

ปัญหากฎหมายของการบังคับจำนอง : ศึกษากฎหมายวิธีสบัญญัติ

นางสาวณัฐชานันท์ โทคินจารุเสถียร

ศูนย์วิทยทรัพยากร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS ON ENFORCEMENT OF MORTGAGES
: THE STUDY OF CIVIL PROCEDURE LAW

Miss Nuchanun Bhokinjarusathien

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Law Program in Laws

Faculty of Law
Chulalongkorn University

Academic Year 2008

Copyright of Chulalongkorn University

511619

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหากฎหมายของการบังคับจำนอง : ศึกษากฎหมาย
วิธีสบัญญัติ

โดย

นางสาวณัฐชานันท์ โภคินจารุเสถียร

สาขาวิชา

สาขาวิชานิติศาสตร์

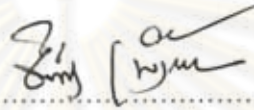
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

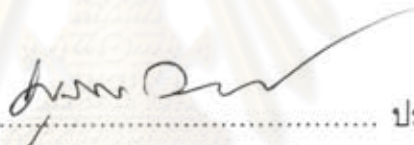
อาจารย์สมชาย จุลนิตี

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต

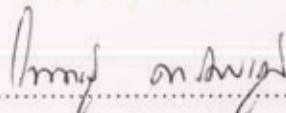


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์มูรธา วัฒนชะวีระกุล)



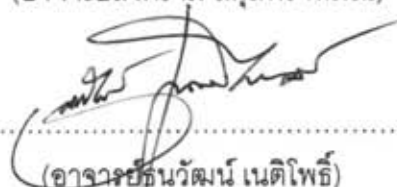
..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)



..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(อาจารย์สมชาย จุลนิตี)



..... กรรมการ
(อาจารย์สงคราม สุกุลพราหมณ์)



..... กรรมการ
(อาจารย์ธันว์วัฒน์ เนติโพธิ์)

ณัฐชานันท์ โภคินจารุเสถียร : ปัญหากฎหมายของการบังคับจำนอง: ศึกษากฎหมายวิธีสบัญญัติ.
(PROBLEMS ON ENFORCEMENT OF MORTGAGES: THE STUDY OF CIVIL PROCEDURE LAW)
อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์: รศ. ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์, อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม : อ. สมชาย จุลนิตี, 166 หน้า.

จำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ผู้จำนองนำไปตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินจำนองให้แก่ผู้รับจำนอง จึงเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยมีกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองบัญญัติรับรองสิทธิ หน้าที่และนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญา อันมีสาระสำคัญว่าผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนอง โดยสิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สินที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ และอยู่ในฐานะเจ้าหนี้มีประกันที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น อีกทั้งในกรณีลูกหนี้ถูกฟ้องให้เป็นบุคคลล้มละลาย ผู้รับจำนองยังคงอยู่ในฐานะเจ้าหนี้มีประกันที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ตนรับจำนอง โดยเจ้าหนี้รายอื่นไม่อาจร้องขอรับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองได้จนกว่าเจ้าหนี้จำนองจะได้รับชำระหนี้ของตนเสียก่อน ซึ่งภายหลังจากการบังคับจำนองลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาด เว้นแต่จะมีการทำข้อตกลงไว้เป็นอย่างอื่น

ในการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนอง ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์เมื่อเจ้าหนี้ถูกโต้แย้งสิทธิเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ซึ่งกฎหมายสารบัญญัติรับรองไว้ จากการศึกษาพบว่าการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการบังคับคดีตามคำพิพากษามีความสอดคล้องกับและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติ มีเฉพาะในบางกรณีเท่านั้นที่เห็นควรต้องให้ศาลซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายได้พิจารณาโดยละเอียดรอบคอบเพื่อให้กระบวนการทางกฎหมายวิธีสบัญญัติสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติ เช่น การร้องขัดทรัพย์สินควรต้องป้องกันมิให้ลูกหนี้ใช้กฎหมายในส่วนนี้เพื่อประวิงคดีให้การดำเนินคดีบังคับจำนองเกิดความล่าช้า อันจะเกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ดังนั้น การดำเนินคดีบังคับจำนองอันเป็นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ซึ่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองบัญญัติไว้ ควรพิจารณาว่าเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง บุคคลแต่ละฝ่ายในสัญญาจำนองมีสิทธิหน้าที่อย่างไรแล้วจึงบังคับใช้กฎหมายไปตามนั้น และในกรณีที่เกิดช่องว่างระหว่างแนวปฏิบัติกับกฎหมายสารบัญญัติกล่าวโดยรวมผู้เขียนเห็นว่าศาลซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายมีบทบาทสำคัญในการจัดปัญหาข้อกฎหมายเหล่านี้ได้ด้วยการศึกษากฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองโดยไม่ต้องอาศัยการแก้ไขกฎหมายแต่อย่างใด

ภาควิชา: นิติศาสตร์

ปีการศึกษา: 2551

ลายมือชื่อนิติ:

ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์:

ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม:

4886258734 : MAJOR LAWS

KEYWORD: PROBLEMS/ ENFORCEMENT OF MORTGAGES / PROCEDURE LAW

NUTCHANUN BHOKINJARUSATHIEN : PROBLEMS ON ENFORCEMENT OF MORTGAGES :
THE STUDY OF CIVIL PROCEDURE LAW. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. PAITON
KONGSOMBOON, THESIS COADVISOR : SOMCHAI JULLANIT, 166 pp.

A Mortgage is a contract whereby a person, called the mortgagor, assigns a property to the mortgagee, as security for the performance of an obligation, without delivering the property to the mortgagee. The substantive law is the general provisions of mortgage which provide right, duty and juristic relation of the parties. The essential of mortgage law are no property can be mortgaged excepted by the owner for the time being, mortgage is real right which the mortgagee is entitled to be paid out of the mortgaged property in preference to ordinary creditors. If the debtor does not perform his obligation, the ordinary creditors cannot participate in the property mortgaged except the mortgagee have the obligation performed. The mortgagee may enforce the mortgage even after the obligation secured has barred by prescription. Furthermore if the estimated value of the property, in case of foreclosure, is or the net proceeds, in case of auction, are less than the amount due, the debtor of the obligation is not liable for the difference except the parties enter into any agreement.

Whereas the Civil Procedural Law is a general provisions for enforcement of judgement which provide the measure of enforcement. Then all participator in enforcement of mortgage have to apply it for this matter. From the study, now the enforcement of mortgage are correspond with the spirit of substantive law. Nevertheless the judge should cogitate to execute it as the spirit of substantive law. The study concludes that, the enforcement of mortgage should be applied on the ground of the spirit of substantive law. This scheme will dissolve the legal problems and also provide the consistency with the substantive law. For example in case the person alleges that the defendant or the judgement debtor is not the owner of the property seized by the executing officer to impede the enforcement of mortgage. This is to say that the judge have the importance role to dissolve these legal problems without any amendment of law.

Field of study: Laws

Academic year: 2008

Student's signature:

Thesis Advisor's signature:

Thesis Co-advisor's signature:

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของ รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ ท่านได้กรุณาให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะอันเป็น ประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งกรุณาช่วยตรวจทาน และแก้ไขเนื้อหา วิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์มูรธา วัฒนชะวีระกุล ประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์สมชาย จุลนิตี ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมและ อาจารย์สงคราม สกุลพรหมณ์ ตลอดจนอาจารย์ธนวัฒน์ เนติโพธิ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่า อย่างยิ่งของท่านที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านได้กรุณาให้คำแนะนำรวมทั้งชี้แนะ ประเด็นต่างๆอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ข้อเสนอแนะในการแก้ไข ปรับปรุงเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดีตลอดมา

ประการสำคัญผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ สำหรับความห่วงใย และกำลังใจที่มีให้ผู้เขียนเสมอมา รวมทั้งพระคุณของคุณพ่อคุณแม่ที่ได้ให้การอบรมสั่งสอน ผู้เขียนเสมอมา จนกระทั่งผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนและพี่ๆที่ได้ให้กำลังใจและให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ สำหรับการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์

ท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและคุณประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้เขียน ขอกราบเป็นกตเวทิตูลแก่บิดา มารดา คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้มีส่วนเกื้อกูลสำหรับ ผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนก็ขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	2
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	2
1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย.....	2
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
บทที่ 2 แนวความคิดและหลักสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนอง.....	4
2.1 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	4
2.1.1 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายโรมัน.....	6
2.1.1.1 ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง.....	6
2.1.1.2 สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และกำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิบังคับจำนอง.....	8
2.1.1.3 ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของผู้มียุติกรรมสิทธิ.....	8
2.1.1.4 วิธีการบังคับจำนอง.....	8
2.1.1.5 หนี้ประธานส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง.....	9
2.1.2 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์: ศึกษากฎหมายของประเทศญี่ปุ่น.....	10
2.1.2.1 ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง.....	10

2.1.2.2	สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และกำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิ บังคับจำนอง.....	11
2.1.2.3	ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของนี้ผู้มีบุริมสิทธิ.....	17
2.1.2.4	วิธีการบังคับจำนอง.....	20
2.1.2.5	หนี้ประธานส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง.....	21
2.1.3	แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตาม ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ.....	22
2.1.3.1	ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง.....	24
2.1.3.2	สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และกำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิ บังคับจำนอง.....	24
2.1.3.3	ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของนี้ผู้มีบุริมสิทธิ.....	27
2.1.3.4	วิธีการบังคับจำนอง.....	28
2.1.3.5	หนี้ประธานส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง.....	30
2.1.4	แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและตามระบบ กฎหมายไทย.....	31
2.2.	หลักกฎหมายลักษณะจำนองตามกฎหมายไทย.....	36
2.2.1	ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนอง.....	36
2.2.1.1	หลัก.....	36
2.2.1.2	ข้อยกเว้น.....	38
2.2.2	สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และใช้สิทธิได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ.....	39
2.2.3	ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน.....	41
2.2.3.1	สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ.....	41
2.2.3.2	สิทธิของผู้รับจำนองลำดับก่อนที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองลำดับ หลัง.....	44
2.2.4	เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองจึงจะใช้สิทธิบังคับจำนองเอา แก่ทรัพย์สินจำนองได้.....	45
2.2.5	หนี้ประธานส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ.....	48

บทที่ 3 หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการบังคับจำนองตามกฎหมายไทย.....	53
3.1 การดำเนินคดีบังคับจำนอง.....	53
3.1.1 ผู้รับจำนองยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาล.....	53
3.1.2 ผู้รับจำนองใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อน.....	57
3.1.3 ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย.....	59
3.1.3.1 ผู้รับจำนองฟ้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งเพื่อบังคับแก่ทรัพย์สินอันเป็น หลักประกัน.....	60
3.1.3.2 ผู้รับจำนองยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย.....	60
3.1.3.3 ผู้รับจำนองขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินอันเป็น หลักประกันออกขายและนำเงินมาชำระหนี้.....	62
3.2 ผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองแม้หนี้ประธานขาดอายุความ.....	63
3.2.1 ผู้มีอำนาจขอให้บังคับคดี.....	63
3.2.2 กำหนดเวลาในการขอให้บังคับคดี.....	63
3.2.3 วิธีการในการบังคับคดี.....	64
3.3 การบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหรือการเอาทรัพย์สินจำนอง หลุดเป็นสิทธิ.....	65
3.3.1 การบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด.....	66
3.3.1.1 การยึดทรัพย์สินจำนอง.....	66
3.3.1.2 การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง.....	69
3.3.1.3 สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองจากการขายทอดตลาด.....	74
3.3.1.4 การร้องขอตัดทรัพย์สิน.....	75
3.3.1.5 การเพิกถอนการขายทอดตลาด.....	79
3.3.2 การบังคับจำนองโดยการเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนอง.....	81
3.4 การจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้.....	83
3.4.1 วิธีการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้.....	83
3.4.2 ลำดับของเจ้าหนี้ซึ่งจะได้รับการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อ ชำระหนี้.....	85
3.4.2.1 ลำดับในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้จำนองกับเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิ หรือสิทธิอื่นๆของบุคคลภายนอก.....	85

3.4.2.2 ลำดับในการได้รับชำระหนี้ระหว่างบรรดาเจ้าหนี้จำนองด้วยกัน.....86

3.5 การบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา หากมีหนี้ส่วนที่ขาดหลังการบังคับจำนอง.....87

บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความสอดคล้องกันระหว่างการดำเนินคดีบังคับจำนองเมื่อ
เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลักษณะจำนอง.....90

4.1 ปัญหาการบอกกล่าวบังคับจำนองและกรณีผู้รับจำนองยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ รวมทั้ง
ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย.....90

4.1.1 กรณีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนอง.....90

4.1.2 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตาม
ป.วิ.พ.มาตรา 289.....94

4.1.3 กรณีผู้จำนองใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ "สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิใน
เวลาภายหลัง" ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 101.....97

4.2 ปัญหากรณีที่ผู้รับจำนองไม่ทำการบังคับจำนองให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่
วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง.....99

4.3 ปัญหากรณีที่ผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินจำนอง หรือเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์บางส่วนใน
ทรัพย์สินจำนอง.....102

4.3.1 กรณีนำที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มาจดทะเบียนจำนอง.....102

4.3.2 กรณีบังคับจำนองด้วยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด โดยปลอดจำนองหรือ
มีจำนองติดอยู่.....108

4.3.3 กรณีศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาดอันเนื่องมาจากการบังคับจำนอง..111

4.3.4 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ....116

4.3.5 กรณีคู่สมรสนำสินสมรสไปจดทะเบียนจำนองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรส
อีกฝ่ายหนึ่ง.....119

4.3.6 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์รวม.121

4.3.7 กรณีมีการร้องขอตทรัพย์โดยไม่สุจริต.....125

4.4 ปัญหากรณีที่ทรัพย์สินสิ่งเดียวนำไปเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย และผู้รับจำนอง
ลำดับหลังใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับก่อนตน.....127

4.5 กรณีที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังจากมีการบังคับจำนอง.....132

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	142
5.1 บทสรุป.....	142
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	156
รายการอ้างอิง.....	159
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	164
ภาคผนวก ก.....	165
ภาคผนวก ข.....	166



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งผู้จำนองนำเอาทรัพย์สินไปตราไว้กับ ผู้รับจำนองด้วยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยผู้จำนองไม่จำเป็นต้อง ส่งมอบทรัพย์สินจำนองให้เจ้านี้ยึดถือไว้แต่อย่างใด อีกทั้งตลอดเวลาที่ผู้จำนองยึดถือทรัพย์สินจำนอง ไว้ในระหว่างที่มีการจำนองทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ นั้น ผู้จำนองยังคงสามารถใช้ประโยชน์จาก ทรัพย์สินจำนองได้ จำนองจึงเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ได้รับความนิยมเป็นที่แพร่หลายทั้ง ในด้านสถาบันการเงิน และการจำนองระหว่างบุคคลธรรมดาทั่วไปเพราะสามารถสร้างความพึงพอใจให้แก่ คู่กรณีทั้งฝ่ายผู้รับจำนอง และฝ่ายผู้จำนองได้ในระดับที่น่าพึงพอใจ

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่การจำนองได้รับความนิยมเป็นที่แพร่หลาย แต่เมื่อใดก็ตามที่ปรากฏต่อมา ในภายหลังว่าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้อันส่งผลให้ผู้รับจำนองจะต้องดำเนินการบังคับจำนองนั้น การดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองตามแนวปฏิบัติของ กฎหมายวิธีสบัญญัติในปัจจุบันนี้ยังคงมีประเด็นปัญหาและข้อขัดข้องหลายประการ ทั้งที่มีสาเหตุมา จากการตีความและปรับใช้หลักกฎหมายวิธีสบัญญัติอย่างไม่สอดคล้องต้องตรงตามเจตนารมณ์ แห่งกฎหมาย ตลอดจนแนวปฏิบัติของบุคคลหลายฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องก็ยังคงมิได้เป็นไปในมาตรฐาน เดียวกัน และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองอันเป็นหลักการ พื้นฐานที่สำคัญซึ่งผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายในกระบวนการบังคับจำนองจะต้องยึดถือเป็นหลักสำคัญใน การดำเนินคดีบังคับจำนองเพื่อให้การดำเนินการบังคับจำนองเกิดประสิทธิผลสูงสุดและสามารถให้ ความเป็นธรรมแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายได้อย่างเป็นธรรม

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะทำการศึกษาแนวความคิดและหลักการสำคัญของ กฎหมายลักษณะจำนอง อีกทั้งหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการบังคับจำนองทั้งตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ เพื่อสร้างความเข้าใจในเจตนารมณ์แห่งกฎหมายลักษณะจำนอง กระบวนการในการดำเนินคดีบังคับจำนอง ตลอดจนทำการศึกษาค้นคว้าต่อไปว่าการดำเนินคดี บังคับจำนองและกระบวนการอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองตามแนวปฏิบัติของกฎหมาย วิธีสบัญญัติที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกาในปัจจุบันนี้ว่ามีความสอดคล้องต้องตรงตามเจตนารมณ์ แห่ง กฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยการจำนองอันมีวัตถุประสงค์เพื่อการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระ หนี้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งภายหลังจากการศึกษาวิจัยหากปรากฏจากการศึกษาวิจัยว่าแนวทางใน การดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองในปัจจุบันยังคงไม่

สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง ก็จะทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่า แนวทางการดำเนินคดีบังคับจำนองที่ถูกต้องและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติ ลักษณะจำนองควรเป็นเช่นใด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาเพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนอง
2. ศึกษาเพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการบังคับจำนองตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ
3. ศึกษาเพื่อให้ทราบถึงแนวทางการดำเนินการบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองที่ปรากฏในปัจจุบัน
4. ศึกษาวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องของการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องของการบังคับจำนอง เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลักษณะจำนอง

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังคงมีปัญหาและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการนำเอาทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ หากได้ศึกษาถึงความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะจำนองจะยังผลให้การดำเนินการบังคับจำนองเป็นไปอย่างถูกต้องสมตามความมุ่งหมาย และเจตนารมณ์ของการนำทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิเคราะห์แนวความคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนอง หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการบังคับจำนองทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ แล้วทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องต้องตรงกันของการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันเมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลักษณะจำนอง เพื่อทราบถึงแนวทางการดำเนินคดีบังคับจำนองที่ถูกต้องและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายลักษณะจำนอง

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการรวบรวมและศึกษาหลักกฎหมาย บทความ คำพิพากษาศาลฎีกา กรณีศึกษา (Case study) ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจน

ความเห็นของนักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้พิพากษา ทนายความ เจ้าพนักงานบังคับคดี ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้ทราบหลักการพื้นฐาน และหลักกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยเรื่องจำนอง
2. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการดำเนินการบังคับจำนอง และกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบัน
3. เพื่อให้ทราบถึงความสอดคล้องของแนวทางการบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองเมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลักษณะจำนอง
4. เพื่อจะได้เสนอแนะแนวทางของการบังคับจำนองให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่อง การจำนองทรัพย์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนอง

แนวความคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนองนับว่าเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีทุกฝ่ายในนิติสัมพันธ์ และยังเป็นสิ่งกำหนดแนวทางการใช้สิทธิ และหน้าที่อื่นจะต้องปฏิบัติแก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายด้วย ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับการบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกาต่อไปนั้น ควรจะต้องมีความรู้และความเข้าใจในแนวความคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนองก่อน ผู้เขียนจึงขอเรียนเสนอถึงแนวความคิด หลักการสำคัญ ตลอดจนพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเพื่อการศึกษาเปรียบเทียบให้ทราบถึงความแตกต่าง ความเหมาะสม และแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

2.1 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน

2.1.1 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายโรมัน

กฎหมายโรมันว่าด้วยสิ่งของประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นสิ่งของซึ่งบุคคลผู้มีทรัพย์สินมีอยู่อันเป็นเรื่องของ "ทรัพย์สิน" และส่วนที่สองเป็นสิ่งที่ผู้อื่นเป็นหนี้ต่อบุคคลกล่าวถึง คือ บุคคลสิทธิ (iura in personam) อันเป็นเรื่องของ "หนี้" (obligations)"

หนี้ตามกฎหมายโรมัน หมายถึง นิติสัมพันธ์วิภาคีในเชิงของรากศัพท์คำว่า obligatio หมายถึง การผูกพันทางกายภาพระหว่างเจ้าหนี้ (creditor) และลูกหนี้ (debtor) ส่วนบุคคลที่สามไม่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย พันธะผูกพันก่อให้เกิดหน้าที่กับฝ่ายหนึ่งและสิทธิของอีกฝ่ายหนึ่งในการกระทำหรือละเว้นกระทำการบางอย่างโดยมีระบบการจำแนกหนี้หลายอย่าง ซึ่งการแบ่งตามมูลหนี้รูปแบบหนึ่งคือ หนี้อันเนื่องมาจากสัญญา (ex contractu) หรือเสมือนมาจากสัญญา (quasi ex contractu) และเนื่องมาจากการละเมิด (ex delicto หรือ male ficio) หรือเสมือนเนื่องมาจากการละเมิด (quasi ex delicto หรือ male ficio)¹

หนี้อันเนื่องมาจากสัญญา (ว่าด้วย) ทรัพย์สิน (re) หรือสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ นับเป็นหนี้อันเนื่องมาจากสัญญา (ex contractu) ที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ เพราะอาจเป็นไปได้ว่าความคิดเรื่องหนี้ทั้งหมดของคนโรมันแต่ดั้งเดิมมิได้มาจากการกระทำผิด แต่เกิดจากการที่ฝ่ายหนึ่งรับทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งมา ทำให้เกิดหนี้ที่ต้องชำระด้วยการคืนทรัพย์สินดังกล่าวไปในที่สุด² ทั้งนี้ Accarias II, 1891:229-230 แยกสัญญา (ว่าด้วย) ทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท ซึ่งกลุ่มแรก คือ

¹ ประชุม โชมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 48-49 และ 162

² ประชุม โชมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 179

mutuum และกลุ่มที่สอง คือ commodatum, depositum และ pignus โดยตามกฎหมายโรมันนั้น การนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ปรากฏว่ามี 3 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. Fiducia (การรักษาทรัพย์สิน) หรือเรียกโดยเคร่งครัดว่า dominium fiduciarium (กรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน) ซึ่งผู้ให้ยืมเงินได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยการยกทรัพย์สินให้ ต่อหน้าไพรตอร์ (mancipatio หรือ in iure cession) ผู้ให้ยืมเงินจึงสามารถจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ถ้า ผู้ยืมเงินไม่ชำระหนี้ ในขณะที่ผู้ยืมเงินต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นประกันอันเป็นการเสียสละ และเสี่ยงภัยแก่ลูกหนี้ (Guarino, 1976: 681)

2. Pignus (การจำนำ) พัฒนามาจากการที่ไพรตอร์ให้เจ้านี้ครอบครองทรัพย์สินอัน ได้รับการปกป้องโดยคำสั่งของไพรตอร์ (possession ad interdicta) (Guarino, 1946: 681) การประกัน การชำระหนี้ด้วยวิธีนี้กระทำได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินโดยการหยิบยื่นให้ (tradito) ซึ่งผู้ยืมเงินก็รักษา กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไว้และสละไปเพียงการครอบครองเท่านั้น

ลักษณะที่สำคัญที่สุดของ pignus ก็คือ ทรัพย์สิน (ius in rem) ของเจ้านี้เหนือ ทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาจำนำ กล่าวคือ ในกฎหมายโรมันโบราณต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเสมอแต่ใน สมัยยุคทองเป็นที่ยอมรับว่าสิทธิของผู้รับจำนำอาจก่อให้เกิดขึ้นได้โดยที่ทรัพย์สินยังอยู่กับลูกหนี้ ฉะนั้น ทรัพย์สินก็ไม่เกิดขึ้น จึงเกิดมีความเห็นว่าสัญญา pignus ยุคทองดังกล่าวนี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสัญญา (ว่าด้วย) ทรัพย์สินหรือสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบที่แท้จริง (re) (Zimmermann, 1992:221) ทั้งนี้ จุดประสงค์โดยเคร่งครัดดั้งเดิมของ pignus ก็คือการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (res corporalis) อันอาจโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้านี้ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ (satisfaction) ได้ อย่างไรก็ตามในสมัยยุคทอง ขอบเขตของ pignus ค่อยขยายออกไปจนกระทั่งรวมไปถึง คือ สิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น เช่น การจำยอม (ยกเว้น การจำยอมในเมือง), หนี้ค้างชำระจากผู้อื่น, สิทธิต่างๆอันเกิดจากการประกัน เป็นต้น (ทำให้เรียกกันว่า subpignus การประกันช่วง) รวมทั้งทรัพย์สินในอนาคตและดอกผลอันยังไม่เกิดขึ้น

Pignus อาจแยกได้เป็น pignus datum กับ pignus conventum ดังนี้

(1) pignus datum ได้แก่ pignus speciale (การประกันพิเศษ) และ pignus generale (การประกันทั่วไป)

(2) pignus conventum

ทั้งนี้ เนื่องจาก pignus datum เท่านั้นที่มีลักษณะอันเป็น pignus แท้จริงเพียงแบบ เดียว เพราะฉะนั้น สำหรับการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ pignus (การจำนำ) ผู้เขียนจึงขอ กล่าวถึงลักษณะของ pignus datum เท่านั้น อันเป็นการที่ลูกหนี้มอบทรัพย์สิน (res pignereta) อัน อาจจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้แก่เจ้านี้ ซึ่งเจ้านี้เป็น ผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยได้รับการปกป้องจากคำสั่งไพรตอร์ (possessor ad interdicta) และเจ้านี้ จำต้องส่งคืนทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว หรือลูกหนี้ต้องโอนให้กับเจ้านี้ใน กรณีที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ (Guarino, 1976 : 682) โดยมีนิติกรรมที่คล้ายกัน คือ hypothec หรือ

hypotheca อันมาจากภาษากรีกว่า hupotheke ซึ่งเป็นการจำนองทรัพย์สินที่ไม่มีการโอนการครอบครอง

3. Hypotheca (การจำนอง) หรือ pignus conventum เป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งสิทธิจำนองก่อตั้งขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาโดยไม่ต้องอาศัยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ โดย hypotheca ใช้กับที่ดินเป็นส่วนใหญ่ แต่จะใช้กับสังหาริมทรัพย์คงเป็นไปได้อย่างยากเพราะเจ้าหนี้ไม่มีความมั่นใจในหลักประกันเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวอาจเคลื่อนที่ไปได้ และติดตามคืนได้ยาก (เพราะเจ้าหนี้ไม่ได้รับการครอบครอง) ซึ่ง Hypotheca (การจำนอง) มี 2 ประเภท คือ

(1) General Hypotheca (การประกันทั่วไป) เป็นการอายัดทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ เช่น การอายัดทรัพย์สินของผู้อนุบาลหรือผู้ปกครองผู้เยาว์และผู้พิทักษ์เยาวชน เพื่อเป็นหลักประกันการบริหารทรัพย์สินและกิจการของผู้เยาว์และเยาวชน

(2) Special Hypotheca (การประกันพิเศษ) เป็นการอายัดทรัพย์สินบางส่วนที่แน่นอนของลูกหนี้ เช่น การจำนองทรัพย์สินที่ผู้เช่านำเข้ามาสู่สังหาริมทรัพย์ (invecta et illata) ในเมือง เป็นการประกันการจ่ายค่าเช่าของผู้เช่า บางครั้งมีผู้เรียก การจำนองนี้ว่า pignus taitum (การจำนำเสียบ)

ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวความคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะจำนอง ผู้เขียนจึงขอเรียนเสนอถึงหลักการอันเป็นสาระสำคัญของ การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินในรูปแบบ Hypotheca ตามกฎหมายโรมันเป็นสำคัญ โดยจะแยกศึกษาในแต่ละข้ออันเป็นข้อสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.1.1.1 ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง

ผู้ที่มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้จะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ที่มีอำนาจจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินนั้น รวมถึงเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมซึ่งจำนองทรัพย์สินส่วนที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตน ทั้งนี้ บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอาจจำนองทรัพย์สินของบุคคลอื่น เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ หากเจ้าของทรัพย์สินนั้นได้ให้ความยินยอมในขณะนั้นหรือในเวลาต่อมาภายหลัง ซึ่งถือว่าการจำนองทรัพย์สินโดยความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สิน แต่ในกรณีที่บุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินในขณะที่จำนองนำทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปจำนองและต่อมาภายหลังบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น การจำนองย่อมมีผลสมบูรณ์เช่นกัน³ ทั้งนี้กฎหมายโรมันยังได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้ หากนำทรัพย์สินซึ่งไม่ใช่ของตนไปเป็นประกันหนี้ทำให้เจ้าหนี้ขาดหลักประกันไป⁴

2.1.1.2 สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และกำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิบังคับจำนอง

การจำนองเป็นการให้ทรัพย์สินเป็นประกันตามข้อตกลงโดยที่ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวแก่เจ้าหนี้ เริ่มแรก hypotheca ใช้กับกรณีให้เช่าที่ดินก่อนจึงมักจะตกลงกันว่าให้ถือ

³www.ancientlibrary.com

⁴ประชุม โจนฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 200

เครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ และเครื่องเรือนซึ่งผู้เช่าที่ดินนำเข้ามาในบ้าน อยู่ในข่ายการจำนองเพื่อเป็นประกันการจ่ายค่าเช่าทั้งสิ้น และถ้ามีความจำเป็นไพเรตอร์จะออกคำสั่ง (interdictum Salvianum) ให้เจ้าของที่ดิน (dominus fundi) เข้าครอบครองทรัพย์สินของผู้เช่าซึ่งจำนองไว้ได้ และเจ้าของที่ดินสามารถใช้รูปคดี action Serviana ติดตามทรัพย์สินจากลูกหนี้หรือบุคคลที่สามได้⁵ ทั้งนี้ อาจมีการตกลงกันให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีสิทธิครอบครอง เจ้าหนี้จึงมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้เมื่อใดก็ตามที่เขาต้องการ สามารถใช้สิทธิครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันได้ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะตกอยู่กับผู้ใดรวมทั้งกรณีที่ถูกหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นด้วย นอกจากนี้เจ้าหนี้สามารถใช้วิธีการบังคับจำนองได้โดยการขายทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้เมื่อนั้นถึงกำหนดชำระ หรือโดยการที่เจ้าหนี้เป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินไว้อย่างถาวรแทนการชำระหนี้ ถ้าลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดโดยอาศัยความตกลงยินยอมของลูกหนี้ (lex commissoria) แสดงว่า เจ้าหนี้จำนองเป็นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินเป็นหลักประกันเพื่อการเยียวยาความเสียหายหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินเป็นหลักประกันและลูกหนี้เท่านั้น ไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองซึ่งไม่ใช่ลูกหนี้ได้ ทั้งนี้ การที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ตัวทรัพย์สินได้ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลใดก็ตาม แสดงให้เห็นว่า สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินสิทธิติดตัวทรัพย์สิน แต่เนื่องจากกฎหมายโรมันมีหลักว่า ทรัพย์สินสิทธิ (iura in rem) ไม่ควรก่อให้เกิดขึ้นโดยไม่เปิดเผยเพราะทรัพย์สินสิทธิกระทบต่อคนทุกคน "การส่งมอบโรมัน" จึงเป็นกิจสาธารณะที่โดยหลักการแล้วทุกคนมองเห็น เช่น การยกทรัพย์สินให้ต่อหน้าไพเรตอร์ (in iura cession) ซึ่งเกิดขึ้นในศาลหรือการส่งมอบต่อหน้าสาธารณชนตามกรรมวิธีพิเศษ (mancipatio)⁷ ทรัพย์สินสิทธิ (iura in rem) จึงต้องมีการโอนทางกายภาพอย่างเคร่งครัด ในขณะที่ Hypothec เป็นวิธีการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง แต่เป็นการให้สิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยเฉพาะ "ที่ดิน" แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น สิทธิจำนองจึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายโรมัน⁸

สำหรับกำหนดเวลาเพื่อการใช้สิทธิบังคับจำนองนั้น ตามหลักกฎหมายโรมันกล่าวไว้เพียงว่า เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการขายทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันชำระหนี้ได้เมื่อใดก็ตามที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือการใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการเก็บรักษาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันอย่างถาวรแทนการชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดโดยอาศัยความตกลงยินยอมของลูกหนี้ ซึ่งความรับผิดชอบของเจ้าหนี้เกี่ยวกับเรื่องกำหนดเวลาเพื่อการใช้สิทธิบังคับจำนองนั้น กฎหมายได้กำหนดไว้ว่าเฉพาะกรณีเจ้าหนี้ใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เท่านั้น⁹ แต่ไม่ปรากฏว่าเจ้าหนี้

⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 204

⁶Buckland, W.W., *A manual of Roman law*, 2nd edition, (London: Cambridge University Press, 1947), p.353-354

⁷ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*, หน้า 62-63

⁸Buckland, W.W., *A manual of Roman law*, 2nd edition, p.314

⁹ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 202

จะต้องใช้สิทธิบังคับจำนองภายในกำหนดเวลาเท่าใดและหากเจ้าหนี้จำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนองภายในกำหนดเวลาแล้วผลจะเป็นเช่นใด

2.1.1.3 ผู้รับจำนองเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิ

หลักในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้จำนองกับเจ้าหนี้สามัญ คือ "ผู้ที่มีสิทธิพิเศษบางประการย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อน" ดังนั้น เจ้าหนี้จำนองตาม Hypotheca ซึ่งสามารถพิสูจน์สิทธิพิเศษในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนจากการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือพิสูจน์โดยอาศัยการรับรองของพยานจำนวน 3 คนซึ่งปรากฏตัวอยู่ในขณะที่มีการจำนอง ย่อมเป็นผู้ที่มีสิทธิในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญซึ่งไม่ปรากฏหรือไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงสิทธิพิเศษบางประการที่ตนมีอยู่เหนือทรัพย์สิน¹⁰

นอกจากนี้ เนื่องจาก Hypotheca เป็นการจำนองทรัพย์สินแต่ไม่มีการโอนการครอบครองจึงอาจทำซ้ำซ้อนกันได้ โดยผู้รับจำนองก่อนย่อมมีสิทธิเหนือหรือใหญ่กว่าผู้รับจำนองหลัง ผู้รับจำนองก่อนจึงมีสิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองหลัง แม้ว่าผู้รับจำนองหลังจะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน ส่งผลให้เกิดผลทางกฎหมายหลายประการ อาทิเช่น การจำนองบางกรณีอาจมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินจำนองรายอื่น เช่น หนี้ภาษีของรัฐในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน หรือการจำนองหลายลำดับอาจก่อให้เกิดการเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับจำนองลำดับหลังโดยการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองลำดับก่อน หรือการจำนองที่มีการจดทะเบียนโดยเปิดเผย หรือการจำนองที่กระทำต่อหน้าพยาน 3 คน ตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมมีสิทธิพิเศษในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อน เป็นต้น และมีข้อสังเกตว่าหลักกฎหมายอังกฤษที่เขียนเป็นภาษาละตินว่า (qui) prior (est) tempore potior (est) iure (ผู้ที่มาก่อนย่อมมีสิทธิใหญ่กว่า) ก็เป็นการสะท้อนหลักโรมันในเรื่องนี้ เพราะฉะนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่าเจ้าหนี้จำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญและในกรณีที่มีการจำนองหลายลำดับเหนือทรัพย์สินจำนองสิ่งเดียวกัน เจ้าหนี้จำนองแต่ละรายย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามลำดับที่ตนเข้าเป็นเจ้าหนี้จำนอง

2.1.1.4 วิธีการบังคับจำนอง¹¹

(1) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน

ถ้าไม่มีการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะได้รับ possession ในลักษณะรับทรัพย์สินนั้นไว้เป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินตน (in bonis habens)

(2) สิทธิในการขายทรัพย์สินที่วางเป็นประกัน (ius distrahendi) ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ในสมัยก่อนยุคทองเข้าใจว่าอำนาจนี้จะต้องได้มาจากเงื่อนไขในสัญญาหรือสัญญาเพิ่มเติมให้ขายทรัพย์สินได้ แต่ในสมัยยุคทองเป็นที่เข้าใจกันว่าเงื่อนไขนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา pignus อยู่แล้ว ฉะนั้นถ้าจะห้ามมิให้เจ้าหนี้มีสิทธิเช่นนี้ต้องมีสัญญาหรือเงื่อนไขพิเศษกันไว้

¹⁰www.ancientlibrary.com

¹¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 202-203

(3) สิทธิในการเก็บทรัพย์สินไว้หรือสิทธิยึดหน่วง (ius retentionis) ในสมัยยุคทอง ถ้ามี pactum commissorium หรือ lex commissoria (สัญญาหรือเงื่อนไขในการยกทรัพย์สินให้แก่ เจ้าหนี้ ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้) ลูกหนี้อาจโอนทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้ถ้าไม่สามารถชำระหนี้ได้ แต่เพราะความรุนแรงของเงื่อนไขทำให้พระเจ้าคอนสแตนติน (ค.ศ. 323-337) ทรงห้ามมิให้นำมาใช้อีก

ในสมัยของจัสติเนียน คู่สัญญาอาจตกลงกันเกี่ยวกับเงื่อนไขเวลาและเงื่อนไขการขายแต่จะตกลงกันเพื่อจะห้ามมิให้ขายทรัพย์สินมิได้ ทั้งนี้ แม้ว่าไม่มีการกำหนดไว้ เจ้าหนี้ก็ยังสามารถขายทรัพย์สินได้ตามหลักเกณฑ์ คือ ทำหนังสือบอกกล่าวลูกหนี้ 3 ครั้ง หรือขอให้ศาลสั่งแล้วรอเวลา 2 ปี จึงประกาศขายทรัพย์สิน แต่ถ้าหาผู้ซื้อไม่ได้หลังจากประกาศดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้อาจทำฎีกาถวาย จักรพรรดิเพื่อขอพระราชทานการครอบครองทรัพย์สินในฐานะเจ้าของหรือที่กฎหมาย Common Law เรียกว่า foreclosure (การเพิกถอนสิทธิการถ่ายถอนจำนอง) แต่ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิถ่ายถอนทรัพย์สินคืน อีกภายใน 2 ปีหลังจากที่จักรพรรดิทรงยินยอมให้ขายทรัพย์สินนั้นแล้ว

2.1.1.5 หนี้ประณาส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง

กฎหมายโรมันได้กำหนดไว้ว่า เจ้าหนี้จำนองมีหน้าที่จะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ ลูกหนี้เมื่อได้รับชำระหนี้แล้ว¹² และในทางกลับกันเจ้าหนี้จำนองยังคงมีสิทธิเรียกร้องเอาแก่ลูกหนี้เพื่อหนี้ ส่วนที่ขาดได้¹³ เพราะหนี้ส่วนนี้ยังไม่ระงับสิ้นไป

ภายหลังจากที่ได้ทำการศึกษาแนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมาย ลักษณะจำนองรวมทั้งการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายโรมันแล้ว ทำให้ทราบว่า การจำนองตามกฎหมายโรมันจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อผู้จำนอง คือ เจ้าของทรัพย์สินจำนองหรือผู้ที่มีอำนาจ จำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สิน เจ้าของรวมหรือบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์แต่ได้รับความยินยอมจาก เจ้าของให้นำทรัพย์สินไปจำนอง ซึ่งการจำนองเป็นการตกลงให้ทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้เป็นพิเศษให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีสิทธิ ครอบครอง (Pactum Hypothec) เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน แม้ว่าจะมีการโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม แต่ไม่สามารถใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ผู้จำนองซึ่ง ไม่ใช่ลูกหนี้ของตน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิทธิจำนองแบบ Hypothec เป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน แต่เพราะ กฎหมายโรมันถือว่า "ทรัพย์สิน" (iura in rem) จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการโอนทางกายภาพ ในขณะที่ Hypothec เป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินซึ่งให้สิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้โดยไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง สิทธิจำนองจึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายโรมัน ทั้งนี้ วิธีการบังคับจำนองตามกฎหมายโรมัน ได้แก่ การขายทรัพย์สินจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ การเก็บรักษาทรัพย์สินอันเป็นประกันไว้อย่างถาวรแทนการชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดโดย อาศัยความยินยอมของลูกหนี้ แต่เจ้าหนี้จำนองไม่สามารถใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนถึงกำหนดเวลาชำระ หนี้ได้ ซึ่งเจ้าหนี้จำนองสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ "หนี้ส่วนที่ขาด" ภายหลังจากการบังคับจำนองได้ แต่

¹²เรื่องเดียวกัน, หน้า 201

¹³Buckland, W.W., *A manual of Roman law*, 2nd edition, p.354

ไม่ปรากฏว่าหากเจ้าหนี้จำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนองภายในกำหนดเวลาเช่นใดแล้วจะสิ้นสิทธิในการบังคับจำนอง นอกจากนี้ ตามกฎหมายโรมันอาจมีการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายรายได้ ซึ่งในกรณีที่มีเจ้าหนี้หลายราย เจ้าหนี้จำนองย่อมมีสิทธิพิเศษในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อน กล่าวคือ เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้จำนองลำดับก่อนมีสิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับหลัง

2.1.2 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์: ศึกษากฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

เนื่องจากในอดีตหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัยรัชการที่ 5 แล้ว มีความจำเป็นและเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องดำเนินการ คือ การปรับเปลี่ยน กฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ โดยในที่สุดได้มีการตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายซึ่งมีการลงความเห็นว่าจะควรใช้โครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งแบบเยอรมันโดยลอกแบบจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นซึ่งยกร่างตามแบบเยอรมันไว้แล้ว¹⁴ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรทำการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เหมือนกันและเป็นประมวลกฎหมายต้นแบบในการร่างป.พ.พ.ของประเทศไทย ประกอบเป็นประเทศซึ่งตั้งอยู่ในภูมิภาคเดียวกันจึงน่าจะมีสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และกฎหมาย ซึ่งคล้ายคลึงกันอันเหมาะสมแก่การทำการศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

หนังสือคำอธิบายกฎหมายญี่ปุ่นได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับแนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนอง และการบังคับจำนองไว้ โดยจะแยกศึกษาในแต่ละหัวข้ออันเป็นข้อสาระสำคัญดังต่อไปนี้¹⁵

2.1.2.1 ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง

ประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะจำนองของประเทศญี่ปุ่นมิได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าเฉพาะเจ้าของทรัพย์สินที่สามารถจำนองทรัพย์สินได้ แต่ได้มีการตราบทบัญญัติพิเศษเพิ่มเติม คือ บทบัญญัติว่าด้วยการจำนองเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 1905 โดยมีสาระสำคัญบางส่วนของกล่าวถึงผู้มีสิทธิจำนองไว้ ดังนี้¹⁶

(1) Railway Hypothecation Law (Law No.53) ได้กำหนดไว้ว่าให้สิทธิแก่บริษัทซึ่งเป็นเจ้าของกิจการเดินรถไฟท้องถิ่นสามารถจำนองกิจการเดินรถไฟของตนทั้งหมดหรือบางส่วนได้

(2) Factory Hypothecation Law (Law No.54) ได้กำหนดไว้ว่าเจ้าของโรงงาน

¹⁴รศ. แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิทยุชน จำกัด, 2545), หน้า 197 และ 206 และ 243

¹⁵J.E. De Becker, The principles and practice of civil code of Japan, volume 2, (London : Butterworth & Co., 1909), pp.486-509

¹⁶Wilhelm Rohl, History of Law in Japan since 1868, (Boston: Brill Leiden), p.225

สามารถจำนองที่ดินอันเป็นที่ตั้งโรงงานได้ โดยสิทธิจำนองครอบคลุมไปถึงสิ่งซึ่งติดตรึงอยู่กับที่ดินอันเป็นที่ตั้งโรงงานในลักษณะที่รวมเป็นหนึ่งเดียวกับที่ดินนั้น รวมตลอดถึงเครื่องจักรภายในโรงงานด้วย

(3) Mining Hypothecation Law (Law No.55) ได้กำหนดไว้ว่าผู้ได้รับสัมปทานบัตรในแร่สามารถนำสัมปทานบัตรที่ตนได้รับไปจำนองได้

เพราะฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่าแม้ประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะจำนองของประเทศญี่ปุ่นมิได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้ง แต่จากบทบัญญัติข้างต้น ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนองได้ คือ เจ้าของทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิจำนอง

2.1.2.2 สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และกำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิบังคับจำนอง

2.1.2.2.1 สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน

Article* 369 ได้กำหนดลักษณะของการจำนองไว้ว่า

A mortgage is entitled to obtain satisfaction of his claim in preference to other creditors out of the immovable which,.....¹⁷

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องเหนืออสังหาริมทรัพย์อันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการที่จะบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกนำมาจำนอง.....

และ Article 370 ได้กำหนดขอบเขตแห่งสิทธิจำนองไว้ว่า

A mortgage shall extend to all things, except buildings, which appertain to or form part of the land mortgaged. But this shall not apply to cases where it is otherwise provided for by the act of creation or where the act of the mortgagor can be rescinded by the mortgagee under Articles 424.¹⁸

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

สิทธิจำนองย่อมครอบคลุมถึงทรัพย์สินจำนองทุกสิ่ง ยกเว้นอาคารซึ่งมิได้ปลูกสร้างลงบนที่ดินจำนอง แต่ไม่รวมถึงกรณีมีการจำนองอาคารหรือกรณีตามมาตรา 424 สิทธิจำนองเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองโดยจะมีผลต่อกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินจำนอง ตลอดจนทรัพย์สินใดๆที่รวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินจำนอง

ยกตัวอย่างเช่น เมื่อดินซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนองเกิดมีสิ่งอก หรือมีการต่อเติมสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในความมีอยู่ของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนอง สิทธิจำนอง

¹⁷Hiroshi Oda, Basic Japanese Laws.(New York: Clarendon Press, 1997), p.84

¹⁸ibid, p.84

*เมื่อกล่าวถึง Article ต่างๆในส่วนข้อ 2.1.2 หมายถึง เลขมาตราที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น

ยอมมีอยู่เหนือที่นอกหรือส่วนต่อเติมของสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้น 3 ประการ คือ

1. ไม่ปรับใช้แก่กรณีที่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาจำนอง
2. กรณีมีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นบนที่ดินอันเป็นทรัพย์สินจำนอง สิทธิจำนองเหนือที่ดินจะไม่ขยายไปครอบคลุมถึงสิ่งปลูกสร้างด้วย เพราะที่ดินและสิ่งปลูกสร้างย่อมสามารถแบ่งแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจนตามกฎหมายและจารีตประเพณีของประเทศญี่ปุ่น
3. กรณีลูกหนี้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินจำนองที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้และโดยสมรู้ร่วมคิดกับผู้รับจำนอง เช่น กรณีมีการต่อเติมบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนองด้วยเงินของเจ้าหนี้สามัญเพื่อเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน สิทธิจำนองก็จะไม่ปรากฏเหนือส่วนต่อเติมของบ้านด้วย แม้ว่าจะเป็นส่วนควบกับทรัพย์สินจำนอง¹⁹

เจ้าหนี้จำนองจึงเป็นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิจำนองเหนือทรัพย์สินจำนอง เพราะเจ้าหนี้จำนองสามารถบังคับตามสิทธิเรียกร้องของตนด้วยการบังคับเอาแก้อสังหาริมทรัพย์อันเป็นหลักประกัน แม้ว่าทรัพย์สินจำนองจะถูกโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม โดยมีใช้บังคับเอาแก่ตัวบุคคลผู้นำทรัพย์สินมาจำนอง แต่อย่างไรก็ตามสิทธิจำนองจะปรากฏอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองเท่านั้นไม่ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินอื่นด้วย เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นจะรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินจำนองโดยมีการบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยเรื่อง "ขอบเขตแห่งสิทธิจำนอง" ดังนี้

(1) Article 388

If, where the land and the building on it belong to one and the same person, either the land or the building only has been mortgaged, the mortgagor is deemed to have created a superficies for the benefit of the purchaser at official auction; provided that in such case the rent shall be determined by the Court on the application of the party concerned.²⁰

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้
กรณีที่ดินและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินเป็นของเจ้าของรายเดียวกัน และมี การจำนองทั้งที่ดินและสิ่งปลูกสร้างหรือมีการจำนองลำพังเฉพาะสิ่งปลูกสร้าง ถือว่าผู้จำนองมีสิทธิเหนือที่ดินเพื่อประโยชน์ในการเข้าเป็นผู้ผู้ราคาในการขายทอดตลาด เมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้นซึ่งในกรณีเช่นนี้ สัญญาเช่าย่อมสิ้นสุดลงโดยคำสั่งศาลตามคำร้องของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

การขายทอดตลาดทรัพย์สินจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการขายทอดตลาด กรณีที่มีอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินหลายแปลงและมีเฉพาะที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง

¹⁹J.E. De Becker, *The principles and practice of civil code of Japan, volume 2*, pp.489-490

²⁰Hiroshi Oda, *Basic Japanese Laws*, p. 88

บางสิ่งเท่านั้นที่ตกอยู่ภายใต้สิทธิจำนอง การขายทอดตลาดจึงต้องพิจารณาประกอบกันระหว่างเวลา
ซึ่งที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นเกิดมีขึ้น กับ เวลาที่เกิดสิทธิจำนองเหนือทรัพย์สินนั้น ดังนี้

ในกรณีที่มีการจำนองที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ผู้จำนองควรทำการ
ตรวจสอบเพื่อรักษาทรัพย์สินซึ่งมิได้ตกอยู่ภายใต้สิทธิจำนอง และการขายทอดตลาดจะกระทำได้เฉพาะ
ทรัพย์สินจำนองแยกต่างหากจากทรัพย์สินซึ่งมิได้ตกอยู่ภายใต้สิทธิจำนอง อันจะไม่ก่อให้เกิดความ
เสียหายเพราะเหตุว่าที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นของเจ้าของทรัพย์สินต่างรายกัน สิทธิเหนือพื้นดินที่เกิดมี
ขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายยังคงมีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองที่ถูกนำออกขายทอดตลาด และเจ้าของ
อาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง(ผู้จำนองหรือบุคคลภายนอก)ยังคงทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือพื้นดินดังกล่าว

กรณีที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นของเจ้าของทรัพย์สินรายเดียวกัน และ
ตกอยู่ภายใต้สิทธิจำนองทั้งคู่ หากปรากฏว่ามีผู้ประมูลไปได้ซึ่งที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างใดอย่างหนึ่ง
จะต้องนำบทบัญญัติมาตรา 388 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้โดยอนุโลม นั่นคือ สัญญาเช่าที่
เกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาย่อมมีผลบังคับตามความตกลงของคู่สัญญา แต่หากไม่มีความตกลง
ระหว่างคู่สัญญา กรณีดังกล่าวก็จะตกอยู่ภายใต้การวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาล²¹

(2) Article 389 กรณีมีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นบนที่ดินอันเป็น
ทรัพย์สินจำนอง

Where the mortgagor has constructed a building on the land
subsequent to the creation of a mortgage, the mortgagee may sell such building by official
auction together with the land; but his right of priority may be exercised over the proceeds of
the land only.²²

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

กรณีที่ผู้จำนองได้ก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินภายหลังจากที่มีการ
จำนองที่ดินแปลงดังกล่าว ผู้รับจำนองอาจขายทอดตลาดสิ่งปลูกสร้างนั้นไปพร้อมกับที่ดินได้ แต่
ผู้รับจำนองจะสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้เฉพาะเหนือที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนองเท่านั้น

กรณีดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้จำนองที่จะต้องกล่าวอ้างความมีอยู่ของ
สิ่งปลูกสร้างดังกล่าวขึ้นยันต่อผู้รับจำนอง และเนื่องจากการยากที่จะทำให้ความมีอยู่ของสิ่งปลูกสร้าง
ดังกล่าวหมดสิ้นไป อีกทั้งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองในภายหลัง ดังนั้น เมื่อนำที่ดินออก
ขายทอดตลาด ผู้รับจำนองมีอำนาจขายสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวไปพร้อมกับที่ดินจำนองด้วย แต่ผู้รับจำนอง
สามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้เพียงเท่ากับมูลค่าของทรัพย์สินจำนองเท่านั้น โดยไม่อาจอ้างสิทธิบังคับ
จำนองเหนือสิ่งปลูกสร้างได้²³

²¹J.E. De Becker, *The principles and practice of civil code of Japan*, volume
2, p.501

²²Hiroshi Oda, *Basic Japanese Laws*, p. 88

²³J.E. De Becker, *The principles and practice of civil code of Japan*, p.503

2.1.2.2.2 กำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิบังคับจำนอง

Article 374

1. Where the mortgagee is entitled to receive interest or periodical payments, he can enforce his right of mortgage only as regards the payments due in respect of the last two years; but if a special registration has been made in respect to the periodical payments for the earlier period after they had fallen due, the right of mortgage may also be exercised in respect of the same as from the time of such registration.

