมิใช่ลูกหนี้โดยตรง แต่การเข้าค้ำประกันนั้นในอนาคต ดังเช่นการค้าประกันบุคคลเข้าทำงาน การค้ำประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชี ฯลฯ ที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาค้ำประกันเอาไว้ ทำให้ความรับผิดของผู้ค้ำประกันมีอยู่เรื่อยไป จนกว่าหนี้ประธานเกิดขึ้นและระงับลง หรือผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งผู้ค้ำประกันจะบอกเลิกสัญญาตามอำเภอใจโดยเจ้าหนี้มิได้ยินยอมด้วยไม่ได้ อันเป็นภาระแก่ผู้ค้ำประกันมากเกินไป

ในขณะที่หลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธ์รัฐสวิส บัญญัติว่า ในการเข้าค้ำประกันหนี้ในอนาคต ให้ผู้ค้ำประกันอาจบอกเลิกสัญญาค้ำประกันได้ทุกเมื่อ โดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเจ้าหนี้ トラบเท่าที่หนี้ยังมิได้เกิดขึ้น หรือトラบเท่าที่สถานะทางการเงินของลูกหนี้ขึ้นต้นได้แยลงอย่างมากนับตั้งแต่วันที่ผู้ค้ำประกันได้ลงนามในสัญญาค้ำประกัน หรือถ้าต่อมาปรากฏว่าสถานะทางการเงินของผู้ค้ำประกันแยลงอย่างมาก โดยมากกว่าที่ผู้ค้ำประกันนั้นได้คิดไว้โดยสุจริต ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมจึงเห็นควรให้ผู้ค้ำประกันซึ่งเข้าค้ำประกันหนี้ในอนาคต มีสิทธิบอกเลิกสัญญาค้ำประกันได้ทุกเมื่อหากเข้ากรณีดังที่หลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธ์รัฐสวิสบัญญัติไว้ และให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้จัดหาผู้ค้ำประกันใหม่แทนที่ได้ ซึ่งหากลูกหนี้ไม่สามารถจัดหาผู้ค้ำประกันใหม่มาแทนได้ ให้ถือเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเงื่อนไขสิ้นสุดตามความในมาตรา 193

8. ความระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ได้บัญญัติให้สัญญาค้ำประกันระงับสิ้นไปเมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น เมื่อผู้ค้ำประกันทำสัญญาค้ำประกัน ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันย่อมมีอยู่จนกว่าหนี้ประธานระงับ หรือผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ต่างจากหลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส ซึ่งกำหนดให้สัญญาค้ำประกันโดยบุคคลธรรมดายุติลงเมื่อระยะเวลาผ่านพ้นไป 20 ปี หลังจากที่เขาเข้าค้ำประกัน นอกจากนี้ ถ้าเป็นสัญญาค้ำประกันที่ระบุระยะเวลาการค้ำประกันไว้ ดังนี้ หนี้หรือหน้าที่ของผู้ค้ำประกันก็สิ้นสุดลง ถ้าเจ้าหนี้ไม่ได้บังคับสิทธิเรียกร้องของเขาภายใน 4 สัปดาห์ หลังจากที่ล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้ว และถ้าหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ผู้ค้ำประกันอาจปลดภาระค้ำประกันดังกล่าวโดยการนำทรัพย์สินมาวางเป็นประกัน

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การค้ำประกันเป็นกรณีที่ผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกยอมตกลงเข้ามารับผิดชอบหนี้แทนผู้อื่น โดยผู้ค้ำประกันตกเป็นลูกหนี้ฝ่ายเดียวและมีความรับผิดชอบแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนเจ้าหนี้ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนแก่ผู้ค้ำประกัน โดยสภาพของสัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาฝ่ายเดียวและเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน ดังนั้น การที่สัญญาค้ำประกันไม่มีจำกัดระยะเวลาหรือมีระยะเวลาค้ำประกันที่ยาวนานเกินไป ย่อมเป็นภาระแก่ผู้ค้ำประกันมากเกินไป จึงควรกำหนดให้สัญญาค้ำประกันโดยบุคคลธรรมดาและไม่มีค่าตอบแทนหรือไม่ได้เข้าค้ำประกันเป็นทางการค้า ระงับสิ้นไปเมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ดังเช่นหลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส

9. หน้าที่ต่าง ๆ ของเจ้าหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพียงกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้ค้ำประกัน โดยไม่มีการบัญญัติถึงหน้าที่ของเจ้าหนี้ไว้แต่อย่างใด ต่างจากหลักกฎหมายค้ำประกันของสมาพันธรัฐสวิส ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้เจ้าหนี้มีหน้าที่ในการส่งมอบเอกสารต่าง ๆ ที่จำเป็นในการบังคับใช้สิทธิและเอกสารที่จำเป็นอื่น ๆ ให้แก่ผู้ค้ำประกัน รวมทั้งถูกผูกมัดให้ส่งมอบสัญญาจำนำ และหลักประกันอื่น ๆ ในหนี้รายเดียวกันนั้นให้แก่ผู้ค้ำประกัน หน้าที่ดูแลสิทธิอาຍັດ การค้ำประกันรายอื่น ๆ และบุริมสิทธิซึ่งลูกหนี้ให้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ หน้าที่ในการรับชำระหนี้ หน้าที่ทวงถามต่อผู้ค้ำประกัน และหน้าที่ฟ้องบังคับต่อลูกหนี้ชั้นต้น เมื่อผู้ค้ำประกันร้องขอ ซึ่งหากเจ้าหนี้เพิกเฉยไม่ดำเนินการตามที่ผู้ค้ำประกันร้องขอหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นโดยปราศจากข้ออ้างโดยชอบด้วยกฎหมายหรือปฏิเสธตามอำเภอใจ ดังนี้ ผู้ค้ำประกันอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ หรือความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันลดลง แล้วแต่กรณี

และตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภค (Consumer Credit Code) ของประเทศเครือรัฐออสเตรเลีย กำหนดให้เจ้าหน้าที่สินเชื่อต้องจัดหาสำเนาสัญญาสินเชื่อและใบแจ้งเตือนซึ่งอธิบายถึงสิทธิและหนี้ต่าง ๆ ของผู้ค้าประกันให้แก่ผู้ค้าประกัน รวมทั้งก่อนที่จะมีการบังคับตามสัญญาผู้ค้าประกัน เจ้าหน้าที่สินเชื่อต้องได้รับคำพิพากษาที่ได้ฟ้องต่อผู้กู้แล้ว แต่ปรากฏว่าเมื่อพ้นระยะเวลา 30 วันนับแต่วันมีคำพิพากษาดังกล่าว ผลของคำพิพากษานั้นก็ยังไม่เป็นที่น่าพอใจ ยกเว้นเจ้าหน้าที่สินเชื่อได้พยายามที่จะบังคับเอาแก่ผู้กู้แล้วแต่ก็ไม่สามารถบังคับเอาแก่ผู้กู้ได้ หรือศาลได้ชะลอการพิพากษาคดีต่อผู้กู้

โดยผู้วิจัยเห็นว่า นอกจากหน้าที่ต่าง ๆ ข้างต้นแล้ว เจ้าหน้าที่ควรมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

- พิจารณาวิเคราะห์ถึงความสามารถในการชำระหนี้ของบุคคลที่จะเข้ามาเป็นผู้ค้าประกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาในภายหลังว่าผู้ค้าประกันซึ่งต้องรับผิดชอบใช้หนี้แทนลูกหนี้นั้น ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้
- เปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับสถานะการเงิน และสถานะหนี้ของลูกหนี้ ได้แก่ จำนวนหนี้ จำนวนเงินที่ต้องชำระในแต่ละงวด อัตราค่าธรรมเนียมในการก่อหนี้ การจำนอง จำน่า หรือค้ำประกันรายอื่น ตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ อันอาจมีขึ้นเมื่อมีการผิดสัญญา เช่น อัตราดอกเบี้ยผิดนัด อัตราเบี้ยปรับ และค่าใช้จ่ายในการทวงถาม เป็นต้น พร้อมทั้งอธิบายขั้นตอนและวิธีการคำนวณอัตราดอกเบี้ยต่าง ๆ โดยละเอียด ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ค้าประกันสามารถนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาค้ำประกัน
- จัดทำสัญญาค้ำประกัน ซึ่งประกอบด้วยข้อตกลงที่สำคัญจำเป็นทั้งหมด ประกอบด้วย ชื่อคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ชื่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ค้าประกัน จำนวนหนี้ซึ่งค้ำประกัน ดอกเบี้ยของจำนวนหนี้ซึ่งค้ำประกัน และต้องประกอบด้วยเนื้อหาข้อตกลงอื่น ๆ ของสัญญาค้ำประกัน เช่น ถ้าสัญญาค้ำประกันมีจำนองเป็นประกัน ก็ต้องระบุรายละเอียดของการจำนองนั้นในสัญญาค้ำประกัน หรือถ้าเป็นการค้ำประกันเฉพาะหนี้ในส่วนใดส่วนหนึ่ง ก็ต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในสัญญาค้ำประกันด้วย นอกจากนี้ ต้องมีคำเตือนสำหรับผู้ค้าประกัน ซึ่งระบุถึงภาระความรับผิดชอบของผู้ค้าประกัน และสถานการณ์ที่สัญญาค้ำประกันจะยังคงมีผลใช้บังคับต่อผู้ค้าประกัน เช่น ผู้ค้าประกันยังคงผูกพันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แม้ลูกหนี้กลายเป็นบุคคลไร้ความสามารถ ถูกฟ้องล้มละลาย หรือเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ค้าประกันตระหนักถึงภาระความรับผิดชอบของการเข้าค้ำประกันหนี้