2. If the mortgagee has a right to claim damages arising from the mortgagor's default, the provisions of the preceding paragraph shall apply as regards so much thereof as concerns the last two years, but the damages together with interest and other periodical payments may not exceed the amount due in respect of the two years.²⁴

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

1. เมื่อผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นส่วนของดอกเบี้ยหรือกรณีการชำระหนี้เป็นงวด ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ส่วนที่ถึงกำหนดชำระภายในกำหนดเวลา 2 ปีเท่านั้น แต่หากมีการจดทะเบียนไว้เป็นพิเศษเกี่ยวกับหนี้ที่มีกำหนดชำระเป็นงวดซึ่งได้ถึงกำหนดชำระก่อนที่ลูกหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัด ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้ตามกำหนดเวลาที่มีการจดทะเบียนไว้

2. หากผู้รับจำนองได้รับความเสียหายเนื่องจากการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ก็จะนำบทบัญญัติข้างต้นมาบังคับใช้เพื่อเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุนั้นได้ภายในกำหนดเวลา 2 ปีแต่ค่าเสียหาย ดอกเบี้ย และต้นเงินทั้งสิ้นตามกำหนดเวลาจะต้องไม่เกินกว่าจำนวนหนี้ซึ่งถึงกำหนดชำระภายในเวลา 2 ปี

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับการค้าประกันซึ่งเป็นการประกันการชำระหนี้ทั้งหมด คือ ทั้งหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์ ส่วน“การจำนอง” มีการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิจำนองซึ่งมีเหนือทรัพย์สินจำนองและการกำหนดจำนวนหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกันการชำระหนี้โดยอาศัยระบบการจดทะเบียน โดยเมื่อมีการชำระดอกเบี้ยหรือชำระหนี้บางส่วนในมูลหนี้ประธานก็ควรจะมีการสร้างความชัดเจนให้ปรากฏแก่บุคคลภายนอกด้วยระบบการจดทะเบียนในส่วนของดอกเบี้ยหรือจำนวนเงินที่ยังคงค้างชำระ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องดำเนินการดังกล่าวเพื่อปกป้องคุ้มครองประชาชนและรักษาประโยชน์ของรัฐบาล

ผู้รับจำนองจึงสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ส่วนที่เป็นดอกเบี้ยอันเกิดจากมูลหนี้ประธานได้เฉพาะที่เกิดขึ้นภายใน 2 ปีเท่านั้น โดยดอกเบี้ยส่วนที่ถึงกำหนดชำระก่อนกำหนดเวลา 2 ปีดังกล่าว ผู้รับจำนองก็อาจใช้สิทธิบังคับจำนองได้หากว่ามีการจดทะเบียนไว้ก่อนหนี้ถึง

²⁴Hiroshi Oda, Basic Japanese Laws, p. 85

กำหนดชำระ แต่ลำดับของสิทธิจำนองย่อมแตกต่างไปจากสิทธิจำนอง ลำดับแรกตามวันเวลาที่มีการจดทะเบียน²⁵

และ Article 382 (2)-(3)

(2) If the third party acquiring the property has received the notice mentioned in the preceding Article, he cannot purge the mortgage unless he has served the documents mentioned in the following Article on the parties concerned within one month thereafter.

(3) A third party who has acquired any of the rights mentioned in Article 378 after the notice mentioned in the preceding Article has been given, can purge the mortgage only within the period during which the third party acquiring the property mentioned in the preceding paragraph is entitled to do so.²⁶

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

(2) เมื่อบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองได้รับจดหมายบอกกล่าวล่วงหน้าถึงการบังคับจำนองตามมาตรา 381 แล้ว บุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองย่อมไม่สามารถไถ่ถอนจำนองได้อีก เว้นแต่เขาจะสามารถจัดหาเอกสารตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 383 ได้ภายในกำหนดเวลา 1 เดือนนับแต่ได้รับการบอกกล่าวเช่นนั้น

(3) ภายหลังจากที่มีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 381 แล้ว บุคคลภายนอกผู้ได้มาซึ่งสิทธิใดๆเหนือทรัพย์สินจำนองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 378 สามารถไถ่ถอนจำนองได้ภายใน 1 เดือนภายในกำหนดเวลาและเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับที่กล่าวไว้ในอนุมาตราข้างต้น

เพราะฉะนั้นสังเกตได้ว่า ตามกฎหมายญี่ปุ่นผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนอง ได้ก็ต่อเมื่อไม่ได้รับชำระหนี้ตามกำหนดเวลาในมาตรา 382 หรือไม่มีการแสดงเจตนาไถ่ถอนจำนองจากบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนอง โดยผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนองมีหน้าที่ต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองหรือบุคคลผู้ได้มาซึ่งสิทธิใดๆเหนือทรัพย์สินจำนองก่อนเพื่อบุคคลดังกล่าวจะได้ใช้สิทธิไถ่ถอนจำนอง และหากผู้รับจำนองยังคงไม่ได้รับชำระหนี้จึงสามารถยื่นคำร้องขอให้มีการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดได้ แต่มีได้กำหนดไว้ว่าหากผู้รับจำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนองภายในกำหนดเวลาเท่าใดแล้วจะส่งผลให้ผู้รับจำนองสิ้นสิทธิบังคับจำนองประกอบกับเมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจำนองซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

²⁵J.E. De Becker, *The principles and practice of civil code of Japan, volume*

2, pp.491-492

²⁶Ibid, p. 87

(1) Article 396

A mortgage shall not be extinguished by prescription in favour of the debtor or the mortgagor except simultaneously with the claim secured by it.²⁷

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

สิทธิจำนองย่อมไม่ระงับสิ้นไปด้วยเหตุแห่งอายุความอันเกิดเป็นประโยชน์ต่อลูกหนี้หรือผู้จำนอง เว้นแต่หนี้ประธานจะระงับสิ้นไป

(2) Article 397

If a person other than the debtor or the mortgagor has commenced a possession of the mortgaged immovable which fulfils the conditions necessary for acquisitive prescription, the mortgage shall be extinguished thereby.²⁸

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

สิทธิจำนองระงับสิ้นไปเมื่อบุคคลใดก็ตามนอกจากลูกหนี้หรือผู้จำนองได้เข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองตามเงื่อนไขแห่งการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยเหตุแห่งอายุความ

สิทธิจำนองย่อมระงับสิ้นไปเมื่อมีการได้ถอนจำนอง ขายทอดตลาดทรัพย์สิน หนี้เคลื่อนกสิณกัน การสละสิทธิจำนอง เป็นต้น เพราะส่งผลให้หนี้ประธานระงับสิ้นไป ซึ่งเมื่อหนี้ประธานระงับสิ้นไป สิทธิจำนองย่อมสิ้นผลผูกพัน แต่กรณีอาจเป็นไปได้ว่าสิทธิจำนองระงับสิ้นไปก่อนที่หนี้ประธานจะระงับสิ้นไป ซึ่งไม่ยุติธรรมต่อลูกหนี้หรือผู้จำนองที่จะต้องเรียกร้องให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไปก่อนที่ตนจะหลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวงแม้จะปรากฏว่าหนี้ขาดอายุความแล้ว อันเป็นการแตกต่างกับกรณีที่มีสิทธิเหนือพื้นดินหรือภาระติดพันอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินจำนอง ผู้รับจำนองย่อมสามารถอ้างสิทธิจำนองขึ้นยันต่อภาระติดพันเหนือทรัพย์สินจำนองได้ ส่งผลให้ภาระติดพันเหนือทรัพย์สินจำนองระงับสิ้นไป ผู้ทรงภาระติดพันเหนือทรัพย์สินจำนองจึงไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวขึ้นยันต่อผู้รับจำนองได้ ดังนั้น ลูกหนี้จะไม่สามารถร้องขอให้สัญญาจำนองระงับโดยอายุความ เว้นแต่สัญญาจำนองจะระงับไปพร้อมกับหนี้ประธาน นอกจากนี้ เมื่อบุคคลใดก็ตาม(นอกจากลูกหนี้ขึ้นต้นและผู้จำนอง) ได้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนองในลักษณะที่อาศัยเหตุแห่งเงื่อนไขเวลา เช่น การได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์ สิทธิจำนองจะระงับสิ้นไปอีกทั้งสิทธิจำนองย่อมสิ้นไปเมื่อไม่มีวัตถุแห่งหนี้

กฎหมายลักษณะจำนองของญี่ปุ่น จึงได้กำหนดรายละเอียดไว้เฉพาะกำหนดเวลาเริ่มต้นแห่งการใช้สิทธิบังคับจำนองว่าเจ้าหนี้จำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองได้เมื่อใด โดยไม่ปรากฏว่าหากผู้รับจำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนองภายในกำหนดเวลาเท่าใดแล้วจะสิ้นสิทธิบังคับจำนอง

²⁷ Ibid, p. 89

²⁸ Ibid, p. 90

2.1.2.3 ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของผู้มามีสิทธิ

2.1.2.3.1 ความเป็นเจ้าหนี้ผู้มามีสิทธิ

Article 369

A mortgage is entitled to obtain satisfaction of his claim in preference to other creditors out of the immovable which, without transferring possession, has been furnished by the debtor or a third party as security

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องสิ่งชำระหนี้อันเป็นหลักประกัน การชำระหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินนั้นได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยลูกหนี้หรือผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้

จำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สินและกฎหมายญี่ปุ่นได้กำหนดหลักสำคัญว่า การที่เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนองนั้น ทำให้เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยจากคำอธิบายกฎหมายญี่ปุ่นส่วนหนึ่งได้กล่าวไว้ว่า การที่เจ้าหนี้รับจำนองทรัพย์สินใดๆ หมายความว่า เขาพึงพอใจและยอมรับในทรัพย์สินนั้นโดยไม่ประสงค์ต่อทรัพย์สินอื่นๆ ที่เหลืออยู่ของลูกหนี้อีกนอกเหนือจากทรัพย์สินจำนองที่เป็นประกันการชำระหนี้ จึงเป็นการยุติธรรมที่เขาควรมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองเป็นคนแรกโดยไม่ต้องจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนองระหว่างตนกับเจ้าหนี้สามัญ²⁹ ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงกำหนดว่า เมื่อใดก็ตามที่มีการบังคับจำนองและจะต้องมีการจัดสรรเงินที่ได้จากการบังคับจำนองเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายนั้น ต้องเป็นไปตามลำดับแห่งสิทธิและหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) หนี้ และค่าใช้จ่ายซึ่งออกโดยบุคคลภายนอก

Article 391 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจัดสรรเงินอันได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ และค่าใช้จ่ายซึ่งออกโดยบุคคลภายนอก

If the third party acquiring the mortgaged property has defrayed necessary or useful expenses in respect of thereof, he may obtain reimbursement out of the proceeds of the property in preference to all others, according to the stipulations of Article 196.³⁰

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ถ้าบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเสียค่าใช้จ่ายอันจำเป็น หรือค่าใช้จ่ายอันเป็นประโยชน์แก่ทรัพย์สินจำนอง ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เขาต้องเสียไปก่อนบุคคลอื่นตามมาตรา 196

²⁹ibid, p.504

³⁰Hiroshi Oda, *Basic Japanese Laws*, p. 88

ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินมาเท่าใด จะต้องจัดสรรชำระหนี้ตามลำดับจำนอง ซึ่งหากผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองได้ออกค่าใช้จ่ายไปอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไป เขาย่อมจะได้รับการชดเชยคืนก่อน กล่าวคือ ได้รับชำระค่าใช้จ่ายที่จำเป็นคืนเต็มจำนวน หากเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นประโยชน์ต่อเขาก็จะได้รับชำระคืนเป็นจำนวนเงินเท่าที่ได้จ่ายไป หรือเท่ามูลค่าที่เพิ่มขึ้นที่มีอยู่ตามความเป็นจริง ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของผู้รับจำนอง

(2) กรณีจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้รายเดียว

Article 392 (1)

(1) Where two or more immovables are mortgaged to secure one and the same claim and their proceeds are to be applied simultaneously to its satisfaction, the burdens in respect of the obligation shall be divided in proportion to the value of each immovable.³¹

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

(1) กรณีมีการจำนองอสังหาริมทรัพย์ตั้งแต่ 2 สิ่งขึ้นไปเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้รายเดียวกันและมีการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองเหล่านั้นพร้อมกัน อสังหาริมทรัพย์แต่ละสิ่งย่อมรับภาระแห่งหนี้กระจายไปตามส่วนแห่งราคาทรัพย์สินนั้น

กรณีที่มืออสังหาริมทรัพย์หลายสิ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิจำนองและมีการบังคับจำนองเอาแก่อสังหาริมทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่งก่อน หลักดังกล่าวมาข้างต้น(ทรัพย์สินแต่ละสิ่งรับภาระกระจายไปตามส่วนแห่งราคาทรัพย์สิน) จะไม่นำมาใช้บังคับ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งผู้รับจำนองลำดับก่อนจะได้รับการชำระหนี้เต็มจำนวนจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดแม้ว่าจะมีผู้รับจำนองหลังแต่ในกรณีเช่นนี้ผู้รับจำนองลำดับหลังสามารถเข้าไปแทนที่ตำแหน่งของผู้รับจำนองลำดับก่อนในส่วนของอสังหาริมทรัพย์อื่นๆและจะได้รับชำระหนี้จากส่วนของอสังหาริมทรัพย์ที่ตนได้เข้าไปแทนที่กล่าวคือมีการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดไปพร้อมกัน(มาตรา 392,2) และจะต้องมีการจดทะเบียนการรับช่วงสิทธิให้ปรากฏในทะเบียนของทรัพย์สินจำนอง (มาตรา 393)

(2) กรณีจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย

Article 373

1. Where several mortgages have been created on an immovable to secure two or more debts, the rank of their priority shall be in the order of registration.

2. The rank of priority of mortgages may be altered by the agreement of respective mortgagees. However, if there exists any interested person his concurrence shall be obtained.

³¹ibid, p. 89

3. The alteration of the rank of priority under the preceding paragraph shall not become effective until and unless the registration thereof is effected.³²

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

1. เมื่อมีการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย ลำดับแห่งสิทธิจำนองย่อมเป็นไปตามลำดับแห่งการจดทะเบียนสิทธิจำนอง
2. ผู้รับจำนองแต่ละคนอาจตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงลำดับแห่งสิทธิจำนองได้ แต่หากปรากฏว่ามีบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย บุคคลเหล่านั้นย่อมมีสิทธิเช่นเดิม
3. การเปลี่ยนแปลงลำดับแห่งสิทธิจำนองจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อมีการจดทะเบียน และจะไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหากไม่มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงลำดับแห่งสิทธิจำนอง

เนื่องจากสิทธิจำนองหลายรายย่อมปรากฏเหนือทรัพย์สินเพียงสิ่งเดียวได้โดยอาศัยระบบการจดทะเบียน เพราะไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลอันสมควรใดๆที่จะมาขัดขวางมิให้ทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย ในทางตรงกันข้ามย่อมเป็นความประสงค์ของเจ้าของทรัพย์สินในอันที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตนที่มีมูลค่ามหาศาลให้เกิดประโยชน์สูงสุดตามมูลค่าทรัพย์สินโดยการกำหนดลำดับแห่งสิทธิจำนองหลายรายที่มีเหนือทรัพย์สินสิ่งเดียวกันนั้น จะเป็นไปตามลำดับของการจดทะเบียน ดังนั้น ผู้รับจำนองลำดับหลังจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ถัดจากผู้รับจำนองลำดับก่อนตนในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนตน ทั้งนี้ หลักการเดียวกันกับที่กล่าวมาข้างต้นนี้นำมาปรับใช้แก่กรณีที่มีการค้ำประกันและการจำนองเหนือทรัพย์สินสิ่งเดียวกันด้วย และกรณีสิทธิจำนองหลายลำดับหรือระหว่างสิทธิจำนองกับนิติกรรมอื่น ๆ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิเหนือพื้นดิน ภาระจำยอม เป็นต้น ดังนั้น ผู้รับจำนองลำดับหลังจึงมีสิทธิบังคับจำนองเขาแก่ ทรัพย์สินจำนองด้อยกว่าผู้รับจำนองลำดับก่อนตน และสิทธิจำนองซึ่งมีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองจะระงับสิ้นไปเมื่อมีการใช้สิทธิบังคับจำนองตามกฎหมาย ส่งผลให้บุคคลผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองเนื่องจากการบังคับจำนอง (ผู้ประมูลได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากการ ขายทอดตลาด) ย่อมมีกรรมสิทธิ์บริบูรณ์ในทรัพย์สินนั้น เพราะหากทรัพย์สินใดๆยังคงตกติดไปกับตัวทรัพย์สินย่อมส่งผลให้มูลค่าของทรัพย์สินลดลงและทำให้เสื่อมสิทธิแก่ผู้รับจำนองด้วย

(3) กรณีนี้จำนองกับหนี้สามัญ

Article 394 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการเฉลี่ยภาระแห่งหนี้ระหว่างทรัพย์สินจำนองกับทรัพย์สินทั่วไปไว้ ดังนี้

³² Ibid, p. 85

(1) A mortgagee may obtain satisfaction of his debt out of other property only in respect of that portion of it which has not been satisfied out of the proceeds of the mortgaged immovable.

(2) The provisions of the preceding paragraph shall not apply if the proceeds of other property are to be distributed prior to the distribution of the proceeds of the mortgaged immovable; but each of the other creditors may demand, in order to let the mortgagee obtain satisfaction in accordance with the provisions of the preceding paragraph, that the amount to be distributed to the mortgagee be deposited.³³

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

(1) ผู้รับจำนองสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินจำนองได้เพียงเท่ากับส่วนที่ยังไม่ได้รับชำระหนี้จากการบังคับจำนอง

(2) บทบัญญัติข้างต้นจะไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่มีการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้ก่อนที่จะมีการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนอง อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้แต่ละรายอาจร้องขอให้วางเงินซึ่งได้จากการขายทรัพย์สิน ณ สำนักงานวางทรัพย์สิน เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้ตามความในวรรคก่อนได้

เนื่องจากหลักกฎหมายญี่ปุ่นถือว่ากรณีที่เจ้าหนี้รับจำนองทรัพย์สิน หมายความว่า เขาพึงพอใจและยอมรับในทรัพย์สินนั้น โดยไม่ประสงค์ต่อทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้อีก เขาจึงควรมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองเป็นคนแรกโดยไม่ต้องจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนองระหว่างตนกับเจ้าหนี้สามัญ โดยผู้รับจำนองจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นๆของลูกหนี้เฉพาะในส่วนที่ผู้รับจำนองยังไม่ได้รับชำระเต็มจำนวนหนี้ ภายหลังจากการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองแล้ว” ซึ่งเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่นๆอันจะนำมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองนั้น ผู้รับจำนองจะสามารถเข้าร่วมเฉลี่ยเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญ

2.1.2.4 การใช้สิทธิบังคับจำนอง

Article 381

If a mortgagee wishes to enforce his right of mortgage, he must give notice thereof in advance to the third party mentioned in Article 378.³⁴

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

เมื่อผู้รับจำนองประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนอง ผู้รับจำนองจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าถึงการบังคับจำนองนั้นแก่บุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินตามมาตรา 378 ก่อน

การไต่ถอนจำนองกระทำได้ครบเท่าที่ยังไม่มีการใช้สิทธิบังคับจำนองโดยหากผู้รับจำนองประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนองก็จะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอก

³³Ibid, p. 89

³⁴Hiroshi Oda, *Basic Japanese Laws*, p. 86

ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองด้วยและการไถ่ถอนจำนองจะกระทำได้ภายในกำหนดเวลา 1 เดือนนับแต่ได้รับการบอกกล่าว

2.1.2.5 หนี้ประธานส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง

Article 394 กล่าวถึง การเฉลี่ยภาระแห่งหนี้ระหว่างทรัพย์สินจำนองกับทรัพย์สินทั่วไปไว้ ดังนี้

(1) A mortgagee may obtain satisfaction of his debt out of other property only in respect of that portion of it which has not been satisfied out of the proceeds of the mortgaged immovable.

(2) The provisions of the preceding paragraph shall not apply if the proceeds of other property are to be distributed prior to the distribution of the proceeds of the mortgaged immovable; but each of the other creditors may demand, in order to let the mortgagee obtain satisfaction in accordance with the provisions of the preceding paragraph, that the amount to be distributed to the mortgagee be deposited.³⁵

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

(1) ผู้รับจำนองสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินจำนองได้เพียงเท่ากับส่วนที่ยังไม่ได้รับชำระหนี้จากการบังคับจำนอง

(2) บทบัญญัติข้างต้นจะไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่ยังไม่มีการจำหน่ายทรัพย์สินจำนองเพื่อการบังคับจำนอง อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้แต่ละรายอาจร้องขอให้วางเงินซึ่งได้จากการขายทรัพย์สินจำนองเพื่อให้อำนาจผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้ตามความในวรรคก่อนได้

นั่นคือ "ผู้รับจำนองจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นๆของลูกหนี้เฉพาะในส่วนที่ผู้รับจำนองยังไม่ได้รับชำระเต็มจำนวนหนี้ ภายหลังจากการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองแล้ว" (มาตรา 394, 1)

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติข้างต้นจะใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินหลายสิ่งทั้งที่เป็นทรัพย์สินจำนองและทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ โดยเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่นๆจึงจะถูกนำมาจัดสรรเพื่อชำระหนี้จำนองด้วย ซึ่งผู้รับจำนองจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญ ทั้งนี้ ความคุ้มครองตามมาตราดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นประกันว่าผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้ และผู้รับจำนองสามารถเรียกร้องให้มีการวางเงินประกันเท่ากับจำนวนที่เขามีส่วนจะได้รับชำระหนี้ได้³⁶

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาแนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายญี่ปุ่นแล้ว ทำให้ทราบว่าประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะจำนองของญี่ปุ่นมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนองนั้นจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

³⁵ibid, p. 89

³⁶J.E. De Becker, *The principles and practice of civil code of Japan*, p.503

เท่านั้น แต่หากพิจารณาบทบัญญัติพิเศษเพิ่มเติมในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการจำนอง ปรากฏว่า ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง คือ ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งการจำนอง เช่น เจ้าของโรงงานจำนองที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งโรงงาน หรือผู้ที่ได้รับสัมปทานบัตรในแร่จำนองสัมปทานบัตรที่ตนได้รับ เป็นต้น โดยสิทธิจำนองมีลักษณะเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนองอันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้จำนองจึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นได้แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะถูกโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินอื่นด้วยและมีใช่เป็นการบังคับชำระหนี้เอาแก่ตัวบุคคลผู้จำนองทรัพย์สิน โดยกรณีที่ได้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในส่วนของดอกเบี้ยหรือกรณีชำระหนี้เป็นงวด ตลอดจนความเสียหายอันเนื่องจากการผิวนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ส่วนที่ถึงกำหนดชำระภายในกำหนดเวลา 2 ปีเท่านั้น เว้นแต่จะมีการจดทะเบียนไว้เป็นพิเศษอย่างอื่น และตามปกติผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้ก็ต่อเมื่อไม่ได้รับชำระหนี้ตามกำหนดเวลาในมาตรา 382 หรือไม่มีการแสดงเจตนาไถ่ถอนจำนอง โดยมีได้กำหนดไว้ว่าหากผู้รับจำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนองภายในกำหนดเวลาเท่าใดแล้วจะส่งผลให้สิ้นสิทธิบังคับจำนอง

นอกจากจำนองจะเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สินแล้ว เจ้าหนี้จำนองยังมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นโดยไม่ต้องเสียเงินซึ่งตนจะได้รับชำระหนี้จากการขายทอดตลาดกับเจ้าหนี้สามัญ และในกรณีที่มีการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย ลำดับแห่งสิทธิจำนองย่อมเป็นไปตามลำดับการจดทะเบียนสิทธิจำนอง ผู้รับจำนองลำดับหลังจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ถัดจากผู้รับจำนองลำดับก่อนตนและจะต้องเป็นการใช้สิทธิในลักษณะที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนตนด้วย ซึ่งในการใช้สิทธิบังคับจำนองนี้ ผู้รับจำนองมีหน้าที่จะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินก่อนเพื่อบุคคลดังกล่าวจะได้ใช้สิทธิไถ่ถอนจำนอง และหากผู้รับจำนองยังมิได้รับชำระหนี้จึงสามารถยื่นคำร้องขอให้นำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดได้ ซึ่งหากมีหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังการบังคับจำนองผู้รับจำนองก็มีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ "ทรัพย์สินอื่นๆ" ของลูกหนี้ได้ แต่สิทธิในการเข้าร่วมเฉลี่ยเงินที่ได้จากการขายทอดตลาด "ทรัพย์สินอื่นๆ" ของลูกหนี้ นั้น ผู้รับจำนองจะอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น

2.1.3 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ

ลักษณะของการจำนอง

ตามบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินก่อนค.ศ.1925 ของประเทศอังกฤษนั้น "การจำนองที่ดิน" คือ การที่เจ้าของที่ดินยินยอมให้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือให้มีการเช่าที่ดินเพื่อการเป็นประกันการชำระหนี้ (หรือในบางครั้งเพื่อเป็นหลักประกันแก่การปฏิบัติการชำระหนี้บางอย่าง) เมื่อใดก็ตามที่เจ้าของที่ดินซึ่งเป็นลูกหนี้ผิวนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองสามารถยึดทรัพย์สินจำนองและนำออกขายทอดตลาด หรือนำทรัพย์สินจำนองออกให้เช่าเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าเช่าได้ แต่หากผู้จำนองได้ชำระหนี้แล้วทรัพย์สินจำนองก็จะกลับคืนไปยังผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินดั้งเดิม

รูปแบบของการจำนอง³⁷

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดรูปแบบของการจำนองไว้ ดังนี้

(1) Legal Mortgage (การจำนองตามกฎหมาย) เป็นการจำนองที่ต้องทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (deed) โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองแบบ Legal Mortgage นั้นจะต้องเป็นที่ดินที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาด (fee simple absolute in possession) หรือที่ดินภายใต้สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (a term of years absolute) จึงสามารถจำนองได้ ดังนี้

1.1 ในลักษณะของการให้เช่าระยะยาวภายใต้ข้อตกลงให้เป็นอันระงับสิ้นไป เมื่อได้มีการไถ่ถอนจำนอง (by a lease subject to a provision for cessor on redemption) คือ การให้สิทธิการเช่าระยะยาวแก่เจ้าหนี้ เช่น เช่า 3,000 ปี โดยมีข้อตกลงว่าให้สิทธิดังกล่าวระงับสิ้นไปเมื่อได้มีการชำระหนี้หรือไถ่ถอนสิทธิดังกล่าว ซึ่งในกรณีที่เป็นที่ดินประเภทมีการเช่า (Leasehold Land) ก็สามารถทำการให้สิทธิการเช่าแก่เจ้าหนี้ได้โดยการกำหนดเรื่องสิทธิการเช่าช่วง ซึ่งจะต้องกำหนดระยะเวลาการเช่าให้สั้นกว่าระยะเวลาการเช่าในที่ดิน และหากผู้จำนองประสงค์จะนำเอาที่ดินของตนเป็นประกันหนี้ก็ยังสามารถทำการจำนองกับผู้รับจำนองลำดับถัดไปได้อีก โดยต้องกำหนดระยะเวลาเช่าให้มากกว่าผู้รับจำนองคนก่อนอย่างน้อย 1 วันตามที่กฎหมายกำหนด

1.2 ในลักษณะการก่อภาระผูกพันในทรัพย์สินโดยเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (by a charge by way of legal mortgage) ซึ่งการจำนองในรูปแบบนี้ ได้รับความนิยมมากในทางปฏิบัติ เพราะใช้ได้กับการจำนองที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาด (Fee Simple Absolute) และที่ดินภายใต้สิทธิการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (Term of years absolute) เนื่องจากหากเป็นที่ดินภายใต้สิทธิการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเรื่องการเช่าช่วงที่ดินก็ได้ เพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) เช่นเดียวกัน

(2) Equitable Mortgage เป็นการจำนองตามหลักของอิคิวิตีส์ (Equity)

2.1 Mortgage of Equitable Mortgage หากทรัพย์สินที่จำนองเป็นสิทธิประโยชน์ตามหลักของอิคิวิตีส์แล้ว (Equitable Interest) การจำนองนี้ก็สามารถทำได้ตามหลักของอิคิวิตีส์ (Equitable Mortgage) โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นเอกสารสำคัญ (Deed)

2.2 Agreement of Mortgage เป็นการจำนองภายใต้หลักของมาตรา 2 แห่ง Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989 ซึ่งกำหนดให้การให้สิทธิการเช่าใดที่สร้างขึ้นภายหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อคู่สัญญาซึ่งเป็นไปตามหลักของอิคิวิตีส์ที่กล่าวว่าเรื่องใดเห็นว่าเป็นเรื่องที่จะต้องทำก็สมควรที่จะต้องทำ (Equity regard as done that which ought to be done) ทั้งนี้ ยกเว้นเรื่องการส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือ

³⁷ สุชาติ ทรงเพชรเกษม, "ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการบังคับคดีไม่มีข้อผูกมัดมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 72-74

โฉนด (Title Deed) ที่ส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อยึดถือไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ก็ถือว่าเป็นการจำนองตาม Equitable Mortgage ได้เช่นกัน (Russel v Russle (1783) 1 Bro CC 269) แม้ว่าจะได้ทำขึ้นหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 ก็ตามก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อคู่สัญญา (United Bank of Kuwait v Sahib and Others [1995] 2 All ER 973) แต่ทางปฏิบัติมักจะส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) นี้ให้แก่ผู้รับจำนองพร้อมกับการทำสัญญาหรือเอกสารสำคัญ (Deed) ที่ระบุข้อตกลงเกี่ยวกับการจำนองไว้ ก็เหมือนกับทำเป็นหนังสือไปด้วยในตัวอยู่แล้ว

2.3 Equitable Charge เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนาโดยลงนามไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ว่าประสงค์จะให้ที่ดินไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือหนี้กระทำการใดๆ ก็ตาม แม้จะไม่ได้แสดงเจตนาผูกพันทางกฎหมายในการก่อภาระจำนองในที่ดินนั้นก็ตาม การแสดงเจตนาดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการจำนองตามแบบของ Equitable Charge เช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ การจำนองแต่ละรูปแบบดังที่กล่าวข้างต้นอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้ด้วย

2.1.3.1 ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนอง

ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของ Law of Property Act 1980 การจำนองแบบ Legal Mortgage คือ การโอนกรรมสิทธิ์ทั้งหมดหรือบางส่วนของกรรมสิทธิ์เหนือที่ดิน อสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์อื่นซึ่งลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์หรือเป็นผู้ทรงสิทธิให้แก่ผู้รับจำนอง เว้นแต่กรณีที่เป็นการจำนองแบบ Legal Mortgage เหนือที่ดินซึ่งได้มีการเอาประกันภัยไว้ภายใต้ข้อกำหนดแห่งสัญญาว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินกลับคืนไปยังลูกหนี้เมื่อมีการชำระหนี้ตามกำหนดเวลาซึ่งได้กำหนดไว้³⁸ โดยปกติบุคคลผู้มียกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินและไม่เป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งมีอำนาจจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินไปยังบุคคลอื่นได้จัดเป็นผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง³⁹ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการจำนองรูปแบบใด ผู้จำนอง ก็คือ เจ้าของหรือผู้ซื้อที่ดิน โดยผู้จำนองต้องยอมรับในดอกเบี้ยอันเกิดเนื่องจากการจำนอง และสิทธิจำนองของผู้รับจำนอง

2.1.3.2 สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และใช้สิทธิได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ

2.1.3.2.1 สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน

การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิในอันที่จะบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินนั้น ซึ่งเป็นลักษณะเด่นประการหนึ่งที่ทำให้ได้รับความสนใจจากเจ้าหนี้ นั่นคือ กรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ โดยเจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ ทั้งนี้ การนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ อาจเกิดจากข้อสัญญาหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้หลายรูปแบบ โดย "จำนอง" เป็นการ

³⁸Fisher, W.R., *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, (London: Butterworth & Co., Ltd., 1988), p.5

³⁹*Ibid*, p.182

ประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินซึ่งเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญา เพื่อเป็นประกันการชำระต้นเงิน และดอกเบี้ยโดยความยินยอมของลูกหนี้หรือบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนลูกหนี้⁴⁰ ซึ่งทรัพย์สินจำนองสามารถเป็นประกันการชำระหนี้ได้โดยลำพัง กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้จำนองทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็จะได้รับสิ่งที่เป็นประกันการชำระหนี้ และหากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนองส่งผลให้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิให้ผู้จำนองสามารถปฏิบัติการชำระหนี้เพื่อปลดเปลื้องภาระจำนองที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนอง ทรัพย์สินดังกล่าวจึงจะไม่ตกอยู่ภายใต้ภาระจำนองอีกต่อไป⁴¹ สิทธิจำนองจึงเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน ซึ่งเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

2.1.3.2.2 กำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิบังคับจำนอง

(1) The Limitation Act 1980, s.20

(1) No action shall be brought to recover-

(a) any principal sum of money secured by a mortgage or other charge on property(whether real or personal); or

(b) proceed of the sale of land;after the expiration of twelve years from the date on which the right to receive the money accrued⁴²

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

การฟ้องคดีเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้องในกรณีต่อไปนี้ย่อมไม่

เกิดขึ้น

(a) หนี้ประธานอันเป็นหนี้เงิน ซึ่งมีการจำนองหรือการประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีอื่น(ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิ) หรือ

(b) การบังคับชำระหนี้โดยการนำที่ดินออกขายภายหลังจากกำหนดเวลา 12 ปี นับแต่วันครบกำหนดชำระเงิน

(2) The Limitation Act 1980, s.20

(5) Subject to subsections (6) and (7) below, no action to recover arrears of interest payable in respect of any sum of money secured by a mortgage or other charge or payable in respect of proceeds of the sale of land, or to recover damages in respect of such arrears shall be brought after the expiration of six years from the date on which the interest became due.

⁴⁰Fisher, W.R., *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, pp.3-4

⁴¹Philip Walter and James Harris, *Claims to the possession of Land: law and practice*, p.457

⁴²Fisher, W.R., *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, p. 292

(6) Where-

(a) a prior mortgage or other incumbrancer has been in possession of the property charged; and

(b) an action is brought within one year of the discontinuance of that possession by the subsequent incumbrancer;

(7) Where-

(a) the property subject to the mortgage or charge comprises any future interest or life policy; and

(b) it is a term of the mortgage or charge that arrears of interest shall be treated as part of the principal sum of money secured by the mortgage or charge;⁴³

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

การฟ้องคดีเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้องสำหรับหนี้ส่วนที่ขาด
ในกรณีต่อไปนี้อยอมไม่เกิดขึ้น

(5) ภายใต้บังคับแห่ง (6), (7) ดังต่อไปนี้ การฟ้องคดีเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้องให้มีการชำระดอกเบี้ยค้างชำระ ซึ่งมีการจำนองหรือการประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีอื่นเป็นประกัน โดยการนำที่ดินออกขายหรือการเรียกร้องค่าเสียหายที่ค้างชำระยอมไม่เกิดขึ้นภายหลังจากครบกำหนดเวลา 6 ปี นับแต่วันที่ดอกเบี้ยครบกำหนดชำระ

(6) กรณีดังต่อไปนี้

(a) ผู้รับจำนองลำดับก่อนหรือผู้ทรงสิทธิเหนือทรัพย์สินกรณีมีการประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีอื่น

(b) ได้มีการฟ้องคดีภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ทรงภาระติดพันลำดับหลังสิ้นสุดการครอบครอง

ผู้ทรงภาระติดพันลำดับหลังอาจฟ้องคดีเพื่อบังคับชำระหนี้ในส่วนของดอกเบี้ยค้างชำระซึ่งครบกำหนดชำระในระหว่างเวลาที่ผู้ทรงภาระติดพันลำดับก่อนเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น หรือในระหว่างเวลาที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น เว้นแต่กำหนดเวลาจะเกินกว่า 6 ปี

(7) กรณีดังต่อไปนี้

(a) ทรัพย์สินจำนองหรือทรัพย์สินอันเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีอื่นเป็นส่วนหนึ่งของดอกเบี้ยในอนาคตหรือเบี้ยประกันภัย

⁴³ Ibid, pp. 293-294

(b) มีการระบุไว้ในสัญญาจำนองหรือสัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีอื่นว่าดอกเบี้ยค้างชำระให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหนี้ประธานซึ่งมีการจำนองหรือการประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีอื่นไว้

ดอกเบี้ยค้างชำระดังกล่าวจึงไม่ถือว่าถึงกำหนดชำระก่อนถึงกำหนดเวลาบังคับตามสิทธิเรียกร้องเพื่อหนี้ประธาน

ดังนั้น ตามกฎหมายอังกฤษเจ้าหนี้จำนองไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องบังคับจำนองได้เมื่อกำหนดเวลาต่อไปนี้ได้ล่วงพ้นไป

(1) 12 ปี นับแต่วันครบกำหนดชำระหนี้ กรณีฟ้องบังคับจำนองเพื่อหนี้ประธาน

(2) 6 ปี นับแต่วันครบกำหนดชำระหนี้ กรณีฟ้องบังคับจำนองเอาแก่ดอกเบี้ยค้างชำระและค่าเสียหาย

2.1.3.3 ผู้รับจำนองเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิ

“จำนอง” เป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง เจ้าหนี้จำนองจึงเป็นเจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันและมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ในอันที่จะบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และกฎหมายอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้หลายรายที่มีสิทธิจำนองเหนือทรัพย์สินเดียวกันไว้ดังนี้⁴⁴

ผู้รับจำนองลำดับแรกย่อมมีสิทธิเหนือที่ดินจำนองอย่างเต็มมูลค่าเพื่อการเป็นประกันการชำระหนี้แก่ตน เมื่อมีการจำนองในลำดับถัดมาผู้รับจำนองลำดับที่สองย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนองในฐานะที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้เพียงเท่าส่วนที่เหลือภายหลังจากที่ผู้รับจำนองลำดับแรกได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองเต็มจำนวนแล้ว การบังคับชำระหนี้เอาแก่หลักประกันของผู้รับจำนองลำดับสองจึงมีมูลค่าน้อยกว่าผู้รับจำนองลำดับแรก และหากมีผู้รับจำนองลำดับที่สามๆ ก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากหลักประกัน คือ ทรัพย์สินจำนองเพียงเท่าส่วนที่เหลือภายหลังจากการจัดสรรเพื่อชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองลำดับแรกและลำดับที่สองแล้ว โดยมีผลเช่นเดียวกันนี้สำหรับผู้รับจำนองลำดับหลายๆ ต่อมาด้วย ดังนั้นผู้รับจำนองลำดับหลังทั้งหลายย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนองลำดับแรก แต่มีข้อจำกัดว่า สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับจำนองลำดับหลังนั้นตกอยู่ภายใต้สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับจำนองลำดับก่อนตน ดังนั้น หากผู้รับจำนองลำดับหลังบังคับจำนองโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนอง เขามีหน้าที่ต้องยอมออกไปจากทรัพย์สินจำนองดังกล่าวเพื่อให้ผู้รับจำนองลำดับแรกบังคับจำนองโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองก่อนตน ด้วยเหตุว่าผู้รับจำนองลำดับหลังได้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินจำนองโดยอาศัยสิทธิของผู้รับจำนองลำดับแรก

⁴⁴Philip Walter and James Harris, *Claims to the possession of Land: law and practice*,

2.1.3.4 วิธีการบังคับจำนอง

เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้น การจำนองในลักษณะ Equitable Mortgage จึงเป็นการจำนองตามหลักของอิคิวิตีส์ใน ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในขณะที่ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอทำการศึกษาค้นคว้าในเรื่องการบังคับจำนองเฉพาะการจำนองในลักษณะ Legal Mortgage เท่านั้น ซึ่งปรากฏวิธีการบังคับจำนองดังรายละเอียดต่อไปนี้⁴⁵

(1) To foreclose

เป็นวิธีการบังคับจำนองซึ่งต้องอาศัยกระบวนการทางศาลเป็นสำคัญ คือ จะต้องปรากฏว่าศาลได้มีคำสั่งให้สิทธิในการไถ่ถอนของผู้จำนองระงับสิ้นไป และผู้รับจำนองได้รับสิทธิ ในการเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น สิทธิในการบังคับจำนองกรณีนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เท่านั้น โดยตราใบที่ผู้จำนองยังมีสิทธิในการไถ่ถอนจำนองอยู่ ผู้รับจำนองก็จะไม่สามารถบังคับจำนอง ด้วยวิธีนี้ได้ แต่แม้ว่าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและผู้จำนองมิได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ ผู้รับจำนองก็อาจยังไม่ใช่ สิทธิบังคับจำนองก็ได้ นอกจากนี้การที่ผู้รับจำนองยินยอมรับชำระหนี้ซึ่งล่วงเลยกำหนดเวลาก็มิได้เป็นการ ยกเลิกสิทธิในการบังคับจำนองไปโดยปริยายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น หากผู้จำนองได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ ให้แก่ผู้รับจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ การจำนองก็จะระงับสิ้นไป

ปัจจุบันนี้ในประเทศอังกฤษการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้แทบ จะไม่ปรากฏอยู่แล้ว เนื่องจากคณะกรรมการกฎหมาย มีความเห็นว่าควรยกเลิกระบบการบังคับจำนองแบบ นี้ หากผู้จำนองไม่ชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้ตามกฎหมายหรือมีการผิดสัญญาอื่นๆ เช่น ไม่จ่าย ดอกเบี้ยตามกำหนดหรือไม่ชำระหนึ่งงวดใดงวดหนึ่งผู้รับจำนองมีสิทธิดำเนินการบังคับจำนองโดยเอาทรัพย์สิน จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ เว้นแต่ผู้รับจำนองตกลงไว้ว่าจะไม่ทำเช่นนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติบางครั้งผู้รับจำนอง จะตกลงในสัญญาว่าจะไม่บังคับกับหลักประกันโดยวิธีนี้ จนกว่าผู้รับจำนองจะได้ออกกล่าวทวงถามให้ลูกหนี้ ชำระหนี้เป็นการเฉพาะหรือจนกว่าผู้จำนองได้กระทำการฝ่าฝืนข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งในสัญญาจำนอง⁴⁶

(2) To sell

การบังคับจำนองโดยวิธีนี้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ เป็นการจำนอง ที่ทำขึ้นโดยเอกสารสิทธิแห่งที่ดินหรือโฉนดที่ดิน และหนี้ถึงกำหนดเวลาชำระ ซึ่งเมื่อครบเงื่อนไขสอง ประการดังกล่าวแล้ว ผู้รับจำนองจะสามารถทำการบังคับจำนองโดยการนำทรัพย์สินนั้นออกขายได้ก็ต่อเมื่อ

⁴⁵สุชาติ ทวงเกษม, "ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง: ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้อผูกมัดมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง", วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 103-105

⁴⁶ณัฐพร ยศคมโนธรรม, "การปรับปรุงกฎหมายและวิธีการเพื่อประสิทธิภาพการบังคับจำนอง", วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 108

1) ผู้จำนองผิดนัดชำระหนี้ หลังจากที่ถูกผู้จำนองได้ส่งจดหมายบอกกล่าว ทวงถามไปยังผู้จำนองล่วงหน้าแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 เดือน เว้นแต่ คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หรือ

2) มีการค้างชำระดอกเบี้ยไม่น้อยกว่า 2 เดือน หรือ

3) ผู้จำนองหรือบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญา จำนองผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่มีการกำหนดไว้ในเอกสารสิทธิแห่งที่ดิน

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงครบตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิ บังคับจำนองโดยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหรือขายโดยธรรมดาทั่วไป การบังคับ จำนองด้วยวิธีการนี้ไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางศาล แต่ในการขายทรัพย์สินจำนองนั้น นอกจากผู้รับจำนอง มีหน้าที่ต้องกระทำการด้วยความสุจริตแล้วยังมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่จะขาย ขายทรัพย์สิน จำนองนั้นในราคาที่เหมาะสม รวมทั้งหน้าที่อื่นๆ ได้แก่ การปลดเปลื้องภาระติดพันใดๆ ที่มีอยู่เหนือ ทรัพย์สินจำนองนั้น การชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ อันเนื่องมาจากการดำเนินการขายทรัพย์สินจำนอง การ ชำระเงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายต่างๆ ของผู้รับจำนองผู้ทำการบังคับจำนอง เป็นต้น โดยผู้ซื้อ ทรัพย์สินจำนองจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปโดยปราศจากการรบกวนจากผู้จำนองในอันที่จะใช้ สิทธิขอไถ่ถอนทรัพย์สินนั้น อีกทั้งกรรมสิทธิ์ที่ผู้ซื้อมีเหนือทรัพย์สินนั้นย่อมไม่อาจเพิกถอนได้

(3) To take possession

เมื่อมีการทำสัญญาจำนองผู้รับจำนองย่อมได้รับสิทธิในการบังคับจำนองด้วย การเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองโดยอาศัยกระบวนการทางศาลในการออกหมาย ซึ่งไม่ต้องคำนึงว่า ลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้แล้วหรือไม่ แม้จะเป็นกรณีมีข้อเท็จจริงว่าทรัพย์สินนั้นตกอยู่ภายใต้สัญญาเช่า ใดๆก็ตามที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาจำนองอันจะส่งผลให้เจ้าหนี้จำนองไม่สามารถเข้าครอบครอง ทรัพย์สินนั้นได้โดยตรงก็ตาม แต่ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิในการบังคับจำนองผ่านผู้เช่าได้โดยการใช้ สิทธิรับเงินค่าเช่าจากผู้เช่าแทนที่ผู้จำนอง อย่างไรก็ตามบางกรณีศาลอาจเลื่อนการนั่งพิจารณาเมื่อศาล เห็นว่าผู้จำนองมีความสามารถและยินดีจะชำระหนี้คืนให้แก่ผู้รับจำนองอันอาจทำให้เกิดความล่าช้าขึ้น แก่ผู้รับจำนองฯ จึงมีวิธีการเพื่อเพิ่มความรวดเร็วในการบังคับจำนองให้แก่ เรียกว่า "Attornment clause" ซึ่งมีการระบุเพิ่มเติมลงในสัญญาจำนองเพื่อให้ผู้รับจำนองได้กลับคืนไปซึ่งการครอบครอง แม้ว่าจะมีผู้เช่าครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ หรือให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองในการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล นอกจากนั้นหากปรากฏว่าผู้รับจำนองได้เข้าครอบครองทรัพย์สิน จำนองเป็นเวลานานถึง 12 ปี โดยปราศจากการชำระต้นเงิน หรือดอกเบี้ย หรือการยอมรับการมี กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้จำนองแล้ว สิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของผู้จำนองย่อมระงับสิ้นไป และผู้รับจำนองได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยปริบูรณ์

ทั้งนี้ การเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองของผู้รับจำนองนั้นมีวัตถุประสงค์ ประการหนึ่งเพื่อการรักษาทรัพย์สินจำนองด้วย ผู้รับจำนองจึงมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินจำนองนั้น

ตามสมควร ตลอดจนการซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นหากเกิดความชำรุดบกพร่อง ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการนั้นจะถูกนำไปคิดรวมกับจำนวนหนี้จำนวนที่ผู้จำนองมีต่อผู้รับจำนอง

(4) To appoint a receiver

การบังคับจำนองด้วยวิธีการตั้ง "ผู้รักษาทรัพย์" ย่อมมีอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินจำนอง อันเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้รับจำนองว่าทรัพย์สินจำนองจะได้รับการดูแลรักษาอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นประกันว่าทรัพย์สินนั้นจะยังคงมีมูลค่าเพียงพอแก่การเป็นหลักประกันการชำระหนี้แม้ว่าตนจะไม่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองนั้น โดยเงื่อนไขสำหรับการใช้สิทธิบังคับจำนองด้วยการตั้งผู้รักษาทรัพย์ได้ คือ การจำนองได้ทำขึ้นโดยมีเอกสารสิทธิแห่งที่ดินและหนี้ถึงกำหนดชำระโดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางศาลเพราะการแต่งตั้งและถอดถอนผู้รักษาทรัพย์กระทำได้ด้วยหมายที่ออกโดยผู้รับจำนอง ซึ่งผู้รักษาทรัพย์จะทำหน้าที่เสมือนตัวแทนของผู้รับจำนองในการดูแลรักษาทรัพย์สินจำนอง เว้นแต่สัญญาจำนองจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ผู้รักษาทรัพย์สินจำนองมีอำนาจในการที่จะกระทำการเพื่อให้ได้คืนมาซึ่งรายได้อันเกิดจากทรัพย์สินจำนองนั้น โดยการฟ้องคดี การยึดทรัพย์หรือโดยวิธีการอื่นใด เป็นต้น

2.1.3.5 หนี้ประณาส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง

ดังที่ได้มีการอธิบายในเบื้องต้นเกี่ยวกับวิธีการบังคับจำนองสำหรับการจำนองลักษณะ Legal Mortgage ในหัวข้อ 2.1.3.4 ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ประณาส่วนที่ขาดภายหลังจากการบังคับจำนองนั้น ปรากฏว่าเฉพาะการบังคับจำนองด้วยวิธีการ Foreclose เท่านั้นที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดไว้ว่า "หากผู้รับจำนองเลือกใช้วิธีการบังคับจำนองแบบ Foreclosure จะส่งผลให้ผู้รับจำนองไม่สามารถดำเนินการบังคับจำนองด้วยวิธีการอื่นเพื่อเยียวยาความเสียหายของตนได้อีก ดังนั้น กรณีนี้ผู้รับจำนองจึงไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้จำนองชำระหนี้ให้แก่ตนได้อีก

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาแนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและการบังคับจำนองตามกฎหมายอังกฤษแล้วทำให้ทราบว่า เจ้าของหรือผู้ซื้อที่ดิน คือ ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง โดยทรัพย์สินจำนองสามารถเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยลำพัง หมายความว่า เมื่อใดก็ตามที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนอง ส่งผลให้เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิให้ผู้จำนองสามารถปฏิบัติการชำระหนี้เพื่อปลดปล่อยภาระจำนองได้ ทรัพย์สินดังกล่าวจึงจะหลุดพ้นจากภาระจำนอง สิทธิจำนองจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินติดติดไปกับตัวทรัพย์สิน แต่ทั้งนี้เจ้าหนี้จำนองไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองได้เมื่อพ้นกำหนดเวลา 12 ปีนับแต่วันครบกำหนดชำระหนี้กรณีฟ้องบังคับจำนองเพื่อหนี้ประณาส่วน หรือ 6 ปีนับแต่วันครบกำหนดชำระหนี้ได้ล่วงพ้นไปกรณีฟ้องบังคับจำนองเพื่อคอกเบี้ยค้างชำระและค่าเสียหาย โดยเจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และในกรณีมีการจำนองหลายลำดับเหนือทรัพย์สินสิ่งเดียวกัน ผู้รับจำนองลำดับหลังทั้งหลายย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้เช่นเดียวกับผู้รับจำนองลำดับแรก แต่สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับจำนองลำดับหลังนั้นตกอยู่ภายใต้สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับจำนองลำดับก่อนตน นั่นคือ ผู้รับจำนองลำดับหลังมีสิทธิ

ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองเพียงเท่าส่วนที่เหลือภายหลังจากที่มีการจัดสรรเพื่อชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนตนแล้วเท่านั้น โดยระบบกฎหมายอังกฤษได้กำหนดวิธีการบังคับจำนองไว้ 4 รูปแบบ ดังนี้

1. To foreclose คือ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและศาลได้มีคำสั่งให้สิทธิในการไถ่ถอนของผู้รับจำนองระงับสิ้นไป ผู้รับจำนองจะได้รับสิทธิในการเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น หรือเรียกว่า การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ

2. To sell เป็นการบังคับจำนองโดยการนำเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ สำหรับกรณีที่เป็นการจำนองที่สร้างขึ้นโดยเอกสารแห่งที่ดินหรือโฉนดที่ดินตามเงื่อนไขที่กำหนด

3. To take possession เป็นการบังคับจำนองด้วยการเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองโดยอาศัยกระบวนการทางศาลในการออกหมายหรือหมายเรียกของศาล ซึ่งไม่ต้องคำนึงว่าลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้แล้วหรือไม่

4. To appoint a receiver เป็นการบังคับจำนองด้วยวิธีการตั้งผู้รักษาสินทรัพย์ ซึ่งมีเงื่อนไขแห่งการใช้สิทธิบังคับจำนองด้วยวิธีนี้ 2 ประการ คือ การจำนองนั้นได้สร้างขึ้นโดยมีเอกสารสิทธิแห่งที่ดินและหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

ทั้งนี้ ภายหลังจากที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองแล้วนั้น กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนเฉพาะการใช้สิทธิบังคับจำนองแบบ Foreclosure เท่านั้นว่า การใช้สิทธิบังคับจำนองด้วยวิธีนี้จะส่งผลให้ผู้รับจำนองไม่สามารถดำเนินการบังคับจำนองเพื่อ "หนี้ส่วนที่ขาด" ได้อีก

214 แนวความคิดและพัฒนาการของกฎหมายลักษณะจำนองและตามระบบกฎหมายไทย

การประกันหนี้ตามกฎหมายไทยนั้น⁴⁷ มีการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ซึ่งจัดเป็นสัญญาที่เก่าแก่มาก แต่การจำนองที่ดินเพิ่งเกิดขึ้นตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา ในกฎหมายเก่ามีมาตราเกี่ยวกับการจำหน่ายไร่นาและสวนเพียงมาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 บัญญัติถึงการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น ที่กล่าวถึงการจำหน่ายที่ดินในมาตรานี้อาจเป็นข้อเพิ่มเติมในเมื่อมีการชำระกฎหมายในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา

ในปลายสมัยรัชกาลที่ 4 สัญญาจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ได้มีการเปลี่ยนแปลงมาเป็นพิเศษจนกลายเป็นสัญญาจำนอง ซึ่งความจริงก็เป็นการจำหน่ายนั่นเองแต่ผู้เป็นเจ้าของไม่เสียซึ่งการครอบครองที่ดิน กล่าวคือ เมื่อราคาที่ดินสูงขึ้น เจ้าของที่ดินซึ่งได้ขายที่ดินในราคาถูกจึงพยายามไถ่คืน โดยชี้แจงว่ามีได้เป็นการขายแต่ขายฝากหรือจำหน่าย เป็นเหตุให้เกิดคดีความมากมายและยากที่จะรู้ความจริงได้ เพื่อตัดความยุ่งยากของศาล ประกาศ 2 ฉบับ คือ ฉบับปีชวด จ.ศ.1229 ได้วางข้อบัญญัติไว้กล่าวคือ ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการจำหน่ายหรือขายฝากได้ แต่ต่อเมื่อเจ้าของยังถือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไว้ ถ้า

⁴⁷ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 1,(กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526),หน้า 226 และ 354-363

เจ้าของได้ส่งมอบหนังสือสำคัญให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แม้จะได้มีข้อตกลงใดก็ตาม ศาลต้องถือว่าเป็น การขายขาดและที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากว่าเจ้าของเดิมประสงค์จะได้ที่ดินนั้นคืนมา ก็ จำต้องไต่ตามราคาใหม่ที่ผู้รับไว้จะขาย

ประกาศในรัชกาลที่ 4 นี้จึงมีความสำคัญในทางประวัติศาสตร์ เพราะถือเอาหนังสือสำคัญ เสมือนเป็นเครื่องหมายแห่งกรรมสิทธิ์ ซึ่งผลแห่งประกาศโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจำหน่ายและการขายฝาก ที่ดินอาจแสดงได้ ดังนี้

1. การขายฝากและการจำหน่ายได้รวมเข้าเป็นนิติกรรมอย่างเดียวกัน ซึ่งมีได้มีลักษณะ เป็นการจำหน่ายหรือขายฝากตั้งที่เป็นอยู่แต่ก่อน คือ มิใช่เป็นการกู้ยืมที่มีประกัน แต่เป็นการขายฝาก อันแท้จริงตามที่เข้าใจอยู่ดังเช่นปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นสัญญาซื้อขายที่ผู้ขายมีสิทธิไต่คืนได้
2. ถ้าเจ้าของมอบที่ดินพร้อมหนังสือสำคัญ การซื้อขายเป็นอันเสร็จเด็ดขาด ผู้ขายจะขอ พิสูจน์ว่าเป็นการจำหน่ายหรือการขายฝากไม่ได้
3. ถ้าเจ้าของที่ดินมอบที่ดินให้แต่ยังถือหนังสือสำคัญไว้ การซื้อขายยังไม่เสร็จเด็ดขาด ผู้ขายมีสิทธิเรียกคืนได้โดยใช้ราคาที่ยกไว้เดิมให้

ประกาศสองฉบับนี้ได้ทำให้เกิดมีนิติกรรมใหม่ แต่ก็มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เบื้องต้น คือ ไม่มีสิ่งใดทำให้ราษฎรรู้สึกว่ามี การแก้ไขกฎหมายประเพณีเดิม คำว่า "จำหน่าย" และ "ขายฝาก" ยังคงใช้ คู่กันไปเหมือนแต่ก่อนซึ่งน่าจะเป็นเหตุให้ศาลตีความในประกาศนั้นผิดไป ประกาศไม่มีกำหนดเวลาใน การใช้สิทธิไต่คืน ผู้ขายจะต้องไต่คืนภายใน 3 ปีในกรณีใดหรือมีระยะเวลา 10 ปีในทุกๆกรณี หรือไม่มี กำหนดระยะเวลาในการไต่คืนก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ ผู้รับซื้อจึงไม่สามารถที่จะรู้ได้ว่าตนได้สิทธิในที่ดิน ประการใด อนึ่งเป็นที่เข้าใจได้ยากว่า เหตุใดกฎหมายจึงห้ามขาดมิให้ศาลถือเอาตามความตกลงของ คู่สัญญา แม้ในกรณีของคู่สัญญาได้แสดงข้อตกลงนั้นไว้อย่างชัดเจนแน่นอนโดยมีหนังสือเป็นหลักฐาน ในสมัยตอนต้นรัชกาลที่ 5 มีประกาศว่าด้วยสารกรมธรรม์ตราขึ้นบัญญัติให้คู่สัญญาเขียนหนังสือทุก ชนิดด้วยน้ำหมึกสีดำ มิให้เขียนด้วยดินสอเช่นแต่ก่อน ประกาศใหม่นี้มุ่งจะให้หนังสือเป็นหลักฐานอันน่า เชื่อและมันคงยิ่งมากกว่าในอดีต

ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติการขายฝากและการจำหน่ายที่ดิน ร.ศ.115 ขึ้นใหม่พร้อมทั้ง ยกเลิกประกาศปี จ.ศ.1228 และ1229 โดยในมาตรา 3 บัญญัติว่า "ให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษา ตามลักษณะขายฝาก ลักษณะจำหน่ายและลักษณะบริคณห์สัญญาและอื่นๆอันมีอยู่ในพระราชกำหนด กฎหมายที่คงใช้อยู่ทุกประการ" ซึ่งถ้าอ่านพระราชบัญญัติ ร.ศ.115 อย่างผิวเผินอาจเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้เพียงแต่ให้ยกเลิกประกาศรัชกาลที่ 4 เท่านั้น และมีผลรื้อฟื้นกฎหมายเก่าตามที่เป็น อยู่ก่อนประกาศนี้กลับมาใช้อีก แต่แท้จริงแล้วมิได้เป็นเช่นนั้นเพราะก่อนการประกาศใช้ พระราชบัญญัติการขายฝากและการจำหน่ายที่ดิน ร.ศ.115 การขายฝากและการจำหน่ายเป็นนิติกรรมที่มี ลักษณะเดียวกัน คงแตกต่างกันเพียงในเรื่องแบบและเรื่องระยะเวลาใช้สิทธิไต่คืนเท่านั้น แต่ตาม พระราชบัญญัติการขายฝากและการจำหน่ายที่ดิน ร.ศ.115 กล่าวถึงว่าการขายฝากและการจำหน่ายมี ลักษณะต่างกัน ซึ่งหมายถึงการจำหน่ายอย่างเก่าและการจำหน่ายอย่างใหม่ที่กฎหมายได้รับรองไว้โดย

ปริยาย ดังนั้น หากพิจารณาตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติการขายฝากและการจำนำที่ดิน ร.ศ.115 แล้ว แม้คู่สัญญาจะใช้คำว่าจำนำหรือขายฝากก็ตามก็ไม่เป็นข้อสำคัญ จะถือว่าเป็นจำนำหรือขายฝากก็แล้วแต่พฤติการณ์ที่เจ้าของยังคงครอบครองที่ดินอยู่ หรือได้ส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ตามที่วินิจฉัยนี้เป็นเหตุให้การจำนำอสังหาริมทรัพย์เป็นอันสูญสิ้นไป

แต่กฎข้อบังคับในกฎหมายก็ไม่เหมาะสมกับการจำนองอย่างใหม่นี้ และมีน้อยไม่เพียงพอแก่กรณี เช่น ตามกฎหมายเก่าการจำนำไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพราะผู้จำนำมอบที่ให้แก่นายเงิน และต้องไถ่คืนมาในระยะเวลาอันสั้น ส่วนการยึดหนังสือสำคัญนั้นคงไม่เพียงพอให้ถือว่าเป็นการจำนำอีกประการหนึ่งเมื่อผู้รับจำนำไม่เข้าครอบครองที่เสียแล้ว จะใช้ระยะเวลา 3 ปีได้ในสถานที่ใดยังเป็นที่ยังคงอยู่ เพื่อแก้ปัญหาต่างๆเหล่านี้จึงได้มีการตราประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 ขึ้นสำหรับบังคับใช้แก่การจำนองก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีสาระสำคัญดังนี้⁴⁸

มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า กฎหมายในเรื่องจำนำและขายฝากซึ่งมีอยู่แล้วนั้น ข้อความคลาดเคลื่อนไปไม่สมกับกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงมาโดยมาก บัดนี้จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ออกประกาศแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สมกับกาลสมัยดังต่อไปนี้

ข้อ๑ วิธีที่จะจำนำและขายฝากที่ดิน ให้มีหนังสือสัญญาเป็นกรรมธรรม์ทำต่อหน้าเจ้าพนักงาน ตามข้อบังคับกฎหมาย ที่ได้วินิจฉัยมาที่ว่าสัญญาเช่นนี้ต้องทำดังนั้นทุกประการ เมื่อไม่มีกรรมธรรม์เป็นสำคัญแล้ว ห้ามมิให้ฟ้องอ้างว่าจำนำและขายฝากได้เลย

ข้อ๒ ในเรื่องจำนำที่ดิน ถ้าผู้จำนำไม่ส่งดอกเบี้ย ขาดมาแต่ยังไม่ถึง ๓ ปี ให้ผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียกต้นทุนและดอกเบี้ยแลค่าเสียหายตามศาลจะเห็นสมควร ศาลตัดสินกำหนดเงินเท่าไร ผู้จำนำ ไม่เสียให้แล้ว ให้ผู้รับจำนำขอให้ศาลขายที่จำนำกันไว้ได้เงินเท่าไรให้ใช้แก่ผู้รับจำนำตามที่ ศาลตัดสินได้กำหนดไว้แล้ว เหลือเพียงไรให้คืนให้ผู้จำนำไป ถ้าเงินไม่พอก็ให้เงินไปแก่ผู้รับจำนำทั้งหมด การจำนำนั้นเป็นเลิกกันไป

ข้อ๓ เมื่อผู้จำนำไม่ได้ให้ดอกเบี้ยขาดมา ๓ ปีแล้ว กรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นอย่าให้ตกไปยังผู้รับจำนำโดยทันทีตามลำพังดังที่เป็นมา คือ ผู้รับจำนำจะอ้างว่าตนเป็นเจ้าของยังไม่ได้ กว่าผู้จำนำจะ ได้ส่งที่ให้แก่ผู้รับจำนำโดยยินยอม หรือกล่าวศาลจะตัดสินดังนั้น

ห้ามไม่ให้ศาลตัดสินให้ที่เป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำ แม้ว่าผู้จำนำมีเงินมาไถ่ครบทั้งต้นทุน ดอกเบี้ยแลค่าเสียหายทั้งปวงถ้วนทุกอย่าง ในเวลาที่ก่อนศาลหนึ่งศาลใดได้ตัดสิน

ข้อ๔ ถ้าผู้จำนำไม่ได้ส่งดอกเบี้ยพ้นสามปี ไม่มีเงินมาไถ่ดังที่กล่าวไว้ในมาตรา ๓ แล้วจึง ให้ศาลตัดสินให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำ

ข้อ๕ ในการจำนำที่ดิน ถ้ามีข้อความสัญญาว่าจะให้หลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำได้ก่อนสามปี อย่าให้วินิจฉัยให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำภายในสามปีเลย เว้นไว้แต่คู่ความจะยอมกันเอง

⁴⁸พจน์ บุชปะคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง(กรุงเทพฯ:กรมการพิมพ์, 2530), หน้า 120-122

ข้อ๖ ในการขายฝากที่ดิน ถ้ามีข้อสัญญาจะให้ไถ่ได้เกินกว่า ๑๐ ปีไปอย่าให้วินิจฉัยว่าไถ่ได้เมื่อพ้น ๑๐ ปีไปเลย

ข้อ๗ ที่กล่าวว่าจำนำหรือขายฝากที่ดินนี้ ให้เข้าใจว่าจำนำหรือขายฝากที่ดินแลโรงเรือน ต้นผลไม้ หรือสิ่งอื่นที่ติดอยู่กับที่ดิน ซึ่งเรียกว่าของพืงเคลื่อนที่ไม่ได้ตามที่จะสัญญากันนั้นเทอญ

ข้อ๘ ประกาศนี้ให้ใช้ได้ตั้งแต่วันที่ได้ลงประกาศนี้ไปแต่ไม่ได้ใช้ในการที่เสร็จไปแล้ว"

ทั้งนี้ ตามประกาศนี้ไม่ได้บัญญัติว่าอย่างไรเป็นจำนำหรือขายฝาก อาศัยคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยมาหลายเรื่องจนเป็นยุติโดยถือประเพณีที่ประพฤติตามกันมา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1044/2492 นายหอม อิ่มรุ่ง โจทก์ นายยก อินทปัจ จำเลยคดีนี้โจทก์ฟ้องขอไถ่ถอน อ้างว่าเป็นการจำนำ

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ในเรื่องจำนำหรือขายฝากที่ดินที่ทำกันก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องบังคับตามประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. ๑๑๘ เรื่องจำนำหรือขายฝากที่ดินก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลฎีกาได้ตัดสินมาหลายเรื่องเป็นยุติว่า มีประเพณีมาแต่แรกให้ดูกิจการที่คู่สัญญาประพฤติต่อกันมาว่าเป็นจำนำหรือขายฝาก แม้ในสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ต้องถือตามกิจการที่ประพฤติต่อกัน

ทำสัญญาจำนำที่ดินก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้จำนำได้มอบที่ดินให้ผู้รับจำนำทำต่างดอกเบี้ย เมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็ต้องบังคับตามประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการขายฝาก เจ้าของที่ดินไม่ได้ภายใน ๑๐ ปีก็ฟ้องขอไถ่ไม่ได้"

ถ้าเป็นการขายฝากโดยพฤติอย่างขายฝาก คือ มอบที่ดินให้ผู้รับจำนำ แม้ต่อมาเมื่อใช้ประมวลแล้วก็ไม่ทำให้กลับเป็นจำนองตามสัญญาที่ทำไว้ ต้องถือเอาการมอบที่ดินหรือไม่เป็นสำคัญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 133/2490 นายหลี่ ธรรมประทีป โจทก์ นางสอาด จำเลย

เรื่องนี้ โจทก์ฟ้องขอไถ่ถอนการจำนำอ้างว่าตามสัญญาเป็นจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ทำสัญญาจำนำที่ดินก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วมอบที่ดินให้ทำต่างดอกเบี้ย ถือเป็นเรื่องขายฝาก แม้สัญญาจะระบุว่าจำนำ แต่ประพฤติต่อกันเป็นการขายฝากแล้ว ภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ทำให้สัญญากลับเป็นจำนำหรือจำนอง"

เพราะฉะนั้น สาระสำคัญของประกาศฉบับดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นบทกฎหมายที่เริ่มวางรูปการจำนำที่ดินอย่างใหม่ คือ การจำนองที่ดินให้เป็นระเบียบครั้งแรก ตามข้อ 1 บัญญัติให้ทำเป็นหนังสือกรรมธรรม์ต่อหน้าอำเภอ ข้อบัญญัติใหม่นี้ทำให้ผลของสัญญาขายอายุได้ โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา 3 ปี ตามที่ปรากฏใน ร.ศ. 118 และในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 มีผลต่างกันตามกฎหมายเก่า ถ้าผู้จำนำไม่ชำระหนี้เมื่อพ้น 3 ปีแล้ว ผู้รับจำนำได้เป็นเจ้าของที่ทันที แต่ตามกฎหมายใหม่ ผู้รับจำนำจะได้กรรมสิทธิ์ต่อเมื่อดอกเบี้ยค้างอยู่นานอย่างน้อย 3 ปี ผู้จำนำหยุดไม่ชำระดอกเบี้ยแต่เมื่อใดก็ตามหนึ่ง กรรมสิทธิ์ไม่โอนไปยังผู้รับจำนำทันทีเหมือนแต่ก่อน ที่ดินจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อผู้จำนำยอม

มอบให้เป็นไปตามนั้น (ข้อ 3 และข้อ 4) ถ้าดอกเบ็ญค่างยังไม่ถึง 3 ปี ผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียก แต่ต้นเงิน ดอกเบ็ญและค่าเสียหายถ้ามี หากผู้จำนำไม่สามารถชำระหนี้ได้ ผู้รับจำนำมีแต่จะขอให้ยึดที่ดินและขายทอดตลาดมาชำระหนี้ ถ้ามีเงินเหลือก็คืนให้แก่ผู้รับจำนำไป หากเงินที่ขายนั้นไม่พอ ผู้รับจำนำนั้นไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องได้อีก (ข้อ 2) การที่บัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อการศึกษาที่ได้เคยปฏิบัติมาแล้วมากเกินไป จึงยังคงมีความคิดเห็นเก่าปะปนอยู่กับความคิดเห็นใหม่ ในที่สุดกฎข้อบังคับนี้เป็นประโยชน์แก่ผู้จำนำน้อยไม่ เพราะถ้าที่ดินมีราคาสูงกว่าหนี้สิน ผู้จำนำมีสิทธิไถ่คืนได้เสมอ แต่ในกรณีที่ที่ดินมีราคาต่ำกว่าจำนวนหนี้สิน ผู้รับจำนำจำต้องพอใจด้วยเอาที่ดินไว้ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าของที่ดินที่ต้องการเงินถูกบีบบังคับ มีข้อบัญญัติหนึ่งระบุว่า ถ้าคู่สัญญาตกลงให้ที่ดินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้จำนำได้ก่อน 3 ปี สัญญาเป็นอันใช้ไม่ได้เว้นแต่คู่ความจะยอมกันเอง (ข้อ 5)

การจำนำที่ดินอย่างใหม่นี้ (คือ จำนอง) เป็นประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินมากกว่าการขายฝากหลายประการ เพราะเจ้าของที่ดินไม่เสียเครดิตไปทั้งสิ้นครั้งหนึ่งครั้งเดียว ถ้าขายฝากก็ขาดสิทธิในที่ดินโดยพลัน จะได้ทุนเชื่ออีกก็ต้องไถ่ที่ดินคืนเสียก่อน แต่ในการจำนำนั้นถ้าต้นเงินที่เอามายังไม่ถึงราคาที่ดินเจ้าของมีทางที่จะจำนำแก่ผู้อื่นได้อีก เนื่องจากกฎข้อบังคับเรื่องจำนำนั้นเอง ผู้รับจำนำแรกมีสิทธิรับชำระหนี้ได้ก่อนผู้รับทีหลัง ผลข้อนี้ศาลพิเคราะห์เห็นได้เองและพิพากษาตามมาตั้งแต่ต้น

กล่าวโดยสรุป กฎหมายในเรื่องประกันหนี้ยี่นั้นโดยแรกเริ่มจะเป็นสัญญาจำนำ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาเป็นสัญญาจำนองควบคู่ไปกับสัญญาจำนำ โดยมีการนำทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันหนี้ การที่สัญญาจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำจึงเป็นการไม่คล่องตัว ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากยิ่งขึ้น เครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมมีความจำเป็นต่อการผลิต การที่จะให้ผู้จำนำส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินไปยังผู้รับจำนำก็จะมีผลทำให้ผู้จำนำไม่สามารถนำเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆมาทำการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมได้ จนมีการพัฒนาจากสัญญาจำนำที่ผู้รับจำนำต้องส่งมอบการครอบครอง มาเป็นสัญญาจำนำที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอันเป็นการสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจในสมัยต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้นมีการนำระบบทะเบียนขึ้นมาใช้ จึงมีผลทำให้เกิดสัญญาจำนอง โดยที่ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองต่อผู้รับจำนอง เพียงมีแต่การลงในทะเบียนว่ามีการทำสัญญาจำนองก็เป็นการเพียงพอแล้ว⁴⁹

⁴⁹ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน การนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กิเลนการพิมพ์, 2547), หน้า 41-13

⁵⁰ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการร่างบทบัญญัติมาตรานี้ในภาคผนวก

2.2. หลักกฎหมายลักษณะจำนองตามกฎหมายไทย

2.2.1 ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนอง

2.2.1.1 หลัก

ป.พ.พ.มาตรา 705* บัญญัติว่า "การจำนองทรัพย์สินนั้นนอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้วใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่"

เนื่องจากการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งเจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินที่ได้มีการนำมาจำนองไว้เป็นประกันการชำระหนี้ได้ ดังนั้น ผลแห่งการบังคับจำนองไม่ว่าโดยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหรือการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิทำให้กรรมสิทธิ์ต้องหลุดมือไปจากเจ้าของที่แท้จริง กฎหมายจึงกำหนดให้ ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองเพราะเจ้าของเท่านั้นที่มีอำนาจจำหน่ายและทำให้กรรมสิทธิ์หลุดมือไปได้ตามป.พ.พ. มาตรา 1336⁵⁰ โดยเจ้าของทรัพย์สินจำนองจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกจึงไม่มีความสำคัญ ผู้ที่มีสิทธิเอาทรัพย์สิน มาจำนองได้จึงอาจมีปรากฏได้ทั้งลูกหนี้และบุคคลภายนอก

สำหรับกรณีบุคคลภายนอกจำนองทรัพย์สินไว้เป็นประกันการชำระหนี้ นั้นป.พ.พ. มาตรา 709* บัญญัติไว้ชัดเจนว่า "บุคคลคนหนึ่งจะ จำนองทรัพย์สินของตนไว้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้" โดยบุคคลภายนอกที่นำเอาทรัพย์สินมาจำนองเป็นประกันหนี้ อาจจะเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนก็ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้จำนองจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก ผู้จำนองก็ต้องเป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์อยู่ในขณะที่ทำสัญญาจำนองเพราะกฎหมายใช้คำว่า "เจ้าของในขณะนั้น"⁵¹

เพราะฉะนั้น หากผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบจากเจ้าของ การจำนองนั้นก็ไม่ใช่ผูกพันเจ้าของที่แท้จริง แม้ผู้รับจำนองจะรับจำนองไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตก็ตาม

กรณีเป็นเจ้าของทรัพย์สินมีเงื่อนไข

ป.พ.พ. มาตรา 706* บัญญัติว่า "บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ภายในบังคับเงื่อนไขเช่นใดจะจำนองทรัพย์สินนั้นได้แต่ภายในบังคับเงื่อนไขเช่นนั้น"

กล่าวคือ การที่ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองนั้น หากปรากฏว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่มีเงื่อนไขก็สามารถจำนองได้เช่นเดียวกันแต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขนั้นด้วย เจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวจึงไม่สามารถจำนองโดยปราศจากเงื่อนไขเช่นนั้นได้ เพราะเหตุว่าหากยอมให้มีการจำนองโดยปราศจากเงื่อนไขได้ก็จะเป็นการเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยเป็นการลบล้างสิทธิของบุคคลภายนอก และสำหรับผู้รับจำนองที่รับจำนองทรัพย์สินอันตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่

⁵⁰ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2516), หน้า 76

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการยกร่างบทบัญญัติมาตรานี้ในภาคผนวก

⁵¹ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนอ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 68

ปรากฏอยู่ตามทะเบียนนั้น เมื่อเขายอมรับจำนองก็เท่ากับว่าสมัครใจยอมรับเอาเงื่อนไขนั้นด้วย จะปฏิเสธภายหลังหาได้ไม่⁵²

คำว่า“เงื่อนไข”ตามมาตรานี้ หมายความว่า เป็นเงื่อนไขอันวิตรรกกรรมสิทธิ์หรือกรรมสิทธิ์ที่มีเงื่อนไข อาทิเช่น ทรัพย์จำนองที่ตกอยู่ภายใต้ภาระจำยอม สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิการเช่า เป็นต้น และเงื่อนไขเช่นว่านี้จะต้องปรากฏอยู่ก่อนการจดทะเบียนจำนอง เพราะหากเป็นเงื่อนไขที่ปรากฏขึ้นในภายหลังการจดทะเบียนจำนอง สิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าเงื่อนไขแห่งกรรมสิทธิ์เหล่านั้น ซึ่งผู้รับจำนองสามารถขอให้ลบสิทธิเหล่านั้นออกเสียจากทะเบียนได้ตามมาตรา 722* ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้ว และภายหลังที่จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพย์สินหรืออย่างอื่นโดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยซ้ำ ทานว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภาระจำยอมหรือทรัพย์สินหรืออย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนองก็ให้ลบสิทธิที่กล่าวหลังนั้นจากทะเบียน”

ยกตัวอย่างเช่น กรณีเจ้าของรวมหรือทรัพย์สินจำนองที่เป็นกรรมสิทธิ์รวม ซึ่งหมายถึง เป็นของบุคคลหลายคนรวมกัน หากมีการนำทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์รวมไปจำนองสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้⁵³

(1) กรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมทุกคนตกลงจำนองด้วยกันทั้งหมด การจำนองย่อมมีผลผูกพันทรัพย์ที่จำนองทุกส่วน

(2) กรณีเจ้าของรวมคนใดคนหนึ่งจำนองเฉพาะส่วนของตน การจำนองย่อมมีผลผูกพันเฉพาะเหนือทรัพย์สินส่วนที่เป็นของเจ้าของรวมผู้ที่นำทรัพย์ไปจำนอง คือ จำนองได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมคนอื่น ๆ ตามนัย ป.พ.พ. มาตรา 1316 วรรคแรก

(3) กรณีเจ้าของรวมคนใดคนหนึ่งนำทรัพย์สินทั้งหมดไปจำนองโดยเจ้าของรวมคนอื่นมิได้รู้เห็นยินยอม สัญญาจำนองนั้นใช้บังคับได้เฉพาะส่วนของผู้จำนอง ไม่ผูกพันเจ้าของรวมคนอื่น

(4) กรณีเจ้าของรวมคนอื่นยินยอมให้เจ้าของรวมคนหนึ่งแสดงตัวเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวและโดยพฤติการณ์ก็รู้เห็นเป็นใจด้วย การจำนองย่อมมีผลผูกพันทรัพย์ที่จำนองในส่วนของเจ้าของรวมคนอื่นที่ได้ให้ความยินยอมด้วย เป็นต้น

นอกจากนี้ แม้จะเป็นกรณีที่มีกรรมสิทธิ์อยู่เพียงชั่วคราว เช่น กรรมสิทธิ์ภายใต้เงื่อนไขบังคับหลัง หรือผู้ซื้อฝากซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไขการไถ่คืนก็จำนองได้ และเมื่อเป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว แม้ภายหลังจะโอนไปการจำนองก็ยังคงสมบูรณ์อยู่ ส่วนกรณีที่เป็นเรื่องสิทธิเป็นทำนองเงื่อนไขในกรรมสิทธิ์ บุคคลนั้นก็ย่อมไม่มีอำนาจจำนองได้เพราะต้องห้ามตาม ป.พ.พ. มาตรา 705 เช่น ก. เป็น

⁵²เรื่องเดียวกัน, หน้า 71

⁵³สิทธิปริธา นาคประดา, คู่มือจดทะเบียนจำนองฉบับวงจร, (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2535), หน้า 18

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการยกร่างบทบัญญัติมาตรานี้ในภาคผนวก

เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ข. เป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกินในที่ดินนั้น ข. ย่อมไม่สามารถเอาที่ดินไปจำนอง เพราะไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ส่วน ก. ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงนั้น ย่อมสามารถนำที่ดินแปลงนั้นไปจำนองได้ แต่เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในที่ดินของ ก. ตกอยู่ภายใต้สิทธิเก็บกินของ ข. สิทธิเก็บกินจึงยังคงผูกพันที่ดินของ ก. ดังนั้น หากต่อมาภายหลังผู้รับจำนองประสงค์จะบังคับจำนองย่อมบังคับจำนองได้ภายใต้บังคับของทรัพย์สินเหล่านั้น⁵⁴

2.2.1.2 ซ้อยกเว้น

อย่างไรก็ตามหลักที่ว่าผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น มีข้อยกเว้นในบางกรณี กล่าวคือ แม้ว่าผู้จำนองจะไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินจำนอง แต่การจำนองนั้นอาจมีผลผูกพันทรัพย์สินได้ หากว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เจ้าของทรัพย์สินประมาทเลินเล่อปล่อยให้บุคคลอื่นเอาทรัพย์สินของตนไปจำนอง เช่น เจ้าของมอบอำนาจให้ไปจัดการขอแบ่งที่ดิน และได้ลงชื่อในใบมอบอำนาจแต่มิได้กรอกข้อความว่ามอบอำนาจไปกระทำการใด ผู้รับมอบอำนาจนำไปกรอกข้อความเป็นมอบอำนาจให้จำนอง ผู้รับจำนองได้รับจำนองโดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของที่ดินจะอ้างความประมาทเลินเล่อเพื่อเป็นเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดไม่ได้

(2) เจ้าของทรัพย์สินมีส่วนรู้เห็นในการจำนอง เช่น กรณีมีพฤติการณ์แสดงออกว่าเจ้าของทรัพย์สินรู้เห็นยินยอมในการจำนองนั้น เช่น เจ้าของเป็นตัวการซึ่งยังไม่เปิดเผยชื่อ

คำพิพากษาฎีกาที่ 3405/2525 วินิจฉัยว่า

"จำเลยเป็นผู้มีชื่อถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินมีโฉนด แม้จะฟังว่าเป็นการมีชื่อถือกรรมสิทธิ์แทนในส่วนของกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องด้วย จำเลยก็มีฐานะเป็นตัวแทนของผู้ร้องในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินของผู้ร้อง และผู้ร้องอยู่ในฐานะเป็นตัวการซึ่งมิได้เปิดเผยชื่อ เมื่อจำเลยได้นำที่ดินพร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างไปจำนองไว้แก่โจทก์ การจำนองย่อมมีผลผูกพันกรรมสิทธิ์ที่ดินในส่วนของผู้ร้องด้วย ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิที่จะขอให้ปล่อยทรัพย์สินดังกล่าวที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้"⁵⁵

(3) กรณีที่ตัวแทนของผู้จำนองทำการเกินขอบอำนาจ แต่ผู้รับจำนองมีมูลเหตุควรเชื่อว่าตัวแทนทำการภายในขอบอำนาจตัวแทน ในกรณีเช่นนี้กฎหมายปิดปากเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง มิให้ปฏิเสธความรับผิดตามสัญญาจำนองโดยอ้างว่าตัวแทนทำการเกินขอบอำนาจที่ได้มอบหมาย เจ้าของทรัพย์สินจะต้องรับผิดในฐานะผู้จำนองตาม ป.พ.พ. มาตรา 822

⁵⁴ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 79

⁵⁵ สุตา (วัชรวัฒน์นากุล) วิศวศศิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 56

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการยกเว้นบทบัญญัติมาตรานี้ในภาคผนวก

คำพิพากษาฎีกาที่ 1605/2506 วินิจฉัยว่า

"เจ้าของที่ดินลงชื่อในใบมอบอำนาจให้ตัวแทนไปทำจำนวนแต่ไม่ได้กรอกจำนวนเงินที่จะจำนวน ตัวแทนของเจ้าของที่ดินจึงไปกรอกจำนวนเงินจำนวนที่สูงกว่าที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยเจ้าของที่ดินประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว ยิ่งกล่าวว่าจำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ผู้รับจำนวนโดยสุจริตตามมาตรา 822 ด้วย

2.2.2 สิทธิจำนวนเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน และใช้สิทธิได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ

ป.พ.มาตรา 702 บัญญัติว่า "อันจำนวนนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนวน เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนวนเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนวน

ผู้รับจำนวนชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนวนก่อนเจ้าหนี้สามัญ มิพักต้องพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่"

ดังนั้น จำนวน คือ การที่ผู้จำนวนเอาทรัพย์สินไปตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจำนวนตามบทบัญญัติ ป.พ. มาตรา 702 วรรคแรก มาตราบัญญัติไว้ชัดว่าผู้จำนวนเอาทรัพย์สินไปผูกพันเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน โดยผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ผูกพันด้วย แตกต่างกับการค้ำประกันตาม ป.พ. มาตรา 680 ที่ผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ คือ ผู้ค้ำประกันนั้นเองเข้าทำสัญญาจะชำระหนี้แทนลูกหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้นั้น โดยบุคคลที่เอาทรัพย์สินเข้าผูกพันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้นั้น กฎหมายกล่าวไว้กลางๆมิได้ระบุไว้ว่าต้องเป็นบุคคลภายนอกอย่าง ป.พ. มาตรา 680 ดังนั้น ผู้ที่เอาทรัพย์สินเข้าผูกพันหรือจำนวนจะเป็นตัวลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกก็ได้ ซึ่งกรณีที่บุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินเข้าผูกพันเป็นประกันการชำระหนี้นั้น เจ้าหนี้นิยมไม่สามารถเรียกร้องให้เขาชำระหนี้ได้เพราะเขามีได้ผูกพันเป็นหนี้ด้วย เฉพาะทรัพย์สินของเขาเท่านั้นที่เข้าผูกพันเป็นประกันหนี้

ทั้งนี้ คำว่า "ตราไว้" คือ การที่ผู้จำนวนไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันประกันหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน⁵⁶ เพราะฉะนั้นการจำนวนต้องเป็นการเอาตัวทรัพย์สินมาเป็นประกันด้วยวิธีจดทะเบียนจำนวนมิใช่แต่เพียงยึดถือเอกสารไว้ ในทางกฎหมายการเอาโฉนดที่ดินหรือ น.ส.3 ไปมอบให้เจ้านี้ยึดถือได้นั้นจึงไม่ถือเป็นการทำประกันหนี้ตามกฎหมาย ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 505/2507 ซึ่งผู้ค้ำประกันตกลงยอมให้เจ้านี้ยึดถือโฉนดไว้ จนกว่าเจ้านี้จะได้รับชำระหนี้จนครบนั้น อันไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาจำนวน เพราะเจ้านี้มิได้มีสิทธิพิเศษในที่ดินอันเป็นตัวทรัพย์สินนั้น⁵⁷

ด้วยเหตุว่าจำนวนเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ทรัพย์สินจำนวนจึงเป็นประกันการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เจ้านี้ย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนวนที่เป็น

⁵⁶ สมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนวน จำนวนหน้า 53

⁵⁷ สหล สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนวน จำนวนหน้า(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), หน้า 53

ประกันเท่านั้น เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ซึ่งมิได้นำมาจำนองด้วย⁵⁸ อันเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 704* ซึ่งกำหนดไว้ว่าสัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินจำนอง เพื่อกล่าวอ้างสิทธิจำนองขึ้นยันต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้สามัญอื่นได้⁵⁹ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1536/2500 วินิจฉัยว่า

“ที่ดินมือเปล่าติดจำนองในการขายทอดตลาดของศาล แม้ผู้ซื้อจะซื้อโดยสุจริตไม่ทราบว่ามีจำนองติดอยู่ ก็ไม่ทำให้การจำนองระงับหรือหลุดพ้น เพราะเป็นการขายเฉพาะสิทธิเท่าที่มีอยู่ของเจ้าของที่ดิน ดังนั้น จำนองก็ยังคงติดไปด้วย ผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาจากที่ดินที่ซื้อนั้นได้”

นอกจากนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 702 วรรคสอง ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้ แม้ว่าการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองจะได้ถูกโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม แสดงให้เห็นว่า การโอนทรัพย์สินจำนองไม่มีผลกระทบต่อสิทธิจำนอง⁶⁰ เนื่องจากผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะติดตามเอาทรัพย์สินจำนองชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ หากผู้รับจำนองไม่มีสิทธิติดตามเอาชำระหนี้ได้ การจำนองก็จะมีหลักประกันการชำระหนี้โดยเลย เสียเปรียบยิ่งกว่าประกันด้วยบุคคล เพราะจำนองเพียงเอาตัวทรัพย์สินเป็นประกัน ตัวบุคคลที่ทำสัญญาเอาตัวทรัพย์สินมาเป็นประกันหาได้ผูกพันจะต้องชำระหนี้ด้วยไม่กล่าวโดยสรุปได้ว่า จำนองเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งสามารถยกขึ้นอ้างยันต่อบุคคลทั้งหลายทั่วไปได้ แม้จะมีการโอนทรัพย์สินจำนองไปที่ทอดก็ตาม สิทธิจำนองก็ตกติดไปกับทรัพย์สินจำนองด้วย เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ต้องด้วยบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการระงับสิ้นไปของสิทธิจำนอง เช่น เจ้าหนี้ปลดหนี้ หรือลูกหนี้ไถ่ถอนจำนองซึ่งส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไปไม่ตกติดไปกับตัวทรัพย์สินจำนองอีกต่อไป เรียกว่าทรัพย์สินนั้นปลอดจากการจำนอง ทั้งนี้แม้แต่ในการขายทอดตลาดของศาลก็ไม่ทำให้จำนองหลุดพ้นไป ซึ่งนับว่าเป็นข้อสำคัญที่มีความแตกต่างกันเป็นพิเศษยิ่งกว่าเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินใดๆที่ยังเป็นของลูกหนี้เท่านั้น ถ้าลูกหนี้โอนไปแล้ว หรือกลายเป็นของคนอื่นเสียแล้วก็ไปเอาชำระหนี้ไม่ได้ เพราะไม่ใช่ทรัพย์สินของลูกหนี้

นอกจากนี้ สัญญาจำนองจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีหนี้อันจะต้องประกันนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง สัญญาจำนองเป็นหนี้อุปกรณ์อันจะต้องมีหนี้ประธานเป็นฐานรองรับอยู่ ฉะนั้น หากฐานรองรับสัญญาจำนองหมดสิ้นไป จำนองก็มีอยู่ไม่ได้ อันเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาจำนองระงับ กล่าวคือ ถ้าทำให้สัญญาประธานหรือหนี้ที่จำนองเป็นประกันนั้นระงับ จำนองก็ย่อมระงับไปด้วย

อย่างไรก็ตาม ป.พ.พ. มาตรา 744 (1) บัญญัติไว้ว่า

“อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใด มิใช่เหตุอายุความ”

⁵⁸ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 56

⁵⁹ สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 56

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการยกร่างบทบัญญัติมาตรานี้ในภาคผนวก

⁶⁰ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 71

นั่นคือ กรณีหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกันขาดอายุความ เพราะเจ้าหนี้ไม่ใช่สิทธิเรียกร้อง หรือไม่ฟ้องภายในอายุความ จำนองย่อมไม่ระงับสิ้นไปด้วยเหตุที่หนี้ประณาดังกล่าวขาดอายุความ ทั้งนี้ กฎหมายบัญญัติข้อความข้อนี้ไว้สั้นๆว่า “หนี้จะระงับสิ้นไปโดยเหตุประการอื่น” ซึ่งเป็นไปตาม บทบัญญัติเรื่อง “ความระงับแห่งหนี้” ในป.พ.พ.บรรพ2 ลักษณะ1 หมวด5 ได้แก่⁶¹ การชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบหนี้ แผลงหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลืนกัน เพราะฉะนั้น การที่หนี้ประณาดขาดอายุความจึงไม่กระทบกระเทือนถึงจำนอง ผู้รับจำนองยังคงมีสิทธิบังคับจำนองได้ เพราะว่หนี้ที่ขาดอายุความนั้น กฎหมายเพียงห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้นแต่หนี้มิได้ระงับสิ้นไป ประกอบกับสิทธิจำนองมี ลักษณะเป็นทรัพย์สินอันตกติดไปกับทรัพย์สินจำนองจนกว่าจะระงับสิ้นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจำนอง⁶²

2.2.3 ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน

เนื่องจากผู้จำนองสามารถโอนหรือเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองไปจำนองต่ออีกได้ กฎหมายจึงต้อง ให้หลักประกันที่มั่นคงแก่ผู้รับจำนอง โดยให้สิทธิพิเศษบางประการแก่เจ้าหนี้จำนองในอันที่จะบังคับ ชำระหนี้จาก *ทรัพย์สินที่จำนอง* เพื่อยืนยันว่าสัญญาจำนองนั้นให้หลักประกันที่มั่นคงแก่ผู้รับจำนอง⁶³

สิทธิพิเศษนี้ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อน ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

2.2.3.1 สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ

เจ้าหนี้จำนองเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกัน คือ มีทรัพย์สินมาตราไว้เป็นหลักประกันว่า จะได้รับชำระหนี้อย่างแน่นอนหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ต่างกับเจ้าหนี้สามัญซึ่งไม่มีหลักประกันใดๆ เจ้าหนี้ จำนองจึงอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเจ้าหนี้สามัญ ดังที่ป.พ.พ.มาตรา 702 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ผู้รับจำนอง ชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญมีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

จากบทบัญญัติในมาตรานี้จะเห็นได้ว่า ผู้รับจำนอง(เจ้าหนี้จำนอง) มีสิทธิได้รับ ชำระหนี้จาก “ทรัพย์สินจำนอง” ที่ตราไว้เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญของเจ้าของทรัพย์สินนั้นเสมอ เจ้าหนี้สามัญ ของเจ้าของทรัพย์สินจำนองจะขอแบ่งชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นไม่ได้ ต้องไปบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่น ถึงแม้ว่าเจ้าหนี้จำนองจะมีได้เป็นผู้ยึดทรัพย์สินก็ตาม เว้นแต่เมื่อเจ้าหนี้จำนองบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สิน จำนองครบแล้ว ถ้ามีเงินเหลืออยู่เจ้าหนี้สามัญจึงจะขอรับชำระหนี้ได้ ถ้าไม่มีเงินเหลือเลยเจ้าหนี้สามัญ ก็จะไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองนั้นแต่อย่างใด

⁶¹ สหส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอ ,หน้า 119-120

⁶² ปรีชาวิศาลเทพ และปิยะนุช โปตะวณิช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 3 สาขาวิชา นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, (กรุงเทพมหานคร: ศรีเมืองการพิมพ์), 2527, หน้า 170-175

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 170-175

นอกจากนี้ในกรณีเจ้าหนี้สามัญเป็นผู้ฟ้องคดีและนำยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ หากทรัพย์สินนั้นติดจำนอง เจ้าหนี้จำนองก็มีสิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนได้โดยไม่ต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาตามป.วิ.พ.มาตรา 289 แต่มีเงื่อนไขเพียงประการเดียวว่า หนี้จำนองจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว โดยหากหนี้จำนองยังไม่ถึงกำหนดชำระ แม้จะมีการขายทอดตลาดไปหนี้จำนองก็ย่อมติดไปด้วย⁶⁴