- หลังทำสัญญาค้ำประกัน เจ้าหนี้ยังมีหน้าที่แจ้งสถานะหนี้ของลูกหนี้ โดยจัดทำรายการทางบัญชีเพื่อแสดงเงินคงค้างชำระ เงินที่ชำระแล้วและวันที่ที่ชำระ ถ้าผู้ค้ำประกันร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษร

การกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ให้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าวข้างต้น ทำให้สิทธิของผู้ค้ำประกันได้รับการคุ้มครองมากขึ้น ดังนั้น จึงควรกำหนดหน้าที่ของเจ้าหนี้เอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย

จากข้อวิเคราะห์ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายค้ำประกันของต่างประเทศให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันในหลาย ๆ ประเด็นมากกว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรจะได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิของผู้ค้ำประกัน และกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของเจ้าหนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังเช่นแนวทางที่ปรากฏในหลักกฎหมายเกี่ยวกับค้ำประกันของต่างประเทศ

2.2 ปัญหาการทำข้อสัญญาตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกัน

แม้หากจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้นก็ตาม แต่ถ้าผู้ค้ำประกันตกลงเข้าทำสัญญาค้ำประกันที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวกำหนดข้อตกลงที่มีเนื้อหาเป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของผู้ค้ำประกันตามที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการล่วงหน้า ดังนี้ บทบัญญัติที่กำหนดขึ้นไว้เพื่อคุ้มครองผู้ค้ำประกันอย่างสมบูรณ์ ย่อมไม่อาจเป็นผลจริงได้ในทางปฏิบัติ เพราะสิทธิต่าง ๆ ของผู้ค้ำประกันจะถูกตัดทอนหรือจำกัดสิทธิไปโดยข้อสัญญา แต่ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายของประเทศใดบัญญัติถึงผลของข้อสัญญาที่เป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันดังกล่าวไว้ในกฎหมายกลาง (บรรดาประมวลกฎหมายแพ่งทั้งหลาย) ว่ามีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด และมีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งหากศาลยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาโดยเคร่งครัด ก็จะทำให้มีแนวโน้มว่าข้อสัญญาตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันอาจมีผลใช้บังคับได้ อันส่งผลให้กลไกการคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่อาจมีผลได้ในทางปฏิบัติในที่สุด

ทั้งนี้ การที่คู่สัญญาจะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้น มีหลักเกณฑ์ว่า ต้องไม่ทำลายหลักพื้นฐานอันเป็นลักษณะสำคัญของสัญญานั้น ๆ และมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิอย่างอื่นเป็นการชดเชยสิทธิซึ่งตนมีอยู่ตามกฎหมาย

และสูญเสียไปเพราะมีข้อสัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น² ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต้องไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน³ แต่จากสภาพปัญหาในปัจจุบันพบว่า สัญญาค้ำประกันมักจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปและมีข้อสัญญาตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อ 4.2.2 นั้น ต่างวินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันว่า สัญญาค้ำประกันซึ่งมีข้อสัญญาตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ข้อสัญญาซึ่งกำหนดให้ผู้ค้ำประกันสละสิทธิไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ของลูกหนี้และที่ตนมีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้า การกำหนดให้ผู้ค้ำประกันไม่หลุดพ้นจากความรับผิดเพราะเหตุเจ้าหนี้กระทำการใด ๆ เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันไม่อาจเข้ารับช่วงได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสิทธิหรือประกันใด ๆ อันให้ไว้แก่เจ้าหนี้แต่ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาค้ำประกัน การกำหนดให้ผู้ค้ำประกันสัญญาว่าจะไม่ยกเลิกเพิกถอนการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ หรือการกำหนดให้ผู้ค้ำประกันไม่หลุดพ้นจากความรับผิดแม้เจ้าหนี้นยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ไม่ว่าผู้ค้ำประกันจะตกลงกับการผ่อนเวลานั้นด้วยหรือไม่ก็ตาม เป็นข้อสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁴

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวยังคงยึดมั่นอยู่กับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา โดยถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวได้เสียของคู่สัญญาซึ่งเป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ ไม่ได้กระทบถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น กล่าวคือ แม้ข้อสัญญานั้นจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบแก่เจ้าหนี้ แต่เมื่อข้อสัญญาเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของผู้ค้ำประกันเอง กรณีจึงไม่เกี่ยวกับสังคมหรือประชาชน ข้อสัญญานี้จึงมีผลใช้บังคับได้และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยศาลฎีกาไม่ได้พิจารณาถึงสภาพที่เปลี่ยนแปลงไปในการทำสัญญา ทั้งในแง่

² ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 56.

³ มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2505, 1339/2516, 2773/2522, 3553/2533, 29/2538, 8154/2540

อำนาจต่อรองของคู่สัญญา และในแง่รูปแบบของสัญญาที่ใช้สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน ซึ่งผู้ค้าประกันที่จะเข้ามาร่วมเป็นคู่สัญญาภายหลังจะต้องจ่ายอมเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้าประกันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ล่วงหน้า เป็นเสมือนเงื่อนไขทั่วไปที่จะต้องมีอยู่ในสัญญา ทำให้เจ้าหนี้มีอำนาจต่อรองมากกว่าผู้ค้าประกัน เพราะหากผู้ค้าประกันไม่ยินยอมลงนามในสัญญาค้าประกันดังกล่าว เจ้าหนี้ก็จะไม่ให้ลูกหนี้กู้ยืมหรือเข้าทำงาน ฯลฯ ผู้ค้าประกันจึงไม่มีทางเลือกอื่นต้องผูกพันเข้าทำสัญญาค้าประกันนั้น โดยไม่มีโอกาสแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา เนื้อหาของสัญญาจึงไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองตกลงกันอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ การที่สัญญาค้าประกันมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวกำหนดข้อสัญญาตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้าประกันให้แตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ รวมทั้งกำหนดให้ผู้ค้าประกันสละสิทธิไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ของลูกหนี้และที่ตนมีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้า ในลักษณะที่ให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบลูกหนี้โดยสิ้นเชิงนั้น ส่งผลให้เมื่อลูกหนี้ผิดนัดและเจ้าหนี้เรียกร้องให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ ผู้ค้าประกันก็ถูกปิดปากต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เสมือนว่าผู้ค้าประกันเป็นลูกหนี้ขึ้นต้น และถูกผูกพันให้รับภาระอย่างนั้นเรื่อยไปจนกว่าจะชำระหนี้หมด อันทำให้เกิดภาระหน้าที่แก่ผู้ค้าประกันมากเกินไป และทำให้เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้เปรียบผู้ค้าประกันเกินสมควร โดยผู้วิจัยเห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวทำให้ลักษณะสำคัญของการค้าประกันเสียไปจนแทบเป็นสัญญารับผิดชอบดาประการหนึ่งเท่านั้นเอง

และการที่ผู้ค้าประกันตกลงทำสัญญาไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้หรือการสละข้อต่อสู้ของลูกหนี้ไว้ล่วงหน้านั้น หากต่อมาผู้ค้าประกันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยไม่ได้ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้เพราะตนสละแล้ว ดังนี้ ผู้ค้าประกันจะมาไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า

"เมื่อผู้ค้าประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้ไปโดยไม่ไดยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้เพราะตนสละแล้ว ผู้ค้าประกันจะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ไม่ได้ เพราะการสละข้อต่อสู้ของลูกหนี้หนักยิ่งกว่าการละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้"⁵

⁵ ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), น. 21-22.

“กรณีที่ผู้ค้าประกันทำสัญญาซื้อขายต่อผู้ของลูกหนี้ไว้แต่ต้น เมื่อผู้ค้าประกันชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ไป ก็ไม่มีสิทธิไต่เบี่ย เพราะตนได้สละแล้ว เป็นเสมือนความรับผิดชอบพิเศษที่ผู้ค้าประกันมีต่อเจ้าหนี้ โดยผู้ค้าประกันตกลงจะรับผิดชอบการชำระหนี้กับเจ้าหนี้เอง”⁶

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า หากผู้ค้าประกันไม่อาจใช้สิทธิไต่เบี่ยเอาแก่ลูกหนี้ได้ ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ค้าประกันที่ต้องเข้าไปรับภาระหนี้ซึ่งตนไม่ได้ก่อขึ้นและไม่ได้รับประโยชน์อะไรตอบแทน โดยไม่มีการกำหนดให้ผู้ค้าประกันซึ่งเป็นฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิอย่างอื่นเป็นการชดเชยสิทธิซึ่งตนมีอยู่ตามกฎหมายแต่อย่างใด จึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการที่คู่สัญญาจะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น จึงไม่ควรมีการกำหนดข้อสัญญาตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้าประกันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่กล่าวไว้ดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายว่าด้วยการให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภค (Consumer Credit Code) ของประเทศเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติให้ศาลมีอำนาจปรับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาให้เหมาะสม โดยยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาค้าประกันใหม่ได้ ถ้าผู้ค้าประกันสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าในขณะที่เข้าทำสัญญา สัญญาค้าประกันนั้นไม่เป็นธรรมหรือไม่สมเหตุผล อันมีแนวคิดที่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดแนวทางให้แก่ศาลในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น รวมทั้งกำหนดไว้ด้วยว่าในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป ทั้งนี้ ข้อสัญญาที่จะถูกตรวจสอบให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จะต้องเป็นข้อตกลงในสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งใน 3 ประเภท ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝาก และเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝาก แล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้กำหนดนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด โดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า

⁶ สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศวตพิชญ์, หลักกฎหมายค้าประกัน จำนอง จำน่า, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 57.

ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย รวมทั้งได้กำหนดนิยามคำว่า "สัญญาสำเร็จรูป" หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

เมื่อพิจารณาจากบทนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สัญญาค้าประกันที่จัดทำขึ้นระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ค้าประกันที่ไม่ได้เข้าค้าประกันเป็นทางการค้า หรือสัญญาค้าประกันที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้กำหนดข้อตกลงตัดหรือจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของผู้ค้าประกันที่มีอยู่ตามกฎหมาย รวมทั้งกำหนดให้ผู้ค้าประกันสละข้อต่อสู้ของตนเองและของลูกหนี้ไว้ล่วงหน้าในลักษณะที่เจ้าหนี้ได้เปรียบผู้ค้าประกันเกินสมควรดังกล่าวไว้ข้างต้น มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามนัยแห่งมาตรา 4 ผู้ค้าประกันจึงได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนั้น ในการวินิจฉัยข้อสัญญาค้าประกันของศาล นอกจากคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้ว ศาลต้องพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรองฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสับสนขัดข้อง ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญา เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตามนัยมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกอบด้วย

แม้บทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวจะมีผลบังคับครอบคลุมไปถึงผู้ค้าประกันซึ่งตกลงเข้าทำสัญญาค้าประกันที่มีข้อตกลงตัดหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้าประกัน อันส่งผลให้ศาลมีอำนาจปรับสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สัญญา โดยยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงลดจำนวนหนี้ ดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียม ให้เป็นจำนวนที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อคู่สัญญาได้ หากคู่สัญญาสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าในขณะที่เข้าทำสัญญาค้าประกัน สัญญาค้าประกันนั้นไม่เป็นธรรม แต่ก็เพียงมาตรการในการแก้ไขเยียวยาความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นเท่านั้น กล่าวคือผู้ค้าประกันในฐานะคู่สัญญาซึ่งเห็นว่าสัญญาค้าประกันของตนมีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม จะได้รับความคุ้มครองสิทธิก็ต่อเมื่อได้ใช้สิทธิทางศาลแล้วเท่านั้น ไม่ใช่มาตรการคุ้มครองป้องกันสิทธิของผู้ค้าประกันแต่อย่างใด และมีผลเฉพาะคดีเท่านั้น มิอาจนำไปใช้เยียวยาแก้ไขแก่สัญญาค้าประกันอื่น ๆ ได้อย่างเป็นการทั่วไป กล่าวคือ มีเพียงผู้ค้าประกันที่นำคดีขึ้นสู่การ

พิจารณาคดีของศาลเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งต้องเสียเวลาและค่าธรรมเนียมในการฟ้องคดี

หากไปพิจารณากฎในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา และกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาขึ้น โดยให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร และห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค อันถือได้ว่าเป็นมาตรการในการคุ้มครองป้องกันสิทธิให้แก่ผู้บริโภค แต่ทั้งนี้ แม้สัญญาค้ำประกันที่จัดทำขึ้นเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งมีข้อตกลงยกเว้นสิทธิต่าง ๆ ของผู้ค้ำประกันที่มีอยู่ตามกฎหมาย รวมทั้งการกำหนดให้ผู้ค้ำประกันสละข้อต่อสู้ของตนและของลูกหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้า จะมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ค้ำประกันเสียเปรียบเจ้าหนี้เกินสมควรก็ตาม แต่เนื่องจากผู้ค้ำประกันไม่ใช่ผู้บริโภค ตามนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และหากพิจารณาในแนวคิดของการคุ้มครองผู้บริโภค ก็จะทำให้เห็นว่าผู้ค้ำประกันไม่อยู่ในขอบเขตความหมายของ “ผู้บริโภค” เพราะมิใช่ลูกหนี้ที่ก่อหนี้ในหนี้ประธานที่เป็นไปเพื่อการบริโภค ผู้ค้ำประกันจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