คำพิพากษาฎีกาที่ 2825/2527 วินิจฉัยว่า

“เจ้าหนี้ในฐานะผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ แม้จะมีได้ฟ้องบังคับจำนองโดยตรง แต่โจทก์ก็ขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองที่ยึดมาโดยปลอดจำนอง อันถือได้ว่าเป็นการขอให้บังคับชำระหนี้จำนองโดยอาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิของเจ้าหนี้จำนอง เจ้าหนี้ผู้เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิจึงอยู่ในฐานะที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ผู้ร้องทั้งเก้าซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีใช่เจ้าหนี้บุริมสิทธิ ชอบที่จะได้รับแต่เงินที่เหลือจากการชำระหนี้จำนองของโจทก์ถ้าหากมีดังบัญญัติไว้ตามป.วิ.พ.มาตรา 289 บรรทัดสุดท้าย”

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างเจ้าหนี้จำนองกับเจ้าหนี้สามัญแล้ว เจ้าหนี้จำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญอย่างแน่นอน แต่หากเป็นกรณีระหว่างเจ้าหนี้จำนองกับเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิแล้ว เจ้าหนี้ประเภทใดจะมีสิทธิชำระหนี้ก่อนนั้น ต้องพิจารณาว่าเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิประเภทใด กล่าวคือ ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตนจากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ โดยนัยดังบัญญัติไว้ในป.พ.พ. หรือบทกฎหมายอื่น (มาตรา 251)

1. บุริมสิทธิสามัญ : ถ้าหนี้มีอยู่เป็นคุณแก่บุคคลผู้ใดในมูลอย่างใดอย่างหนึ่ง ตั้งจะกล่าวต่อไปนี้ บุคคลผู้นั้นย่อมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้

1.1 บุริมสิทธิค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์อันร่วมกัน : ใช้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายอันได้เสียเพื่อไปประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหมดทุกคนร่วมกันเกี่ยวกับการรักษา การชำระบัญชีหรือการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้

1.2 บุริมสิทธิในมูลค่าปลงศพ : ใช้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายในการปลงศพตามควรแก่ฐานานุรูปของลูกหนี้

1.3 บุริมสิทธิในมูลค่าภาษีอากร : ใช้สำหรับเอาบรรดาค่าภาษีอากรในที่ดินทรัพย์สิน หรือค่าภาษีอากรอย่างอื่นซึ่งลูกหนี้ยังค้างชำระอยู่ในปัจจุบันและก่อนนั้นขึ้นไปอีกปีหนึ่ง ซึ่งคำว่า “ปัจจุบัน” ดังกล่าว หมายความว่า ปีที่ผู้มีบุริมสิทธิได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้เอาเงินของลูกหนี้มาชำระหนี้ค่าภาษีอากรแก่ผู้มีบุริมสิทธิ

1.4 บุริมสิทธิในมูลค่าจ้างเสมียน คนใช้ : เพื่อการงานที่ได้ทำให้แก่ลูกหนี้นั้น ใช้สำหรับเอาค่าจ้างนับถอยหลังขึ้นไป 4 เดือน แต่ไม่ให้เกินสามร้อยบาทต่อเสมียนหรือคนใช้คนหนึ่งๆ

⁶⁴ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, ฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนอ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), หน้า 118

บุริมสิทธิในมูลค่าจ้างคนงาน ใช้สำหรับเอาค่าจ้างนับถอยหลังขึ้นไปสองเดือน แต่ไม่ให้เกินร้อยละสิบบาทต่อคนงานคนหนึ่งๆ

1.5 บุริมสิทธิในมูลค่าเครื่องอุปโภคบริโภคอันจำเป็นประจำวัน : ใช้สำหรับเอาค่าเครื่องอุปโภคบริโภค ซึ่งยังค้างชำระอยู่นับถอยหลังขึ้นไปหกเดือน เช่น ค่าอาหาร เครื่องดื่ม อันจำเป็นเพื่อการทรงชีพของลูกหนี้ และบุคคลในสกุลซึ่งอยู่กับลูกหนี้และซึ่งลูกหนี้จำต้องอุปการะ กับทั้งคนใช้ของลูกหนี้ด้วย(มาตรา 258)

2. บุริมสิทธิพิเศษ

2.1 บุริมสิทธิเหนือสังหาริมทรัพย์ : ถ้าหนีมืออยู่เป็นคุณแก่บุคคลใดในมูลค่าอย่างหนึ่งอย่างใดตั้งจะกล่าวต่อไปนี้ บุคคลผู้นั้นย่อมมีบุริมสิทธิเหนือสังหาริมทรัพย์เฉพาะอย่างของลูกหนี้คือ เช่าอสังหาริมทรัพย์ พักอาศัยในโรงแรม รับขนคนโดยสารหรือของ รักษาสังหาริมทรัพย์ ชื่อชายสังหาริมทรัพย์ ค่าเมล็ดพันธุ์ ไม้พันธุ์ หรือปุ๋ย และค่าแรงงานกลกรรม หรืออุตสาหกรรม

2.2 บุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ : ถ้าหนีมืออยู่เป็นคุณแก่บุคคลใดในมูลค่าอย่างหนึ่งอย่างใดตั้งจะกล่าวต่อไปนี้ บุคคลผู้นั้นย่อมมีบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์เฉพาะอย่างของลูกหนี้คือ รักษาอสังหาริมทรัพย์ จ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ และชื่อชายอสังหาริมทรัพย์

ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ป.พ.พ. มาตรา 284-287⁶⁵ ได้บัญญัติผลแห่งบุริมสิทธิประเภทต่างๆดังกล่าวข้างต้นไว้ ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ว่า เจ้าหนีบุริมสิทธิสามัญที่มีได้ลงทะเบียนเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ใดๆที่ไม่มีหลักประกันพิเศษได้ แต่ในทางกลับกันเจ้าหนีบุริมสิทธิสามัญไม่มีสิทธิจะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้จำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันพิเศษ และบุริมสิทธิที่อาจใช้ได้ก่อนสิทธิจำนองจะต้องเป็นบุริมสิทธิที่ได้จดทะเบียนแล้วตามมาตรา 285 และ 286 เท่านั้น ดังนั้น เจ้าหนีบุริมสิทธิสามัญเกี่ยวกับหนี้ค่าภาษีอากรตามมาตรา 253 (3) จึงจะมาขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้จำนองมิได้⁶⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่าหนี้จำนองจะมีศักดิ์ใหญ่กว่าหนี้บุริมสิทธิที่ยังไม่ได้จดทะเบียน แต่หนี้บุริมสิทธิที่จดทะเบียนแล้วย่อมมีศักดิ์ใหญ่กว่าหนี้จำนองเฉพาะหนี้

⁶⁵มาตรา 284 บัญญัติว่า "บุริมสิทธิสามัญนั้น ถึงแม้จะมีได้ลงทะเบียนเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็ดีย่อมจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ใดๆที่ไม่มีหลักประกันพิเศษนั้นได้ แต่ความที่กล่าวนี้ท่านมิให้ใช้ไปถึงการต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้ไปลงทะเบียนสิทธิไว้"

มาตรา 285 บัญญัติว่า "บุริมสิทธิในมูลค่ารักษาอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้าหากว่า เมื่อนั้นการเพื่อบำรุงรักษานั้นสำเร็จแล้ว ไปบอกลงทะเบียนไว้โดยพลันไซ้ บุริมสิทธิก็คงให้ผลต่อไป"

มาตรา 286 บัญญัติว่า "การที่จะวินิจฉัยว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นมีราคาเพิ่มขึ้นเพราะการอันได้ทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์มากน้อยเพียงใดนั้น ท่านให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญขึ้นเป็นผู้กระประมาณในเวลาที่มีขัดแย้งขัดแย้งในภาพแบ่งเฉลี่ย"

มาตรา 287 บัญญัติว่า "บุริมสิทธิใดที่ได้ไปจดทะเบียนแล้วตามบทบัญญัติทั้งสองข้างบนนี้ บุริมสิทธินั้นท่านว่าอาจจะใช้ได้ก่อนสิทธิจำนอง"

⁶⁶พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 มาตรา 1-240. (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา), 2509, หน้า 336-347

บุรีมสิทธิตามป.พ.พ. มาตรา 285 และ มาตรา 286 คือ หนี้บุรีมสิทธิในมูลรักษาสงหากริมทรัพย์กับหนี้บุรีมสิทธิในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหากริมทรัพย์ เพราะบุรีมสิทธิในมูลรักษาสงหากริมทรัพย์นั้นมีผลต่อสภาพความมั่นคงของอสังหากริมทรัพย์ไม่ให้อสังหากริมทรัพย์นั้นเสื่อมสภาพหรือชำรุดเสียไปซึ่งย่อมมีผลกระทบไปถึงสิทธิจำนองด้วย ถ้ามีการบำรุงรักษาซ่อมแซมให้อสังหากริมทรัพย์นั้นอยู่ในสภาพที่ดี เวลาบังคับจำนองก็อาจจะได้ราคาที่ดี และในทำนองเดียวกันบุรีมสิทธิในการจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหากริมทรัพย์นั้นก็ทำให้มูลค่าของอสังหากริมทรัพย์สูงขึ้น เมื่อเวลาบังคับจำนอง อสังหากริมทรัพย์ที่ติดจำนองก็ย่อมมีราคามากขึ้น⁶⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 1480/2509 วินิจฉัยว่า

“ตามป.พ.พ.มาตรา 284 เจ้าหนี้บุรีมสิทธิสามัญที่มีได้ลงทะเบียนเกี่ยวกับอสังหากริมทรัพย์มีสิทธิยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ใดๆ ที่ไม่มีหลักประกันพิเศษได้เท่านั้น ในทางกลับกันเจ้าหนี้บุรีมสิทธิสามัญไม่มีสิทธิจะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันพิเศษ และตามมาตรา 287 บุคคลที่อาจใช้ได้ก่อนสิทธิจำนองนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ได้จดทะเบียนแล้วตามมาตรา 285 และมาตรา 286 เท่านั้น ฉะนั้นเจ้าหนี้บุรีมสิทธิเกี่ยวกับหนี้ค่าภาษีอากรตามมาตรา 253 (3) จึงจะมาขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่ได้”

2.2.3.2 สิทธิของผู้รับจำนองลำดับก่อนที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองลำดับหลัง⁶⁸

ในกรณีที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองไว้แล้วไปจำนองต่อให้คนอื่นอีก ในระหว่างผู้รับจำนองด้วยกันนั้นถือหลักการจดทะเบียนก่อนหลังเป็นเกณฑ์กำหนดลำดับของผู้รับจำนอง ใครจดทะเบียนก่อนก็อยู่ในลำดับก่อนและมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนผู้จดทะเบียนทีหลัง ผู้รับจำนองลำดับก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนตามป.พ.พ.มาตรา 730*เมื่อทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวได้จำนองแก่ผู้รับจำนองหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจำนองเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียนและผู้รับจำนองคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลังซึ่งป.พ.พ.มาตรา 732*ได้บัญญัติรับรองต่อไปอีกว่า ถ้าขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองได้เงินสุทธิเท่าใดต้องจัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับอันเป็นการยืนยันหลักในป.พ.พ. มาตรา 730 ให้แน่นแฟ้นขึ้นอีก ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไปในเรื่องการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ นอกจากนี้เพื่อมิให้ผู้รับจำนองลำดับหลังก่อกวนหรือกระทำการใดให้เป็นเสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อน กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้รับจำนองลำดับก่อนในอันที่จะปกป้องความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของผู้รับจำนองลำดับหลังตามป.พ.พ. มาตรา 731*ไว้ว่า “อันว่าผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหาย

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57

⁶⁸ ปรีชา วิศาลเวทย์ และ ปิยะนุช โปตะวานิช, เอกสารวรรณคดีวิชากฎหมายพาณิชย์ 3 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 173-175

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการยกเว้นบทบัญญัติมาตรานี้ใน

แก่ผู้รับจำนองคนก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่" ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากฎหมายของไทยเรื่องลำดับของ ผู้รับจำนองนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า"ผู้ใดมาก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่า"(Qui prior est tempore potior est jure) โดยกฎหมายอังกฤษในเรื่องจำนองก็มีหลักอย่างเดียวกัน คือ ก่อนปี ค.ศ. 1925 มีหลัก กฎหมายอิคิวิตีส์ เรียกว่า Priority Rule ถือว่าผู้รับจำนองก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองทีหลัง ซึ่งต่อมาก็มีการตราพระราชบัญญัติเมื่อปี ค.ศ. 1925 คือ The Law of Property Act 1925 มาตรา 97 บัญญัติว่า ถ้ามีจำนองหลายรายให้ถือลำดับก่อนหลังตามลำดับวันที่จดทะเบียน⁶⁹

224 เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองจึงจะใช้สิทธิบังคับจำนองเอา แก่ทรัพย์สินจำนองได้

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้หรือผู้จำนองไม่ยอมชำระหนี้ ผู้รับจำนองก็มีสิทธิ บังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการนำทรัพย์สินจำนอง ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้หรือเอาทรัพย์สินนั้นหลุดเป็นสิทธิแก่ตน ซึ่งการบังคับจำนองทั้ง 2 วิธีดังกล่าวข้างต้นผู้รับจำนองมีหน้าที่จะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลขอให้บังคับจำนอง ต่างกับการบังคับ จำนำซึ่งทรัพย์สินจำนองอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จำนำจึงชอบที่จะบังคับจำนำด้วยการนำ ทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดี ในขณะที่การจำนองนั้นทรัพย์สินจำนองยังคงอยู่ใน ความครอบครองของลูกหนี้หรือผู้จำนอง เจ้าหนี้จำนองจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะทำกฎหมายเองไปยึดยึด เอาทรัพย์สินของเขามาขายทอดตลาดใช้หนี้ได้ แต่ต้องอาศัยอำนาจศาล⁷⁰

สำหรับการบังคับจำนองนั้น เจ้าหนี้จำนองซึ่งประสงค์จะฟ้องบังคับจำนองจะต้องมีหนังสือ บอกกล่าวล่วงหน้าก่อนฟ้องบังคับจำนองให้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดให้ และถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ภายในเวลาอันสมควรที่กำหนดให้ในจดหมายบอกกล่าวจึงจะฟ้องบังคับจำนองได้⁷¹ ตามที่ป.พ.พ. มาตรา 728 บัญญัติว่า "เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อน ว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติ ตามคำบอกกล่าวผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขาย ทอดตลาดก็ได้" ซึ่งปรากฏว่าหากผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองโดยไม่บอกกล่าวบังคับจำนองตาม ป.พ.พ. มาตรา 728 ศาลย่อมยกฟ้องได้ทันที แต่เมื่อศาลยกฟ้องแล้วหากยังติดใจบังคับจำนองอยู่อีกก็ ต้องบอกกล่าวบังคับจำนองเสียก่อน ในกรณีที่ลูกหนี้ยังไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้แล้วจึงฟ้องบังคับคดี จำนองต่อศาลได้⁷²

⁶⁹ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2523, หน้า 101

⁷⁰เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกันจำนอง จำนำ, หน้า 111

⁷¹พจน์ บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกันจำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2530), หน้า 246

⁷²สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 96

นอกจากนี้ หากเจ้าหน้าที่จ้างเองซึ่งประสงค์จะบังคับจ้างเองได้ส่งหนังสือบอกกล่าวไปแล้ว แต่ผู้จ้างเองปฏิเสธว่าไม่ได้รับคำบอกกล่าว ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำสืบให้ได้ความว่าลูกหนี้ได้รับหนังสือที่แจ้งไป ทั้งนี้กรณีที่ลูกหนี้บิดพลิ้วไม่ยอมรับการบอกกล่าวบังคับจ้างเอง เมื่อผู้รับจ้างเองได้ส่งหนังสือบอกกล่าวนั้นให้แก่ลูกหนี้ก็ถือว่าได้รับคำบอกกล่าวแล้ว⁷³ เช่น กรณีผู้รับจ้างเองไปส่งหนังสือบอกกล่าวให้ลูกหนี้แต่ลูกหนี้ไม่ยอมรับจึงวางไว้ต่อหน้าลูกหนี้เช่นนี้ ถือว่าลูกหนี้ได้รับการบอกกล่าวแล้ว ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 318/2501

2.2.4.1 วิธีการบอกกล่าวบังคับจ้างเอง

กฎหมายใช้คำว่า “จดหมายบอกกล่าว” คือ การบอกกล่าวต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎหมายก็ได้กำหนดแบบของการบอกกล่าวไว้ ดังนั้น แม้แต่เขียนลงในด้านหลังของนามบัตรก็ถือว่าเป็นคำบอกกล่าวแล้ว และเมื่อการบอกกล่าวบังคับจ้างเองจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ ดังนั้น การตั้งตัวแทนบอกกล่าวบังคับจ้างเองจึงต้องทำขึ้นเป็นหนังสือด้วยตาม ป.พ.พ. มาตรา 798 โดยหากการตั้งตัวแทนนั้นไม่ได้ทำเป็นหนังสือ การบอกกล่าวบังคับจ้างเองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ยังมีสิทธิให้สัตยาบันแก่การบอกกล่าวนั้นได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 823 และเมื่อเจ้าหน้าที่ให้สัตยาบันแล้วก็ถือว่าการบอกกล่าวบังคับจ้างเองชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2427/2518 วินิจฉัยว่า

“ส. มีจดหมายบอกกล่าวบังคับจ้างเองแก่จำเลยโดยอ้างว่าได้รับมอบอำนาจจากโจทก์ผู้รับจ้างเอง แม้โจทก์จะมีได้นำหนังสือมอบอำนาจให้ ส.บอกกล่าวบังคับจ้างเองมาแสดงต่อศาล แต่เมื่อ ส. ได้บอกกล่าวบังคับจ้างเองในนามของโจทก์ และโจทก์ยอมรับเอาการบังคับจ้างเองที่ ส. บอกกล่าวในนามของโจทก์แล้ว ย่อมถือได้ว่าโจทก์ให้สัตยาบันตามมาตรา 823 และถือได้ว่าโจทก์ได้บอกกล่าวบังคับจ้างเองแก่จำเลยแล้ว

2.2.4.2 บุคคลที่จะต้องได้รับการบอกกล่าวบังคับจ้างเอง

(1) ผู้รับจ้างเองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยัง “ลูกหนี้”

ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นผู้กู้ยืมเงินจากเจ้าหน้าที่แล้วจ้างเองทรัพย์สินของตนเป็นประกันการชำระหนี้ ลูกหนี้และผู้จ้างเองย่อมเป็นบุคคลเดียวกัน แต่ถ้าเป็นการจ้างเองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ หากบอกกล่าวบังคับจ้างเองแก่ลูกหนี้ที่มีได้จ้างเองทรัพย์สินของตนเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่บอกกล่าวบังคับจ้างเองแก่ผู้จ้างเองย่อมไม่ใช่การบังคับจ้างเองที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะสำหรับลูกหนี้นั้นเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน ลูกหนี้ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัด

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการยกเว้นบทบัญญัติมาตรานี้ในภาคผนวก

⁷³พจนี บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จ้างเอง, หน้า 248

โดยมีพักต้องเตือนเลยและเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ออมฟ้องบังคับชำระหนี้ได้ ข้อนี้จึงเป็นปัญหาการตีความ ป.พ.พ. มาตรา 728 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า "ลูกหนี้" ไม่ใช่ "ผู้จำนอง"⁷⁴

อ.ภิญโญธีรนิติ มีความเห็นว่า คำว่า "ลูกหนี้" น่าจะหมายถึง ผู้จำนองด้วยเพราะเป็นผู้ที่จะต้องถูกบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินของตน และการบอกกล่าวให้ผู้จำนองทราบย่อมเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้เอง ซึ่งอาจจะไม่ต้องฟ้องบังคับคดีจำนองก็ได้เพราะผู้จำนองอาจจะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้ว ผู้จำนองไปไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 724 วรรค 1

อ.สุตา (วัชรวัฒนากุล) วิศวกรพิชญ์ มีความเห็นว่า ในกรณีที่ผู้จำนองเป็นบุคคลภายนอกที่จำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ก็ต้องบอกกล่าวไปยังผู้จำนองด้วย เพราะผู้จำนองเข้าใช้หนี้แทนเพื่อป้องกันการบังคับจำนองก็ได้

อ.พจน์ บุษปาคม มีความเห็นว่า กรณีตาม ป.พ.พ. มาตรา 728 เป็นเรื่องบังคับจำนอง คำว่า "ลูกหนี้" ในมาตรานี้จึงต้องหมายความถึงผู้จำนอง ซึ่งเรื่องการค้าประกันมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1012/2474 วินิจฉัยว่า "ข้อวินิจฉัยจึงมีต่อไปว่า ผู้ค้าประกันเป็นลูกหนี้โจทก์หรือไม่ ข้อนี้ฟังได้ว่า นายประกันเป็นลูกหนี้เหมือนกัน" เมื่อนำมาปรับกับกรณีจำนองเป็นประกันหนี้ อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ฐานะของผู้จำนองเป็นประกันหนี้จึงคล้ายกับผู้ค้าประกัน เมื่อนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระ เจ้าหนี้ก็เอาชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองได้ ความหมายที่ให้บอกกล่าว แม้จะใช้คำว่า "ลูกหนี้" ก็หมายถึง ผู้จำนองนั่นเอง ดังนั้น การบังคับจำนองจึงต้องบอกกล่าวแก่ผู้จำนอง

เพราะฉะนั้น กรณีบุคคลภายนอกจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้จำนองด้วย

(2) กรณีที่มีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอกแล้ว

ป.พ.พ. มาตรา 735* บัญญัติว่า "เมื่อผู้รับจำนองคนใดจำนองจะบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง ท่านว่าต้องมีจดหมายบอกกล่าวแก่ผู้รับโอนล่วงหน้าเดือนหนึ่งก่อนแล้วจึงจะบังคับจำนองได้"

กล่าวคือ ผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะบังคับจำนองจะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองล่วงหน้ามีกำหนด 1 เดือน และต้องฟ้องบังคับจำนองผู้รับโอนด้วย มิฉะนั้น จะไม่มีสิทธิยึดทรัพย์ที่จำนองมาขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ได้ เพราะผู้รับโอนเป็นบุคคลนอกคดี⁷⁵

⁷⁴พจน์ บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้าประกันจำนอง จำนำ หน้า 247

⁷⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 251

*ดูรายละเอียดของบทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของการร่างบทบัญญัติมาตรานี้ใน ภาคผนวก

คำพิพากษาฎีกาที่ 1251/2510 วินิจฉัยว่า

“กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทตกเป็นของผู้ร้องตั้งแต่วันที่ซื้อฝากโดยมีภาระจำนองติดไปด้วย โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับจำนองมีสิทธิบอกกล่าวแก่ผู้ร้องว่ามีความจำนองจะบังคับจำนองแก่ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองได้ตามมาตรา 736 และ มาตรา 737 เมื่อโจทก์ยังไม่ได้ฟ้องขอบังคับจำนองแก่ผู้ร้อง ผู้ร้องจึงยังไม่ตกเป็นลูกหนี้ของโจทก์ โจทก์ก็ยังไม่มียึดที่ดินพิพาทที่จำนองแก่โจทก์ เพราะผู้ร้องเป็นบุคคลภายนอก การที่โจทก์มีสิทธิเหนือที่ดินพิพาทอยู่นั้น จะต้องฟ้องบังคับจำนองแก่ผู้ร้องให้ศาลพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีเสียก่อนจึงจะมีสิทธิยึดที่ดินพิพาทขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาจำนองแก่โจทก์ได้ เพราะกฎหมายลักษณะจำนองไม่ได้ให้โจทก์มีสิทธิยึดทรัพย์สินที่จำนองโดยไม่ได้มีการฟ้องบังคับจำนอง”

2.2.4.3 ข้อความที่บอกกล่าว

“จดหมายบอกกล่าว” จะมีข้อความอย่างไรก็ได้แล้วแต่สำนวนโวหารของแต่ละคน แต่อย่างน้อยจะต้องมีใจความสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ เป็นเรื่องการบอกให้ชำระหนี้ และจะต้องมีข้อความกำหนดเวลาให้ชำระหนี้โดยกำหนด “เวลาให้พอสมควร”⁷⁶ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมทั้งทางฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ เพื่อให้โอกาสและเวลาตามสมควรที่ลูกหนี้จะทำการชำระหนี้ เว้นแต่การบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินก็จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้า 1 เดือน

2.2.5 หนี้ประธานส่วนที่ขาดหลังจากมีการบังคับจำนอง ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด

ป.พ.พ. มาตรา 733*บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น”

เนื่องจาก ป.พ.พ. มาตรา 733 เดิม บัญญัติว่า “การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ถ้าราคาทรัพย์สินต่ำกว่าหนี้ หรือบังคับจำนองเอาทรัพย์สินขายทอดตลาดได้เงินสุทธิต่ำกว่าหนี้ที่ค้างชำระเงินยังขาด ลูกหนี้ต้องรับผิดใช้จนครบ” ส่วน ป.พ.พ. มาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่และใช้บังคับในปัจจุบันบัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น” และได้มีการแก้ไขตลอดไปถึงหลักทั่วไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 214 จากเดิมที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย โดยให้แก้ไข ป.พ.พ. มาตรา 214 ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733 ดังนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 733 เดิมนั้น ภายหลังจากการบังคับจำนองหากปรากฏว่าเงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ยังต้องรับผิดใช้จนครบ ซึ่งสอดคล้องกับ

⁷⁶สิทธิบริดา นาคประดา, คู่มือจดทะเบียนจำนองกรมวางร. หน้า 63

มาตรา 214 เดิม ที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิง ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733

สำหรับหลักการและเหตุผลที่ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ป.พ.พ. มาตรา 733 ก็คือ เพื่อให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด เมื่อทรัพย์สินจำนองมีราคาน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ และกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นให้อำนาจผู้รับจำนองมากเกินไปจนถึงกับว่าถ้าบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองได้เงินไม่พอขาดอีกมากน้อยเท่าใดผู้จำนองยังต้องรับผิดชอบอีก ความจริงทรัพย์สินที่จำนองนั้นก็ประกันหนี้อื่นเพียงพออยู่แล้ว ผู้รับจำนองทุกคนคงไม่มีใครรับจำนองมากไปกว่าราคาทรัพย์สินซึ่งจำนองก็เมื่อบังคับจำนองได้เงินมากน้อยเท่าใดก็ควรจะเป็นอันยุติเพียงนั้น ไม่ควรที่จะให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบ

จากหลักการและเหตุผลในการแก้ไข ป.พ.พ. มาตรา 733 ในขณะนั้นเข้าใจว่าคงเป็นเพราะเหตุ 2 ประการ คือ

ประการแรกประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม ประชากรส่วนใหญ่ในประเทศประกอบอาชีพเกษตรกรรม ซึ่งเกษตรกรเหล่านี้มักประสบปัญหาในเรื่องหนี้สินและปัญหาอื่นๆ โดยเฉพาะเรื่องที่ดินทำกินซึ่งส่วนมากต้องนำที่ดินทำกินที่ตนมีกรรมสิทธิ์อยู่ไปจำนอง ชาย หรือชายฝากไว้กับเจ้าหนี้ และเพราะสาเหตุจากการขาดความรู้ในเรื่องการทำนิติกรรมสัญญา ผลสุดท้ายมักจะสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินของตนไปและต้องกลายเป็นการเช่าไปเป็นจำนวนมาก

ประการที่สองก็คือ เนื่องจากโดยปกติแล้วการจำนอง เมื่อลูกหนี้ไปกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้โดยมีทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะให้กู้ไม่เกินครึ่งหนึ่ง หรือไม่เกิน 75% ของราคาทรัพย์สินที่จำนองไว้วันแต่จะเป็นเรื่องการสมยอมกันระหว่างเจ้าหนี้ที่สถาบันการเงินกับลูกหนี้ ซึ่งอาจให้กู้เงินเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่จำนอง ดังนั้น ถ้ามีการบังคับจำนองโดยเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดโดยปกติแล้วราคาทรัพย์จำนองก็จะคุ้มหรือเกินกว่าราคาหนี้จำนอง วันแต่จะมีการใช้วิธีอันไม่สุจริตสมคบกันระหว่างเจ้าหนี้จำนองกับผู้ซื้อโดยมีเจ้าหนี้ที่รู้เห็นเป็นใจด้วย ทั้งนี้โดยลูกหนี้จำนองไม่มีโอกาสหรือไม่มีความรู้ที่จะคัดค้านการขายทอดตลาดนั้น

ทั้งนี้ มีเอกสารประกอบการประชุมเมื่อครั้งที่มีการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ดังต่อไปนี้

ตามบันทึกเรื่องการเสนอแก้กฎหมายลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์ กียอง ได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขมาตรา 733 เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2476 ว่า

- 1) นโยบายที่เสนอแก้ไขนั้นเป็นการตรงข้ามกับความในมาตรา 733 ที่เดียว และ
- 2) ตามกฎหมายทั่วโลกเป็นที่ยอมรับกันว่า

(ก) ลูกหนี้จำต้องยอมชำระหนี้สินของตนจนสิ้นเชิง และจะต้องเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ ออกจำหน่ายเพื่อการนั้น ข้อบังคับทั่วไปอันนี้มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสยาม มาตรา 214 ซึ่งมีข้อความว่า "เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย

(ข) เมื่อลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตราไว้เพื่อชำระหนี้ของตน โดยวิธีก่อให้เกิด เอกสารสิทธิเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ต้องได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้

การกล่าวว่าลูกหนี้ต้องชำระหนี้สินของตนและต้องเอาทรัพย์สินออกจำหน่ายเพื่อการนั้น ครอบงำที่ตนยังมีทรัพย์สินอยู่นั้น ไม่ใช่เป็นเพียงในหลักกฎหมายเท่านั้น เป็นหลักในทางสุจริตด้วย และเพราะเหตุว่าเป็นหลักในทางสุจริตนี้เอง จึงกลายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปหมด

หลักทำนองว่า เจ้าหนี้ผู้เอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อใช้หนี้ เมื่อได้เงินไม่เพียงพอจะเรียกร้องให้ใช้หนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้นั้น ย่อมเป็นการนำมาใช้ในกฎหมายแพ่งของเรา ซึ่งเป็นการตรงข้ามกับหลักที่ใช้กันอยู่ในบรรดาประเทศทั้งหลายและหากมีการใช้กฎหมายนี้ในประเทศไทย คงไม่มีเจ้าหนี้ผู้รอบคอบคนใดที่จะละเลยไม่ทำสัญญาเมื่อไว้ให้ลูกหนี้รับผิดชอบนอกออกไปจากประมวลแห่ง เพื่อเป็นประกันการที่จะได้เงินของตนคืน"

นอกจากนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาการแก้กฎหมายมาตรา 733 ตามบันทึก ลงวันที่ 26 มกราคม 2477 ว่า "กฎหมายของต่างประเทศไม่ค่อยได้กำหนดไว้ชัดแจ้งและโดยตรงเสมอ แต่อาศัยบทบัญญัติเฉพาะของกฎหมาย เช่น ตามบทบัญญัติที่ว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปโดยการชำระหนี้ ก็แต่เมื่อหนี้นั้นได้ชำระโดยสิ้นเชิงและเพียงพอ หรือตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะล้มละลายที่ว่า เจ้าหนี้มีประกัน (รวมถึงผู้รับจำนอง) ถ้ายังมีได้รับชำระหนี้จนสิ้นเชิงจากการที่บังคับเอาจากทรัพย์สิน ประกัน (รวมถึงการจำนอง) แล้ว อาจร้องขอให้จัดการในส่วนการเรียกร้องที่ยังไม่ได้รับชำระอย่าง เจ้าหนี้สามัญได้ โดยนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาอ้างได้ดังนี้

กฎหมายอังกฤษ (คูซอลสบุรี ว่าด้วยการจำนอง เล่ม 21 หน้า 269) ผู้รับจำนองเอา ทรัพย์สินประกันทั้งหมด หรือแต่บางส่วนออกจำหน่ายโดยการขาย เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายในการนั้นแล้ว เหลือเท่าใด ผู้รับจำนองต้องคิดหักหนี้ของผู้จำนอง เมื่อหนี้นั้นยังชำระไม่ครบถ้วนอีกเท่าใดผู้รับจำนอง เรียกเอาส่วนที่ขาดอยู่นั้นได้อีก

กฎหมายฝรั่งเศสประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1234 บัญญัติว่า

"หนี้นั้นระงับสิ้นไปด้วยการชำระหนี้"

(Article 1234 Les obligation s'eteignent : Par le paiement, Par le novation.....)

และมาตรา 2092 บัญญัติว่า

"ผู้ใดผูกมัดตนเป็นการส่วนตัวก่อนนี้ขึ้น ผู้นั้นจำต้องปฏิบัติการชำระหนี้ของตนจากบรรดา สິงหามทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าที่มีอยู่แล้วหรือจะมีขึ้นในภายหน้าทั้งหมด

(Article 2092 Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, presents et a venir)

และมาตรา 2209 บัญญัติว่า

"เจ้าหนี้จะเรียกให้ขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้จำนองไว้แก่ตนได้ก็แต่ในกรณีเมื่อทรัพย์สินที่ จำนองไว้กับตนนั้นไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ตามที่เรียกร้อง"

(Article 2209 Le creancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypotheques, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothes)

จากบันทึกความเห็นดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ค่อยเห็นด้วยกับนโยบายของรัฐที่จะแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 แต่เมื่อได้นำเสนอความเห็นไปยังคณะรัฐมนตรีแล้ว คณะรัฐมนตรียังคงยืนยันที่จะให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 ดังกล่าวดังรายละเอียดปรากฏในภาคผนวก ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นตรงกันว่า การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อหลักของการจำนอง โดยเป็นการแก้ไขหลักการที่สำคัญของการจำนองที่ว่า ลูกหนี้คงเป็นลูกหนี้จนกว่าจะชำระหนี้สิ้นเชิง และคงรับผิดในหนี้ส่วนที่ขาดหากทรัพย์ที่จำนองมีราคาไม่พอชำระหนี้ การจำนองเป็นเพียงการประกันการชำระหนี้ เมื่อหลักประกันไม่พอ หนี้ที่เหลือเป็นหนี้ที่ไม่มีประกัน ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบไม่ใช่อุบัติเหตุไป" ทำให้การจำนองไม่เป็นประกันหนี้ และแก้ไขไม่ตลอด เนื่องจากการจำนำค้ำยจำนองแต่ไม่มีการแก้ไขหลักการเรื่องจำนำด้วย

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวแล้วว่า การแก้ไขด้วยเหตุทางการเมืองได้ทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนไปเป็นอันมากจนถึงขนาดที่จะถือไม่ได้ว่าการจำนองเป็นประกันแห่งหนี้ เพราะถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว เมื่อขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ลูกหนี้ยังจะต้องรับผิด

นายเค.เอ. ลอร์สัน มีความเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 นี้เป็นการทำความยุติธรรมให้แก่ผู้รับจำนองอย่างยิ่ง โดยนายตี ฟานิชัตตรา กล่าวว่า ในส่วนตัวไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขนั้น เพราะนอกจากจะเป็นการขัดกับลักษณะจำนองแล้ว อาจจะมีผลในทางอื่นด้วย

ขุนประเสริฐศุภมาตรา กล่าวว่า กฎหมายบทนี้ตัดสิทธิของเจ้าหนี้โดยเจ้าหนี้ไม่ได้ทำผิดอะไรเลย และเป็นการให้สิทธิแก่ลูกหนี้ โดยลูกหนี้ไม่ได้ทำความชอบอะไรเลย"⁷⁷

การบังคับจำนองแล้วได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน ซึ่ง ป.พ.พ.มาตรา 733 บัญญัติให้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในส่วนที่เหลือนี้ใช้บังคับแก่การจำนองทุกกรณี ไม่ว่าจะกรณีใดที่ลูกหนี้จำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของตน หรือกรณีบุคคลภายนอกจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ซึ่งบุคคลอื่นจะต้องชำระ หรือแม้แต่ในกรณีที่ทรัพย์จำนองนั้นได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม⁷⁸ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองใช้สิทธิฟ้องบังคับจำนองไม่ว่าจะเป็นการบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดหรือเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิเท่านั้น เพราะหากไม่ใช้การใช้สิทธิฟ้องบังคับจำนองแล้ว ก็ไม่สามารถนำ ป.พ.พ. มาตรา 733 มาใช้บังคับได้ อาทิเช่น

(1) กรณีผู้จำนองเอาทรัพย์จำนองตีใช้หนี้ ซึ่งตีใช้ในราคาเท่าใด หนี้ก็ระงับไปด้วยการชำระหนี้เท่าที่ตีราคาใช้หนี้ไป ลูกหนี้ขึ้นต้นจึงยังคงต้องรับผิดในหนี้ส่วนที่เหลือ

⁷⁷บันทึกเรื่องการเสนอแก้ไขกฎหมายลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

⁷⁸สุดา (วารัฒนการ)วิศุทธิพนธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง จำนำ, หน้า 93

(2) กรณีผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองใช้สิทธิไถ่ถอนจำนองตามป.พ.พ.มาตรา 736 และ มาตรา 738 ไม่ใช่กรณีเจ้านี้ยับจำนอง ลูกหนี้ชั้นต้นจึงยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่เหลือ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการแก้ไขมาตรา 733 ไม่ต้องให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเงินที่ยังขาดอยู่ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็มี "วิธีการเลี้ยงให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดอย่างเดิม" ดังนี้⁷⁹

(1) คู่สัญญาอาจตกลงยกเว้นมาตรา 733 โดยตกลงกันว่า ถ้าบงคับจำนองแล้วเงินยังขาดอยู่อีกเท่าไร ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดอยู่ ทั้งนี้แม้ว่ากรณีดังกล่าวเจ้านี้ยจำนองจะมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นได้ตามข้อตกลง แต่เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่น เจ้านี้ยจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในฐานะเจ้านี้ยสามัญเท่านั้น ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้านี้ยอื่น เพราะทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้นี้ไม่ใช่ทรัพย์สินจำนอง

ในบางกรณีอาจเป็นไปได้ว่ามีการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นไปทำสัญญาจำนอง กรณีเช่นนี้หากผู้รับมอบอำนาจไปทำสัญญายกเว้นมาตรา 733 ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันผู้จำนองหรือไม่ก็ต้องพิจารณาว่า อำนาจที่ได้รับมาจากการมอบอำนาจมีขอบเขตเพียงใด กล่าวคือ หากมีการมอบอำนาจให้ไปทำสัญญาจำนองและสัญญาต่อท้ายสัญญาจำนองว่า ถ้าบงคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ก็ให้บงคับเขากับทรัพย์สินอื่นของผู้จำนองจนครบ เจ้านี้ยก็ย่อมมีสิทธิยึดทรัพย์สินอื่นนอกจากทรัพย์สินที่จำนองได้ แต่หากเป็นการกระทำนอกเหนือไปจากอำนาจที่ได้รับมอบ การทำสัญญายกเว้นมาตรา 733 ก็ไม่ผูกพันลูกหนี้นี้ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1536/2514

(2) เจ้านี้ยจำนองฟ้องในมูลหนี้สามัญ หรือการใช้สิทธิอย่างเจ้านี้ยสามัญ⁸⁰

หากเจ้านี้ยจำนองฟ้องขอให้ชำระหนี้หรือขอให้ชำระหนี้จำนองโดยไม่มีคำขอให้ บงคับจำนอง ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการฟ้องบงคับจำนองจึงไม่ต้องตกอยู่ในบงคับแห่งมาตรา 733 เจ้านี้ยจำนองที่เลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบงคับชำระหนี้ของเจ้านี้ยสามัญเช่นนี้ ย่อมสามารถบังคับคดีเขาแก่ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้นั้นนอกเหนือไปจากทรัพย์สินที่จำนองไว้ได้

ศูนย์วิทยุทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷⁹พจนัน บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอ, หน้า 118-119

⁸⁰กัญญา ชีระนิตติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอ, หน้า 125

บทที่ 3

หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการบังคับจำนองตามกฎหมายไทย

จากศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 2 ถึงแนวความคิด พัฒนาการ และหลักการสำคัญของกฎหมาย ลักษณะจำนองทั้งในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศนั้น ทำให้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ ของคู่กรณีตามสัญญาจำนอง ตลอดจนหลักกฎหมายสารบัญญัติที่สำคัญอันเป็นรากฐานที่มาแห่งสิทธิ และหน้าที่ของคู่กรณีฝ่ายต่างๆแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปถึง กฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยเรื่องการค้าเงินค้ำจำนอง ตลอดจนหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของ การบังคับจำนองตามกฎหมายไทยทั้งในส่วนของหลักกฎหมาย ความเห็นทางกฎหมาย แนวปฏิบัติ ของเจ้าพนักงานผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เพื่อทราบถึงแนวทางในการดำเนินคดี บังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองเท่าที่ปรากฏในปัจจุบัน

3.1 การดำเนินคดีบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนอง

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้ โดย "การฟ้องบังคับจำนอง" ตามป.พ.พ.มาตรา 728 ซึ่งมีหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

3.1.1 ผู้รับจำนองยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาล

กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขเบื้องต้นของการฟ้องร้องบังคับจำนองไว้ว่า ผู้รับจำนองมีหน้าที่ ต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังลูกหนี้และหรือผู้รับโอนดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.4 ซึ่งหลังจากการบอกกล่าวบังคับจำนองดังกล่าวแล้ว หากลูกหนี้ยังคงเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ หรือผู้รับโอนไม่ดำเนินการไต่ถอนจำนอง ผู้รับจำนองจึงฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนองได้ ดังนี้

ศาลที่จะยื่นฟ้อง

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเสนอคำฟ้อง ได้แก่ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ป.วิ.พ.(มาตรา 2*) และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่างๆ โดยหลักเกณฑ์ของการเสนอคำฟ้องตามมาตรา 2 นี้ มีสาระสำคัญ อันจะต้องพิจารณา 4 ประการ คือ 1.สภาพของคำฟ้อง 2.ชั้นของศาลตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม 3.อำนาจ ศาลและเขตศาล เป็นต้น ซึ่งการพิจารณาว่าควรจะต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลใดนั้น มีบทบัญญัติแห่ง

*ป.วิ.พ.มาตรา 2 บัญญัติว่า

"ห้ามมิให้เสนอคำฟ้องต่อศาลใด เว้นแต่

(1) เมื่อได้พิจารณาถึงสภาพแห่งคำฟ้องและชั้นของศาลแล้ว ปรากฏว่าศาลนั้นมีอำนาจ ที่จะพิจารณา พิพากษาคดีนั้นได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและ

(2) เมื่อได้พิจารณาถึงคำฟ้องแล้ว ปรากฏว่าคดีนั้นอยู่ในเขตศาลนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง และตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเขตศาลด้วย"

อุตม เพ็ชร์พุง, หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59, การบรรยายครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ไพร่สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), หน้า 97-98

กฎหมายกำหนดไว้ในป.วิ.พ.ตั้งแต่มาตรา 3, 4*, 4 ทวิ*, 4 ตริ, 4 จัตวา, 4 เบญจ, 5 และมาตรา 7 โดยมีหลักทั่วไปสำหรับการพิจารณาเลือกฟ้องต่อศาลใดศาลหนึ่ง ได้แก่ ศาลที่จำเลยหรือผู้ร้องมีภูมิลำเนาหรือศาลที่มูลคดีเกิด หรือศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ หรือหากไม่อยู่ในเงื่อนไขก็ต้องฟ้องต่อศาลที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ เป็นต้น

ทั้งนี้ หากเป็น "คดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์" ซึ่งหมายถึง คดีที่ใช้สิทธิเรียกร้องฟ้องคดีนั้น จะต้องมีการบังคับ หรือมีข้อที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับตัวอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งแยกได้เป็นกรณีบังคับหรือจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับตัวอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ฟ้องบังคับจำนอง ฟ้องขอให้เปิดทางจำเป็นหรือทางภาวะจำยอม เป็นต้น หรือกรณีบังคับหรือจะต้องพิจารณาลิทธิประโยชน์เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ อันหมายถึง ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตาม ป.พ.พ. บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สินนั้น นอกจากโจทก์จะสามารถยื่นฟ้องต่อศาลตามหลักทั่วไปดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังสามารถยื่นฟ้องต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ในเขตศาลนั้นได้อีกด้วยตามป.วิ.พ. มาตรา 4 ทวิ* ดังนั้น เมื่อคดีฟ้องขอให้บังคับจำนองถือว่าเป็นคดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินจำนองตั้งอยู่ในเขตศาลนั้น

ผู้ถูกฟ้อง²

เนื่องจากเมื่อหนี้จำนองถึงกำหนดชำระ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ถือว่าเป็นกรณีที่มีข้อโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้น ผู้รับจำนองจึงสามารถฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามป.วิ.พ. มาตรา 55* โดยผู้จำนองมิได้มีความผูกพันต่อผู้รับจำนองในฐานะลูกหนี้ร่วมแต่เป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญาคนละฉบับ เมื่อเป็นหนี้ที่แยกออกจากกันได้ เจ้าหนี้จึงอาจเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญหรือฟ้องบังคับจำนองก็ได้ ไม่จำต้องฟ้องลูกหนี้ในหนี้ประธานเป็นจำเลยร่วม

คำพิพากษาฎีกาที่ 8/2522 วินิจฉัยว่า

"ประเด็นข้อ 7 โจทก์ฎีกาว่า จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบชำระหนี้แก่โจทก์ร่วมกันทุกจำนวน จนกว่าจะครบตามจำนวนที่เป็นหนี้อยู่ การที่ศาลอุทธรณ์แยกความรับผิดชอบของจำเลยจึงเป็นการคลาดเคลื่อน พิเคราะห์แล้วเห็นว่าเฉพาะจำเลยที่ 1 ผู้กู้ และจำเลยที่ 2 ในฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ

¹ป.วิ.พ.มาตรา 4 บัญญัติว่า "เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่...."