อย่างไรก็ดี ไซว่าหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องจะได้ตระหนักถึงภาระความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงิน กล่าวคือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาตามกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้ออกประกาศให้ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า รวมทั้งธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และกำหนดให้มีการออกหนังสือเตือนสำหรับผู้ค้ำประกันไว้หน้าสัญญาค้ำประกัน เพื่อเตือนให้ผู้ค้ำประกันอ่านและตรวจสอบรายละเอียดของสัญญาค้ำประกันให้เข้าใจโดยชัดเจน แต่เนื่องจาก “คำเตือนสำหรับผู้ค้ำประกัน” เป็นการใช้ภาษากฎหมาย ทำให้ผู้ค้ำประกันซึ่งไม่มีความรู้ทางกฎหมายไม่อาจทราบถึงสิทธิที่ตนมีอยู่ตามกฎหมาย และไม่ตระหนักถึงผลของการเข้าทำสัญญาค้ำประกันที่มีการจำกัดสิทธินั้น รวมทั้งในปัจจุบัน คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้ออกประกาศฯ กำหนดให้มีการจัดทำคำเตือนสำหรับผู้ค้ำประกันไว้ในสัญญาเพียงสองประเภท ได้แก่ ผู้ค้ำประกันการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน และผู้ค้ำประกันการให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเท่านั้น ผู้ค้ำประกันซึ่งตกลงค้ำประกันสัญญาประเภทอื่น ๆ จึงไม่ได้รับความคุ้มครองให้มีการออกหนังสือเตือนสำหรับผู้ค้ำประกันไว้หน้าสัญญาค้ำประกัน นอกจากนี้ ข้อความตามที่ระบุในตัวอย่างคำเตือนสำหรับผู้ค้ำประกันตามเอกสารแนบท้ายประกาศฯ ได้กำหนดว่า “นอกจากที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ผู้ค้ำประกันยังมีหน้าที่

และความรับผิดชอบต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในสัญญาค้ำประกัน” ส่งผลให้หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้สัญญาออมเงินไปตามที่ระบุในสัญญา ซึ่งในปัจจุบันมักเป็นสัญญาที่เจ้าหน้าที่เพียงฝ่ายเดียวกำหนดข้อตกลงตัดหรือจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้ ทำให้คำเตือนสำหรับผู้ค้ำประกันดังกล่าวไม่อาจมีผลคุ้มครองผู้ค้ำประกันได้จริงในทางปฏิบัติ

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า คำเตือนซึ่งแสดงให้ผู้ค้ำประกันทราบถึงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้ค้ำประกันดังกล่าว ควรใช้ภาษาที่กระชับและเข้าใจง่าย และกำหนดให้ชัดเจนให้ผู้ค้ำประกันเข้าหาหรือผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายหรือการเงินก่อนที่จะตกลงเข้าค้ำประกัน เพื่อให้ทราบถึงความเสี่ยงจากการค้ำประกัน รวมทั้งภาระและขอบเขตความรับผิดชอบที่แท้จริงของการค้ำประกันนั้น และเพื่อให้การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันเกี่ยวกับการทำข้อตกลงละสิทธิของผู้ค้ำประกันไว้ล่วงหน้า มีผลเป็นจริงเป็นจังมากขึ้น จึงควรมีการพิจารณาศึกษาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค โดยกำหนดให้นำมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไปใช้บังคับกับสัญญาค้ำประกันนี้ของลูกหนี้ที่เป็นผู้บริโภคตามความในพระราชบัญญัตินี้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งมีอำนาจควบคุมนิติกรรมสัญญาที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบธุรกิจ (หรือหนี้ประธาน) มีอำนาจควบคุมสัญญาค้ำประกันในฐานะหนี้อุปกรณีซึ่งทำขึ้นเพื่อเป็นประกันหนี้ประธานดังกล่าวด้วย

อนึ่ง หากสามารถแก้ปัญหาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยไม่ให้มีผลบังคับใช้ ปัญหาการตีความว่าผู้ค้ำประกันที่ตกลงทำสัญญาไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้หรือการละข้อต่อสู้ของลูกหนี้ไว้ล่วงหน้า นั้น จะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้หรือไม่ก็จะหมดไป

2.3 ผลกระทบต่อเจ้าหนี้

เนื่องจากสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาระหว่างผู้ค้ำประกันกับเจ้าหนี้ ดังนั้น ในการกำหนดแนวทางหรือมาตรการคุ้มครองสิทธิและขอบเขตความรับผิดชอบที่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกัน จำต้องพิจารณาในแง่มุมของเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าหนี้ในสาระสำคัญ หรือทำให้เจ้าหนี้เสียประโยชน์มากเกินไปจนไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้