²ป.วิ.พ.มาตรา 4 ทวิ บัญญัติว่า

"คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิหรือประโยชน์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้เสนอต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ในเขตศาล ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ หรือต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล"

³อุฎษณ์บัณฑิตเสาวภาคย์, การบังคับจำนองของเจ้าหนี้จำนอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญาเอกบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 64

ป.วิ.พ.มาตรา 55 แต่ บัญญัติว่า

"เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้"

เท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้เงินกู้ตามฟ้อง ส่วนจำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 1 ในฐานะผู้จำนองที่ดินเป็นประกันหนี้เงินกู้อาจจะรับผิดชอบหนี้แทนจำเลยที่ 1 ต่อเมื่อจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ไม่ชำระหนี้จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 3 ในฐานะผู้จำนองหาต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในหนี้เงินกู้ตั้งโจทก์ฎีกาไม่ เพราะการบังคับชำระหนี้ต้องเป็นไปตามลำดับ กล่าวคือ ต้องบังคับให้ชำระหนี้เงินกู้อันเป็นหนี้ประธานก่อน เมื่อการชำระหนี้ประธานไม่สามารถบังคับได้แล้ว จึงจะบังคับหนี้จำนองอันเป็นหนี้อุปกรณ์ ฎีกาโจทก์ในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

ประเด็นข้อ 8 โจทก์ฎีกาว่า ที่ศาลอุทธรณ์มิได้พิพากษาให้บังคับเอาจากทรัพย์สินของจำเลยที่ 1 โดยคงพิพากษาให้บังคับเอาจากทรัพย์สินอื่นของจำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 3 นั้น ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ชำระหนี้ตามฟ้อง โดยมีได้พิพากษาว่าให้บังคับเอาจากทรัพย์สินอื่นของจำเลยที่ 1 ด้วยนั้นเป็นการถูกต้องแล้ว เพราะจำเลยที่ 1 มิได้มีฐานะเป็นผู้จำนองเหมือนดังจำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 3 ซึ่งตามสัญญาจำนองจำเลยทั้งสองยอมรับผิดชอบรับใช้เงินที่ขาดจนครบถ้วนจำนวนหนี้ตามสัญญากู้ยืม เกี่ยวกับจำเลยที่ 1 โจทก์มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอื่นของจำเลยที่ 1 ได้ในชั้นบังคับคดีตามคำพิพากษา ซึ่งไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติแต่ประการใด ฎีกาโจทก์ในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น"

ศาสตราจารย์จิติ ติงศกัทธิ ได้หมายเหตุท้ายฎีกาว่า "...ที่ว่าผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบกับผู้กู้ด้วยนั้นจึงเป็นการถูกต้อง แต่ที่ว่าการบังคับจำนองต้องทำตามลำดับบังคับเงินกู้ก่อนแล้วจึงบังคับจำนองนั้น ตามมาตรา 702 จำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ เมื่อผิดนัดก็บังคับจำนองได้ ตามมาตรา 680, 686, 728 ไม่ใช่บังคับจากหนี้ที่ประกันไว้ก่อน นอกจากใช้สิทธิตาม มาตรา 689 อีกส่วนหนึ่ง ลูกหนี้ชั้นต้นและผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกันในฐานะลูกหนี้ร่วม อีกทั้งเมื่อลูกหนี้ชั้นต้นผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองก็สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากหนี้จำนองซึ่งเป็นหนี้อุปกรณ์ได้โดยไม่ต้องบังคับชำระหนี้จากหนี้ประธานก่อน" เพราะฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเจ้าหนี้จำนองสามารถฟ้องผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญาจำนองเป็นจำเลยได้โดยไม่ต้องฟ้องลูกหนี้ชั้นต้นตามมูลหนี้ประธานเป็นจำเลยด้วยก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้มักฟ้องทั้งลูกหนี้ชั้นต้นและผู้จำนองเป็นจำเลยร่วมในคดีเดียวกันเพราะหนี้ประธานและหนี้จำนองมีความเกี่ยวพันกัน

นอกจากนี้กรณีที่มีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองจะต้องฟ้องผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองดังกล่าวด้วย เนื่องจากผู้รับจำนองจะต้องฟ้องบุคคลซึ่งตนประสงค์ให้คำพิพากษามีผลผูกพันบุคคลเหล่านั้น อาทิเช่น ลูกหนี้ ผู้จำนอง ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเพราะคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีเรื่องหนึ่งเรื่องโดยอ้อมมีผลผูกพันเฉพาะ "คู่ความในคดี" เท่านั้น ตามป.วิ.พ.มาตรา 145³ หากเจ้าหนี้จำนองไม่ฟ้องผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองย่อมไม่ตกเป็น

³ป.วิ.พ.มาตรา 145 บัญญัติว่า

ลูกหนี้ตามคำพิพากษาของโจทก์ๆหรือผู้รับจำนองก็ไม่มีสิทธิยึดทรัพย์พิพาทหรือทรัพย์สินจำนองได้ เพราะถือว่าผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเป็นบุคคลภายนอกคดีซึ่ง ไม่ได้มีโอกาสเข้ามาต่อสู้เต็มที่ การที่จะให้คำพิพากษาผูกพันเขาจึงย่อมไม่เป็นธรรม⁴

คำพิพากษาฎีกาที่ 288/2537 วินิจฉัยว่า

"ด.เจ้ามรดกซึ่งมีจำเลยเป็นทายาทจำนองที่ดินตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไว้กับโจทก์ แม้ต่อมาได้ออกเป็นโฉนดที่ดินโดยไม่ระบุงการจดทะเบียนจำนองไว้กับโจทก์ ก็หาทำให้การจำนองสิ้นไปไม่ ที่ดินจึงยังติดจำนองโจทก์อยู่ เมื่อผู้ร้องซื้อที่ดินดังกล่าวมาจาก ด. จึงเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองตามป.พ.พ.มาตรา 735 และรับโอนมาก่อนโจทก์ฟ้องคดี การที่โจทก์บอกกล่าวบังคับจำนองไปยังผู้ร้องโดยมิได้ฟ้องผู้ร้องเป็นจำเลยด้วยนั้น มิใช่การบังคับจำนองที่ถูกต้องตามมาตรา 728 เมื่อผู้ร้องไม่ใช่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา โจทก์จึงยังไม่มีสิทธิยึดที่ดินของผู้ร้องได้ เพราะการบังคับคดีตามที่บัญญัติไว้ใน ป.วิ.พ. มาตรา 278 นั้นจะต้องเป็นกรณีที่โจทก์อ้างว่าทรัพย์ที่จะบังคับคดีเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เมื่อที่ดินเป็นของผู้ร้องมิใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาจึงต้องปล่อยที่ดินที่ยึดไป"

สำหรับเงื่อนไขก่อนการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองที่ผู้รับจำนองต้องบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนฟ้องร้องบังคับจำนอง และหากมีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอกก็จะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองด้วยนั้น มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวិเคราะห์ว่า ตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาซึ่งศาลได้มีคำพิพากษายกฟ้องเมื่อผู้รับจำนองฟ้องร้องบังคับจำนองโดยไม่บอกกล่าวก่อนฟ้องคดีนั้นเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองหรือไม่ และเหตุใดกฎหมายจึงกำหนดให้ผู้รับจำนองมีหน้าที่ต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองด้วย

การบรรยายฟ้อง

การบรรยายฟ้องนั้นจะต้องทำเป็นภาษาไทย และเขียนด้วยหมึกหรือพิมพ์ดีด โดยกรณีที่มีการพิมพ์หรือเขียนผิดหรือพิมพ์ตก กฎหมายบัญญัติวิธีการแก้ไขทำให้ชัดเจนแล้วเขียนใหม่และเซ็นกำกับ

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกาและการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งจนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรือคดีเสีย ถ้าหากมี

ถึงแม้ศาลจะได้กล่าวไว้โดยทั่วไปว่าให้ใช้คำพิพากษาบังคับแก่บุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วยก็ดี คำพิพากษาหรือคำสั่งนี้ย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142(1) มาตรา 245 และมาตรา 274 และในข้อต่อไปนี้

(1) คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล หรือคำพิพากษาสั่งให้เลิกนิติบุคคล หรือคำสั่งเรื่องล้มละลายเหล่านี้ บุคคลภายนอกจะยกขึ้นข้างอิงหรือจะใช้ยันแก่บุคคลภายนอกก็ได้

(2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใดๆเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจใช้ยันแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า"

⁴จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ถึงภาค 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 278-280

ไว้ จะใช้วิธีลบหรือขีดฆ่าออกไม่ได้ อีกทั้งต้องระบุข้อความลงในแบบพิมพ์ตามรายการที่มีอยู่ในแบบพิมพ์ให้ครบถ้วน ได้แก่ รายละเอียดที่เป็นการแสดงถึงตัวโจทก์และจำเลย ใจความซึ่งมีข้อหาที่โจทก์ยกเป็นข้ออ้างและคำขอบังคับ การยืนยันตัวบุคคลผู้เป็นโจทก์ ผู้เรียงและผู้เขียนหรือพิมพ์คำฟ้องนอกจากนี้ เนื้อหาอันเป็นส่วนสาระสำคัญในการบรรยายฟ้องจะต้องเป็นไปตามซึ่งป.วิ.พ. มาตรา 172 วรรคสอง⁵ ซึ่งต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหา ข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา และคำขอบังคับ กล่าวคือ จำเลยได้จำนองทรัพย์สินอะไรไว้เป็นประกันหนี้ที่ผู้จำนองเองต้องชำระหรือประกันหนี้ของบุคคลใด หนี้มีจำนวนเท่าใด ต่อมาจำเลยได้ละเลยไม่ชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและโจทก์บอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว หรือจำเลยไม่นำเงินมาไถ่ถอนจำนอง ตลอดจนจนส่วนของคำขอบังคับว่าขอให้ศาลยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหรือให้ทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนอง

มีข้อสังเกตว่า สำหรับคดีฟ้องบังคับจำนองนั้น มีข้อควรระวังเป็นพิเศษในส่วนของคำขอท้ายฟ้อง เนื่องจากคำขอท้ายฟ้องที่แตกต่างกันย่อมให้ผลที่แตกต่างกันมาก กล่าวคือ การฟ้องบังคับจำนองนั้น จะต้องมีคำขอท้ายฟ้องว่า “ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดหรือให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนอง” จึงจะถือว่าเป็นการฟ้องบังคับจำนอง หากไม่มีคำขอเช่นนั้นก็ไม่เป็นการฟ้องบังคับจำนอง⁶ เช่น กรณีฟ้องและมีคำขอบังคับให้ชำระหนี้เงินกู้ โดยไม่มีคำขอให้บังคับจำนองก็จะเป็นเพียงการฟ้องตามมูลหนี้สามัญเท่านั้น ดังนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ 989/2506

3.1.2 ผู้รับจำนองใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อน

กรณีผู้รับจำนองยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามป.วิ.พ. มาตรา 289⁷ นี้ ถือว่าเป็นคำฟ้องโดยวิธีพิเศษ กล่าวคือ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดียื่นยึดทรัพย์สินจำนองเพื่อขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้ ผู้รับจำนองจะปล่อยให้เขาขายทอดตลาดไปโดยไม่ร้องเข้าไปในคดีที่มีการบังคับคดียึด

⁵อุดม เพ็ญพุง, หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59, การบรรยายครั้งที่ 13, หน้า 133-134

⁶ป.วิ.พ. มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติว่า

“คำฟ้องต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา เช่นว่านั้น”

⁷สิทธิปรีดา นาคประดา, คู่มือจดทะเบียนจำนองครบวงจร, หน้า 80-81

⁸ป.วิ.พ. มาตรา 289⁸ บัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลใดชอบที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ หรือชอบที่จะได้เงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้นได้โดยอาศัยอำนาจแห่งการจำนองที่อาจบังคับได้ก็ดี หรืออาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิก็ดี บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้เอาเงินที่ได้มานั้นชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้อื่นๆตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่อาจบังคับเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุด ผู้รับจำนองจะมีคำขอดังกล่าวข้างต้นให้เอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุดก็ได้

ในกรณีจำนองสังหาริมทรัพย์ หรือบุริมสิทธิเหนือสังหาริมทรัพย์อันได้ไปจดทะเบียนไว้แล้วให้ยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ส่วนในกรณีอื่นๆให้ยื่นคำร้องขอเสียก่อนส่งคำบอกกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 319

ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุด การยึดทรัพย์สินที่จำนองนั้นเป็นอันเพิกถอนไปในตัว ในกรณีอื่นๆที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะได้รับแต่เงินที่เหลือ ถ้าหากมี ภายหลังจากหักชำระค่าธรรมเนียมการบังคับจำนองและชำระหนี้ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้อื่นบุริมสิทธิแล้ว”

ทรัพย์สิน นั้นก็ได้ การขายทอดตลาดทรัพย์จำนองก็ต้องขายไปโดยติดจำนอง แต่ถ้าผู้รับจำนองจะร้องขอโดยอาศัยอำนาจบุริมสิทธิ เพื่อเอาเงินที่ขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองชำระหนี้ให้แก่ตนก่อนเจ้าหนี้อื่นก็จะต้องขายทอดตลาดไปโดยปลอดจำนองหรือขอให้เอาทรัพย์จำนองหลุดก็ได้ ซึ่งการใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนมีสาระสำคัญ ดังนี้

ศาลที่จะยื่นคำร้องขอ

ผู้รับจำนองต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีตามมาตรา 302 ไม่ว่าจะป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือไม่ก็ตาม แต่จะต้องเป็น "หนี้ที่อาจบังคับได้" คือ หนี้จำนองนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว ทั้งนี้ หากหนี้จำนองยังไม่ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้จำนองก็ยังคงได้รับความคุ้มครองโดยการกัสนเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้จำนองตามมาตรา 287⁹ และด้วยเหตุว่าคำร้องขอดังกล่าวจัดเป็นคำฟ้อง ซึ่งหนี้ที่อาจบังคับได้และจำนวนหนี้ต้องแน่นอน จึงเป็นคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ อันต้องเสียค่าขึ้นศาลอย่างคดีมีทุนทรัพย์ กล่าวคือกรณีบังคับจำนองเสียค่าขึ้นศาลร้อยละ 1 ต่อเมื่อจำเลยให้การต่อสู้คดีจึงให้เรียกโดยอัตราตาม ก. หมายความว่า จากร้อยละ 1 จะเปลี่ยนเป็น ร้อยละ 2.5

สำหรับกรณีจำนองสังหาริมทรัพย์อันเป็นกรณีที่ทำการศึกษาค้นคว้านี้ จะต้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด และด้วยเหตุว่าคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนเป็นกรณีที่ต้องตามมาตรา 21(2) ซึ่งห้ามมิให้ศาลทำคำสั่งในเรื่องนี้ โดยมีให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสคัดค้านก่อนเมื่อยื่นคำร้องต่อศาลจึงต้องส่งสำเนาให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะคัดค้านหรือไม่ก็ได้

ผลของคำสั่งศาล

คำสั่งอนุญาตของศาลมีได้ 2 ประการ คือ อนุญาตให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุด หรือ "กรณีอื่นๆที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ" ซึ่งหมายความว่า ศาลจะต้องสั่งให้ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และหากมีเงินเหลือภายหลังที่หักชำระค่าธรรมเนียมการบังคับจำนองและชำระหนี้ผู้รับจำนองแล้ว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ส่วนที่เหลือ

สำหรับการใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนดังกล่าวมาข้างต้นมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาค้นคว้าว่า หากผู้รับจำนองไม่ได้ยื่นคำร้องขอให้เอาเงินที่ได้มาจากการจำหน่ายทรัพย์สินที่จำนองชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้อื่นๆต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด กล่าวคือ มีการยื่นคำร้องขอดังกล่าวจริง แต่ล่าช้าไปโดยยื่นภายหลังจากที่มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองแล้วซึ่งไม่เป็นไปตามป.วิ.พ.มาตรา 289วรรคสอง ดังนี้ ผู้รับจำนองจะลั่นสิทธิในการขอรับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองหรือไม่ เพราะเหตุใด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้

⁹ป.วิ.พ.มาตรา 287 บัญญัติว่า

"ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 288 และมาตรา 289 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย"

บัญญัติไว้อย่างชัดเจน และในทางปฏิบัติปรากฏว่าแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันได้มีการวินิจฉัยวางหลักไว้แตกต่างกัน

3.1.3 ผู้รับจ้างต้องใช้สิทธิบังคับจ้างเมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้อย่างหนึ่งที่แตกต่างกันจากระบบกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ โดยหลักทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ และกฎหมายยังให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วยมาตรการการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้และการเพิกถอนการขอลด ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้โดยสมบูรณ์ เมื่อนี้ถึงกำหนดชำระ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจมีสิทธิที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้เอาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย การฟ้องเพื่อการบังคับชำระหนี้ย่อมเป็นไปตามลำดับก่อนหลังของมูลหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินมากพอก็จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ทุกราย แต่กรณีอาจเป็นไปได้ว่าไม่มีทรัพย์สินพอให้เจ้าหนี้รายหลังๆ ได้ แต่ในกรณีที่พิจารณาได้ว่าลูกหนี้อยู่ในสภาวะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอันเป็นสภาวะการณที่เห็นได้ชัดว่าลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน ซึ่งเท่ากับว่ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่อาจเป็นหลักประกันที่พอเพียงต่อหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่ต่อเจ้าหนี้อีกต่อไป เจ้าหนี้ทั้งหลายย่อมจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของตน การให้เจ้าหนี้ฟ้องเป็นคดีล้มละลายเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้มาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ทั้งปวงของลูกหนี้ นั้น ย่อมเป็นผลที่ดีกว่าจะไม่ได้รับชำระหนี้ ทำให้ไม่เกิดการเสียเปรียบได้เปรียบแก่บรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้ ดังนั้น ในความรู้สึกของบรรดาเจ้าหนี้การมีกฎหมายล้มละลายจึงเป็นหลักประกันต่อการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ นอกเหนือไปจากที่มีอยู่ในระบบกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะฟ้องบังคับชำระหนี้ต่อลูกหนี้โดยตรงเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่ฟ้องนั้น แต่ในสภาวะการณที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เจ้าหนี้ฟ้องเป็นคดีล้มละลายเพื่อประโยชน์ในการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกคนของลูกหนี้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในข้อที่ว่าถึงอย่างไรก็ยังคงจะได้รับชำระหนี้¹⁰

"เจ้าหนี้" ได้แก่ เจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกัน โดยเจ้าหนี้มีประกันอาจถือว่าอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าเพราะสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากตัวทรัพย์สินเป็นหลักประกันได้ ทรัพย์สินเป็นหลักประกันจะไม่ถูกยึดเข้ามาในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันจึงอาจเข้ามาในคดีล้มละลายหรือไม่ก็ได้

ตามพ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 6 "เจ้าหนี้มีประกัน" คือ เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ" ซึ่งแตกต่างจากเจ้าหนี้มีประกันตาม ป.พ.พ. เนื่องจากเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย หมายถึง เฉพาะเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินเป็นหลักประกันหรือเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วย

¹⁰ สุธีร์ ศุภนิติย์, หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ วิทยุชน จำกัด, 2545), หน้า 18

ทรัพย์สิน และทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น¹¹ตามพ.ร.บ.ล้มละลายฯ พ.ศ. 2483 มาตรา 6

3.1.3.1 ผู้รับจ้างนองฟ้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งเพื่อบังคับแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน

หากผู้รับจ้างนองเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจ้างนองเป็นคดีแพ่งสามัญก็ย่อมจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1.1 เพราะเจ้านี้จ้างนองมีสิทธิจ้างนองเหนือทรัพย์สินจ้างนองซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ จึงมีอำนาจฟ้องร้องบังคับเกี่ยวแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นได้โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ ดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2829/2524

3.1.3.2 ผู้รับจ้างนองยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว ลูกหนี้จะปฏิบัติการชำระหนี้แก่เจ้านี้ไม่ได้ การขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายจึงเป็นช่องทางหนึ่งที่จะทำให้เจ้านี้ได้รับชำระหนี้ตามพ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 27¹²กล่าวคือ โดยหลักการเบื้องต้นนี้ทุกอย่างจึงขอรับชำระหนี้ได้ทั้งสิ้น ถ้ามูลแห่งหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้หนี้นั้นจะยังไม่ถึงกำหนดหรือมีเงื่อนไข เว้นแต่หนี้สามประเภท คือ หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี หนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้ และหนี้ซึ่งเจ้านี้ยอมให้ลูกหนี้ทำขึ้นเมื่อเจ้านี้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวซึ่งถือว่าเป็นหนี้ที่ไม่อาจขอรับชำระได้ตามพ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 94¹³

¹¹ประติษฐ์ เอกมณี, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 59, การบรรยายครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), หน้า 119

¹²พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 27 บัญญัติว่า

"เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว เจ้านี้จะขอรับชำระหนี้ได้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินี้ แม้จะเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นเจ้านี้ที่ได้ฟ้องคดีแพ่งไว้แล้ว แต่คดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาก็ตาม"

¹³พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 94 บัญญัติว่า

"เจ้านี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม เว้นแต่

(1) หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี หรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้

(2) หนี้ที่เจ้านี้ยอมให้ลูกหนี้ทำขึ้นเมื่อเจ้านี้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่ไม่รวมถึงหนี้ที่เจ้านี้ยอมให้กระทำขึ้นเพื่อให้งานของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้"

กรณีที่เจ้าหนี้มีประกันใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 96¹⁴ มักเป็นกรณีที่คาดว่าราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันจะยังไม่คุ้มหนี้ทั้งหมด โดยอาจขอรับชำระหนี้ได้ 4 วิธี อาทิเช่น¹⁵ เจ้าหนี้มีประกันได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนแล้ว กล่าวคือ ฟ้องบังคับจำนองแต่ไม่คุ้มหนี้ ต่อมาเมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดจึงขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ หรือเจ้าหนี้มีประกันยังไม่ได้มีการบังคับแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแต่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดเสียก่อน เจ้าหนี้มีประกันจึงยื่นคำขอรับชำระหนี้เต็มจำนวน โดยขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วนำเงินมาชำระหนี้ต้นก่อน ส่วนหนี้ที่ยังขาดเจ้าหนี้ก็ขอรับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นๆของลูกหนี้ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้จำนองขอรับชำระหนี้โดยไม่แจ้งว่าตนเป็นเจ้าหนี้มีประกันก็เท่ากับเป็นการปกปิดหลอกลวงเอาผลประโยชน์สองต่อ คือ ยึดหลักประกันไว้ชั้นหนึ่งแล้วขอรับส่วนเฉลี่ยเป็นเจ้าหนี้ธรรมดาอีกต่อหนึ่ง เจ้าหนี้ผู้กระทำเช่นนี้กฎหมายลงโทษให้ขาดสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (คือ กลายเป็นเจ้าหนี้ธรรมดา) ถ้าเจ้าหนี้มีประกันเช่นนี้ได้รับส่วนแบ่ง ศาลอาจกำหนดให้คืนส่วนแบ่งนั้นหรือจะกำหนดอย่างอื่นตามมาตรา 97

¹⁴พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 96 บัญญัติว่า“เจ้าหนี้มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน
- (2) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่
- (3) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินตามราคาดังกล่าวได้ ถ้าเห็นว่าราคาดังกล่าวไม่สมควรเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นตามวิธีการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และเจ้าหนี้ตกลงกัน ถ้าไม่ตกลงกันจะขายทอดตลาดก็ได้ แต่ต้องไม่ให้เสียหายแก่เจ้าหนี้นั้น และเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ เมื่อขายได้เงินจำนวนสุทธิเท่าใดให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาในคำขอ

ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่แจ้งโดยหนังสือให้เจ้าหนี้ทราบว่าจะใช้สิทธิไถ่ถอนหรือตกลงให้ขายทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันภายในกำหนดเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ให้ถือว่ายินยอมให้ทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าหนี้ตามราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาและเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หมดสิทธิไถ่ถอนหรือขายทรัพย์สินนั้น บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ให้ใช้บังคับในกรณีที่ตามกฎหมายลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”

¹⁵ชีพ จุลมนต์, หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59, การบรรยายครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), หน้า 271-272

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 101¹⁶ ได้บัญญัติเสริมไว้ว่า “บุคคลที่อาจใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่ลูกหนี้ได้ในเวลาภายหลัง” สามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ด้วย อาทิเช่น กรณีลูกหนี้ร่วมบางคนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้ร่วมคนอื่นยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไล่เบียดในเวลาภายหลังได้ หรือกรณีลูกหนี้ขึ้นต้นถูกพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ค้าประกันผู้ค้าประกันร่วมหรือผู้อยู่ในลักษณะเดียวกับผู้ค้าประกันขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไล่เบียดได้ (เช่น บุคคลผู้อยู่ในลักษณะเดียวกับผู้ค้าประกัน ได้แก่ ผู้รับอาวัลตัวเงิน เป็นต้น) อย่างไรก็ตาม มาตรา 101 ได้วางข้อยกเว้นไว้ว่า ถ้าเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้ เต็มจำนวนแล้ว “บุคคลผู้อาจใช้สิทธิไล่เบียดได้ในภายหลัง” ก็ขอรับชำระหนี้ไม่ได้ เพราะการที่เจ้าหนี้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ย่อมเป็นประโยชน์แก่บุคคลดังกล่าวด้วย โดยเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไปแล้วเป็นจำนวนเท่าใด หนี้ก็ระงับไปเท่านั้น บุคคลดังกล่าวก็พ้นความรับผิดชอบไปด้วย ซึ่งบทบัญญัติข้างต้นมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ว่า “ผู้จำนอง” ซึ่งได้จำนองทรัพย์สินของตนเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ขึ้นต้นจะมีสิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ดังเช่นกรณีผู้ค้าประกันหรือผู้อยู่ในลักษณะเดียวกับผู้ค้าประกันหรือไม่ เพราะเหตุใด

3.1.3.3 ผู้รับจำนองขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันออกขายและนำเงินมาชำระหนี้

เนื่องจากเจ้าหนี้จำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ฉะนั้น จึงอาจไม่ต้องขอรับชำระหนี้โดยขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินจำนองออกขายและนำเงินมาชำระหนี้แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตาม พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 95¹⁷

เพราะฉะนั้น อาจกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับการขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ว่า เจ้าหนี้ทุกคนที่มูลแห่งหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หากประสงค์จะขอรับชำระหนี้จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 27, 91, 94, 96 มิฉะนั้นจะหมดสิทธิได้รับชำระหนี้ เว้นแต่ เจ้าหนี้มีประกันเท่านั้นที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้อง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁶พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 101 บัญญัติว่า

“ถ้าลูกหนี้ร่วมบางคนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้ร่วมคนอื่นอาจยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไล่เบียดในเวลาภายหลังได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้เต็มจำนวนแล้ว

บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับแก่ผู้ค้าประกัน ผู้ค้าประกันร่วมหรือ บุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้โดยอนุโลม”

¹⁷พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 95 บัญญัติว่า

“เจ้าหนี้มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น”

ขอรับชำระหนี้ เจ้าหนี้จำนองที่ไม่ประสงค์จะยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย แต่ประสงค์จะใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินจำนองในทางแพ่งเอง จึงสามารถเลือกดำเนินการวิธีใดวิธีหนึ่งต่อไปนี้

1. ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินจำนองและขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าตรวจดูทรัพย์สินนั้น ตาม พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 95
2. ฟ้องบังคับจำนองโดยฟ้องเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งมีหน้าที่ชำระสะสางหนี้สินของลูกหนี้ เพื่อบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน

หากเจ้าหนี้มีประกันเลือกบังคับชำระหนี้โดยวิธีที่ 2 ย่อมถือว่าเป็นการฟ้องคดีแพ่งที่ไม่เกี่ยวพันกับคดีล้มละลาย จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลล้มละลายกลางตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายฯ มาตรา 7¹⁸

3.2 ผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองแม้หนี้ประธานขาดอายุความ

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 ว่าสิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สิน ซึ่งผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองจะถูกโอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่ก็ตาม เพราะสิทธิจำนองย่อมตกติดไปกับตัวทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะระงับสิ้นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการระงับสิ้นไปของสัญญาจำนอง สิทธิจำนองจึงไม่อาจหมดไปเพราะการไม่ใช้สิทธิตั้งเช่น "สิทธิเรียกร้อง" อันตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอายุความ ผู้รับจำนองจึงสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้แม้ว่าหนี้ประธานจะขาดอายุความแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการใช้สิทธิบังคับคดีของผู้รับจำนองต้องเป็นไปตามแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ ป.วิ.พ. มาตรา 271¹⁹ ดังนี้

3.2.1 ผู้มีอำนาจขอให้บังคับคดี²⁰

คือ "คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดี" หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาโดยต้องพิจารณาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลซึ่งอาจจะเป็นฝ่ายไหนก็ได้เพียงแต่ต้องชนะคดีเท่านั้น อาทิเช่น โจทก์เมื่อศาลพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี หรือจำเลย เมื่อศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์และให้โจทก์ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายแทนจำเลย หรือผู้ร้องสอดเข้ามาในคดีตามมาตรา 57(1) เป็นต้น

3.2.2 กำหนดเวลาในการขอให้บังคับคดี

เมื่อศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้วย่อมเกิดเป็นหนี้ตามคำพิพากษาขึ้น โจทก์จำเลยจะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น อันจะร้องขอบังคับคดีกันได้ภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่วันมี

¹⁸หมายเหตุท้ายคำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ ล.1/2547, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลยุติธรรม ปี 2547

¹⁹ ป.วิ.พ. มาตรา 271¹⁹ บัญญัติว่า

"ถ้าคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายแพ้คดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) มิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลทั้งหมดหรือบางส่วน คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) ขอที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ภายในสิบปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยอาศัยและตามคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น"

²⁰ ประพันธ์ ศาตะมาน, ความรู้กฎหมายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 วิธีกรรขอชั่วคราวก่อนพิพากษาและกรรขอบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, หน้า 99

คำพิพากษาหรือคำสั่ง ซึ่งเป็นระยะเวลาตาม ป.วิ.พ.ที่กฎหมายบังคับให้ผู้ชนะคดีบังคับคดีของตน ภายในกำหนดระยะเวลา มิฉะนั้นก็หมดสิทธิที่จะบังคับคดีต่อไป

3.2.3 วิธีการในการบังคับคดี

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมระบุว่าให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งจะต้องปฏิบัติตาม และหากไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง นั้นทั้งหมดหรือบางส่วนก็ต้องมีการบังคับคดีกันต่อไป โดยเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้องบังคับคดีโดย ดำเนินการให้ครบถ้วนทั้ง 3 ขั้นตอนภายในกำหนดเวลา 10 ปี คือ ต้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี และต้องแจ้งหรือแถลงให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบศาลออกหมายบังคับคดีแล้ว ตลอดจนแถลงต่อ เจ้าพนักงานบังคับคดีว่าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษามีความประสงค์ขอให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขาย ทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาในกรณีนี้ที่นี้ตาม คำพิพากษานั้นให้ใช้เงิน ทั้งนี้ เมื่อล่วงเลยระยะเวลา 10 ปีแล้วเจ้าหน้าที่มีสิทธิเพียงแต่จะบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินที่ยึดไว้ให้เสร็จสิ้นไป เท่านั้น แต่จะขอให้บังคับคดีแก่ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้หรือจำเลยร่วมตามคำพิพากษาไม่ได้ และเมื่อหนี้ ตามคำพิพากษาที่เจ้าหน้าที่มิได้ดำเนินการบังคับคดีภายใน 10 ปีนับแต่วันมีคำพิพากษาเป็นหนี้ตาม คำพิพากษาที่จะร้องขอให้บังคับคดีไม่ได้ จึงไม่สามารถนำไปยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ ดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 942/2538 (ประชุมใหญ่)

มีข้อสังเกตว่า ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติได้รับรองสิทธิของผู้รับจำนองให้ฟ้องร้อง บังคับคดีจำนองได้แม้ว่าหนี้ประธานจะขาดอายุความ การใช้สิทธิบังคับจำนองจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ ข้อจำกัดเรื่องอายุความ ในขณะที่แนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนว คำพิพากษาฎีกาซึ่งกำหนดให้ คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีหรือเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้อง ดำเนินการบังคับคดีให้ครบถ้วนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดภายใน 10 ปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือ คำสั่ง มิฉะนั้นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาย่อมสิ้นสิทธิบังคับคดี ดังนั้น หากผู้รับจำนองได้ฟ้องร้องบังคับ จำนองจนกระทั่งศาลมีคำพิพากษาให้ผู้รับจำนองเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาแล้ว แต่ผู้รับจำนองมิได้ ดำเนินการบังคับคดีภายในกำหนดเวลา 10 ปีตาม ป.วิ.พ.มาตรา 271 นั้น สิทธิจำนองก็จะยังคงปรากฏ ตกติดไปกับตัวทรัพย์สินจำนอง ไม่ระงับสิ้นไปตามป.พ. มาตรา 744 และมาตรา 745 ในขณะที่ผู้รับจำนอง ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาย่อมสิ้นสิทธิบังคับคดี จึงไม่สามารถดำเนินการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สิน ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้อีกต่อไป อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาค วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองว่าด้วยความระงับสิ้น ไปแห่งสัญญาจำนอง ซึ่งบัญญัติให้ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ ข้อจำกัดเรื่องอายุความ กับแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกา เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาย่อมสิ้นสิทธิบังคับคดีเมื่อมิได้ ดำเนินการบังคับคดีให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งมีความ สอดคล้องกันหรือไม่

3.3 การบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหรือการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ

การบังคับจำนองเอาแก่อสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล อันแตกต่างจากการบังคับจำนองตาม ป.พ.พ.มาตรา 746 ซึ่งเจ้านี้จำนองบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินโดยการนำออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดี และเพราะการที่ทรัพย์สินจำนองยังคงอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้หรือผู้จำนอง เจ้านี้จำนองจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะทำกฎหมายเอาเองไปยึดถือเอาของเขามาขายทอดตลาดใช้หนี้ได้แต่ต้องอาศัยอำนาจศาล ในขณะที่ทรัพย์สินจำนองอยู่ในความครอบครองของเจ้านี้จำนองจึงเอาทรัพย์สินไปขายทอดตลาดใช้หนี้ได้ กฎหมายจึงไม่บังคับให้ต้องมาขออำนาจศาล

อย่างไรก็ตาม การบังคับจำนองเอาแก่อสังหาริมทรัพย์ซึ่งจะต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลนั้น ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าก่อให้เกิดชั้นตอนที่มีความยุ่งยาก สลับซับซ้อน และเกิดความล่าช้าในกระบวนการบังคับจำนอง ซึ่งเมื่อรัฐบาลพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ จำยอมต้องปล่อยให้ค่าเงินบาทลอยตัวเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2540 และต้องขอกู้เงินฉุกเฉิน จากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund / IMF) ในวันที่ 27 กรกฎาคม 2540 ทำให้จำต้องยอมรับเงื่อนไขการดำเนินนโยบายอันผูกติดมากับเงินกู้ เพราะหากประเทศผู้กู้ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการดำเนินนโยบาย ก็จะมีการทบทวนเป็นระยะและจะถูกตัดเงินที่ให้ออกโดยทันที โดยเงื่อนไขการดำเนินนโยบายนี้รวมตลอดไปถึงการที่จะต้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหลักประกันและการบังคับหลักประกันด้วย รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและการบังคับหลักประกันเพื่อดำเนินการในเรื่องดังกล่าว²¹ อันนำไปสู่การพิจารณาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและการบังคับหลักประกัน ดังต่อไปนี้

1. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับที่ 17 พ.ศ. 2542 ด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติในป.วิ.พ.ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีในสาระที่ใช้อยู่ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ ทำให้การพิจารณาคดีล่าช้าและคู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควรจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของป.วิ.พ.ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในสาระให้เหมาะสมขึ้น โดยให้ศาลดำเนินการไกล่เกลี่ยและเข้าช่วยเหลือคู่ความซึ่งไม่มีความรู้ทางกฎหมายได้ เพื่อให้คดีได้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายของคู่ความ บทบัญญัติในป.วิ.พ.บางมาตราที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาล และการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้เหมาะสม สอดคล้องกันด้วย

2. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับที่ 18 พ.ศ. 2542 ด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติของ ป.วิ.พ.ในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งบางเรื่อง ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ ทำให้การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็นไปโดยล่าช้าจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของ ป.วิ.พ.ในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง อาทิเช่น การกำหนดให้หมายบังคับคดีสามารถนำไปใช้บังคับได้ทุกแห่ง และการกำหนดให้คำสั่งของศาลชั้นต้นเกี่ยวกับการกำหนดราคาทรัพย์สินของลูกหนี้ การร้องขอทรัพย์สิน การสวมสิทธิบังคับคดี การขอ

²¹รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, *วิกฤติการณ์การเงินและเศรษฐกิจไทย*, (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2542).

เฉลี่ยทรัพย์สิน การงดการบังคับคดี การขายทอดตลาดทรัพย์สินและการตั้งผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์ หรือ การประกอบอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือกิจกรรมเป็นที่สุด เพื่อเป็นการเร่งรัดกระบวนการบังคับคดี ให้เร็วขึ้น และกำหนดวิธีการเพิกถอนคำบังคับ หมายบังคับคดี หรือคำสั่งศาลในชั้นบังคับคดี หรือการ ดำเนินการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง และการกำหนดวิธีการเพิกถอนการขายทอดตลาดทรัพย์สินในกรณีที่ราคาที่ได้จากการขาย ทอดตลาดทรัพย์สินนั้นมีจำนวนต่ำกว่าเกินสมควร เป็นต้น

3. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 19 พ.ศ. 2543 ด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติของ ป.วิ.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาโดยขาดนัดที่ให้อยู่มีความ ล้าสมัยและไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ อีกทั้งมีบทบัญญัติที่ขาดความชัดเจนหลายในประการ เป็นเหตุ ให้การดำเนินคดีในกรณีที่คู่ความขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาเป็นไปโดยล่าช้า และมี ข้อโต้แย้งที่คู่ความอาจใช้เป็นช่องทางในการประวิงคดีได้ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของป.วิ.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาโดยขาดนัดให้เหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อให้ศาลสามารถพิพากษาให้ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีไปได้ เมื่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งขาดนัดยื่นคำให้การ และเพื่อให้ กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีที่คู่ความขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาเป็นไปด้วยความเป็น ธรรมแก่ทุกฝ่าย รวมทั้งรวดเร็ว ประหยัด และชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น อันจะเป็นหลักประกันการใช้สิทธิ เรียกร้องของโจทก์และการคุ้มครองสิทธิของจำเลยตลอดจนทำให้คดีที่ค้างพิจารณาในศาลลดลง

ภายหลังจากที่ได้ทราบแล้วว่าการบังคับจำนวนนั้นจะต้องอาศัยกระบวนการทางศาล เป็นสำคัญ แม้ว่ากระบวนการทางศาลจะนำมาซึ่งขั้นตอนที่มีความยุ่งยาก สลับซับซ้อน และขาด ความชัดเจนจนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติม ป.วิ.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักประกันและการบังคับหลักประกัน แต่อย่างไรก็ตามผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนวนเป็นคดีต่อศาลต้องดำเนินคดี บังคับจำนวนภายใต้หลักเกณฑ์และขั้นตอนต่อไปนี้

3.3.1 การบังคับจำนวนโดยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด

3.3.1.1 การยึดทรัพย์สินจำนอง

ด้วยเหตุว่าผู้เขียนมีความประสงค์ในอันที่จะทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับหลัก กฎหมาย หลักเกณฑ์ ตลอดจนแนวปฏิบัติของการบังคับจำนวนเอาอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเรียนเสนอเฉพาะการยึดอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นที่ศึกษาวิจัยเท่านั้น

ขั้นตอนการยึดทรัพย์สินจำนอง

เนื่องจากในการยึดอสังหาริมทรัพย์ย่อมไม่สามารถนำตัวทรัพย์สินมาได้ กฎหมาย จึงได้กำหนดวิธีการยึดอสังหาริมทรัพย์ไว้อีกลักษณะหนึ่งตาม ป.วิ.พ.มาตรา 304 วรรคหนึ่ง²² นั่นคือ

²² ป.วิ.พ.มาตรา 304 วรรคหนึ่ง²² ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

การยึดอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจัดทำโดยเอา หนังสือสำคัญสำหรับทรัพย์สินนั้นมาและฝากไว้ ณ สถานที่ใด หรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควร และแจ้งการยึดนั้นให้ลูกหนี้ ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินผู้มีหน้าที่ทราบให้เจ้าพนักงานที่ดินบันทึกการยึดไว้ในทะเบียน ถ้าหนังสือสำคัญยังไม่ได้

หากเป็นการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือสำคัญ²³ เช่น การยึดที่ดินมีโฉนด น.ส.3 ก็ต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีนำเอาหนังสือสำคัญสำหรับทรัพย์สินมาและฝากไว้ ณ สถานที่ใด หรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควรแล้วแจ้งการยึดนั้นให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินทราบ ให้เจ้าพนักงานที่ดินบันทึกไว้ในทะเบียน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการจำหน่าย โอน หรือยึดซ้ำ หรือหากเป็นการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีหนังสือสำคัญ²⁴ เพราะไม่มีหรือนำมาแสดงไม่ได้หรือหาไม่พบ การยึดอาจทำได้โดยการแจ้งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และเจ้าพนักงานที่ดินทราบการยึดก็ถือว่าเป็นการยึดที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ถ้าการยึดทรัพย์นั้นได้กระทำโดยถูกต้องในกรณีอื่นๆทุกประการแล้ว เพียงแต่ไม่แจ้งการยึดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบ การยึดนั้นก็ยังคงสมบูรณ์ ไม่เสียไป โดยการยึดอสังหาริมทรัพย์นั้นมีผลเป็นการยึดเครื่องอุปโภค และดอกผลผลิตินัยไปด้วยในตัว เช่น การยึดโรงสียอมยึดเครื่องจักรโรงสีได้ด้วย เป็นต้น เว้นแต่จะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เช่น มารดาโอนที่ดินให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นบุตร โดยจดทะเบียนการติดพันเหนืออสังหาริมทรัพย์ตาม ป.พ.พ.มาตรา 1429 ว่าลูกต้องยกค่าเช่าที่ดินนั้นให้แก่มารดาเพื่อเลี้ยงชีพตลอดชีวิต หากที่ดินนั้นถูกยึด ค่าเช่าที่ดินก็จะไม่ตกเป็นดอกผลผลิตินัยอันจะต้องส่งมอบแก่เจ้าพนักงานบังคับคดี²⁵

ผลของการยึดทรัพย์จำนอง ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 305²⁶ คือ

(1) ลูกหนี้จะก่อให้เกิดการโอน เปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่ถูกยึดภายหลังที่ได้ทำการยึดแล้วนั้นไม่ได้²⁷ ดังนั้น แม้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่ก็จะมีอำนาจโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิในทรัพย์สินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม และแม้หากลูกหนี้กระทำไปก็หาอาจใช้ยื่นแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีหรือเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาได้ไม่ การยึดที่

ออกหรือนำมาแสดงไม่ได้ หรือหาไม่พบ ให้ถือว่าการที่ได้แจ้งการยึดต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินนั้นเป็นการยึดตามกฎหมายแล้ว"

²³ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2543), หน้า 350

²⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 350

²⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 353

²⁶ป.วิ.พ. มาตรา 305 บัญญัติว่า

"การยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาดังบัญญัติไว้ในสองมาตราก่อนนี้ มีผลดังต่อไปนี้

(1) การที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ก่อให้เกิด โอนหรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่ถูกยึดภายหลังที่ได้ทำการยึดไว้แล้วนั้น หาอาจใช้ยื่นแก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ไม่ ถึงแม้ว่าราคาแห่งทรัพย์สินนั้นจะเกินกว่าจำนวนหนี้ตามคำพิพากษาและค่าฤชาธรรมเนียม ในการฟ้องร้องและการบังคับคดี และลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้จำหน่ายทรัพย์สินเพียงส่วนที่เกินจำนวนหนี้ก็ตาม

(2) ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับมอบให้เป็นผู้รักษาสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างที่ถูกยึดหรือเป็นผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกยึด ลูกหนี้ชอบที่จะใช้ทรัพย์สินเช่นว่านั้นได้ตามสมควร แต่ถ้าเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะทำให้ทรัพย์สินที่ได้รับมอบไว้ในอารักขาหรือทรัพย์สินที่อยู่ในครอบครองเสียหาย หรือเกลือกจะเสียหายโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นเอง หรือ เมื่อเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในภาคบังคับคดีแห่งทรัพย์สินนั้นร้องขอ เจ้าพนักงานบังคับคดีจะระงับรักษาทรัพย์สินนั้นเสียเอง หรือตั้งผู้ใดเป็นผู้จัดการทรัพย์สินนั้นก็ได้"

²⁷ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคบังคับคดี, หน้า 400

ผลต่อบุคคลภายนอก กล่าวคือ บุคคลภายนอกจะไม่สามารถอ้างความสุจริตและเสียค่าตอบแทนมายันเจ้าหน้าที่และเจ้าพนักงานบังคับคดีได้

(2) การใช้ทรัพย์สินที่ถูกยึดของลูกหนี้ตามคำพิพากษา²⁸ กล่าวคือ กรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับมอบให้เป็นผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่ถูกยึด ลูกหนี้ชอบที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นตามสมควร แต่ถ้าเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะทำให้ทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองเสียหายหรือเกลือกจะเสียหาย เจ้าพนักงานบังคับคดีจะระงับรักษาทรัพย์สินนั้นเสียเอง หรือตั้งให้ผู้อื่นเป็นผู้จัดการทรัพย์สินนั้นก็ได้

ในการยึดที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนองเพื่อนำออกขายทอดตลาดนั้น มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นที่ดินมีกรรมสิทธิ์รวมทั้งกรณีที่ดินมีโฉนดและที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์จะมีหลักเกณฑ์การบังคับคดีเหมือนกันหรือไม่ เนื่องจากตามหลักกรรมสิทธิ์รวมเจ้าของรวมทุกคนย่อมมีส่วนครอบไปทั้งหมด ซึ่งในกรณีที่ดินมีโฉนด เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาย่อมนำยึดที่ดินได้ทั้งแปลงเพราะโฉนดที่ดิน คือ หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินว่าที่ดินแปลงนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของใคร ในขณะที่น.ส.3 ถือว่าเป็นเอกสารสิทธิที่ดินอีกประเภทหนึ่งเช่นกัน แต่เป็นเพียงหนังสือรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้มีการทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว ผู้มีชื่อปรากฏในน.ส.3 จึงมิใช่ผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยเป็นเพียงเจ้าของสิทธิครอบครองตามป.พ.พ.มาตรา 1367 และตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกาปรากฏว่า กรณีที่ดินน.ส.3 นั้นมุ่งพิจารณาถึงการครอบครองเป็นสำคัญ เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจึงสามารถยึดที่ดินได้เฉพาะส่วนที่ลูกหนี้ผู้ครอบครองเท่านั้น จะไปยึดส่วนที่เป็นของบุคคลภายนอกไม่ได้ ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3139/2537 วินิจฉัยว่า

“ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีน.ส.3 หากผู้ร้องทั้งสองกับจำเลยได้แบ่งการครอบครองเป็นส่วนสัดส่วนตามคำร้องแล้ว ความตกลงที่ให้แบ่งการครอบครองเป็นส่วนสัดส่วนผูกพันจำเลยและผู้ร้องทั้งสองตามป.พ.พ.มาตรา 1364 ผู้ร้องทั้งสองและจำเลยย่อมได้สิทธิครอบครองที่ดินตามส่วนสัดส่วนที่แบ่งกันครอบครองมานั้น โจทก์เป็นเพียงเจ้าหน้าที่สามัญจึงมีสิทธิบังคับคดีได้เท่าที่จำเลยมีสิทธิอยู่ในที่ดินนั้น ไม่มีสิทธิเอาส่วนของผู้ร้องทั้งสองมาขายทอดตลาดได้ ถือได้ว่าผู้ร้องทั้งสองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมีสิทธิอื่นๆอันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย ซึ่งการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นย่อมกระทบกระทั่งถึงสิทธิของผู้ร้องทั้งสองๆ ย่อมมีสิทธิที่จะขอให้กันที่ดินส่วนที่ผู้ร้องทั้งสองครอบครองนั้นก่อนนำที่ดินทั้งแปลงออกขายทอดตลาดได้ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287”

และคำพิพากษาฎีกาที่ 2883/2528 ซึ่งวินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกัน ในขณะที่สำหรับกรณีที่ดินมีโฉนดนั้นได้มีการวินิจฉัยวางหลักไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ บางกรณีพิจารณาจากโฉนดที่ดินเป็นสำคัญ แต่ในบางกรณีพิจารณาว่ามีการแบ่งการครอบครองเป็นส่วนสัดส่วนตามความเป็นจริง

²⁸ ประคณธ์ พันธุ์ชาติกุล, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 2 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า401

หรือไม่ ซึ่งตามหลักกรรมสิทธิ์รวมนั้น การจำหน่ายย่อมมีผลครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของที่ดินมีโฉนด แม้ว่า จะมีการแบ่งการครอบครองเป็นส่วนสัดส่วนตามความเป็นจริงก็ตาม ตราบใดที่ยังไม่มีการแบ่งแยกโฉนด

คำพิพากษาฎีกาที่ 2437/2528 วินิจฉัยว่า

“ที่ดินมีโฉนดมีชื่อจำเลยและผู้ร้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกัน ผู้ร้องจะ ร้องขจัดการเพิกถอนเพื่อให้ศาลปล่อยทรัพย์สินที่ยึดหาได้ไม่ ผู้ร้องซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของรวมในโฉนดที่ดินที่ เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ขอที่จะร้องขอให้ศาลแบ่งส่วนตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287 หากข้อเท็จจริงได้ ความว่าที่ดินมีโฉนดที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ ผู้ร้องเป็นเจ้าของรวมอยู่หนึ่งในสาม ผู้ร้องครอบครอง เป็นส่วนสัดส่วนและปลูกบ้านอยู่อาศัยมา 37 ปีแล้ว จำเลยและผู้ร้องได้ตกลงแบ่งแยกโฉนดเป็นส่วนของผู้ ร้องและส่วนของผู้ร้อง ทั้งได้แบ่งส่วนที่จำเลยและผู้ร้องกับกรรมสิทธิ์ร่วมกันเพื่อใช้เป็นทางออกสู่ถนน เจ้าพนักงานที่ดินได้ดำเนินการแบ่งแยกโฉนดเสร็จแล้วเหลือเพียงแต่รอคำสั่งให้ไปจดทะเบียนรับโฉนดที่ แบ่งแยกเท่านั้น ดังนั้นเห็นได้ว่าที่ดินดังกล่าวได้มีการตกลงแยกกรรมสิทธิ์ส่วนของผู้ร้องเป็นเจ้าของรวมเป็นที่ แน่นนอนแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมไม่มีอำนาจที่จะขายส่วนที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้อง”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2451/2548 วินิจฉัยว่า

“ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด เมื่อผู้ร้องและจำเลยได้ตกลงแบ่งแยกการ ครอบครองที่ดินพิพาทซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์รวมของจำเลยกับผู้ร้องก่อนจะมีการบังคับคดีแล้ว ข้อตกลง ดังกล่าวย่อมผูกพันจำเลยและผู้ร้องตาม ป.พ.พ. มาตรา 1364 โจทก์ซึ่งเป็นเพียงเจ้านี้สามัญจึงมีสิทธิ บังคับคดีได้เท่าที่จำเลยมีสิทธิในที่ดินพิพาทเท่านั้น ไม่มีสิทธิเอาที่ดินของผู้ร้องมาขายทอดตลาดได้ ถือ ได้ว่าผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมีสิทธิอื่น ๆ อันอาจร้องขอให้บังคับเหนือที่ดินนั้นได้ตามกฎหมายซึ่ง การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของผู้ร้องผู้ยอมมี สิทธิขอให้กันที่ดินส่วนที่ผู้ร้องครอบครองก่อนนำที่ดินพิพาททั้งแปลงออกขายทอดตลาดได้ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 287”

ดังนั้น ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป คือ การ ดำเนินคดีบังคับจำหน่ายแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์รวม คือ ที่ดินกรรมสิทธิ์รวมทั้งกรณีที่ดินมี โฉนดและที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในปัจจุบันถูกต้องและสอดคล้องกับหลักกฎหมาย สภานิติบัญญัติลักษณะจำนองหรือไม่ อย่างไร

3.3.1.2 การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง²⁹

เมื่อมีการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดี จะต้องดำเนินการขายทอดตลาดต่อไปเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา โดย “การขายทอดตลาด” คือ การขายทอดตลาดโดยวิธีประมูลราคาแข่งขันระหว่างผู้ซื้อหลายคน เพื่อให้ได้ ราคาสูงกว่าการขายโดยวิธีธรรมดาตามหลักเกณฑ์และวิธีการของป.วิ.พ.และป.พ.พ.ว่าด้วยการขายทอดตลาด

²⁹ชุมพล จันทร์หาพิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนอง

ตลอดจนหลักความเป็นธรรม ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจว่าการขายทอดตลาดเป็นธรรมหรือไม่³⁰ อันมีหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติ ดังต่อไปนี้³¹

การขายทอดตลาดต้องได้รับอนุญาตจากศาล

ภายหลังจากการยึดทรัพย์สินจำนอง เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องยื่นคำขอต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ซึ่งก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตศาลจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงต่างๆตามป.วิ.พ. มาตรา 306³² อาทิเช่น มีผู้คัดค้านการขายทอดตลาดทรัพย์สินหรือไม่ หรือพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 307 ว่า อาจจะใช้วิธีตั้งผู้จัดการทรัพย์สินหรือประกอบกิจการแทนการขายทอดตลาดหรือไม่ หรือพิจารณาว่ามีเหตุให้งดการบังคับคดีหรือเหตุถอนการบังคับคดีหรือไม่ โดยเมื่อศาลอนุญาตให้ขายทอดตลาดแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องแจ้งคำสั่งศาลและวันขายทอดตลาดแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และบรรดาบุคคลผู้มีส่วนได้เสียทราบ และต้องปิดประกาศให้ทราบล่วงหน้าโดยทั่วโดยเปิดเผยที่หน้าศาลที่จะทำการขายทอดตลาด เพื่อให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสเข้ามาสู่ราคาในการขายทอดตลาด ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าการที่มาตรา 306 กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งวันขายทอดตลาดให้แก่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาด“ซึ่งทราบได้ตามทะเบียน” มีความหมายว่า เจ้าพนักงานบังคับคดีควรจะต้องแจ้งไปยังบุคคลซึ่งมีส่วนได้เสียตามมาตรา 280³³ เฉพาะเท่าที่ปรากฏในทะเบียนเท่านั้นหรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้อาจพิจารณาได้ว่า ผู้มีส่วนได้เสียในวิธีการบังคับคดีตามป.วิ.พ.มาตรา 280 มุ่งกล่าวถึงผู้มีส่วนได้เสียในวิธีการบังคับคดี“อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง”หรือ“สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา” นั่นคือ ผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง ได้แก่ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา

³⁰ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี, หน้า 358

³¹ ประคนธ์ พันธุ์ชาติกุล, เอกสารการสอนชุดวิชาการกฎหมายวิธีสบัญญัติ 2 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า402-405

³² ป.วิ.พ. มาตรา 306 บัญญัติว่า

“เมื่อได้ยึดสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างหรือสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดียื่นคำขอต่อศาลขอให้สั่งอนุญาต ให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ถ้าไม่มีผู้คัดค้านในการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 307 ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ แล้วให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งให้ทราบซึ่งคำสั่งของศาลและวันขายทอดตลาดแก่บรรดาบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดซึ่งทราบได้ตามทะเบียนหรือโดยประการอื่น

คำสั่งอนุญาตของศาลตามมาตรานี้ให้เป็นที่สุด”

³³ ป.วิ.พ.มาตรา 280 ได้บัญญัติเรื่อง “ผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี” ไว้ว่า

“เพื่อประโยชน์แห่งบทบัญญัติในภาคนี้บุคคลต่อไปนี้ ให้ถือว่ามีส่วนได้เสียในวิธีบังคับคดีอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งหรือสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(1) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และในกรณีที่มีการอายัดสิทธิเรียกร้องลูกหนี้ แห่งสิทธิเรียกร้องนั้น

(2) บุคคลอื่นใดซึ่งชอบที่จะใช้สิทธิอันได้จดทะเบียนไว้โดยชอบหรือที่ได้ยื่นคำร้องขอตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288,289 และมาตรา 290 อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องเช่นว่ามานั้น เว้นแต่คำร้องขอเช่นว่านี้จะได้ถูกยกเสียในขั้นที่สุด”

ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียเพราะเกี่ยวข้องกับการบังคับคดี (เช่น บุคคลซึ่งมีสิทธิต่างๆที่เป็นทรัพย์สินหรือผู้ซึ่งอ้างว่าทรัพย์สินที่ถูกยึดไม่ใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือผู้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 289 หรือผู้ขอเฉลี่ยทรัพย์สินตามมาตรา 290 เป็นต้น) แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจมีกรณีเป็นไปได้ว่า มีการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้แต่กลับปรากฏชื่อของบุคคลอื่นในทะเบียนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินนั้น เช่น บุคคลอื่นมีชื่อในโฉนดที่ดินซึ่งโจทก์นำยึดโดยอ้างว่าเป็นของลูกหนี้ ประกอบกับ ในทางความเป็นจริงยังคงมีบุคคลอื่นที่เป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งแต่มิได้อยู่ภายใต้คำนิยามของคำว่า "ผู้มีส่วนได้เสีย" ตามป.วิ.พ.มาตรา 280 กรณีเช่นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า เจ้าพนักงานบังคับคดีควรจะต้องแจ้งวันขายทอดตลาดไปยังบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดทุกราย โดยคำว่า "ซึ่งทราบได้ตามทะเบียน" น่าจะหมายถึง ชื่อและที่อยู่ของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดซึ่งสามารถตรวจสอบได้ทางทะเบียนเท่านั้น³⁴

กำหนดเวลาและวิธีการขายทอดตลาดตามป.วิ.พ. มาตรา 308³⁵

เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถขายทอดตลาดได้เมื่อพ้นระยะเวลาอย่างน้อยห้าวันนับแต่วันยึดโดยกำหนดให้การขายทอดตลาดจะต้องดำเนินการตามป.พ.พ. กฎกระทรวงว่าด้วยการนั้น และข้อกำหนดของศาล ซึ่งได้ระบุไว้ในคำสั่งอนุญาตให้ขายทรัพย์สินถ้าหากมี ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) บทบัญญัติแห่งป.พ.พ. ว่าด้วยการขายทอดตลาด มาตรา 509-517 อาทิเช่น ผู้ทอดตลาดไม่สามารถเข้าสู่ราคาหรือใช้บุคคลอื่นใดให้เข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดที่ตนเป็นผู้อำนวยความสะดวก แต่สามารถถอนทรัพย์สินจากการทอดตลาดได้ หากเห็นว่าราคาซึ่งมีผู้สู่ราคาสูงสุดนั้นยังไม่เพียงพอ ผู้สู่ราคาสูงสุดต้องใช้ราคาเป็นเงินสด เมื่อการซื้อขายบริบูรณ์หรือตามเวลาที่กำหนดไว้ในคำโฆษณาบอกขาย เป็นต้น

(2) กฎกระทรวงว่าด้วยการขายทอดตลาด

(3) ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2522 หมวดที่ 8

(4) ข้อกำหนดของศาล อันเกิดจากการที่เจ้าพนักงานบังคับคดีขออนุญาตศาลขายทอดตลาดซึ่งอาจแจ้งรายละเอียดของทรัพย์สินไปด้วย เป็นต้น

การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้น อาจปรากฏว่ามีเจ้าหนี้จำนอง หลายราย หรือมีเจ้าหนี้สามัญด้วย และบางกรณีนี้ทั้งหลายอาจถึงกำหนดพร้อมกันจึงอาจเกิดปัญหาขึ้น และ

³⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 359-360

³⁵ป.วิ.พ. มาตรา 308 บัญญัติว่า

เมื่อศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ขายแล้วเจ้าพนักงานบังคับคดีอาจขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดได้เมื่อพ้นระยะเวลาอย่างน้อยห้าวันนับแต่วันที่ยึด การขายนั้นให้ดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎกระทรวงว่าด้วยการนั้น และตามข้อกำหนดของศาลซึ่งระบุไว้ในคำสั่งอนุญาตให้ขายทรัพย์สินนั้นถ้าหากมี"

นอกจากนี้โดยปกติในการขายทอดตลาดนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องระบุในประกาศการขายทอดตลาดว่าเป็นการขายโดยปลอดจำนองหรือติดจำนองไปด้วย ว่าเป็นการขายโดยปลอดจำนอง เช่น กรณีทรัพย์สินติดจำนองหลายราย ผู้รับจำนองรายแรกใช้สิทธิบังคับจำนอง หรือการขายโดยติดจำนอง เช่น กรณีที่ทรัพย์สินติดจำนองหลายราย และผู้รับจำนองรายหลังประสงค์ใช้สิทธิบังคับจำนอง แต่หนี้จำนองรายแรกยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือถึงกำหนดชำระแล้วแต่เขาประสงค์จะให้ขายโดยจำนองติดไปกับทรัพย์สินด้วย

จากการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยติดจำนองและปลอดจำนอง ปรากฏหลักเกณฑ์อันมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2522 หมวดที่ 8 อาทิเช่น การขายทรัพย์สินอย่างบังคับจำนอง ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการขายอย่างการขายทรัพย์สินธรรมดาโดยไม่คำนึงถึงการจำนอง (ข้อ 75) และการขายทรัพย์สินอย่างติดจำนองไปให้ประกาศแสดงชื่อผู้รับจำนอง พร้อมทั้งต้นเงินและดอกเบี้ยที่ยังค้างชำระจนถึงวันขาย และข้อความว่าผู้ใดซื้อทรัพย์สินนั้นต้องรับภาระจำนองติดไปด้วยโดยชัดเจน (ข้อ 76) เป็นต้น

(2) ข้อกำหนดศาล คือ ในการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด ซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องทำการขออนุญาตศาลนั้น อาจมีการแจ้งรายละเอียดของทรัพย์สินจำนองซึ่งจะนำออกขายไปด้วย เช่น กรณีทรัพย์สินติดจำนองและเจ้าหนี้จำนองมิได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้จำนองก็ต้องขายไปโดยติดจำนองหรือหากมีการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จำนองเท่ากับเป็นการขายโดยปลอดจำนองซึ่งศาลก็จะส่งไปตามนั้น

(3) คำสั่งกรมบังคับคดีและแนวปฏิบัติ เช่น เมื่อผู้ซื้อชำระเงินครบถ้วนแล้วให้เจ้าพนักงานบังคับคดีส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้ผู้ซื้อทรัพย์สินไปได้ ถ้าเป็นทรัพย์สินที่จะแจ้งแก่พนักงานเจ้าหน้าที่นั้นๆ ให้จัดการแก่ทะเบียนให้ด้วย ส่วนที่ดินหรือโรงเรือนซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินที่มีโฉนดหรือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินให้แจ้งเจ้าพนักงานที่ดินจัดการโอน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเท่าที่ปรากฏในปัจจุบัน มีบางกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการขายทอดตลาดไปอย่างปลอดจำนองทั้งที่มีใช้การขายทอดตลาดเพื่อการบังคับจำนองหรือการขายทอดตลาดที่ผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้จำนองจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดตามสิทธิจำนองที่ตนมีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองนั้น อันเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายซึ่งผู้เขียนเห็นควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ว่า แนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการบังคับจำนองเป็นไปโดยสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองหรือไม่ เพราะเหตุใด

(5) ป.วิ.พ.

เช่น ในการขายอสังหาริมทรัพย์รายใหญ่ และทรัพย์สินนั้นอาจแบ่งแยกออกได้เป็นตอนๆ เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นเป็นตอนๆ ได้ในเมื่อเป็นที่คาดหมายได้

ว่า เงินรายได้ในการขายทรัพย์สินบางตอนจะเพียงพอแก่การบังคับคดี หรือว่าเงินรายได้ทั้งหมดจะเพิ่มขึ้นเพราะเหตุนั้น

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าตามมาตรา 309 วรรคสอง ได้กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินซึ่งจะต้องขาย ว่าอาจร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรวมหรือแยกทรัพย์สิน หรือขอให้ขายทรัพย์สินนั้นตามลำดับที่กำหนดไว้ หรือจะร้องคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีที่สั่งตามที่กล่าวมาข้างต้นได้ ในกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำร้องขอหรือคำคัดค้านเช่นว่านั้น ผู้ร้องจะยื่นคำขอต่อศาลโดยทำเป็นคำร้องภายในสองวันนับแต่วันปฏิเสธร เพื่อขอให้มีคำสั่งชี้ขาดในเรื่องนั้นก็ได้ คำสั่งของศาลให้เป็นที่สุด และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเลื่อนการขายไปจนกว่าศาลจะได้มีคำสั่ง หรือจนกว่าจะได้พ้นระยะเวลาซึ่งให้นำเรื่องขึ้นสู่ศาลได้ ซึ่งกรณีผู้รับจ้างจะใช้สิทธิบังคับจ้างเองโดยการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดนั้น หากผู้มีส่วนได้เสียยื่นคำร้องคัดค้านการขายทอดตลาดของเจ้าพนักงานบังคับคดีก่อนวันที่เจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนดการขายทอดตลาดไม่เกิน 2 วันโดยมิได้อ้างเหตุผลอันสมควร หรือเพียงแต่อ้างลอยๆโดยไม่ชี้เหตุผลอันสมควรส่งผลให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีคำสั่งปฏิเสธคำร้องดังกล่าว และเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องเลื่อนการขายในนัดนั้นๆไปเพราะวันขายทอดตลาดทรัพย์สินยังอยู่ภายในระยะเวลาซึ่งผู้มีส่วนได้เสียสามารถนำเรื่องขึ้นสู่ศาลได้ตามมาตรา 309 วรรคท้ายซึ่งแม้ว่าผู้มีส่วนได้เสียจะมีสิทธิยื่นคำขอต่อศาลด้วยการทำเป็นคำร้องภายใน 2 วันนับแต่วันที่เจ้าพนักงานบังคับคดีปฏิเสธเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งชี้ขาดในเรื่องนั้น และคำสั่งชี้ขาดของศาลเป็นที่สุดนั้น แต่ผู้มีส่วนได้เสียกลับไม่ได้ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีต่อศาล หรือหากผู้มีส่วนได้เสียจะได้ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งปฏิเสธของเจ้าพนักงานบังคับคดีต่อศาล แต่เมื่อศาลได้รับคำร้องและทำการไต่สวนคำร้อง ผู้มีส่วนได้เสียเหล่านี้ก็ไม่ไปศาลตามกำหนดนัดอันเป็นเหตุให้ศาลสั่งทิ้งฟ้องซึ่งอาจยื่นคำร้องนั้นใหม่ได้ ประกอบกับโดยปกติในการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีจะประกาศกำหนดการขายทอดตลาด 4 นัด แต่ละนัดห่างกันไม่เกิน 25 วัน ผู้มีส่วนได้เสียบางรายจึงยื่นคำร้องคัดค้านการกำหนดวิธีการขายทอดตลาดของเจ้าพนักงานบังคับคดีทุกนัด ส่งผลให้คู่ความทุกฝ่ายในการบังคับคดีจำนองได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจาก การบังคับคดีจำนองเป็นไปโดยล่าช้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องรับภาระดอกเบี้ยตามคำพิพากษาที่สูงขึ้น ทรัพย์สินจำนองที่ถูกบังคับคดีมีสภาพทรุดโทรมเป็นเหตุให้เสื่อมราคาและหากพิจารณาประกอบกับมาตรา 309 ทวิ วรรคหนึ่งซึ่งมีเจตนารมณ์มุ่งให้การบังคับคดีเป็นไปอย่างรวดเร็ว กล่าวคือ เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ต้องงดการขายทุกครั้งที่มีการใช้สิทธิคัดค้านราคา แต่เลื่อนการขายทอดตลาดเพียงครั้งเดียว คือ ครั้งที่มิผู้เสนอราคาสูงสุดและมีการคัดค้านราคาเท่านั้นเพื่อให้โอกาสในการหาผู้มาซื้อในครั้งถัดไปและบังคับให้ผู้เสนอราคาสูงสุดเดิมผูกพันราคาที่เสนอมาเป็นเวลา 30 วันนับแต่วันที่เสนอราคา โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องเคาะไม้ขายให้แก่ผู้สุ่ราคาสูงสุดเดิม หากการขายทอดตลาดนัดใหม่มีผู้สุ่ราคาไม่สูงกว่าราคาสูงสุดเดิมหรือไม่มีผู้ใดเสนอราคาเลย หรือเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดในการขายนัดใหม่นั้น หากมีผู้เสนอราคาสูงกว่าราคาสูงสุดเดิม จะใช้ดุลพินิจไม่ขายไม่ได้

เพราะฉะนั้น การใช้สิทธิของผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 309 วรรคสอง ใน ลักษณะดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และคู่ความหรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ในการบังคับคดีจำนองได้รับความเสียหาย อีกทั้งหากผู้มีส่วนได้เสียใช้สิทธิดังกล่าวในระหว่างที่มีการผูกพันกับการเสนอราคาจากการขายทอดตลาดในนัดก่อนตามมาตรา 309 ทวิ อันเป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งมาตรา 309 ทวิ ซึ่งมุ่งลดปัญหาในกรณีที่คดีมีผู้มีส่วนได้เสียหลายรายผลัดกันใช้สิทธิ คัดค้านราคาอันเป็นเหตุแห่งความล่าช้าในการบังคับคดี

3.3.1.3 สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองจากการขายทอดตลาด

เนื่องจากเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม รัฐจึงผูกขาด ในการบังคับชำระหนี้ให้แทน กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงให้อำนาจศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ ทรัพย์เข้าไปยึดเอาทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาด เพื่อเอาเงินไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แทน และ เพื่อให้อำนาจนี้ศักดิ์สิทธิ์ยิ่งขึ้น ป.พ.พ.มาตรา 1330³⁶ ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อโดยสุจริต ในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลายมิให้เสียไป แม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีไซ้ของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ล้มละลาย เพื่อให้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือคำสั่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มั่นใจได้ ว่าทรัพย์สินที่ตนซื้อไปนั้น ถ้าตนทำไปโดยสุจริตแล้วย่อมได้กรรมสิทธิ์อย่างแน่นอน จึงถือเป็นข้อยกเว้น ของหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนมาตราหนึ่ง เรียกว่า "การได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยสุจริตในพฤติการณ์ พิเศษ"

เงื่อนไขของการที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจะได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมาย

(1) ผู้ซื้อจะต้องซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือ คำสั่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลายเท่านั้น หากเป็นกรณีศาลให้ขายหรือประมูลกันระหว่าง คู่ความย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่ทั้งนี้ผู้รับโอนทรัพย์สินจากผู้ซื้อทรัพย์สินตามมาตรานี้ย่อมมีสิทธิ หรือได้รับความคุ้มครองด้วย³⁷

(2) ผู้ซื้อต้องสุจริต คือ ไม่รู้ในขณะซื้อว่าทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดนั้นเป็นของ ผู้อื่นมีไซ้ของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา

³⁶ป.พ.พ.มาตรา 1330 บัญญัติว่า

"สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ ทรัพย์ในคดีล้มละลายนั้นถือว่ามิเสียไปถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีไซ้ของจำเลยหรือลูกหนี้โดยคำพิพากษาหรือผู้ล้มละลาย"

³⁷กษัตริย์ธรรมนูญ, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 60, กฤษฎีกาครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), หน้า 41-42

ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจําเองจากการ

ขายทอดตลาด

(1) หากปรากฏในภายหลังว่าทรัพย์สินจําเองที่นำออกขายทอดตลาดไม่ใช่ของจําเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ล้มละลาย ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้น เจ้าของทรัพย์สินเดิมไม่มีสิทธิติดตามเอาคืน

(2) แม้จะยังมีได้จดทะเบียนโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อันเป็นแบบแห่งนิติกรรม การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามป.พ.พ.มาตรา 456 ก็ไม่ทำให้การซื้อขายเป็นโมฆะ แต่ผู้ซื้อทรัพย์สินจําเองจากการขายทอดตลาดย่อมได้สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นไปเท่าที่เจ้าของเดิมมีอยู่ ฉะนั้น หากทรัพย์สินนั้นติดจําเอง ผู้รับจําเองย่อมมีสิทธิบังคับจําเอง ผู้ซื้อจึงไม่มีสิทธิร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สิน เว้นแต่ การจําเองจะได้กระทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องปล่อยทรัพย์สินจําเองแก่ผู้ซื้อไป

(3) ผู้ซื้อทรัพย์สินจําเองจากการขายทอดตลาดย่อมได้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นไปโดยไม่ต้องฟ้องร้องหรือเรียกผู้ที่ยังอ้างว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเข้ามาเป็นคู่ความ กล่าวคือ ผู้ซื้อทรัพย์สินจําเองจากการขายทอดตลาดย่อมอยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิเป็นของตนได้ก่อน แม้หลักฐานทางทะเบียนจะปรากฏว่ามีใช่เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดก็ไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องหรือดำเนินคดีเรียกบุคคลภายนอกที่มีชื่อทางทะเบียนมาเป็นคู่ความก่อนดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1571/2508

3.3.1.4 การร้องขั้ดทรัพย์สิน

ในการบังคับคดีจําเองโดยการนำทรัพย์สินจําเองออกขายทอดตลาดนั้น บุคคลภายนอกอาจยื่นคำร้องเข้ามาในคดีเพื่อขอให้ศาลปล่อยทรัพย์สินจําเองที่ถูกยึดมาเพื่อบังคับคดี โดยอ้างเหตุว่าจําเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้หรือ "การร้องขั้ดทรัพย์สิน" ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 288³⁶

³⁶ป.วิ.พ.มาตรา 288 ได้บัญญัติไว้ว่า

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 55 ถ้าบุคคลใดอ้างว่าจําเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ ก่อนที่ได้เอาทรัพย์สินเช่นว่านี้ออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้ปล่อยทรัพย์สินเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนี้ให้ผู้กล่าวอ้างนั้นนำส่งสำเนา คำร้องขอแก่โจทก์หรือเจ้านี้ตามคำพิพากษาและจําเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานบังคับคดีโดยลำดับ เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีได้รับคำร้องขอเช่นว่านี้ให้งดการขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทนั้นไว้ระหว่างรอคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลดังบัญญัติไว้ต่อไปนี้

เมื่อได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลแล้ว ให้ศาลพิจารณาและชี้ขาดตัดสินคดีนั้นเหมือนอย่างคดีธรรมดา เว้นแต่

(1) เมื่อเจ้านี้ตามคำพิพากษาได้ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ไม่ว่าจะเวลาใดๆ ก่อนวันกำหนดชี้สองสถาน หรือก่อนวันสืบพยาน หากมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าคำร้องขอเช่นนั้นไม่มีมูลและยื่นเข้ามาเพื่อประวิงให้ชักช้า ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้ผู้กล่าวอ้างวางเงินต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลจะกำหนดไว้ในคำสั่งตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้านี้ตามคำพิพากษาสำหรับความเสียหายที่อาจได้รับ เนื่องจากเหตุยื่นเข้าในการบังคับคดี อันเกิดแต่การยื่นคำร้องขอเช่นนั้น ถ้าผู้กล่าวอ้างไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ผู้มีสิทธิร้องขจัดทรัพย์³⁹

คือ "บุคคลใดกล่าวอ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้" โดยมีได้ระบุว่าบุคคลผู้กล่าวอ้างต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้น ผู้มีสิทธิร้องขจัดทรัพย์จึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึด แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง หรือจะต้องมีส่วนได้เสียอยู่ด้วยในทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ อาทิเช่น เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินของแผ่นดินมีสิทธิร้องขจัดทรัพย์ในคดีที่ผู้นำยึดทรัพย์สินของแผ่นดินได้ตั้งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1423/2493 กรมป่าไม้ซึ่งเป็นผู้ดูแลรักษาไม้หวงห้ามย่อมมีสิทธิร้องขจัดทรัพย์ขอให้ปล่อยไม้้นั้นได้

เหตุที่อ้างในคำร้องขจัดทรัพย์⁴⁰

ประเด็นในการร้องขจัดทรัพย์มีเพียงว่า จำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือไม่ เมื่อปรากฏว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์ แม้มีอยู่เพียงบางส่วนโจทก์หรือเจ้านี้ตามคำพิพากษาก็มีสิทธิยึดมาชำระหนี้ได้ จึงต้องกล่าวอ้างเหตุว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์ที่ยึดมาอย่างไร ดังนั้น หากเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกับจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา โจทก์หรือเจ้านี้ตามคำพิพากษาจึงมีสิทธิยึดได้ เจ้าของกรรมสิทธิ์รวมจะขอให้ปล่อยทรัพย์ที่ยึดไม่ได้ มีสิทธิเพียงขอให้แบ่งส่วนได้ของตนตามมาตรา 287 โดยในการยื่นคำร้องขจัดทรัพย์นี้ผู้ร้องไม่จำเป็นต้องกล่าวอ้างว่าตนได้ทรัพย์ที่ยึดมาอย่างไร แต่ผู้ร้องไม่สามารถมีคำขออย่างอื่นมาด้วย เช่น เรียกค่าเสียหาย

ผู้มีสิทธิร้องขจัดทรัพย์จะต้องยื่นคำร้องขอก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีเอาทรัพย์สินที่ยึดไว้ นั้นออกขายทอดตลาดไปโดยบริบูรณ์หรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นต่อศาลชั้นต้นที่ออกหมายบังคับคดีเท่านั้น ไม่สามารถยื่นต่อศาลซึ่งดำเนินการบังคับคดีแทนตามป.วิ.พ.มาตรา 302 ได้ โดยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นร้องขจัดทรัพย์นั้นผู้ร้องขจัดทรัพย์มีฐานะเสมือนโจทก์ ส่วนโจทก์ซึ่งเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษามีฐานะเสมือนเป็นจำเลย ฉะนั้นถ้าไม่มีข้อเท็จจริงหรือหลักฐานเป็นอย่างอื่น ผู้ร้องขจัดทรัพย์ก็ต้องมีหน้าที่นำสืบก่อนเสมอ⁴¹

การดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นร้องขจัดทรัพย์

เมื่อผู้ร้องขจัดทรัพย์ได้ยื่นคำร้องขจัดทรัพย์แล้ว ศาลชั้นต้นต้องสั่งงดการขายทอดตลาดทรัพย์ที่ยึดไว้ก่อนและออกหมายเรียกให้โจทก์ยื่นคำให้การแก้คำร้องขจัดทรัพย์ของผู้ร้อง และสั่งให้ส่ง

(2) ถ้าทรัพย์สินที่พิพาทนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์และมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าคำร้องขอนั้นไม่มีเหตุอันควรฟังหรือถ้าปรากฏว่าทรัพย์สินที่ยึดนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์ที่เก็บไว้นานไม่ได้ ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่วางนี้โดยไม่ชักช้า

คำสั่งของศาลตามวรรคสอง (1) และ (2) ให้เป็นที่สุด"

³⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 240

⁴⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 251

⁴¹มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วย วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและภาวะบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์), 2526, หน้า 229

สำเนาคำร้องขจัดทรัพย์แก่จำเลยผู้เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานบังคับคดี และเมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีได้รับสำเนาคำร้องขจัดทรัพย์แล้วก็ต้องงดการขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินไว้เพื่อรอคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล แม้คำสั่งศาลที่รับคำร้องขจัดทรัพย์นั้นจะมีคำสั่งให้งดการขายทรัพย์ไว้ด้วย ก็เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีที่จะต้องงดการขายทอดตลาดทรัพย์นั้นไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากบางกรณีลูกหนี้ตามคำพิพากษาสมยอมกับบุคคลภายนอกโดยให้บุคคลภายนอกร้องเข้ามาเพื่อประวิงการบังคับคดีหรือเพื่อแย่งกรรมสิทธิ์มิให้ทรัพย์นั้นถูกขายทอดตลาด เมื่อศาลรับคำร้องไว้แล้วจะต้องดำเนินคดีต่อไปอย่างคดีแพ่งธรรมดาซึ่งใช้เวลานาน อาจเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับความเสียหายได้⁴² กฎหมายจึงได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้ร้องขจัดทรัพย์วางเงินต่อศาล เพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทน ที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจได้รับในการดำเนินคดีชั้นร้องขจัดทรัพย์⁴³

มีข้อสังเกตในเรื่องการร้องขจัดทรัพย์ว่า เหตุที่อ้างในคำร้องขจัดทรัพย์มีเพียงประเด็นเดียว คือ จำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินประมาทเลินเล่อปล่อยให้บุคคลอื่นเอาที่ดินของตนไปจำนอง เช่น การลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจโดยไม่มีการกรอกข้อความพร้อมแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องให้กับบุคคลอื่นไป และปรากฏว่าบุคคลนั้นนำที่ดินแปลงดังกล่าวไปจดทะเบียนจำนอง ดังนี้ ต่อมาภายหลังเมื่อเจ้าหนี้จำนองใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนอง เจ้าของที่ดินจะสามารถใช้สิทธิร้องขจัดทรัพย์ตามป.วิ.พ.มาตรา 288 ได้หรือไม่ มีข้อพิจารณาว่าแม้ผู้จำนองจะไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินและมีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นก็ตาม แต่ด้วยเหตุว่าเจ้าของที่ดินมีส่วนทำให้เกิดการโต้แย้งสิทธิ กล่าวคือ ผลจากความประมาทเลินเล่อของเจ้าของที่ดินทำให้บุคคลอื่นสามารถนำที่ดินของเขาไปจดทะเบียนจำนองต่อบุคคลภายนอกได้ จึงถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของเจ้าของที่ดิน การมาอ้างว่าถูกโต้แย้งสิทธิเช่นนี้จึงถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ทั้งนี้หากมองในเหตุผลตามหลักกฎหมายแพ่งนั้นถ้าเจ้าของที่ดินยินยอมให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น ได้แก่ ความยินยอมโดยตรง โดยปริยาย หรือโดยประมาทเลินเล่อจะถือว่าการกระทำนั้นเป็นการโต้แย้งสิทธิไม่ได้ ต้องถือว่าตนรับสภาพของการกระทำนั้นแล้ว ดังนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ 6403/2540 ซึ่งวินิจฉัยว่า

“การที่โจทก์ลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจซึ่งยังไม่มีกรอกข้อความพร้อมทั้งมอบสำเนาทะเบียนบ้าน สำเนาบัตรประจำตัวประชาชนและโฉนดที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 1 ไปนั้น เป็นการกระทำโดยความประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นการยอมเสี่ยงภัยในการกระทำของตนอย่างร้ายแรง แม้จำเลยที่ 1 จะปลอมหนังสือมอบอำนาจโดยกรอกข้อความว่าโจทก์มอบอำนาจให้จำเลยที่ 1 ชายที่ดินและบ้านพิพาทและจดทะเบียนซื้อขายเปลี่ยนชื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินและบ้านพิพาทจากโจทก์เป็น

⁴² ประคนธ์ พันธุ์ชาติกุล, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 2 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 348

⁴³ มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, หน้า 233

จำเลยที่ 1 แล้วจดทะเบียนจำนองเป็นประกันหนี้ต่อธนาคารจนกระทั่งจดทะเบียนไถ่ถอนจำนองและโอนขายให้แก่จำเลยที่ 2 ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์ดังกล่าวโดยตรง เมื่อจำเลยที่ 2 รับโอนที่ดินและบ้านพิพาทมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้คบคิดกับจำเลยที่ 1 ข้อฉลโจทก์ หากจะให้เพิกถอนการจดทะเบียนซื้อขายที่พิพาทด้วยเหตุว่าจำเลยที่ 2 ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้โอนยอมก่อให้เกิดความเสียหายแก่จำเลยที่ 2 เป็นอย่างมาก และความเสียหายนี้ก็เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์โดยตรง ดังนั้น การที่โจทก์ใช้สิทธิติดตามเอาที่ดินและบ้านพิพาทคืนโดยฟ้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนซื้อขายถือได้ว่าโจทก์ใช้สิทธิไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5

เพราะฉะนั้น การดำเนินคดีบังคับจำนองนั้น นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ก็ยังจะต้องพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายสารบัญญัติด้วยว่าในกรณีดังกล่าวมีกฎหมายบัญญัติรับรอง คู่คุ้มครองให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือไม่ เพียงใด

ในชั้นตอนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษานั้น นอกจากจะมีกรณีที่บุคคลภายนอกอาจยื่นคำร้องขัดทรัพย์ดังกล่าวมาข้างต้น ก็อาจมีกรณีที่เจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษายื่นคำร้องขอขึ้นส่วนตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287 ใซึ่งการใช้สิทธิยื่นคำร้องขอขึ้นส่วนในกรณีที่มีการบังคับจำนองเขาแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นสินสมรสนั้นมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 อันอาจเทียบเคียงได้จากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 5941/2545 ซึ่งวินิจฉัยว่า

"โจทก์และจำเลยถูกผู้ร้องฟ้องขอเพิกถอนนิติกรรมจำนอง ทรัพย์สินพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลย คดีถึงที่สุดโดยศาลวินิจฉัยว่าคดีขาดอายุความตาม ป.พ.พ.มาตรา 1480 วรรคสอง และข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าโจทก์รับจำนองทรัพย์สินพิพาทไว้โดยไม่สุจริต ไม่มีเหตุที่จะเพิกถอนนิติกรรมจำนองจึงพิพากษายกฟ้อง ผลของคดีดังกล่าวย่อมผูกพันคู่ความตาม ป.วิ.พ.มาตรา 145 วรรคหนึ่ง เมื่อผู้ร้องไม่อาจเพิกถอนนิติกรรมจำนองทรัพย์สินพิพาทได้ นิติกรรมจำนองทรัพย์สินพิพาทจึงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำนองยอมมีสิทธิบังคับคดีเขาแก่ทรัพย์สินพิพาทได้ทั้งหมดเพราะสิทธิจำนองครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่งตาม ป.พ.พ. มาตรา 716 และเป็นทรัพย์สินที่ใช้ยันแก่บุคคลทั่วไปได้ ส่วนคดีที่ผู้ร้องฟ้องหย่าจำเลยและขอแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามิศาลได้มีคำพิพากษาให้จำเลยแบ่งทรัพย์สินพิพาทซึ่งเป็นสินสมรสให้แก่ผู้ร้องก็มีผลผูกพันเฉพาะผู้ร้องกับจำเลย ซึ่งเป็นคู่ความในคดีดังกล่าว หากมีผลต่อโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไม่ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิขอเงินสินสมรสส่วนของตนจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินพิพาท"

กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้นำสินสมรสไปจำนองต่อผู้รับจำนองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตาม ป.พ.พ.มาตรา 1476 และเนื่องจากผู้รับจำนองได้จดทะเบียนรับจำนองโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจึงไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอน

นิติกรรมนั้นได้ แต่หนี้จำนองที่เกิดขึ้นก็ไม่ใช่หนี้ที่สามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันหรือ"หนี้ร่วม" ดังนี้ คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้ให้ความยินยอมด้วยในการทำสัญญาจำนองจะมีสิทธิร้องขอถอนส่วน "สินสมรส" ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287 หรือไม่ และหากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอถอนส่วน จะถือว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับจำนองที่รับจำนองไว้โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนหรือไม่

3.3.1.5 การเพิกถอนการขายทอดตลาด

การเพิกถอนการขายทอดตลาดตาม ป.วิ.พ.มาตรา 296 วรรคสอง⁴⁴

มาตรา 296 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการงดการบังคับคดีและการเพิกถอนกระบวนการบังคับคดีทั้งปวง กล่าวคือ การถอนการบังคับคดีอันเกิดจากความผิดพลาดใน 2 กรณี ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงการเพิกถอนการบังคับคดีในกรณีเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ทำการศึกษาวิจัยเท่านั้น ซึ่งมีสาระสำคัญอันอาจสรุปได้ ดังนี้

เมื่อศาลเห็นสมควร หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีซึ่งต้องเสียหายในการฝ่าฝืนต่อกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีนั้น เป็นผู้มิสิทธิร้องขอให้เพิกถอนการขายทอดตลาดตามบทบัญญัติข้างต้น โดยเหตุที่อ้างในคำร้อง ได้แก่ ศาลออกคำบังคับ หมายบังคับคดี หรือคำสั่งในชั้นบังคับคดีฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้หากศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด ผลที่เกิดขึ้นต่อผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองจากการขายทอดตลาด คือ ต้องถือเสมือนไม่มีการขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินจะอ้างความคุ้มครองตามป.พ.พ.มาตรา 1330 ให้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไม่ได้ และหากได้มีการจดทะเบียนโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สินไปแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีขอที่จะขอให้เพิกถอนทางทะเบียนแล้วดำเนินการบังคับใหม่ต่อไปได้⁴⁵ ดังนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ 26/2537 ซึ่งวินิจฉัยว่า เมื่อศาลสั่งเพิกถอนการบังคับคดีที่ฝ่าฝืนกฎหมายเนื่องจากทรัพย์สินที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำยึดไม่ใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ย่อมส่งผลให้การขายทอดตลาดสิ้นผลไป แม้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจะสุจริตก็ไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามป.พ.พ.มาตรา 1330 อีกต่อไป

การเพิกถอนการขายทอดตลาดตามมาตรา 309 ทวิ วรรคสอง⁴⁶

⁴⁴ป.วิ.พ.มาตรา 296 วรรคสอง บัญญัติว่า

“รายได้บังคับมาตรา 309 ทวิ วรรคสอง ถ้าเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ เมื่อศาลเห็นสมควรไม่ว่าในเวลาใดก่อนการบังคับคดีได้เสร็จลง หรือเมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีซึ่งต้องเสียหายเพราะเหตุดังกล่าวยื่นคำร้องต่อศาล ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขกระบวนการบังคับคดีทั้งปวง หรือวิธีการบังคับใดๆโดยเฉพาะ หรือมีคำสั่งกำหนดวิธีการอย่างใดตามที่ศาลเห็นสมควร”

⁴⁵กนก อินทร์พรหม, *หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 60*, การบรรยายครั้งที่ 14, หน้า 43

⁴⁶ป.วิ.พ.มาตรา 309 ทวิ วรรคสอง บัญญัติว่า

“ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีเห็นว่าราคาที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินมีจำนวนต่ำกว่าเงินสมควรและการขายทอดตลาดทรัพย์สินในราคาต่ำกว่าเงินสมควรเกิดจากการคบคิดกันฉ้อฉลในระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องในการเข้าสู่ราคา หรือความไม่สุจริต หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี เป็นผู้มิสิทธิยื่นคำร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาดตามมาตรา 309 ทวิ วรรคสองได้โดยจะต้องอ้างเหตุคัดค้านว่าราคาที่ได้จากการขายทรัพย์สินมีจำนวนต่ำเกินสมควร อันเกิดจากการคบคิดกันฉ้อฉลในระหว่างผู้เกี่ยวข้องในการเข้าสู่ราคา หรือความไม่สุจริต หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติหน้าที่ และเมื่อการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลนั้นถูกยกเลิกหรือเพิกถอนก็ต้องถือเสมือนไม่มีการขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินจึงไม่สามารถอ้างความคุ้มครองตามป.พ.พ.มาตรา 1330 เพื่อให้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 5256/2537 ซึ่งวินิจฉัยว่า เมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอนการขายทอดตลาดต้องถือเสมือนว่าไม่มีการขายทอดตลาดและหากผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลภายนอก ก็ถือเสมือนว่าไม่มีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์ไป อีกทั้งบุคคลภายนอกไม่สามารถอ้างได้ว่าตนได้ซื้อทรัพย์สินพิพาทมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน เพราะเมื่อผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดไม่มีสิทธิในทรัพย์สินพิพาทแล้ว บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอนย่อมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดซึ่งเป็นผู้โอน

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการเพิกถอนการขายทอดตลาดเพื่อการบังคับจำหน่ายว่า หากผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลได้นำทรัพย์สินที่ซื้อมาจากการขายทอดตลาดไปจำหน่ายเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจำหน่าย และต่อมาภายหลังศาลได้มีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด ดังนี้ แม้ว่าตามป.พ.พ. มาตรา 1330 ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลว่า หากภายหลังมีการพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ของจำเลย หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือผู้ล้มละลาย ผู้ซื้อทรัพย์สินไม่ต้องคืนทรัพย์สิน หรือใช้ราคาทรัพย์สิน หรือใช้ค่าเสียหายใดๆอันจะพึงเกิดขึ้นแก่เจ้าของที่แท้จริง ดังนั้น ตลอดเวลานับแต่การขายทอดตลาดสำเร็จ บริบูรณ์ตราขายจนกระทั่งศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดมีฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นและมีสิทธิตามป.พ.พ.มาตรา 1336 ในอันที่จะจำหน่าย จ่ายโอน ได้ซึ่งคอกผล เป็นผู้มิสิทธินำทรัพย์สินไปจำหน่ายได้ตามป.พ.พ.มาตรา 705 แต่เมื่อใดก็ตามที่ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาดส่งผลให้ทรัพย์สินนั้นจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนี้ ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดดังกล่าวซึ่งนำทรัพย์สินไปจำหน่ายจะมีหน้าที่อย่างใดหรือไม่ ซึ่งภายหลังจากการศึกษา ค้นคว้ามีข้อพิจารณาว่า เมื่อศาลเพิกถอนการขายทอดตลาดทรัพย์สินแล้ว ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด จึงมีหน้าที่ต้องดำเนินการจดทะเบียนไถ่ถอนจำหน่ายให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม อันนำมาซึ่งความเสียหายหลายประการ อาทิเช่น

ของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติหน้าที่ บุคคลดังกล่าวอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการเพิกถอนการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ได้ และเมื่อศาลได้สวนแล้วเห็นว่าคำร้องนั้นฟังได้ ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องนั้น"

1. ภาวะค่าใช้จ่ายต่างๆอันเกิดจากกระบวนการที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ภาวะ ดอกเบี้ยจำนอง เงินค่าธรรมเนียมเนื่องจากนิติกรรมที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น

2. ความเสียหายจากการใช้สิทธิตาม ป.วิ.พ.มาตรา 309 ทวิ โดยไม่สุจริต หรือโดยมีเจตนาประวิงคดีของผู้มีส่วนได้เสีย กล่าวคือ ตามมาตรา 309 ทวิ วรรคสอง ศาลจะต้องทำการ ไต่สวนก่อนเสมอและเมื่อศาลไต่สวนแล้วเห็นว่าคำร้องนั้นรับฟังได้จึงจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องนั้น แต่ก็มีได้มีการกำหนดมาตรการเพื่อเป็นการป้องกัน หรือลงโทษบุคคลผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ เพิกถอนการขายทอดตลาดโดยเจตนาไม่สุจริตหรือเพื่อประวิงคดีให้ชักช้า

3.3.2 การบังคับจำนองโดยการเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนอง

การบังคับจำนองด้วยวิธีนี้มีเงื่อนไข 3 ประการตาม ป.พ.พ. มาตรา 729 คือ

(1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึง 5 ปี นับตั้งแต่วันฟ้องดอยหลังออกไป โดยระยะเวลา 5 ปีนี้เป็นระยะเวลาอันยาวที่สุดที่เจ้าหนี้จะเรียกเอาดอกเบี้ยได้ แต่หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ มิได้ขาดส่งดอกเบี้ยหรือขาดส่งดอกเบี้ยไม่ถึง 5 ปี หรือกรณีมีการจำนองกันโดยไม่มีการคิดดอกเบี้ยจึง ไม่มีการขาดส่งดอกเบี้ย ผู้รับจำนองย่อมไม่มีสิทธิฟ้องบังคับให้ทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นของตนอีก⁴⁷

(2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนหนี้ อันค้างชำระ คือ ผู้จำนองมีหน้าที่นำสืบว่าราคาทรัพย์สินนั้นมีราคามากกว่าจำนวนหนี้เพราะผู้รับจำนองไม่ควร จะแสวงหากำไรจากการเอาทรัพย์สินของผู้จำนองหลุดเป็นสิทธิโดยบังคับเอาแก่ทรัพย์สินซึ่งมีราคามากกว่า จำนวนหนี้ของตน ทั้งนี้ กฎหมายมิได้มีข้อจำกัดว่าจะต้องท่วมจำนวนหนี้มากน้อยเพียงใด และกฎหมาย ได้กำหนดให้ผู้จำนองมีหน้าที่ต้องนำสืบเฉพาะกรณีผู้จำนองกับผู้รับจำนองเท่านั้น ถ้าผู้รับจำนองพิพาท กับบุคคลอื่นก็จะไม่ใช่หลักนี้

(3) ไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าจำนอง หรือบุริมสิทธิที่จดทะเบียนไว้ก่อนหรือหลังจำนองรายที่ขอบังคับ เพื่อคุ้มครองผู้รับจำนองคน หนึ่งๆ โดยหากปรากฏว่ามีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินจำนองราย เดียวกันนั้น ศาลต้องเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด เพราะอาจมีเงินเหลือพอแก่การชำระหนี้ผู้รับจำนอง ลำดับหลังได้ และอีกประการหนึ่ง คือ บุริมสิทธิของผู้อื่นที่จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินจำนองอาจมา ก่อนผู้รับจำนอง เช่น บุริมสิทธิของผู้รักษาส่งหาทรัพย์สิน เป็นต้น⁴⁸

มีข้อสังเกตว่า หากเป็นกรณีบุคคลภายนอกได้จำนองทรัพย์สินของตนเพื่อเป็น ประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ ผู้รับจำนองจะสามารถบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็น สิทธิได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นทางกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า พิจารณาโดยเนื้อหาของเรื่องแล้วเห็นว่าน่าจะทำได้เพราะไม่มี กฎหมายห้ามไว้ และมาตรา 729 เองก็ยังใช้คำอยู่ทั้งสองคำ คือ ทั้งลูกหนี้ตามคำพิพากษาและผู้จำนอง ซึ่งลูกหนี้และผู้จำนองอาจจะเป็นบุคคลเดียวกันหรือไม่ก็ได้ และยังรวมถึงการบังคับจำนองเอาทรัพย์สิน

⁴⁷ สหส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนองจำนำ, หน้า 99

⁴⁸ พจน ภูษปาศคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง จำนำ, หน้า 106

หลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้โดยฟ้องบังคับเอาจากผู้รับโอนทรัพย์ได้ โดยผู้รับโอนซึ่งไม่ต้องการให้ถูกบังคับจำนองก็มีสิทธิขอไต่ถอนจำนองได้อยู่แล้ว⁴⁹

คำพิพากษาฎีกาที่ 832/2519 วินิจฉัยว่า

“จำเลยจำนองที่ดินไว้กับโจทก์แล้วนำไปขายฝากแก่ผู้ร้องและไม่ไต่ดิน ที่ดินตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องตั้งแต่วันซื้อฝากโดยมีภาระจำนองติดไปด้วย หากโจทก์บังคับจำนอง โจทก์ต้องบอกกล่าวแก่ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้รับโอนล่วงหน้าเตือนหนึ่งก่อน ตาม ป.พ.พ.มาตรา 735 เมื่อโจทก์มิได้บอกกล่าวและฟ้องขอบังคับจำนองแก่ผู้ร้อง โจทก์ไม่มีสิทธิยึดทรัพย์พิพาทที่จำเลยจำนองแก่โจทก์ เพราะผู้ร้องเป็นบุคคลนอกคดี สิทธิในการบังคับคดีเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อเห็นสมควรศาลย่อมยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 142(5)....”