2.3.1 สภาพเจ้าหนี้

เมื่อมีการก่อหนี้ขึ้นในระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามที่ได้ตกลงกันไว้ หากต่อมาปรากฏว่าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ลักษณะนี้ ก็ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการขอให้ศาลบังคับชำระหนี้⁷ สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้⁸ การกำหนดให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้⁹ การสร้างมาตรการคุ้มครองเจ้าหนี้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วยการให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ และเพิกถอนการขอลูกหนี้ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ¹⁰ การกำหนดให้เจ้าหนี้ในหนี้บางประเภทมีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นพิเศษกว่าเจ้าหนี้อื่น ได้แก่ เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิยึดหน่วง และเจ้าหนี้บุริมสิทธิ¹¹ การสร้างมาตรการให้เจ้าหนี้มีโอกาสได้รับชำระหนี้ เช่น การจัดให้มีลูกหนี้ร่วม¹² การรับช่วงสิทธิและรับช่วงทรัพย์สินของลูกหนี้¹³ การโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อลูกหนี้ไปยังบุคคลอื่น¹⁴ และการให้บุคคลภายนอกเข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้¹⁵ เป็นต้น และการสร้างกลไกให้เจ้าหนี้มีหลักประกันหนี้ด้วยสัญญาไว้ 2 ลักษณะ คือ การประกันหนี้ด้วยบุคคลหรือการค้ำประกัน และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ได้แก่ การจำนองและจำนำ ในส่วนของ การค้ำประกันนั้น เป็นการนำกองทรัพย์สินอีกกองหนึ่งเข้ามาผูกพันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระ ทำให้เจ้าหนี้ไม่ต้องไปรอเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้กับเจ้าหนี้รายอื่น ๆ เพราะเจ้าหนี้ยังมีโอกาสได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือเพิ่มเติมจากกองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันในฐานะเป็นลูกหนี้อีกคนหนึ่ง นอกจากนี้ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ยังกำหนดให้สิทธิเจ้าหนี้ดำเนินคดีล้มละลายกับลูกหนี้ เพื่อนำกองทรัพย์สินของลูกหนี้มาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งปวงของลูกหนี้ รวมทั้งกำหนดให้สิทธิเจ้าหนี้ดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ เพื่อให้โอกาสลูกหนี้กลับมามีความสามารถในการชำระหนี้ที่ดีกว่า

ซึ่งจะเห็นได้ว่ากลไกต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ล้วนมีลักษณะเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ แม้จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันอยู่บ้าง

⁷ มาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁸ มาตรา 215 และ 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁹ มาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁰ มาตรา 233 - 240 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹¹ มาตรา 241 - 289 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹² มาตรา 291 - 297 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹³ มาตรา 226 - 232 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁴ มาตรา 303 - 313 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁵ มาตรา 314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่ก็มีลักษณะเหมือนข้อยกเว้นที่ไม่ต้องการให้ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันเสียประโยชน์จนเกิดความไม่เป็นธรรม อันถือได้ว่าเจ้าหนี้มีความได้เปรียบในเชิงระบบกฎหมายอยู่ค่อนข้างมากแล้ว

นอกจากกลไกต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว เจ้าหนี้ยังมีมาตรการสำคัญในการช่วยให้เจ้าหนี้ใช้ในการก่อนหนี้และช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ในการได้รับชำระหนี้คืน ได้แก่ การพิจารณาวิเคราะห์สินเชื่อ ซึ่งเป็นขั้นตอนหรือแนวทางปฏิบัติที่สถาบันการเงินใช้ในการพิจารณาให้สินเชื่อ อันประกอบด้วย การรวบรวมข้อมูลของลูกหนี้และผู้ค้ำประกัน การวิเคราะห์ข้อมูล เพื่อให้ทราบว่าคุณหนี้หรือผู้ค้ำประกันมีความสามารถในการชำระหนี้หรือไม่ เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจว่าจะให้สินเชื่อหรือไม่ เพียงใด และการติดตามดูแลสินเชื่อ เช่น การติดตามปรับข้อมูลสินเชื่อ ผลการดำเนินการของลูกหนี้ การดูแลหลักประกันไม่ให้เสื่อมค่า เป็นต้น

ฉะนั้น หากมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้คุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันเพิ่มมากขึ้น เช่น การบัญญัติให้ต้องมีการระบุจำนวนหรือขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันเอาไว้ในสัญญาค้ำประกัน บัญญัติให้ภาระความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันไม่เพิ่มขึ้นโดยนิติกรรมใด ๆ ที่ลูกหนี้ได้กระทำขึ้นภายหลังการทำสัญญาค้ำประกันนั้น บัญญัติให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้แม้ลูกหนี้สละข้อต่อสู้ของตนแล้วก็ตาม หรือการบัญญัติให้ผู้ค้ำประกันนี้ในอนาคตมีสิทธิบอกเลิกสัญญาค้ำประกันได้หากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ดังนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวไม่ทำให้สาระสำคัญของการค้ำประกันเสียไป และไม่มีผลกระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าหนี้มากเกินไปจนไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ เนื่องจากเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิตามกฎหมายหลายประการในการบังคับเอาจากลูกหนี้ รวมทั้งในการก่อนหนี้หรือตกลงทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ หากเจ้าหนี้ดำเนินการพิจารณาวิเคราะห์สินเชื่อด้วยความละเอียดรอบคอบและรัดกุม สถานการณ์ที่ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันไม่สามารถชำระหนี้จนเป็นที่เสียหายแก่เจ้าหนี้ก็จะเกิดขึ้นได้ยากหรือมีโอกาสเกิดขึ้นน้อยมาก