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า การจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นนั้นป.พ.พ. มาตรา 724 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าว่าต้องบังคับจำนอง ท่านว่าผู้จำนองนั้นชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองนั้น” ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการบังคับจำนองโดยวิธีการขายทอดตลาดเท่านั้น การบังคับจำนองโดยวิธีเอาทรัพย์สินจำนองหลุดจึงน่าจะใช้ได้เฉพาะกรณีจำนองธรรมดา คือ ลูกหนี้จำนองทรัพย์สินของตนเองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของตน หากเป็นการจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ต้องบังคับจำนองตามมาตรา 728 คือ ฟ้องคดีเพื่อยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเท่านั้น และถ้าเป็นกรณีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้ว การบังคับจำนองก็ต้องขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ต่อกรณีนี้จึงเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิไม่ได้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายแรก เนื่องจากสัญญาจำนอง คือ สัญญาที่“ผู้จำนอง”ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่ผู้รับจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง และสิทธิจำนองเป็นความผูกพันเหนือทรัพย์สินจำนองประกอบกับ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติลักษณะจำนองเรื่องการบังคับจำนองโดยการเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตาม ป.พ.พ. มาตรา 729 กำหนดห้ามมิให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองโดยการเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของตนในกรณีที่บุคคลภายนอกจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ ส่วนกรณีของสิทธิที่จะได้รับใช้เงินคืนจากลูกหนี้เมื่อมีการบังคับจำนองตาม ป.พ.พ. มาตรา 724 วรรคสองนั้น กฎหมายใช้คำว่า “ถ้าว่าต้องบังคับจำนอง” ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการนำทรัพย์ออกขายทอดตลาดและการเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ล้วนแต่เป็นการบังคับจำนองทั้งสิ้น จึงมีข้อสังเกตว่า หากผู้ร่างกฎหมายประสงค์ให้การบังคับจำนองโดยวิธีการเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิใช้บังคับแก่เฉพาะกรณีที่ลูกหนี้จำนองทรัพย์สินของตนเป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้น ก็คงจะได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้เป็นเช่นนั้น ส่วนในประเด็นเรื่อง สิทธิของผู้จำนองที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้นั้น กฎหมายใช้คำว่า “ตามจำนวนซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองนั้น” ดังนั้น จำนวนเงินซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับ

⁴⁹สุดา (วัชรวัฒน์กุล) วิศวพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง จำนำ, หน้า 90

ประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี.....เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” ซึ่งอาจจะเท่ากับจำนวนหนี้ หรือเท่ากับราคาทรัพย์สินจำนวนในขณะนั้น แสดงให้เห็นว่า การบังคับจำนวนโดยการเรียกเอาทรัพย์สินจำนวนหนี้ ผู้รับจำนวนอาจไม่ได้รับชำระหนี้หนี้เต็มตามจำนวนหนี้ที่ลูกหนี้อาศัยอยู่แต่ตน แต่ได้รับชำระหนี้เพียงเท่ากับราคาทรัพย์สินจำนวนเพราะฉะนั้น ผู้จำนวนซึ่งมีสิทธิที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้นั้น จึงน่าจะมียุทธวิธีได้รับเงินใช้คืนเท่ากับราคาทรัพย์สินจำนวนในขณะที่ถูกบังคับจำนวน โดยอาจใช้วิธีการประเมินราคาทรัพย์สินตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2522 เช่นเดียวกับการประเมินราคาทรัพย์สินเพื่อการบังคับจำนวน โดยการนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด

นอกจากนี้ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ว่า เนื่องจากการร้องขอทรัพย์ตาม ป.วิ.พ มาตรา 288 จะต้องยื่นคำร้องขอก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีเอาทรัพย์สินที่ยึดได้นั้นออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น ดังนี้ กรณีที่ผู้รับจำนวนบังคับจำนวนโดยการเรียกเอาทรัพย์สินจำนวนหนี้เป็นสิทธิแก่ตนนั้น ผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดได้จะสามารถยื่นคำร้องขอทรัพย์ได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

3.4 การจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้

3.4.1 วิธีการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้

ภายหลังจากที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้นำทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นแล้ว ก็จะต้องจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่ฟ้องคดีนั้น และถ้ามีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นมาขอเฉลี่ย เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ต้องเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้เหล่านั้นด้วย ดังต่อไปนี้

เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำบัญชีสำหรับการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ตามป.วิ.พ. มาตรา 316 วรรคแรก⁵⁰ ได้แก่ บัญชีธรรมดาซึ่งแสดงจำนวนเงินทั้งหมดที่ได้มาเพื่อแสดงว่า ได้เงินจากการบังคับคดีในกรณีใดบ้าง เป็นจำนวนเท่าไร และบัญชีพิเศษ อันจะต้องทำเฉพาะเมื่อมีเจ้าหนี้รายอื่นที่บังคับตามสิทธิจำนวนหรือบุริมสิทธิและได้มีการแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบโดยชอบตามป.วิ.พ. มาตรา 289 แล้ว โดยกรณีเช่นนี้จะต้องจัดสรรชำระหนี้จำนวนหรือชำระหนี้บุริมสิทธิก่อน ถ้ามีเงินเหลืออยู่จึงจะนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีรวบรวมเงินได้แล้ว ก่อนจะจ่ายไปจะต้องเก็บรักษาเงินไว้ล่วงหน้าเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อนจึงจะจ่ายไปได้ อาทิเช่น ระหว่างที่มีการบังคับคดีอยู่จนกระทั่งขายทอดตลาดไปแล้วหากลูกหนี้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ไม่ว่าชั่วคราวหรือเด็ดขาด และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

⁵⁰ป.วิ.พ.มาตรา 316 วรรคแรก บัญญัติว่า

“ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำบัญชีรายละเอียดแสดงจำนวนเงินทั้งหมดที่ได้ยึดหรือได้มาจากการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือที่ได้วางไว้กับตน นอกจากนี้ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำบัญชีพิเศษสำหรับทรัพย์สินแต่ละรายซึ่งอยู่ในบังคับการจำนวนหรือบุริมสิทธิพิเศษซึ่งได้มีการแจ้งให้ทราบโดยชอบแล้วตามทีกกล่าวไว้ในมาตรา 289”

แจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบ เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องส่งเงินที่รวบรวมได้หรือทรัพย์สินทั้งหมดที่มีอยู่ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ดำเนินการต่อไปตามพ.ร.บ.ล้มละลายฯ เว้นแต่การบังคับคดีสำเร็จบริบูรณ์แล้วก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ตามพ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 44 หรือกรณีที่มีการงดการบังคับคดีหรือถอนการบังคับคดีเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ต้องงดการจ่ายเงินไว้ก่อนเพื่อรอฟังผลต่อไป เมื่อปัญหาการบังคับคดีได้เสร็จสิ้นลงแล้วก็ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจัดสรรหรือแบ่งเฉลี่ยเงินได้ เป็นต้น

ทั้งนี้ สำหรับวิธีการจ่ายเงินนั้น หากมีเจ้าหนี้คนเดียวและไม่มีการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จำนวนหรือบุริมสิทธิตามมาตรา 289 เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องจัดสรรเงินที่ได้มาเพื่อชำระค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีก่อน แล้วจึงชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาตามจำนวนหนี้ในคำพิพากษาและค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องร้องบังคับคดีตาม ป.วิ.พ. มาตรา 318⁵¹ แต่หากเป็นกรณีที่มีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาลายคนร้องขอให้บังคับคดีหรือได้มีการแจ้งให้ทราบซึ่งการจำนวนหรือบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำหน่ายได้มาดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 เมื่อได้จัดการจำหน่ายทรัพย์สินเสร็จและได้หักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีไว้แล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องส่งค่างอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อตรวจสอบบัญชีจำนวนเงินที่จะจ่ายให้เจ้าหนี้ต่อไป

นอกจากนี้ หากมีเงินที่เหลือจากการบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายเงินส่วนที่เหลือจากการบังคับคดีตามลำดับแห่ง ป.วิ.พ. มาตรา 322⁵² คือ จ่ายเงินไปตามคำสั่งอายัดซึ่งเจ้าหนี้ในคดีอื่นได้ขอให้อายัดไว้ ไม่ว่าจะเป็นการอายัดตามมาตรา 291 และการอายัดโดยวิธีอื่น แล้วจึงจ่ายเงินให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และบุคคลภายนอกซึ่งทรัพย์สินของเขาต้องถูกจำหน่ายไปเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

⁵¹ป.วิ.พ. มาตรา 318 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแต่คนเดียวร้องขอให้บังคับคดี และมีได้มีการแจ้งให้ทราบซึ่งการจำนวนหรือบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำหน่ายได้มาดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 เมื่อได้จัดการจำหน่ายทรัพย์สินเสร็จและได้หักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีไว้แล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินตามจำนวนหนี้ในคำพิพากษาและค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องร้องให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเพียงเท่าที่เงินรายได้จำนวนสุทธิจะพอแก่การที่จะจ่ายให้ได้”

⁵²ป.วิ.พ. มาตรา 322 บัญญัติว่า

“เมื่อผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีทุกคน ได้รับส่วนแบ่งเป็นที่พอใจแล้ว ถ้ายังมีเงินที่จำหน่ายทรัพย์สินที่เหลืออยู่ และเงินที่ยังเหลือเช่นว่านั้นได้ถูกอายัดตามมาตรา 291 หรือโดยประการอื่น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจำหน่ายส่วนที่เหลือนั้นตามมาตรา 291 หรือตามคำสั่งอายัดทรัพย์ แล้วแต่กรณี

ถ้าเงินรายได้จำนวนสุทธิที่จำหน่ายทรัพย์สินได้มานั้นไม่ต้องการใช้สำหรับการบังคับคดีต่อไปก็ดี หรือมีเงินเหลืออยู่ภายหลังที่ได้หักชำระค่าฤชาธรรมเนียมและจ่ายให้แก่เจ้าหนี้ทุกคนเป็นที่พอใจแล้วก็ดี ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินรายได้จำนวนสุทธิหรือส่วนที่เหลือนั้นให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และถ้าทรัพย์สินของบุคคลภายนอกต้องถูกจำหน่ายไปเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ให้จ่ายเงินรายได้จำนวนสุทธินั้นแก่บุคคลภายนอกตามสิทธิเรียกร้องของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ถ้าได้จำหน่ายสังหาริมทรัพย์รายใดไปแล้วตามมาตรา 288 และได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นคุณแก่ผู้เรียกร้องให้ศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินที่จำหน่ายได้แก่ผู้เรียกร้องไป”

3.4.2 ลำดับของเจ้าหนี้ซึ่งจะได้รับการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้

3.4.2.1 ลำดับในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้จำนองกับเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆของบุคคลภายนอกตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287⁵³ นั้น หากบุคคลภายนอกมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไปบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินนั้น ทำให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิเสียหายเขามีสิทธิที่จะได้รับการป้องกันสิทธิไว้ กล่าวคือ หนี้ใดที่เป็นคุณแก่เขาเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นเป็นเงินเท่าใด กฎหมายไม่ได้ห้ามเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินนั้นเพราะทรัพย์สินนั้นก็ยังเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จึงเป็นสิทธิโดยชอบที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะบังคับคดีตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 282 แต่ในขณะที่เดียวกันเมื่อนำยึดทรัพย์สินนั้นขายได้เท่าไร เจ้าหนี้บุริมสิทธิมีสิทธิที่จะได้รับการชำระเงินนั้นไว้ไม่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเอาไปชำระหนี้ทั้งหมด⁵⁴ โดยหากสิทธิของบุคคลภายนอกปรากฏทางทะเบียน การบังคับคดีย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของบุคคลภายนอกที่ปรากฏทางทะเบียน เช่น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิยึดที่ดินกรรมสิทธิ์รวมได้ทั้งแปลงเพื่อขายทอดตลาดชำระหนี้ โดยจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้ให้ตามส่วนของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จะเอาส่วนของเจ้าของร่วมคนอื่นมาชำระหนี้ไม่ได้ แต่หากสิทธิของบุคคลภายนอกไม่ปรากฏทางทะเบียน บุคคลภายนอกที่ประสงค์จะกันส่วนของตนหรือขอแบ่งเงินให้แก่ตนก็ต้องยื่นคำร้องตามมาตรา 287 โดยถ้าบุคคลภายนอกไม่ยื่นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็เอาชำระหนี้จากเงินที่ขายได้นั้นทั้งหมด แต่เมื่อบุคคลภายนอกดังกล่าวยื่นคำร้องและมีหลักฐานเชื่อถือได้ ศาลก็จะกันส่วนของบุคคลภายนอกไว้ให้ คงจ่ายให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเฉพาะส่วนของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น

ทั้งนี้ สำหรับสิทธิของบุคคลภายนอกตามมาตรา 287 มี 2 ประเภท คือ

(1) บุริมสิทธิซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย อันได้แก่ บุริมสิทธิสามัญตาม ป.พ.พ.มาตรา 253 และบุริมสิทธิพิเศษ (บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์และบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์)

(2) สิทธิอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย⁵⁵ ซึ่งจะต้องเป็นสิทธิที่บุคคลภายนอกมีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตนเอง และจะต้องเป็นสิทธิอันเทียบเคียงได้กับบุริมสิทธิอันเป็นสิทธิประเภทแรกด้วย ได้แก่ เจ้าของกรรมสิทธิ์รวม สามีนหรือภริยาของลูกหนี้ตามคำพิพากษา บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจะให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้ก่อนตาม

⁵³ป.วิ.พ.มาตรา 287 บัญญัติว่า

"ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยกบบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย"

⁵⁴สมชาย จุฬินดี, *หนังสือรวมคำพิพากษาศาลสองสมัยที่ 50 การบรรยายครั้งที่ 1*, (กรุงเทพฯ: นานา: สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), 2549, หน้า 213

⁵⁵พิพัฒน์ จักวางกูร, *คำอธิบายกฎหมายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง- กฏบังคับคดี*, หน้า 212

ป.พ.พ.มาตรา 1300 เจ้าหนี้จำนำ จำนอง ผู้มีสิทธิยึดและขายทอดตลาดของผู้เสียหายอากรตามประมวลรัษฎากรผู้มีสิทธิยึด อาัยต์ และขายทอดตลาดทรัพย์สินชำระเงินกองทุนเงินทดแทน เป็นต้น

สำหรับการยื่นคำร้องขอตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าผู้มีสิทธิตามมาตรานี้จะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเมื่อใดซึ่งแตกต่างกับกรณีมาตรา 288 จึงอาจทำภายหลังจากการขายทอดตลาดแล้วได้ แต่การร้องขอเช่นว่านี้จะต้องกระทำเสียภายใน 5 ปีตามมาตรา 323 และไม่สามารถร้องขอในชั้นวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้เพราะยังไม่ใช่การดำเนินการบังคับชำระหนี้ในชั้นบังคับคดี โดยบุริมสิทธิของผู้ยื่นคำร้องขอตามมาตราดังกล่าวมีอยู่อย่างไรก็ยังมีอยู่อย่างนั้นวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาไม่มีผลทำให้บุริมสิทธิเปลี่ยนแปลงไปดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 974/2525 และการยื่นคำร้องตามมาตรา 287 ไม่ต้องเสียค่าขึ้นศาลดังเช่นคดีร้องขอทรัพย์สินตามมาตรา 288 หรือคดีธรรมดาเพียงแต่เสียค่าคำร้องเหมือนคำร้องธรรมดาเท่านั้น

เพราะฉะนั้น ลำดับของเจ้าหนี้จำนอง เจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิ ตลอดจนบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ตามกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้นนั้นต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยเรื่อง"บุริมสิทธิ"ดังที่ได้กล่าวและสรุปไว้ในหัวข้อ 2.3 ซึ่งมีข้อสังเกตว่า เหตุใด"หนี้ในมูลคำพิพากษาอากร"อันเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับสิทธิส่วนรวมหรือสิทธิของรัฐ (Public Right) มีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังหนี้จำนองซึ่งเป็นหนี้ส่วนตัว (Private Right)

3.4.2.2 ลำดับในการได้รับชำระหนี้ระหว่างบรรดาเจ้าหนี้จำนองด้วยกัน

สำหรับกรณีมีการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายรายหรือ"จำนองซ้อน"นั้น กฎหมายให้พิจารณาลำดับในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับจำนองแต่ละรายตามลำดับการจดทะเบียนก่อนหลังเป็นเกณฑ์เพื่อกำหนดว่าสิทธิของใครจะดีกว่ากัน⁵⁶ ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ซึ่งป.พ.พ.มาตรา 731 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนไว้ว่า ผู้รับจำนองลำดับหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนไม่ได้ อันเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ดังนี้

(1) ผู้รับจำนองลำดับหลังไม่สามารถใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับก่อนโดยเด็ดขาดใช่หรือไม่ หรือผู้รับจำนองลำดับหลังใช้สิทธิฟ้องบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองก่อนได้เพียงแต่จะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าการใช้สิทธิบังคับจำนองของผู้รับจำนองลำดับหลังจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนเท่านั้น เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยเด็ดขาด

(2) หากปรากฏภายหลังจากการศึกษาวิเคราะห์ในข้อ(1)ว่า ผู้รับจำนองลำดับหลังสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับก่อนได้ ผู้รับจำนองลำดับหลังจะต้องดำเนินคดีบังคับจำนองอย่างไรเพื่อให้ถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

⁵⁶ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 115

3.5 การบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา หากมีหนี้ส่วนที่ขาดหลังการบังคับจำนอง

ตามป.พ.พ.มาตรา 733 นั้น หากปรากฏว่าภายหลังจากการที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองแล้ว ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินส่วนที่ขาด แต่ทางปฏิบัติในปัจจุบันปรากฏว่าคู่สัญญาจะมีการตกลงยกเว้นป.พ.พ.มาตรา 733 ว่า ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาดภายหลังจากการบังคับจำนอง และเมื่อมีการฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาลก็ยอมรับบังคับตามข้อตกลงยกเว้น ป.พ.พ. มาตรา 733 ด้วยเหตุผลว่า เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 733 มีขอบเขตปฏิบัติอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันเป็นประการอื่นพิเศษนอกเหนือจากที่มาตรา 733 บัญญัติไว้ได้ ซึ่งเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดคดีแล้ว เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องออกคำสั่งบังคับแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามป.วิ.พ.มาตรา 272⁵⁷ และภายหลังจากระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่งได้ล่วงพ้นไปแล้ว ลูกหนี้ตามคำพิพากษายังไม่ชำระหนี้ทั้งหมดหรือชำระแต่เพียงบางส่วน หรือหากมี "หนี้ส่วนที่ขาด" ภายหลังจากการบังคับจำนอง เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ส่วนดังกล่าว จะต้องดำเนินการขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี ซึ่งเป็นคำสั่งของศาลที่ตั้งเจ้าพนักงานเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อดำเนินการบังคับคดีโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินและนำออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามาตาม ป.วิ.พ.มาตรา 275⁵⁸ โดยเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องยื่นคำขอฝ่ายเดียวให้บังคับคดี ซึ่งระบุข้อสาระสำคัญต่อไปนี้

- (1) คำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะขอให้มีการบังคับคดีตามนั้น
- (2) จำนวนที่ยังมิได้รับชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ทั้งนี้หากจะมีการออกหมายบังคับคดีก็ต้องพ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่งแล้ว
- (3) วิธีการบังคับคดีซึ่งขอให้ออกหมายนั้น ซึ่งการบังคับคดีในเรื่องการบังคับหนี้เงิน ก็คือการขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สิน

ศาลที่มีอำนาจออกหมายบังคับคดีและการบังคับคดีตามหมายบังคับคดี คือ ศาลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 302 ได้แก่ ศาลที่ชี้ขาดตัดสินคดีในชั้นต้นไม่ว่าคดีนั้นจะถึงที่สุดในศาลชั้นใด

⁵⁷ป.วิ.พ.มาตรา 272 บัญญัติว่า

"ถ้าศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งอย่างใดซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี ก็ให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีที่จะปฏิบัติตามคำสั่งในวันที่ยื่นคำพิพากษาหรือคำสั่ง และให้เจ้าพนักงานศาลส่งคำสั่งนั้นไปยังลูกหนี้ตามคำพิพากษา เว้นแต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้อยู่ในศาลในเวลาที่ศาลได้มีคำสั่งนั้น และศาลได้สั่งให้ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ"

⁵⁸ป.วิ.พ.มาตรา 275 บัญญัติว่า

"ถ้าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะขอให้บังคับคดี ให้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลเพื่อให้ออกหมายบังคับคดี คำขอนั้นให้ระบุโดยชัดแจ้ง

- (1) คำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะขอให้มีการบังคับคดีตามนั้น
- (2) จำนวนที่ยังมิได้รับชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น
- (3) วิธีการบังคับคดีซึ่งขอให้ออกหมายนั้น"

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาประกอบการออกหมายบังคับคดีย่อมเป็นไปตาม ป.วิ. มาตรา 276⁵⁹ คือ คำบังคับนั้นได้ส่งให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ลงลายมือชื่อทราบคำบังคับไว้ต่อหน้าศาลแล้ว ระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้เพื่อให้ปฏิบัติตามคำบังคับนั้นได้ล่วงพ้นไปแล้ว และคำขอนั้นมีข้อความระบุไว้ครบถ้วนตามมาตรา 275 ซึ่งหากได้ครบถ้วนทั้ง 3 ประการแล้ว ศาลจะต้องออกหมายให้และแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบถึงหมายบังคับคดี

แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการขอให้ออกหมายบังคับคดีแก่ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งศาลมีเหตุสงสัยว่าไม่สมควรยึดทรัพย์สินนั้น ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ขอียดวางเงินประกันตามจำนวนที่เห็นสมควรได้ เพื่อป้องกันการบุสลายหรือสูญหายอันจะพึงเกิดขึ้นเนื่องจากการยึดทรัพย์สินนั้น และในการออกหมายบังคับคดีนั้นศาลจะต้องกำหนดการบังคับคดีเพียงเท่าที่สภาพเปิดช่องให้ทำได้ โดยต้องระบุเงื่อนไขแห่งการบังคับคดีลงในหมายให้ชัดเจนว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไร

เพราะฉะนั้น กรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงยกเว้นป.พ.พ.มาตรา 733 ว่า ภายหลังจากที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองแล้ว ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบใน "เงินส่วนที่ขาด" ตามแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกา ผู้รับจำนองที่มีข้อตกลงไว้เป็นพิเศษดังกล่าวย่อมมีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่นั้นส่วนที่ขาดได้โดยการยื่นคำขอฝ่ายเดียวให้ศาลออกหมายบังคับคดีโดยจะต้องระบุในคำขอว่า "หนี้ส่วนที่ขาดซึ่งยังมีได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีจำนวนเท่าใด" และแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบถึงการออกหมายบังคับคดี แล้วจึงแถลงต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อนำออกขายทอดตลาดชำระหนี้ต่อไป อันเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา หากมีหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังจากการบังคับจำนอง ซึ่งจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ดังต่อไปนี้

1. เนื่องจากป.พ.พ. มาตรา 733 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีสาระสำคัญว่า ภายหลังจากการบังคับจำนองไม่ว่าด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ตน หรือด้วยการนำเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด

⁵⁹ป.วิ.พ.มาตรา 276 บัญญัติว่า

"ถ้าศาลเห็นว่าคำบังคับที่ขอให้บังคับนั้นได้ส่งให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญแล้ว และระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้เพื่อปฏิบัติตามคำบังคับนั้นได้ล่วงพ้นไปแล้ว โดยคำขอนั้นมีข้อความระบุไว้ครบถ้วน ให้ศาลออก หมายบังคับคดีให้ทันที หมายเช่นว่านี้ให้ศาลแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบแล้วแต่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานั้นจะได้นำหมายไปให้แก่เจ้าพนักงานเอง ส่วนลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นให้ส่งสำเนาหมายให้ต่อเมื่อศาลได้มีคำสั่งให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้จัดการส่ง แต่ถ้ามิได้มีการส่งหมายดังกล่าวแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ต้องแสดงหมายนั้น

ในกรณีออกหมายบังคับคดีแก่ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ถ้าศาลสงสัยว่าไม่สมควรยึดทรัพย์สินนั้น ศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ขอียดวางเงินค้ำประกันหรือหาประกันมาให้ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรในเวลาที่ยังออกหมายก็ได้ เพื่อป้องกันการบุสลายหรือสูญหายอันจะพึงเกิดขึ้นเนื่องจากการยึดทรัพย์สิน

ในกรณีที่ออกหมายบังคับคดีให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือให้ขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ให้ศาลระบุเงื่อนไขแห่งการบังคับคดีลงในหมายนั้นตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ศาลกำหนดการบังคับคดีเพียงเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีจะเปิดช่องให้ทำได้โดยทางศาลหรือโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี"

เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาด แต่ในทางปฏิบัติหากคู่สัญญาทำสัญญาตกลงยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าว ให้ลูกหนี้ยังคงต้องผูกพันรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาดจนครบ แนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกาได้มีการวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ระหว่างคู่สัญญามีผลสมบูรณ์และบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย อันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่าเป็นการสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองหรือไม่ เพราะเหตุใด

2. ผลสืบเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่ง ป.พ.พ.มาตรา 733 ผู้รับจำนองจึงพยายามหาวิธีหลีกเลี่ยงการที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติดังกล่าว ด้วยการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ อันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่ากฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองมีเจตนารมณ์ในอันที่จะให้ผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ของตนสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญหรือฟ้องร้องบังคับจำนองอย่างไรอย่างหนึ่งได้หรือไม่ หรือผู้รับจำนองจะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองเท่านั้น



ศูนย์วิทยพัชกร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความสอดคล้องกันระหว่างการดำเนินคดีบังคับจำนอง เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลักษณะจำนอง

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาค้นคว้าถึงแนวความคิด พัฒนาการ หลักการสำคัญของกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง อีกทั้งหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการบังคับจำนอง ตลอดจนกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ทำให้ทราบว่า การวินิจฉัยคดีที่ขาดคดีและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการดังกล่าวเท่าที่ปรากฏในปัจจุบันยังคงมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายหลายประการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเหล่านี้ว่ามีความสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยเรื่อง การนำทรัพย์สินมาจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หรือไม่ อย่างไร

4.1 ปัญหาการบอกกล่าวบังคับจำนองและกรณีผู้รับจำนองยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ รวมทั้งผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย

4.1.1 กรณีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนอง

เนื่องจากหลักกฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิบังคับจำนองของผู้รับจำนองไว้ประการหนึ่งว่า ผู้รับจำนองจะต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนให้ชำระหนี้ ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าว และเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามคำบอกกล่าวผู้รับจำนองจึงจะฟ้องร้องบังคับจำนองได้ ซึ่งหากมีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ก็จะต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองก่อนเช่นกัน ซึ่งกรณีหลังนี้กฎหมายได้กำหนดเวลาไว้ชัดเจนว่าจะต้องบอกกล่าวไปยังผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองล่วงหน้าเป็นเวลาอย่างน้อย 1 เดือนและหากผู้รับจำนองฟ้องร้องบังคับจำนองโดยไม่มีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อน ศาลก็จะพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุว่าไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2535 วินิจฉัยว่า

"คดีก่อนโจทก์ฟ้องจำเลยให้ชำระหนี้จำนอง ศาลวินิจฉัยว่าโจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าโจทก์ได้มีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรตามป.พ.พ.มาตรา 728 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง พิพากษายกฟ้อง คดีถึงที่สุด คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่าก่อนฟ้องโจทก์ได้มีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้และได้ถอนจำนอง จำเลยได้รับหนังสือดังกล่าวแล้ว โจทก์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ไม่เป็นฟ้องซ้ำกับคดีก่อน..."

ทั้งนี้ การที่ศาลพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะมิได้มีการบอกกล่าวบังคับจำนองนั้นไม่เป็นการตัดสิทธิโจทก์ในการที่จะฟ้องคดีใหม่ เมื่อต่อมาได้บอกกล่าวโดยชอบแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1025/2475 วินิจฉัยว่า

"ศาลฎีกาตัดสินว่าตามคำข้อ ๑ นั้น เห็นว่าสัญญาจำนองคงมีอยู่เพราะการแบ่งแยกที่ดินให้แก่บุตรจำเลยนั้นยังทำไม่สำเร็จตาม พ.ร.บ. ออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.๑๒๗ ม. ๓๐ ในข้อ ๒ ที่ว่าแปลงนี้

ใหม่ จำเลยก็ไม่มีเอกสารมาแสดงว่าเป็นการแปลงหนี้อันเป็นหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมายที่ศาลล่างสั่งให้ดื้อสืบทายานในข้อนี้ชอบแล้ว ส่วนในข้อ ๓ เห็นว่าที่โจทก์ฟ้องในครั้งก่อน หมายเลขแดงที่ ๘๔/๒๕๗๔ นั้น ศาลยกฟ้องโดยเหตุที่โจทก์ไม่มีเจตนาบอกกล่าวบังคับจำนองให้จำเลยทราบ เมื่อโจทก์ได้บอกให้จำเลยทราบแล้วก็ฟ้องบังคับจำเลยอีกได้ หากเป็นการฟ้องซ้ำคดีไม่ จึงให้ยกฎีกาจำเลยเสีย บังคับให้จำเลยไต่ถอนการจำนอง"

ทั้งนี้ สำหรับการบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1. กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองแล้ว และภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาแต่ก่อนที่การบังคับคดีสำเร็จบริบูรณ์ ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอก

เนื่องจากบุคคลภายนอกได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองมาภายหลังจากที่ศาลได้อ่านคำพิพากษาแล้ว จึงเป็นการรับโอนไปภายหลังจากที่ผู้รับจำนองได้ใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองโดยชอบแล้ว ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองจึงเป็นผู้สืบสิทธิต่อมาจากผู้จำนอง อันจะต้องรับโอนไปทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ คำพิพากษาของศาลจึงมีผลผูกพันผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองด้วยในฐานะผู้สืบสิทธิ แม้ว่าผู้รับจำนองจะมีได้บอกกล่าวบังคับจำนองและฟ้องร้องบุคคลดังกล่าวเข้ามาเป็นคู่ความในคดี เพราะเหตุว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นเกิดขึ้นภายหลังจาก ศาลได้มีคำพิพากษาแล้ว มิใช่กรณีที่มีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอกก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนองอันผู้รับจำนองจะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังบุคคลภายนอกตามป.พ.พ.มาตรา 735

2. กรณีที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนอง และขณะคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปรากฏว่ามีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอก

แม้จำนองจะเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินซึ่งผู้จำนองเอาทรัพย์สินจำนองไปตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนองก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติเมื่อมีการจำนองอสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ผู้รับจำนองมักเป็นผู้เก็บรักษาโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ไว้ตราบนจนกว่าจะมีการชำระหนี้จำนองหรือไต่ถอนจำนอง การโอนทรัพย์สินจำนองไปในขณะที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลจึงเกิดขึ้นได้ยาก ประกอบกับ ป.พ.พ. มาตรา 728 ได้กำหนดไว้ว่า ผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองจะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองโดยชอบด้วยกฎหมาย "ก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนอง" เท่านั้น เพราะฉะนั้น กรณีตามข้อสังเกตซึ่งเป็นการโอนทรัพย์สินจำนองภายหลังจากที่ผู้รับจำนองได้ใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองแล้วจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งป.พ.พ.มาตรา 735 อันเป็นการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนอง

สำหรับขั้นตอนในการดำเนินคดีบังคับจำนองนั้น นอกจากจะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว ผู้รับจำนองยังมีหน้าที่ต้องฟ้องร้องลูกหนี้และผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย ผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองจะได้บัญญัติรับรองสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีฝ่ายต่างๆในสัญญาจำนองไว้แล้วว่า สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินอันตกติดไป

กับตัวทรัพย์สินและผู้รับจํานองสามารถใช้สิทธิบังคับจํานองได้ไม่ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจํานองไปยังบุคคลภายนอกแล้ว แต่สำหรับการใช้สิทธิบังคับจํานอง นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้รับรองและคุ้มครองไว้แล้ว ต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจํานองที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย กล่าวคือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมมีผลผูกพันเฉพาะ "คู่ความในคดี" เท่านั้น ไม่มีผลผูกพันบุคคลอื่นด้วย ดังนั้น หากโจทก์ประสงค์ให้คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีผลผูกพันบุคคลใดก็ย่อมจะต้องฟ้องร้องบุคคลนั้นเข้ามาเป็นคู่ความในคดีนั้น เพราะหากผลแห่งคำพิพากษามีผลผูกพันบุคคลภายนอกคดีด้วยย่อมไม่เป็นธรรมแก่บุคคลเหล่านั้นที่ได้มีโอกาสเข้ามาต่อสู้ในคดีด้วย การบังคับคดีตาม ป.วิ.พ.จึงบังคับได้เฉพาะแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ดังนั้น การที่ผู้รับจํานองจะต้องฟ้องร้องผู้รับโอนทรัพย์สินจํานองเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วยจึงเป็นการถูกต้องและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายแล้วดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2869/2549

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า การที่กฎหมายสารบัญญัติลักษณะจํานองกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้รับจํานองซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจํานองว่าจะต้องบอกกล่าวบังคับจํานองก่อนการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจํานอง ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขของการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจํานองนั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์อย่างไร และตามแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งศาลพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุว่าไม่มีอำนาจฟ้อง หากเจ้าหน้าที่ฟ้องร้องบังคับจํานองโดยไม่มีการบอกกล่าวบังคับจํานองก่อนเป็นการถูกต้องและสอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจํานองหรือไม่

จากการศึกษาค้นคว้าหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจํานองว่าด้วยการบังคับจํานองปรากฏว่าการกำหนดให้ผู้รับจํานองจะต้องบอกกล่าวบังคับจํานองก่อนการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจํานองนั้น ก็เพื่อให้โอกาสและเวลาแก่ลูกหนี้ที่จะทำการชำระหนี้¹ โดยข้อความที่บอกกล่าวจะเป็นอย่างไรไม่สำคัญ แต่สิ่งสำคัญในการบอกกล่าวบังคับจํานอง คือ มีการกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยระบุไว้ในคำบอกกล่าวนั้นด้วย ส่วนการที่จะต้องบอกกล่าวบังคับจํานองไปยังผู้รับโอนทรัพย์สินจํานองนั้นก็เพราะว่าผู้รับโอนทรัพย์สินจํานองมีสิทธิที่จะไต่ถามจํานองตามวิธีการและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้² แม้ว่าหนี้จํานองจะเป็นหนี้ที่กำหนดเวลาชำระตามวันเวลาแห่งปฏิทิน และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีจําหน่ายซึ่งก่อนการบังคับจําหน่าย กฎหมายได้กำหนดให้ผู้รับจําหน่ายมีหน้าที่จะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้เพื่อเป็นการเตือนให้ลูกหนี้รู้ล่วงหน้าเช่นเดียวกับ การบังคับจํานอง แต่ก็ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าผู้รับจําหน่ายอาจไม่ต้องบอกกล่าวบังคับจําหน่ายได้ใน 2 กรณี คือ³

¹ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บทพ.3ว่าด้วย คำประกัน จํานอง จําหน่าย, หน้า 112

² พจน์ บุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จํานอง จําหน่าย, หน้า 251

³ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ คำประกันจํานอง จําหน่าย, หน้า 164-165

(1) กรณีที่ไม่สามารถบอกกล่าวได้ตามป.พ.พ. มาตรา 765 อาทิเช่น ลูกหนี้หรือผู้จำนำ ย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่อื่น จึงไม่อาจทราบได้ว่าจะส่งคำบอกกล่าวไปยังที่ใด ซึ่งกรณีเช่นนี้ผู้รับจำนำจะขายทอดตลาดโดยไม่ต้องบอกกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้รอให้หนี้ดังกล่าวชำระอย่างน้อยเป็นเวลา 1 เดือนก่อน

(2) กรณีจำนำตัวเงินตามป.พ.พ. มาตรา 766

การจำนำตัวเงินนั้น กฎหมายให้สิทธิผู้รับจำนำเรียกเก็บเงินได้ในวันถึงกำหนด โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนเพราะว่าตราสารชนิดนี้ได้มีเวลาใช้เงินกำหนดไว้ในตัวเงินอยู่แล้วและเป็นที่รู้กันว่าเมื่อถึงกำหนดวันใดก็เรียกเก็บเงินได้ในวันนั้น

ดังนั้น แม้ว่ากฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนำจะได้มีการกำหนดให้ ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนการบังคับจำนำเอาแก่ทรัพย์สินจำนำเช่นเดียวกับกรณีจำนอง แต่ก็ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในบางกรณีว่าอาจไม่ต้องมีการบอกกล่าวก่อนก็สามารถใช้สิทธิบังคับจำนำได้ ในขณะที่การบังคับจำนองนั้นจะต้องมีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนองในทุกกรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะทรัพย์สินจำนองเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ค่อนข้างสูงกว่าทรัพย์สินจำนำ อีกทั้งหากพิจารณาถึงกรณีการใช้สิทธิบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ เปรียบเทียบกับการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองนั้น จะเห็นได้ว่าในการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วยตามป.พ.พ.มาตรา 214 เจ้าหนี้สามัญจึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินสิ่งใดๆของลูกหนี้ก็ได้โดยการยึดและนำออกขายทอดตลาดจนเต็มตามจำนวนหนี้ที่ค้างชำระแก่ตน แต่หากเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนอง สิทธิจำนองย่อมปรากฏอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองเท่านั้น ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองเท่านั้น และกรณีมีการจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้รายเดียวไม่ว่าทรัพย์สินจำนองจะเป็นของผู้จำนองรายเดียวหรือหลายรายโดยมิได้ระบุนลำดับ การบอกกล่าวบังคับจำนองย่อมทำให้ทราบได้ว่าผู้รับจำนองประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองสิ่งใด อีกทั้งกรณีอาจเป็นไปได้ว่าบุคคลภายนอกซึ่งได้จำนองทรัพย์สินของตนเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้อันลูกหนี้ชั้นต้นจะต้องชำระหนี้ ไม่ทราบว่ามีที่ประกันหรือหนี้ประธานจะถึงกำหนดชำระเมื่อใดและผู้รับจำนองประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองสิ่งใด ดังนี้ เมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนองยอมทำให้ผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกทราบได้ว่าผู้รับจำนองประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนอง ผู้จำนองก็อาจจะเข้าชำระหนี้เสียเองแทนลูกหนี้เพื่อปกป้องมิให้ต้องบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองนั้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกา ซึ่งได้มีการวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หากผู้รับจำนองฟ้องร้องบังคับจำนองโดยมิได้บอกกล่าวบังคับจำนองก่อน ศาลจะพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุว่าไม่มีอำนาจฟ้อง ถือว่าเป็นการถูกต้องและสอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองซึ่งกำหนดให้ผู้รับจำนองจะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังลูกหนี้ และหรือผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนอง จึงเปรียบเสมือนเป็นบทลงโทษตามกฎหมายที่มีต่อผู้รับจำนอง และในขณะเดียวกันย่อมส่งผลให้หลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง

คือ ป.พ.พ. มาตรา 728 ที่กำหนดให้ต้องบอกกล่าวบังคับจำนองนั้นมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย เพราะหากไม่ปฏิบัติตามก็ย่อมจะได้รับโทษ คือ ศาลพิพากษายกฟ้อง แต่อย่างไรก็ตามบทลงโทษตามกฎหมายที่ผู้รับจำนองได้รับเนื่องจากการที่ผู้รับจำนองมิได้บอกกล่าวบังคับจำนองโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นว่านี้ก็มิได้ส่งผลถึงขนาดที่จะทำให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไป เพราะผู้รับจำนองที่ถูกศาลพิพากษายกฟ้องดังกล่าวสามารถฟ้องร้องบังคับจำนองได้ใหม่ หากว่าได้มีการบอกกล่าวบังคับจำนองโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วในคดีที่ฟ้องร้องขึ้นใหม่ โดยไม่ถือว่าเป็นฟ้องซ้ำ

4.1.2 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตาม ป.วิ.พ. มาตรา 289

เมื่อเจ้านี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดีเข้ายึดทรัพย์สินจำนองเพื่อนำออกขายทอดตลาดป.วิ.พ.มาตรา 289 ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะเลือกให้นำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำนองแล้วนำเงินที่ได้มานั้นชำระหนี้ต้นก่อนเจ้านี้รายอื่น โดยผู้รับจำนองสั่งหากรมทรัพย์จะต้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดนั้น ดังนี้ หากผู้รับจำนองมิได้ยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลาดังกล่าว กฎหมายมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะเกิดผลอย่างไร ซึ่งในทางปฏิบัติปรากฏว่ามีคำพิพากษาฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักไว้หลายแนวทาง ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1995/2535 วินิจฉัยว่า

"คำร้องตามและผู้ร้องยื่นต่อศาลมานี้ ผู้ร้องยื่นขอต่อศาลเพื่อให้เอาเงินที่ได้มาจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองของจำเลยที่ 2 มาชำระหนี้ของผู้ร้องก่อนเจ้านี้อื่น ๆ อันเป็นการใช้สิทธิตามป.วิ.พ.มาตรา 289 วรรคสอง ซึ่งตามบทกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดระยะเวลาให้ผู้ร้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องมายื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จำนองก่อนเจ้านี้อื่นโดยยื่นในวันที่ 25 มกราคม 2533 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังที่ได้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองแล้ว จึงเป็นการยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาตามกฎหมายผู้ร้องย่อมไม่มีสิทธิขอให้นำเงินที่ได้มาจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองของจำเลยที่ 2 มาชำระหนี้จำนองของผู้ร้องก่อนเจ้านี้รายอื่น ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 2 พิพากษามานั้นไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา ฎีกาของโจทก์และผู้ร้องขอเฉลี่ยหนี้ฟังขึ้น พิพากษากลับ ให้ยกคำร้องของผู้ร้อง"

ในขณะที่คำพิพากษาฎีกาที่ 1551/2543 วินิจฉัยว่า

"คดีมีปัญหาข้อกฎหมายต้องวินิจฉัยตามฎีกาของผู้ร้องว่าผู้ร้องในฐานะผู้รับจำนองทรัพย์สินพิพาทมีสิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินพิพาทก่อนเจ้านี้รายอื่นรวมทั้งโจทก์ด้วยหรือไม่ เห็นว่า ป.วิ.พ.มาตรา 287 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 288 และ 289 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย"และป.พ.พ. มาตรา 732 บัญญัติว่า "ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใดท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับ" เช่นนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้รับจำนองทรัพย์สินพิพาทมีบุริมสิทธิที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินพิพาทเพื่อให้ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินพิพาทก่อนเจ้านี้

รายอื่นรวมทั้งโจทก์ด้วยตามที่บทกฎหมายดังกล่าวบัญญัติไว้ แม้ว่าป.วิ.พ. มาตรา 289 วรรคสองจะบัญญัติว่า "ในกรณีจำนองอสังหาริมทรัพย์หรือบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์อันได้ไปจดทะเบียนไว้แล้ว ให้ยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด" ก็เป็นเพียงบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้รับจำนองที่จะยื่นคำร้องต่อศาลก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ทั้งนี้เพื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีจะได้ดำเนินการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามเจตนาของผู้รับจำนองเท่านั้น แต่ถ้าผู้ร้องซึ่งเป็นผู้รับจำนองไม่ได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนเอาทรัพย์สินพิพาทออกขายทอดตลาดก็หาเป็นเหตุให้ผู้ร้องหมดสิทธิในฐานะผู้รับจำนองไปไม่เพราะการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงบุริมสิทธิของผู้รับจำนองซึ่งอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินพิพาทได้ตามบทบัญญัติแห่งป.วิ.พ. มาตรา 287 และ ป.พ.พ. มาตรา 732 ดังกล่าวมาแล้ว ฉะนั้น เมื่อเอาทรัพย์สินพิพาทขายทอดตลาดโดยปลอดจำนองตามหนังสือแจ้งความประสงค์ของผู้ร้องแล้ว และผู้ร้องเป็นผู้ประมูลซื้อจากขายทอดตลาดได้ ผู้ร้องในฐานะผู้รับจำนองทรัพย์สินพิพาทจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นรวมทั้งโจทก์ด้วย การที่ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้องของผู้ร้องโดยยังไม่ได้ไต่สวนว่าผู้ร้องมีสิทธิขอรับชำระหนี้เพียงใด จึงไม่ชอบศาลชั้นต้นชอบที่จะไต่สวนคำร้องของผู้ร้องต่อไปแล้วมีคำสั่งตามรูปคดีที่ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้องนั้น ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย ฎีกาของผู้ร้องฟังขึ้น"

และคำพิพากษาฎีกาที่ 3655/2538 ซึ่งวินิจฉัยวางหลักไว้ทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ป.วิ.พ. มาตรา 289 วรรคสอง ให้อำนาจผู้รับจำนองที่จะยื่นคำร้องต่อศาลก่อนเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีจะได้ดำเนินการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามเจตนาของผู้รับจำนองเท่านั้น แต่หากมิได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดก็ไม่ถือเป็นเหตุให้ผู้รับจำนองหมดสิทธิในฐานะผู้รับจำนองเพราะการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงบุริมสิทธิของผู้รับจำนอง ซึ่งอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินพิพาทได้ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 287 ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นตามป.วิ.พ. มาตรา 287

จากคำพิพากษาฎีกาต่างๆดังกล่าวมาข้างต้น การที่ผู้รับจำนองมิได้ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนภายในกำหนดเวลาตามป.วิ.พ. มาตรา 289 วรรคสอง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่าจะเกิดผลทางกฎหมายซึ่งอาจตีความได้ 2 นัยยะ คือ

1. สิทธิจำนองยังไม่ระงับสิ้นไปและผู้รับจำนองยังคงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ "ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น"
2. ผู้รับจำนองสิ้นสิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้ "ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น"

ผู้เขียนเห็นว่า ตามหลักกฎหมายสารบัญญัตินั้น "สิทธิจำนอง" เป็นทรัพย์สินอันตกติดไปกับตัวทรัพย์สิน ซึ่งผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้ แม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม โดยสิทธิจำนองจะระงับสิ้นไปก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ต้องตามบทบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจำนองเท่านั้น และเมื่อพิจารณาประกอบกับการใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามป.วิ.พ. มาตรา 289 วรรคสอง ซึ่งผู้รับจำนองอสังหาริมทรัพย์จะต้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดนั้นก็เพื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีจะได้ดำเนินการไปโดยถูกต้องตามเจตนาของผู้รับจำนองเท่านั้น แต่เมื่อการไม่ใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตาม

ป.วิ.พ. มาตรา 289 มิใช่กรณีใดกรณีหนึ่งตามป.พ.พ.มาตรา 744 ว่าด้วยเรื่องความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจำนอง ได้แก่ หน้าที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่อายุความ เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้รับจำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น เมื่อถอนจำนอง เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุดสิทธิจำนองจึงไม่ระงับสิ้นไป เพราะเหตุว่าผู้รับจำนองมิได้ใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามป.วิ.พ. มาตรา 289 ภายในกำหนดเวลาตามที่กฎหมายกำหนด โดยมีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยวางหลักไว้ถึงขนาดว่า แม้ศาลและผู้ซื้อจะไม่รู้ว่ามีการจำนองเนื่องจากโฉนดที่เจ้าพนักงานคัดจะขาดตกบกพร่องเรื่องจำนอง การจำนองก็ยังคงติดทรัพย์สินนั้นไป ดังนั้น ในกรณีที่มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไปโดยผู้มีส่วนได้เสียไม่ทราบถึงสิทธิจำนองที่ปรากฏอยู่เหนือตัวทรัพย์สินและผู้รับจำนองมิได้ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจำนอง สิทธิจำนองก็ยังคงตกติดไปกับตัวทรัพย์สินจำนอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 823/2487 วินิจฉัยว่า

"ที่ดินจำนองถูกศาลยึดและขายทอดตลาดไปโดยผู้รับจำนองไม่ได้เกี่ยวข้องกับร้องขอแต่อย่างใด การจำนองก็คงติดไปกับตัวทรัพย์สิน การไม่ร้องขอตามมาตรา 289 ไม่ลบล้างสิทธิจำนอง ในกรณีเช่นนี้แม้ศาลและผู้ซื้อไม่รู้ว่ามีการจำนอง โดยสำเนาโฉนดที่เจ้าพนักงานคัดจะขาดตกบกพร่องทะเบียนเรื่องจำนอง การจำนองก็คงติดทรัพย์สินนั้นไป"

เพราะฉะนั้น เมื่อสิทธิจำนองยังไม่ระงับสิ้นไป ผู้รับจำนองจึงยังคงมีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้ ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ว่ากรณีที่ผู้รับจำนองมิได้ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในป.วิ.พ. มาตรา 289 วรรคสองนั้น ผู้รับจำนองก็ยังคงมีสิทธิได้รับการกันส่วนเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 287 โดยมีได้สิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เว้นแต่จะปรากฏว่ามีเจ้าหนี้รายอื่นซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิในลำดับศักดิ์ที่เหนือกว่าเจ้าหนี้จำนองและเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่เพียงพอแก่การจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิในลำดับต่ำกว่าตามมาตรา 287

ทั้งนี้ การที่กฎหมายบัญญัติให้บทบัญญัติมาตรา 287 อยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 289 ว่าด้วยเรื่องการใช้สิทธิขอรับชำระหนี้จำนองก่อนเจ้าหนี้อื่นเพื่อการบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งสามารถใช้สิทธิยื่นคำร้องขอให้นำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาชำระหนี้แก่ตนก่อนเจ้าหนี้อื่นโดยอาศัยอำนาจแห่งการจำนองที่อาจบังคับได้ นั้นน่าจะหมายความว่า ผู้ยื่นคำร้องตามมาตรา 289 จะใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ก็ต่อเมื่อหนี้ประธานถึงกำหนดชำระแล้วเท่านั้น คำร้องตามมาตรา 289 จึงจัดว่าเป็นคำฟ้องตามกฎหมายอันจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่ป.วิ.พ. มาตรา 287 ได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นข้อน่าสังเกตว่า ผู้ร่างกฎหมายน่าจะจะมีเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกผู้มีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น มาตรา 287 จึงเป็นเพียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้การรับรองสิทธิ

หรือแสดงสิทธิให้แก่บุคคลภายนอกผู้มีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตาม คำพิพากษา อาทิเช่น ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้จำนอง ที่แม้ว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะสามารถ ดำเนินการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้ก็ตาม แต่สิทธิของเจ้าหนี้จำนองก็ไม่ได้ได้รับความกระทบกระทั่งใน การที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ทั้งนี้แม้ว่าเจ้าหนี้จำนองไม่ได้ฟ้องบังคับ จำนองหรือยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามป.พ. มาตรา 289 ก็ตาม เนื่องจากเจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจ ที่จะขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้นไปได้เพียงแต่จะต้องขายไปอย่างติดจำนอง เพราะหาก เจ้าพนักงานบังคับคดีขายทอดตลาดไปอย่างปลอดจำนองซึ่งสิทธิจำนองจะระงับสิ้นไป ก็จะเป็นการ ขายทอดตลาดซึ่งกระทบกระทั่งสิทธิของผู้รับจำนอง จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติแห่งกฎหมาย วิธีสบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองที่ว่า สิทธิจำนองย่อมเป็นทรัพย์สินอันตกติดไปกับตัวทรัพย์สินจนกว่าสิทธิจำนองจะระงับสิ้นไปตามบทบัญญัติ ว่าด้วยเรื่องการระงับสิ้นไปของสิทธิจำนอง

4.1.3 กรณีผู้จำนองใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ "สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิใน เวลาภายหลัง" ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 101