2.3.2 กรอบการคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกัน

การกำหนดแนวทางหรือมาตรการคุ้มครองสิทธิและขอบเขตความรับผิดชอบที่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันนั้น จำต้องพิจารณาถึงประเภทของผู้ค้ำประกันหรือลักษณะในการเข้าค้ำประกันของผู้ค้ำประกันด้วย เนื่องจากในบางกรณีผู้ค้ำประกันอาจเข้าค้ำประกันโดยได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ได้รับค่าตอบแทน หรือเข้าค้ำประกันเป็นทางการค้าหรือวิชาชีพ หรือมิได้เข้าค้ำประกันเป็นทางการค้าหรือวิชาชีพ

ในส่วนของการค้ำประกันในทางการค้า (Commercial suretyship) นั้น แบ่งออกเป็น 4 กรณี ได้แก่ กรณีผู้ค้ำประกันซึ่งประกอบธุรกิจรับค้ำประกัน, กรณีลูกหนี้ขั้นต้นหรือผู้ค้ำประกันเป็นผู้ร่วมประกอบการค้าหรือเป็นหุ้นส่วนทางธุรกิจร่วมกัน เช่น กรณีหุ้นส่วนบริษัทค้ำประกันหนึ่งของบริษัท, กรณีหนี้ประทุกันเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ขั้นต้น เช่น การค้ำประกันหนี้ของบุคคลธรรมดาซึ่งกู้ยืมเงินเพื่อเริ่มธุรกิจ และกรณีการค้ำประกันเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจของผู้ค้ำประกัน

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การค้ำประกันซึ่งผู้ค้ำประกันได้รับค่าตอบแทน หรือค้ำประกันเป็นทางการค้าหรือวิชาชีพนั้น ผู้ค้ำประกันได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นพิเศษจากการเข้าค้ำประกัน ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายได้ แต่ในส่วนของผู้ค้ำประกันซึ่งไม่ได้รับค่าตอบแทน หรือไม่ได้เข้าค้ำประกันเป็นทางการค้านั้น เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้ค้ำประกันฝ่ายเดียวทำประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้ โดยที่ผู้ค้ำประกันไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากเจ้าหนี้ จึงควรคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันประเภทนี้เป็นพิเศษ โดยกำหนดให้นำมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ ไปใช้บังคับกับสัญญาค้ำประกันหนี้ของลูกหนี้ที่เป็นผู้บริโภค ซึ่งบุคคลธรรมดาได้เข้าค้ำประกันโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ได้เข้าค้ำประกันเป็นทางการค้า อันทำให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจควบคุมสัญญาค้ำประกัน โดยกำหนดข้อสัญญาที่ให้ใช้และห้ามใช้ในสัญญาค้ำประกัน ซึ่งจะส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่อาจกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ซึ่งหากมีการเพิ่มเติมความดังกล่าวในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค สัญญาค้ำประกันที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ สัญญาค้ำประกันหนี้ประทุกันซึ่งมีลักษณะเพื่อการบริโภค เช่น สัญญาค้ำประกันการซื้อขาย การเช่า การเช่าซื้อ การกู้ยืมเงิน เป็นต้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงสัญญาค้ำประกันประเภทอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีลักษณะเพื่อการบริโภค เช่น สัญญาค้ำประกันการทำงาน การไปศึกษาต่อต่างประเทศ เป็นต้น ทำให้คู่สัญญาอาจกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันได้

อย่างไรก็ดี หากจะมีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะค้ำประกันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ เพื่อเป็นมาตรการคุ้มครองป้องกันสิทธิของผู้ค้ำประกันซึ่งได้ตกลงเข้าทำสัญญาค้ำประกันประเภทอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีลักษณะเพื่อการบริโภคนั้น ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าคงทำได้ยาก เนื่องจากจะขัดกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของ

การแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงคงทำได้เพียงกำหนดแนวทางหรือกรอบการใช้กฎหมายของศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาคู่ประกันว่าจะมีผลใช้บังคับหรือไม่ เพียงใด ในทำนองเดียวกับการกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 หรือตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนี้

“ข้อสัญญาคู่ประกันจะพึงใช้บังคับได้เพียงใดนั้น ให้ศาลพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา ตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญา เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย”