เนื่องจากการฟ้องร้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายนั้นกฎหมายล้มละลายมีเจตนารมณ์แตกต่าง จากการทำฟ้องคดีแพ่งสามัญ ส่งผลให้มีแนวความคิดทางกฎหมายแตกต่างกันหลายประการ อาทิเช่น ตามหลักกฎหมายล้มละลายเมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องคดีล้มละลายจนกระทั่งศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินของ ลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ซึ่งประสงค์จะได้รับชำระหนี้จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในพ.ร.บ.ล้มละลายฯ เท่านั้น จึงจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสิทธิ เรียกร้องของตน เว้นแต่กรณีเจ้าหนี้นี้มีประกันซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนอง โดยการขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินนำทรัพย์สินจำนองออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตาม พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 95 หรือการฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งสามัญโดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ใน คดีล้มละลาย ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายนั้น นอกจาก"เจ้าหนี้"แล้ว กฎหมายล้มละลายยังได้กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันร่วมและบุคคลที่อยู่ใน ลักษณะเดียวกันสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้เช่นกันตามพ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 101 ดังที่ได้กล่าว มาแล้วในหัวข้อ 3.1.3.2 โดยลูกหนี้ร่วม หรือผู้ค้ำประกัน ฯลฯ ของลูกหนี้ที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์สินมีสิทธิขอรับ ชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไต่เบียดในเวลาภายหลังได้ โดยหากพิจารณาเปรียบเทียบกับ การใช้สิทธิไต่เบียดตามป.พ. ไม่ว่าจะกรณีลูกหนี้ร่วมด้วยกันหรือกรณีผู้ค้ำประกันต่อลูกหนี้ชั้นต้น บุคคลเหล่านี้จะใช้สิทธิไต่เบียดได้ก็ต่อเมื่อตนได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว จึงจะมีสิทธิไต่เบียดเอาจาก ลูกหนี้ร่วมคนอื่นหรือลูกหนี้ชั้นต้น ได้ตามป.พ.มาตรา 229(3) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การรับช่วงสิทธิย่อม เกิดขึ้นด้วยอำนาจแห่งกฎหมายและย่อมสำเร็จเป็นประโยชน์แก่บุคคลดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ บุคคลผู้มีความผูกพันร่วมกับผู้อื่นหรือเพื่อผู้อื่นในอันจะต้องให้หนี้มีส่วนได้เสียด้วยในการให้หนี้และเข้าใช้หนี้ นั้น ประกอบกับตามป.พ. มาตรา 693 ผู้ค้ำประกันที่ได้ชำระหนี้แล้วย่อมมีสิทธิที่จะไต่เบียดเอาจากลูกหนี้ เพื่อคืนเงินกับดอกเบี้ยและเพื่อการที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างใดๆเพราะการค้ำประกันนั้น

กล่าวคือ ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันจะใช้สิทธิไต่เบี่ยได้ก็ต่อเมื่อเขาได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เสียก่อน โดยหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณียกข้อยกเว้นในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้ทุกคนซึ่งประสงค์จะได้รับชำระหนี้จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดจะสังเกตได้ว่า เป็นกำหนดเวลาที่ค่อนข้างสั้น ประกอบกับภายในกำหนดเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังมีได้ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่บุคคลเหล่านี้ แต่เขาอาจถูกบังคับชำระหนี้และได้ใช้เงินให้แก่เจ้าหนี้ไปเมื่อล่วงเลยกำหนดเวลาสำหรับยื่นคำขอรับชำระหนี้แล้ว ดังนั้น กรณีที่เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งคนใดหรือผู้ค้ำประกันหลังจากที่ล่วงเลยกำหนดเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้ตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้แล้ว ย่อมส่งผลให้ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันซึ่งได้ชำระหนี้ไปไม่สามารถใช้สิทธิไต่เบี่ยเอาแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นหรือลูกหนี้ชั้นต้นได้อีก บทบัญญัติมาตรานี้จึงได้กำหนดให้ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกัน ฯลฯ สามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ไว้ล่วงหน้าได้ แม้ว่าขณะที่ตนยื่นคำขอรับชำระหนี้จะยังมิได้มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปเพราะหากเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้ร่วมหรือ ผู้ค้ำประกัน ฯลฯ บุคคลเหล่านี้ก็มีสิทธิจะได้รับการชดใช้เงินจำนวนที่ตนได้ชำระไปคืนจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้

ดังนั้น จากกรณีข้างต้นขณะที่ลูกหนี้ร่วม หรือผู้ค้ำประกัน ฯลฯ ใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ บุคคลเหล่านี้ยังไม่สามารถรับช่วงสิทธิได้ตามป.พ.พ.เพราะเขายังมิได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่เขาสามารถใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจจะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ในเวลาภายหลัง หากเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาแก่ตน โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้สิทธิไว้เฉพาะลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันร่วม หรือบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้โดยอนุโลม จึงมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่า "ผู้จำนอง" จะถือว่าเป็นบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้ ซึ่งสามารถใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไต่เบี่ยในเวลาภายหลังได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 101 ได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันร่วม หรือบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้มีสิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ ก็ด้วยเหตุว่าในเวลาภายหลังหากเจ้าหนี้ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่บุคคลเหล่านี้ๆจะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ซึ่งภายในกำหนดเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้ตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้ เขาอาจยังมิได้ปฏิบัติกรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ จึงไม่สามารถใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้ได้ แต่ "ในเวลาภายหลัง" คือ เมื่อล่วงเลยกำหนดเวลาสำหรับยื่นคำขอรับชำระหนี้ หากเขาได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป เขาย่อมมีสิทธิได้รับเงินชดใช้คืนเพราะการที่ตนได้เข้าชำระหนี้แทนไป ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณียกข้อยกเว้นจะเห็นได้ว่า ผู้จำนองที่ได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้เพื่อปกป้องมิให้ต้องบังคับจำนองหรือผู้จำนองที่ทรัพย์สินของตนถูกบังคับจำนอง มีสิทธิได้รับเงินชดใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนที่ตนได้ชำระไป หรือตามจำนวนซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองนั้น(ป.พ.พ.มาตรา 724) เช่นเดียวกับกรณีของการค้ำประกัน ซึ่งผู้ค้ำประกันมีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้เพื่อต้นเงินและดอกเบี้ยที่ตนได้ชำระให้แก่เจ้าหนี้ไป(ป.พ.พ.มาตรา 693) แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ผู้ค้ำประกัน และผู้จำนองที่ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปมีสิทธิได้รับเงินชดใช้คืน

จากลูกหนี้ แม้ว่าสิทธิในการได้รับเงินชดใช้คืนจะมีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิไล่เบียดเอาแก่ลูกหนี้ขั้นต้น ส่วนผู้จำนองมีสิทธิได้รับเงินชดใช้คืนจากลูกหนี้ เป็นต้น ซึ่งน่าจะเป็นเพราะนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญามีความแตกต่างกัน อาทิเช่น การค้ำประกันเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล ผู้ค้ำประกันจึงต้องผูกพันตนเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ในขณะที่ผู้จำนองมิได้ผูกพันตนว่าจะชำระหนี้ให้เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ เพียงแต่ทรัพย์สินของเขาซึ่งได้เอาไปตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้จะต้องถูกผูกพันด้วยในการชำระหนี้ อันเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวมานี้ล้วนเป็นกรณีที่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นต้องถูกผูกพันเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ดังนั้น การที่มาตรา 101 แห่งพ.ร.บ.ล้มละลายฯได้กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกัน และผู้ค้ำประกันร่วมซึ่งเป็นบุคคลผู้มีความผูกพันร่วมกับผู้อื่นหรือเพื่อผู้อื่นในอันจะต้องใช้หนี้และเข้าใช้หนี้ก็น่าจะตีความว่า "บุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันนี้" หมายความว่ารวมถึงผู้จำนองด้วย เพราะทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้จำนองจะต้องถูกบังคับชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ การชำระหนี้ดังกล่าวจึงเป็นการสมประโยชน์แก่ลูกหนี้ที่ได้หลุดพ้นจากภาระหนี้ที่หนักเช่นเดียวกันกับกรณีที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ผู้ค้ำประกัน

4.2 ปัญหากรณีที่ผู้รับจำนองไม่ทำการบังคับจำนองให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

เนื่องจากตามหลักกฎหมายสารบัญญัติได้มีการบัญญัติรับรองให้สิทธิจำนองเป็น "ทรัพย์สิน" อันตกติดไปกับทรัพย์สินจำนอง ซึ่งผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องอายุความ กล่าวคือ หากพิจารณาหลักกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจำนองสิทธิจำนองระงับสิ้นไป เมื่อนั้นที่ประกันยอมระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดที่มีสาเหตุอายุความ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 744(1) โดยหนี้ที่ประธานที่ขาดอายุความมิได้ส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไป แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองเมื่อนั้นประธานขาดอายุความแล้ว หากปรากฏว่าภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาให้ผู้รับจำนองเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษาแล้ว ผู้รับจำนองกลับมิได้ดำเนินการบังคับคดีจำนองภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาตามป.วิ.พ. มาตรา 271 จะเกิดผลทางกฎหมายเช่นใดและแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกามีความสอดคล้องต้องตรงตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติลักษณะจำนองว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนองหรือไม่ เพราะเหตุใด

จากการศึกษาค้นคว้าปรากฏว่าตามแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนว คำพิพากษาฎีกานั้น เจ้านี้จำนองซึ่งเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษาจะต้องดำเนินการบังคับคดีภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาตามป.วิ.พ.มาตรา 271 มิฉะนั้นเจ้านี้ตามคำพิพากษาก็จะสิ้นสิทธิบังคับคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 816/2543 วินิจฉัยว่า

"กำหนดระยะเวลา 10 ปี ตามป.วิ.พ.มาตรา 271 เป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ มิใช่เรื่องอายุความ การที่ผู้ร้องได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์ของจำเลยแล้ว เป็นเพียงขั้นตอนของการบังคับคดีทำให้ระยะเวลาบังคับคดีตามกฎหมายขยายออกไปไม่ เช่นนี้หากผู้ร้องยังประสงค์จะนำยึดทรัพย์จำเลยออกขายทอดตลาดนำมาชำระหนี้หรือขอบังคับคดีต่อไป จะต้องกระทำภายในระยะเวลาดังกล่าว

เมื่อผู้ร้องมิได้ดำเนินการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินอื่นของจำเลยผู้เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาจนเกินกำหนด 10 ปี นับแต่วันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ผู้ร้องจึงสิ้นสิทธิที่จะบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของจำเลย และการขอเฉลี่ยทรัพย์ก็เป็นการบังคับคดีอย่างหนึ่งเพื่อเอาทรัพย์สินของจำเลยชำระหนี้ของผู้ร้องขอเฉลี่ย ผู้ร้องจึงหมดสิทธิที่จะร้องขอเฉลี่ยจากทรัพย์สินของจำเลยเช่นกัน"

คำพิพากษาฎีกาที่ 3442/2547 วินิจฉัยว่า

"จำเลยมิได้ร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาจนล่วงพ้นระยะเวลา 10 ปี ตามป.วิ.พ.มาตรา 271 จำเลยยอมสิ้นสิทธิที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษาอีกต่อไป แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าการจำนองที่ดินได้ระงับสิ้นไป การจำนองที่ดินจึงยังคงมีอยู่ แม้จำเลยสิ้นสิทธิที่จะบังคับคดีเอาแต่นี้จำนองตาม คำพิพากษาแล้วก็ตาม แต่จำเลยยังคงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จำนองตามกฎหมายกับดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเป็นเวลา 5 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 745"

คำพิพากษาฎีกาที่ 1871/2550 วินิจฉัยว่า

"โจทก์เป็นเจ้าของผู้รับจำนองมีสิทธิร้องขอต่อศาลชั้นต้นซึ่งออกหมายบังคับคดีให้เอาเงินที่ได้มาชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้คนอื่นได้โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นยึดทรัพย์จำนองไว้หรือไม่ และไม่เป็นที่เหตุให้โจทก์หมดสิทธิในฐานะผู้รับจำนอง เพราะการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงบุริมสิทธิของผู้รับจำนองซึ่งอาจร้องขอให้บังคับคดีเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 287 และการไม่บังคับคดีภายในกำหนดเวลา 10 ปีตามมาตรา 271 ก็ไม่เป็นที่เหตุให้หนี้จำนองระงับสิ้นไป ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบที่จำนอง จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะขยายระยะเวลาบังคับคดีให้ตามคำร้องของโจทก์"

อันแสดงให้เห็นว่า ขณะที่ยกข้อยกเว้นแห่งกฎหมายสารบัญญัติมีเจตนารมณ์มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจำนองในการใช้สิทธิบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องอายุความ แม้ว่าหนี้ประธานจะขาดอายุความ สิทธิจำนองก็จะไม่ระงับสิ้นไป หากมิใช่กรณีที่ต้องตามบทบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนองก็ตาม แต่แนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นส่วนที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้สิทธิให้เป็นไปตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้บัญญัติรับรองไว้นั้น ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติ แม้ว่าสิทธิจำนองจะยังไม่ระงับสิ้นไป แต่ผู้รับจำนองก็ไม่สามารถบังคับจำนองได้เพราะสิ้นสิทธิในการบังคับคดีเนื่องจากมิได้ดำเนินการบังคับคดีเสียให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลา 10 ปี ตามป.วิ.พ. มาตรา 271 ทั้งนี้ ไม่ว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะครบกำหนดระยะเวลาบังคับคดีแล้วเป็นเวลานานเท่าใดก็ตาม เพราะเป็นเรื่องที่โจทก์ซึ่งเป็น

เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาไม่ชวนชวยดำเนินการบังคับคดีเองจนกระทั่งพ้นกำหนดเวลาที่จะบังคับคดีได้อีกต่อไป เพราะฉะนั้น การที่สิทธิจำนองยังไม่ระงับสิ้นไป ผู้รับจำนองจึงมีแต่เพียงสิทธิในอันที่จะไม่จดทะเบียนลบสิทธิจำนองอันปรากฏอยู่เหนือที่ดินจำนองแปลงดังกล่าวจนกว่าจะมีการชำระหนี้หรือไถ่ถอนจำนอง ซึ่งในทางกลับกันหากลูกหนี้หรือผู้จำนองไม่ชำระหนี้หรือไม่ไถ่ถอนจำนอง สิทธิจำนองก็ยังคงปรากฏตกติดไปกับทรัพย์สินจำนอง

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่ากรณีตามประเด็นปัญหาดังกล่าว หากพิจารณากฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 2180 ซึ่งมีสาระสำคัญว่าสิทธิจำนองย่อมระงับสิ้นไปโดยอายุความลูกหนี้จึงสามารถยกอายุความขึ้นต่อสู้ผู้รับจำนองได้เมื่อเขาใช้สิทธิบังคับจำนองหนี้ประธานที่ขาดอายุความจึงเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไป และได้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่าควรจะได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายในการบังคับคดีจำนอง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 744 ในป.พ.พ.บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 12 ในส่วนที่เกี่ยวกับความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนองโดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็นว่า

“สิทธิจำนองย่อมระงับสิ้นไปเมื่อ

(7) พ้นระยะเวลาบังคับคดีตามที่กฎหมายกำหนด”⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า เจ้าหน้าที่จำนองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาที่มีได้บังคับคดีภายในกำหนดเวลาบังคับคดีตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ไม่ส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไปและเจ้าหน้าที่จำนองย่อมมีสิทธิบังคับคดีได้แม้พ้นกำหนดเวลา 10 ปีตามป.วิ.พ. มาตรา 271

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองซึ่งมีเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่จำนอง โดยการรับรองให้สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สินและผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้แม้หนี้ประธานจะขาดอายุความ จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังเช่นที่กล่าวมาข้างต้นหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติให้ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับคดีแก่ “ทรัพย์สินจำนอง” ได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของระยะเวลาบังคับคดี 10 ปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามป.วิ.พ. มาตรา 271 และกรณีที่คู่สัญญาได้มีการทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไว้ ผู้รับจำนองจึงสามารถบังคับคดีเอาแก่ “หนี้ส่วนที่ขาด” ภายหลังจากการบังคับจำนอง แต่เนื่องจากกรณีหลังนี้เป็นการใช้สิทธิบังคับคดีเอาแก่ “ทรัพย์สินอื่นๆ” ของลูกหนี้ซึ่งผู้รับจำนองมิได้มีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินนั้นในฐานะทรัพย์สินหลักประกัน ผู้รับจำนองจึงต้องใช้สิทธิบังคับคดีเอาแก่ “ทรัพย์สินอื่นๆ” ของลูกหนี้ภายในกำหนดเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง C

⁴เจริญศักดิ์ รั้งแก้ว, ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับกรดำเนินการบังคับคดีจำนอง, (กรุงเทพมหานคร:วิทยานิพนธ์ปริญญาเนหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 103

4.3 ปัญหากรณีผู้จ้างงไม่ใช่ว่าเจ้าของทรัพย์สินจ้างง หรือเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์บางส่วน ในทรัพย์สินจ้างง

4.3.1 กรณีนำที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มาจดทะเบียนจ้างง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจ้างงไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ คือ เจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งในกรณีที่ทรัพย์สินจ้างง คือ ที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์(น.ส.3)นั้น เดิมมีนักกฎหมายได้ใช้คำว่า "ที่ดินมือเปล่า" เรียกที่ดินที่เจ้าของมีเพียงสิทธิครอบครองโดยไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์อย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 อย่าง คือ ไม่มีโฉนด โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง หรือตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว หรือมีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินบางอย่าง เช่น ใบเหี้ยบย่ำ ตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว หนังสือรับรองการทำประโยชน์ แต่ในปัจจุบันนี้การเรียกขานเช่นนั้นน่าจะไม่ต้อง เพราะขณะนี้มิมีประมวลกฎหมายที่ดินได้บัญญัติถึงหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินประเภทต่างๆไว้ในมาตรา 1 แล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในปัจจุบันนี้ตามประมวลกฎหมายที่ดินน.ส.3จะเป็นที่ดินซึ่งมีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดินก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติยังคงขาดความชัดเจนว่า เจ้าของที่ดินน.ส.3 คือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือเป็นเพียงผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินเท่านั้น⁵ อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า หากผู้เป็นเจ้าของที่ดินน.ส.3 เป็นเพียงผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินไม่ถึงขั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนี้ จะสามารถนำที่ดินน.ส.3 ไปจ้างงเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้หรือไม่ เพราะตามป.พ.พ.มาตรา 705 กำหนดไว้ว่าเฉพาะแต่"เจ้าของ"หรือ"ผู้มีกรรมสิทธิ์"เท่านั้นที่มีอำนาจนำทรัพย์สินไปจ้างงไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 บัญญัติว่า

"หนังสือรับรองการทำประโยชน์" หมายความว่า หนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว

"โฉนดที่ดิน" หมายความว่า หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน และให้หมายความรวมถึงโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว

จากคำนิยามเกี่ยวกับเอกสารสิทธิที่ดินข้างต้นจะเห็นได้ว่า ที่ดินมีโฉนด คือ ที่ดินซึ่งมีทะเบียน แสดง "กรรมสิทธิ์" ว่าใครเป็นเจ้าของที่ดินแปลงนั้น ส่วนที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นที่ดินซึ่งได้รับการรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินแปลงนั้นแล้ว โดยไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือเป็นเพียงหนังสือแสดงสิทธิครอบครอง แต่หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับที่ดินซึ่งไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินและไม่ใช่ที่บ้าน ที่สวนตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 42 เช่น ที่ดินที่มีสค.1 หรือน.ส.3 หรือน.ส.3 ก หรือใบเหี้ยบย่ำ หรือใบจอง หรือใบไต่สวน หรือตราจองที่เป็นใบอนุญาต ผู้เป็นเจ้าของจะมีเพียงสิทธิครอบครองและหากถูกแย่งการ

⁵สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, วารสารวิชาการฉบับประจำเดือนพฤศจิกายน 2532 ปีที่ 12 ฉบับที่ 141, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประยูรวงศ์ จำกัด), หน้า 3

ครอบครองก็จะต้องฟ้องเอาคืนซึ่งการครอบครองภายในระยะเวลา 1 ปีนับแต่เวลาที่ถูกแย่งการครอบครอง มิฉะนั้นก็ไม่มีสิทธิฟ้องหรือแม้ฟ้องไปศาลพิพากษายกฟ้องไม่ว่าจำเลยจะได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้หรือไม่ก็ตาม เพราะป.พ.พ. มาตรา 1325 วรรคสองมิใช่อายุความ แต่เป็นระยะเวลาฟ้องเอาคืน ซึ่งการครอบครองดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2505 (ญ) และคำพิพากษาฎีกาที่ 610/2525 ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ที่ดินมือเปล่ามีความแตกต่างกับที่ดินมีโฉนดซึ่งเจ้าของมีกรรมสิทธิ์และมีสิทธิตามป.พ.พ. มาตรา 1336 ในขณะที่ที่ดินมือเปล่า นั้น เจ้าของที่ดินมีเพียงสิทธิครอบครองซึ่งเกิดขึ้นตามความเป็นจริงตามป.พ.พ. มาตรา 1367, 1368 เท่านั้นหรือไม่ ซึ่งภายหลังจากการศึกษาค้นคว้าปรากฏว่า แนวความคิดของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับที่ดินซึ่งไม่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ มีสองฝ่ายดังนี้

ฝ่ายที่หนึ่ง มีความเห็นว่า เจ้าของที่ดินที่มีเพียงหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น มีเพียงสิทธิครอบครอง ไม่มีกรรมสิทธิ์เหมือนดังเช่นที่ดินมีโฉนดที่ดิน โดยอ้างประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 1 ที่บัญญัติว่า "สิทธิในที่ดิน" หมายถึง กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย และในมาตรา 1 ก็ได้บัญญัติ คำนิยามให้ความหมายแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์กับสิทธิครอบครองโดยเฉพาะมาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า "นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับบุคคลใดมีสิทธิในที่ดินตามโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หากบุคคลนั้นทอดทิ้งไม่ทำประโยชน์ในที่ดิน หรือปล่อยให้ดินให้เป็นที่รกร้างว่างเปล่าเกินกำหนดเวลาดังต่อไปนี้

- (1) สำหรับที่ดินมีโฉนดเกินสิบปีติดต่อกัน
- (2) สำหรับที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เกินห้าปีติดต่อกัน

"ให้ถือว่าเจตนาละสิทธิในที่ดิน" เฉพาะในส่วนที่ทอดทิ้งไม่ทำประโยชน์หรือปล่อยให้เป็นที่รกร้างว่างเปล่า"

และป.พ.พ. มาตรา 1382 ที่บัญญัติว่า

"บุคคลใดครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ด้วยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปี ไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์"

นอกจากนี้อาจารย์บัญญัติ สุชีวะ^๕ ยังได้ให้ความเห็นไว้ว่าผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินนั้น อาจมีเพียงสิทธิครอบครอง หรือมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็สุดแล้วแต่ที่ดินนั้นมีโฉนดที่ดินหรือไม่ ถ้ามีโฉนดที่ดินเจ้าของก็มีกรรมสิทธิ์ ถ้าไม่มีโฉนดที่ดินก็มีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น ซึ่งอาจจะไม่มีหลักฐานอะไรเลยก็ได้ หรืออาจจะมีเพียงใบจอง หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ที่เรียกว่า น.ส. 3 ก็ได้ โดยที่ดินที่เจ้าของมีแต่เพียงสิทธิครอบครองนั้นเรียกกันว่า "ที่ดินมือเปล่า" ดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 663/2488 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า แม้จะครอบครองที่ดินมือเปล่ามานานเพียงใดก็ตาม แต่หากไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินแล้ว ก็เพียงสิทธิครอบครอง ไม่ได้กรรมสิทธิ์

^๕ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2545), หน้า 245-250

สำหรับที่ดินที่เจ้าของมีกรรมสิทธิ์ และที่ดินที่เจ้าของมีเพียงสิทธิครอบครองนั้น ในด้านการใช้สอย การจัดการ หรืออำนาจในการจำหน่ายย่อมมีเท่าเทียมกัน ไม่แตกต่างกัน แต่ในด้านวิธีการจำหน่าย วิธีการขาดสิทธิในที่ดินแตกต่างกันมาก กล่าวคือ การจำหน่ายที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะโดยวิธีขาย แลกเปลี่ยน หรือให้จะต้องกระทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในป.พ.พ.มาตรา 456, 519 และ 525 มิฉะนั้นย่อมเป็นโมฆะ ส่วนที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครองนั้น ตราบไต่ที่ยังไม่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3) จะทำการโอนโดยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มิได้เลย ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 8 ส่วนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ยอมโอนโดยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 9 และประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1056/2507 วินิจฉัยว่า

"หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3) เป็นเพียงคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้วและให้โอนกันได้เท่านั้น หากเป็นหลักฐานกรรมสิทธิ์ว่าผู้มีชื่อในหนังสือนั้นเป็นเจ้าของที่ดินทางทะเบียนเช่นโฉนดที่ดินไม่"

สำหรับที่ดินที่มีเพียงหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น หลังจากที่มีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2515 ข้อ 2 ให้เพิ่มข้อความมาตรา 4 ทวิขึ้นในประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว ทำให้มีผู้เข้าใจว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินเช่นเดียวกับโฉนดที่ดินเพราะบทบัญญัติดังกล่าวบังคับว่า การโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับการโอนที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน จึงเป็นเหตุให้เข้าใจว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์ และโฉนดที่ดินมีศักดิ์ศรีและฐานะเท่าเทียมกัน อำนาจความเป็นเจ้าของจึงน่าจะเท่าเทียมกันด้วย อันเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเพราะกฎหมายใช้คำว่า "การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งมีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ต้อง... ฯลฯ" แสดงว่า กรรมสิทธิ์นั้นสำหรับที่ดินซึ่งโฉนดที่ดินและสิทธิครอบครองนั้น สำหรับที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ จึงหาได้เปลี่ยนหลักกฎหมายเดิมที่ว่า ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ผู้มีชื่อในหนังสือนั้นมีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้นไม่ การบังคับให้การโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ก็เป็นเพียงบัญญัติยืนยันหลักในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดินที่บัญญัติว่า "ที่ดินที่ได้รับคำรับรองจากนายอำเภอว่า ได้ทำประโยชน์แล้วให้โอนกันได้" เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุว่าผู้เป็นเจ้าของที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้นก็มีเพียงสิทธิครอบครอง จึงสามารถโอนสิทธิครอบครองได้โดยวิธีเดียวกับการโอนสิทธิครอบครองทั่วไป ฉะนั้นผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์จึงมีสิทธิเลือกได้ว่าจะทำการโอนโดยทางนิติกรรมให้ถูกต้อง คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือโดยการส่งมอบที่ดินและสละเจตนาครอบครองตามป.พ.พ.มาตรา 1377, 1338 ก็ได้ ดังนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ 1101/2504

ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า เจ้าของที่ดินจะมีโฉนดหรือไม่ก็ตามย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เพราะความเป็นเจ้าของนั้นย่อมแสดงออกได้ด้วยการหวงกัน และมีสิทธิเด็ดขาดในการที่จะป้องกัน ขัดขวางมิให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิที่จะติดตามและ เอาคืนจากบุคคลซึ่งไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ มีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ดอกผลแห่ง ทรัพย์สินนั้นตามป.พ.พ.มาตรา 1336 ถ้าเห็นว่าเจ้าของที่ดินมีน.ส.3 หรือน.ส.3 ก ไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งตนครอบครอง เจ้าของที่ดินเหล่านี้ก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะใช้บทบัญญัติแห่งป.พ.พ.มาตรา 1336 และ หลักแห่งแดนกรรมสิทธิ์ก็ย่อมนำมาใช้ไม่ได้ แต่ตามความเป็นจริงแล้วศาลเองก็ยอมรับว่าเจ้าของที่ดิน ซึ่งไม่มีโฉนดที่ดินย่อมมีแดนแห่งกรรมสิทธิ์ และมีอำนาจที่จะใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 409/2508 วินิจฉัยว่า

"ที่ดินมือเปล่าซึ่งโจทก์รับซื้อจากผู้มีชื่อและได้โอนการครอบครองให้โจทก์โดยชอบแล้ว แม้ การซื้อขายระหว่างโจทก์กับผู้มีชื่อนั้นจะทำการเองไม่ถูกต้องตามป.พ.พ.มาตรา 1299 โจทก์ก็เป็นเจ้าของ สิทธิครอบครอง เมื่อจำเลยบุกรุกเข้ามาแย่งการครอบครอง โจทก์มีอำนาจฟ้องได้"

ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายที่สอง กล่าวคือ แม้บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะใช้ ด้ยคำที่แตกต่างกันระหว่างที่ดินมีโฉนดกับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ แต่ตามป.พ.พ. บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สินนั้น กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองต่างก็เป็นทรัพย์สินอันก่อตั้งขึ้นโดย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย⁷ ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินและเป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินได้ โดยตรง ประกอบกับในทางปฏิบัติปรากฏว่าราษฎรได้ทำการซื้อขาย ขายฝากและแลกเปลี่ยนและให้ ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เช่นเดียวกับที่ดินมีโฉนด ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งป.พ.พ. บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาจะสังเกตได้ว่า ผู้ที่สามารถนำทรัพย์สินไปซื้อขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน หรือให้ได้จะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินนั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้นที่จะเข้าทำสัญญาลักษณะต่างๆดังกล่าวมาได้

เพราะฉะนั้น หากถือว่าที่ดินซึ่งยังไม่มีโฉนดที่ดินเป็นที่ดินที่ผู้เป็นเจ้าของมีเพียงสิทธิ ครอบครองก็จะทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับรองกรรมสิทธิ์ขาดความศักดิ์สิทธิ์ไป และ ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องของเอกเทศสัญญาที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้ สำหรับแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งยังไม่มีโฉนดที่ดินไว้ว่าเป็น การโอนไปซึ่งการครอบครองและสามารถทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครองนั้น อาจเป็นไป เพราะเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองมีความศักดิ์สิทธิ์ และยึดหลักความเป็นธรรมในการวินิจฉัย นอกจากนี้ หากที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มีเพียง สิทธิครอบครอง หลักเรื่องส่วนควบตามป.พ.พ.มาตรา 144 ที่ว่าเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในส่วน ควบของทรัพย์สินนั้นก็นำมาใช้บังคับไม่ได้เพราะบทบัญญัติดังกล่าวรับรองความมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543), หน้า 29

ดังนั้น หากจะไม่ให้ผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ควรจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วก็ได้เป็นเช่นนั้น จึงเป็นข้อสนับสนุนประการหนึ่งที่ทำให้เห็นว่า เจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย อีกทั้งหากได้พิจารณาถึงเหตุแห่งความแตกต่างระหว่างที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์กับที่ดินมีโฉนด ผู้เขียนเห็นว่า การออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินนั้น ผู้ที่จะยื่นขอออกได้จะต้องมีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นหลักฐานว่าตนได้เข้าไปจับจองที่ดินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ตราของ ส.ค.1 เป็นต้น และเมื่อยื่นคำร้องต่อนายอำเภอ เมื่อเจ้าหน้าที่เห็นว่าผู้ขอเข้าจะมีสิทธิในที่ดินและได้ทำประโยชน์ตามสมควรแล้ว นายอำเภอก็จะประกาศเพื่อให้คนมาคัดค้าน ถ้าไม่มีผู้คัดค้านนายอำเภอก็จะออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามแบบน.ส.3 ให้ไปโดยแผนที่นี้ทำเป็นแผนที่รูปลอยจึงอาจจะมีการคำนวณเนื้อที่ผิดพลาดหรือมีการทับซ้อนกันได้ ซึ่งตามระเบียบคณะกรรมการจัดการที่ดินแห่งชาติฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2532) ว่าด้วยเงื่อนไขการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ข้อ 4 ได้กำหนดไว้ว่า

“การออกโฉนดที่ดินให้กระทำได้ในบริเวณที่ดินที่ได้สร้างระวางแผนที่เพื่อการออกโฉนดที่ดินไว้แล้วในบริเวณที่ดินนั้น นอกจากนี้ให้ออกเป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เว้นแต่อธิบดีกรมที่ดินเห็นเป็นการสมควร ให้ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในบริเวณที่ดินที่ได้สร้างระวางแผนที่ไว้แล้วไปพลางก่อนได้”

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า โดยทางพฤตินัยแล้วหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งมีสภาพไม่แตกต่างจากโฉนดที่ดิน และการที่บุคคลเป็นเจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นับว่าเป็นช่องทางที่สำคัญซึ่งจะทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะขออนุญาตโฉนดที่ดินต่อไป แต่ในทางนิตินัยนั้นการที่เจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์อาจจะเป็นเพราะความยากจน หรือเจ้าหน้าที่รัฐยังไม่อาจออกให้ได้ หรือบริเวณดังกล่าวเป็นที่ดินที่ได้มีการทำระวางรูปถ่ายทางอากาศแล้ว หรือทางราชการประกาศออกน.ส.3 ทั้งตำบล รัฐจึงยังไม่ออกโฉนดที่ดินให้ ราษฎรก็ยังไม่สามารถมีโฉนดที่ดินได้ เป็นต้น อันสืบเนื่องมาจากขั้นตอนและกระบวนการในการดำเนินงานของรัฐเป็นส่วนใหญ่ ผู้เขียนจึงเห็นว่า เจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์จึงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งมีอำนาจนำที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้เช่นเดียวกันกับเจ้าของที่ดินมีโฉนด

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่า กรณีที่มีบุคคลอื่นแย่งการครอบครองที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยการเข้าครอบครองที่ดินดังกล่าว และต่อมาเจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้นได้จำนองที่ดินแปลงดังกล่าวไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจำนองจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ โดยอาจพิจารณาเทียบเคียงได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3276/2533 วินิจฉัยไว้ว่า

"การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมตามป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคสองนั้น ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ จะนำมาใช้กับที่ดินพิพาทซึ่งเป็นที่ดินมือเปล่า และมีเพียงหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) หาได้ไม่ หากจำเลยได้สิทธิครอบครองที่ดินพิพาทโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม แม้ยังมีได้จดทะเบียนก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้โจทก์ร่วมผู้ซื้อและได้จดทะเบียนโดยสุจริตได้"

มีผู้ให้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวไว้ ดังนี้

"(1) ป.พ.พ.มาตรา 1299 ทั้งสองวรรคไม่ได้มีถ้อยคำบัญญัติไว้ชัดแจ้งหรือบัญญัติในลักษณะให้ตีความได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้ใช้เฉพาะที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ คือ โฉนดที่ดินเท่านั้น จึงน่าจะใช้บังคับถึงที่ดินมือเปล่า คือ ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ด้วย เพียงแต่มาตราดังกล่าวมีบทบัญญัติให้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆ ด้วย หมายความว่า หากมีกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องใดชัดแจ้งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1299 ก็ให้บังคับตามบทกฎหมายเฉพาะนั้น"

คำพิพากษาฎีกาที่ 1758/2531 วินิจฉัยว่า

"โจทก์ซื้อที่ดินไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่จากต. และต. มอบให้โจทก์ครอบครอง ตลอดมาหลายปีแล้ว โจทก์จึงเป็นเจ้าของผู้ครอบครองที่พิพาทเนื่องจากการโอนสิทธิครอบครองยอมทำได้ด้วยสละเจตนาครอบครองและส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครองตามป.พ.พ.มาตรา 1377, 1378 แม้ต่อมา ต. จะได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์สำหรับที่ดินก็ตาม ก็ไม่ก่อให้เกิดสิทธิครอบครองในที่แปลงนี้เพราะ ต. ไม่ใช่เจ้าของแล้ว แม้จำเลยจะได้รับที่ดินแปลงนี้ไว้จาก ต. โดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และจดทะเบียนแล้วก็ไม่มียุติหรืออย่างใด เพราะหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หาใช่หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ว่าเป็นเจ้าของที่ดินนั้นทางทะเบียนเช่นโฉนดที่ดินไม่ จึงนำป.พ.พ.มาตรา 1299, 1300 มาใช้แก่กรณีนี้ไม่ได้"

ทั้งนี้ จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นเหตุผลสำคัญน่าจะเป็นเพราะว่าการที่จำเลยได้ยึดถือที่ดินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตนหรือเจ้าของที่ดินเดิมได้สละสิทธิครอบครองให้จำเลยจนจำเลยได้เข้าครอบครองที่ดิน ต่อมาถือว่าจำเลยได้สิทธิครอบครองตามป.พ.พ.มาตรา 1367, 1377, 1378 แล้วจำเลยจึงมีสิทธิในที่พิพาทดีกว่าโจทก์ซึ่งไม่ได้เป็นฝ่ายครอบครองที่พิพาท กรณีจึงเป็นเรื่องจำเลยได้สิทธิในที่ดินโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในมาตราอื่นตามที่มาตรา 1299 ได้บัญญัติยกเว้นไว้ คดีจึงไม่ต้องอยู่ใต้บังคับของมาตรา 1299 วรรคสอง ประกอบกับ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบป.พ.พ.มาตรา 1299 กับมาตรา 1373 และ 1382 จะเห็นว่าบทบัญญัติทั้งสองมาตราลังนี้ไม่มีถ้อยคำที่ว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น" ด้วย แต่มาตราทั้งสองต่างก็มีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งถึงเฉพาะที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์เท่านั้น ไม่รวมถึงที่ดินมือเปล่าด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2673/2519 วินิจฉัยว่า

"ป.พ.พ.มาตรา 1373 มุ่งบัญญัติถึงสิทธิครอบครองในที่ดิน ซึ่งได้มีการออกโฉนดเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว หนังสือรับรองการทำประโยชน์หาใช่หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินทาง

ทะเบียนดั่งเช่นโฉนดที่ดินไม่ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยมิได้เป็นฝ่ายครอบครอง ทำประโยชน์ในที่พิพาท แม้จะอ้างว่าได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์สำหรับที่พิพาทมาแล้วก็ตาม จะใช้ยันกับโจทก์ซึ่งได้ครอบครองทำประโยชน์ในที่พิพาทตลอดมาหาได้ไม่"

สำหรับกรณีตามประเด็นปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวจึงแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. กรณีผู้แย้งการครอบครองได้เข้าครอบครองที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เกินกว่า 1 ปี ก่อนที่ผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์จะนำที่ดินไปจดทะเบียนจำนองไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้น ผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ซึ่งถูกแย้งการครอบครองจนเกินกว่ากำหนดเวลาฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครอง จึงไม่ใช่เจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่จะสามารถนำที่ดินดังกล่าวไปจำนองได้อีกต่อไป เพราะการแย้งครอบครองตามป.พ.พ.มาตรา 1375 ผู้แย้งการครอบครองจึงยกเอาเหตุนี้ขึ้นต่อสู้ได้ว่าตนได้สิทธิในที่ดินนั้นไปก่อนผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์จะนำที่ดินไปจดทะเบียนจำนอง ผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์จึงไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินขณะนำไปจำนองตามป.พ.พ.มาตรา 705 ผู้รับจำนองจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

2. กรณีผู้แย้งการครอบครองได้เข้าครอบครองที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ยังไม่ครบ 1 ปี และผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้นำที่ดินดังกล่าวไปจดทะเบียนจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจำนอง ถือว่าผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ยังคงเป็นเจ้าของที่ดินดังกล่าวในขณะที่จำนอง สัญญาจำนองจึงมีผลผูกพันตามกฎหมาย ต่อมาภายหลังเมื่อผู้รับจำนองฟ้องร้องบังคับจำนอง แม้ว่าจะเป็นเวลาเกินกว่า 1 ปีนับแต่เวลาถูกแย้งการครอบครองซึ่งผู้จำนองไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองได้อีก แต่ถือว่าผู้แย้งการครอบครองได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมและยังมีได้จดทะเบียน จึงไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับจำนองผู้ได้สิทธิไปโดยเสียค่าตอบแทน สุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วตามป.พ.พ.มาตรา 1299 วรรคสอง

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าตามป.พ.พ.มาตรา 1299 วรรคสอง สิทธิของผู้ที่ได้ไปโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมที่ยังไม่ได้จดทะเบียนต้องเป็นสิทธิอย่างเดียวกับสิทธิที่บุคคลภายนอกได้ไปโดยทางทะเบียน เช่น กรรมสิทธิ์กับกรรมสิทธิ์ หรือกับสิทธิจำนอง^๑ ดังนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ 1064/2507 ซึ่งกรณีตามประเด็นปัญหาผู้ที่ได้ไปโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียน คือ ผู้แย้งการครอบครองได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองภายหลังจากที่สัญญาจำนองเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายซึ่งกระทำลงโดยผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นเจ้าของที่ดินขณะทำสัญญาจำนอง

4.3.2 กรณีบังคับจำนองด้วยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด โดยปลอดจำนองหรือมีจำนองติดอยู่

เนื่องจากในการบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดนั้น หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นป.พ.พ.หรือป.วิ.พ. ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดอย่าง

^๑เรื่องเดียวกัน, หน้า 36

ติดจำนองหรือปลอดจำนองไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร และเงื่อนไขในการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดในแต่ละรูปแบบมีความแตกต่างกันอย่างไร ตลอดจนผลทางกฎหมายของการขายทอดตลาดทรัพย์สินในแต่ละรูปแบบเป็นอย่างไร ซึ่งในเบื้องต้นได้มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ไว้ดังนี้

ฝ่ายแรก⁹ ให้ความเห็นว่า

- การขายโดยปลอดจำนอง คือ การขายที่ผู้ซื้อได้ทรัพย์สินไปโดยปลอดจำนองและไม่มีข้อผูกมัดใดๆ เช่น กรณีจำนองทรัพย์สินสิ่งหนึ่งเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้รายเดือนและผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนอง

- การขายโดยติดจำนอง คือ การขายที่เมื่อมีผู้ซื้อทรัพย์สินไป ภาระจำนองก็ยังคงติดติดไปกับตัวทรัพย์สินด้วย ผู้ซื้อทรัพย์สินต้องไถ่ถอนภาระจำนองในภายหลังจึงจะได้ทรัพย์สินนั้นไปเป็นกรรมสิทธิ์ของตนโดยไม่มีข้อผูกพัน เช่น กรณีผู้รับจำนองไม่ใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จำนองก่อนเจ้าหนี้รายอื่นตามป.วิ.พ. มาตรา 289 เมื่อเจ้าหนี้สามัญใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง

ฝ่ายที่สอง¹⁰ ให้ความเห็นว่า ป.วิ.พ.มาตรา 289 วรรคแรกไม่ได้บัญญัติถึงการขายโดยปลอดจำนองๆจึงเป็นวิธีการขายทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น ผู้ซื้อทรัพย์สินไปโดยปลอดภาระจำนองไม่มีข้อผูกพันใดๆ ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่เป็นไปตามระเบียบกรมบังคับคดีของกระทรวงยุติธรรมที่ได้ออกตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เท่านั้น การขายโดยปลอดจำนองจึงไม่ทำให้สิทธิรับจำนองของผู้รับจำนองระงับสิ้นไป สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย (ป.พ.พ. มาตรา 1298 และมาตรา 702) จะระงับสิ้นไปก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ในป.พ.พ. มาตรา 744

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายแรกซึ่งน่าจะสอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง กล่าวคือ การขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยปลอดจำนองนั้นใช้สำหรับกรณีที่เป็นกรณีนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อการบังคับจำนองของผู้รับจำนอง อาทิเช่น โดยการยื่นฟ้องบังคับจำนองหรือโดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นตามป.วิ.พ. มาตรา 289 ซึ่งถือว่าเป็นการฟ้องบังคับจำนองโดยวิธีพิเศษ โดยเมื่อเป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองตามคำสั่งศาลเพื่อการบังคับจำนองย่อมส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไปตามป.พ.พ. มาตรา 744(5)

คำพิพากษาฎีกาที่ 58/2493 วินิจฉัยว่า

"เจ้าหนี้สามัญที่นำยึดทรัพย์สินที่จำนองมาขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลได้ร้องต่อศาลขอให้หักเงินที่ขายได้ใช้หนี้จำนองก่อนและขายทอดตลาดไปโดยปลอดจำนองดังนี้ เมื่อหักใช้หนี้จำนองแล้วถือว่าหนี้จำนองได้บังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ซื้อทอดตลาดทรัพย์สินนั้นไปย่อมได้กรรมสิทธิ์โดยปลอดจำนอง เจ้าหนี้จำนองแม้จะเป็นคนเดียวเท่ากับเจ้าหนี้สามัญที่ขอให้ยึดทรัพย์สินจำนองมาขายทอดตลาดก็ขอให้บังคับชำระหนี้จำนองโดยอาศัยบุริมสิทธิของตนก่อนได้ตามป.วิ.พ.มาตรา 289"

⁹พจนี บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกันจำนองจำนำ, หน้า 104-105

¹⁰ไพจิตร บุญญพันธ์, ประมวลบันทึกหมายศาลคำพิพากษาฎีกาและตุลาการ (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า 316

ดังนั้น การที่ผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้จากเงินซึ่งได้จากการขายทอดตลาดในกรณีต่อไปนี้จะส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไป ไม่ตกติดไปกับทรัพย์สินจำนองในฐานะทรัพย์สินอีก การขายทอดตลาดในกรณีเช่นนี้จึงควรจะต้องเป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินไปโดยปลอดจำนองซึ่งชอบด้วยเหตุผลแล้ว ไม่เช่นนั้นคงไม่ต้องกำหนดให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไว้ 2 รูปแบบ คือ การขายโดยปลอดจำนองและการขายโดยติดจำนอง ซึ่งการขายทอดตลาดโดยปลอดจำนอง ได้แก่ กรณีต่อไปนี

1. การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองตามคำสั่งศาลเพื่อการบังคับจำนองหรือถอนจำนองอาทิเช่น

1.1 กรณีมีจำนองรายเดียวเหนือทรัพย์สินรายเดียว และผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองตามคำสั่งศาล

1.2 กรณีจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย และผู้รับจำนองลำดับก่อนแสดงความจำนงให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไปโดยปลอดจำนอง เป็นต้น

2. การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองเพื่อการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้สามัญตามป.พ. มาตรา 214 และกรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นตามป.วิ.พ. มาตรา 289

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยติดจำนองหรือปลอดจำนอง อาทิเช่น คำสั่งกรมบังคับคดีที่ 452/2548 ข้อ 3.3 กำหนดว่า

"การยึดทรัพย์สินซึ่งติดจำนองบุคคลภายนอก ในการแจ้งการยึดให้ผู้รับจำนองทราบให้เจ้าพนักงานบังคับคดีระบุในหนังสือแจ้งการยึดด้วยว่าเจ้าพนักงานบังคับคดีจะทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าวโดยปลอดจำนอง หากผู้รับจำนองจะคัดค้านให้ยื่นคำคัดค้านเป็นหนังสือยื่นต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีภายใน 1 เดือน นับแต่วันรับหนังสือแจ้งการยึด มิฉะนั้นถือว่าไม่คัดค้านและเจ้าพนักงานบังคับคดีจะขายทอดตลาดโดยปลอดจำนองและกันเงินในส่วนของบุริมสิทธิของผู้รับจำนองไว้เมื่อขายทอดตลาดได้ ในกรณีที่ผู้รับจำนองยื่นหนังสือคัดค้านวิธีการขายทอดตลาดตามที่เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งไปนั้น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเสนอความเห็นพร้อมคำสั่งต่อผู้อำนวยการกองผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีจังหวัดหรือสาขาเพื่อมีคำสั่งต่อไป"

ทั้งนี้ คำสั่งกรมบังคับคดีดังกล่าวมาข้างต้นสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าตามป.วิ.พ.มาตรา 308 มีสาระสำคัญว่า การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีนั้นจะต้องดำเนินการตามป.พ. กฎกระทรวงว่าด้วยการขายทอดตลาด และข้อกำหนดของศาล โดยไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดให้จะต้องดำเนินการขายทอดตลาดตาม"คำสั่งกรมบังคับคดี"ด้วย และหากพิจารณาประกอบกับตามป.วิ.พ.มาตรา 289 เกี่ยวกับกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นดำเนินการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินจำนองโดยการยึดและนำออกขายทอดตลาดนั้น บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้เจ้าพนักงาน

บังคับคดีนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำนองหรือติดจำนองตามความประสงค์ของเจ้าหนี้จำนอง กล่าวคือ หากเจ้าหนี้จำนองยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อน เจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำนอง แล้วนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จำนองตามสิทธิจำนองซึ่งเขามีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนอง และในทางกลับกันหากเจ้าหนี้จำนองมิได้ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อน เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ต้องขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองอย่างติดจำนองเพราะการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิจำนองซึ่งเจ้าหนี้จำนองมีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองตามป.วิ.พ.มาตรา 287 ประกอบกับป.วิ.พ.มาตรา 282 ในขณะที่คำสั่งกรมบังคับคดีดังกล่าว กำหนดไว้ว่า ถ้าผู้รับจำนองยื่นหนังสือคัดค้านวิธีการขายทอดตลาดตามที่เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งไปเพราะผู้รับจำนองไม่ประสงค์ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำนอง เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องเสนอความเห็นพร้อมคำสั่งต่อผู้อำนวยการกอง ผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีจังหวัดหรือสาขาเพื่อมีคำสั่งต่อไป ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากผู้อำนวยการกอง ผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีจังหวัดหรือสาขามีคำสั่งเห็นชอบกับคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำนอง ก็น่าจะเป็นแนวปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ ป.วิ.พ. ซึ่งมีเจตนารมณ์ในอันที่จะให้เจ้าพนักงานบังคับคดีนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยติดจำนองหรือปลอดจำนองตามความประสงค์ของเจ้าหนี้จำนอง และจะกลับกลายเป็นว่าคำสั่งกรมบังคับคดีมีลำดับศักดิ์สูงกว่าหรือมีผลบังคับใช้เหนือว่าป.วิ.พ. อันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น

4.3.3 กรณีศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาดอันเนื่องมาจากการบังคับจำนอง

การบังคับจำนองโดยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองนั้น กรณีเป็นไปได้ว่าต่อมาภายหลังอาจมีการเพิกถอนการขายทอดตลาด ไม่ว่าจะเป็นการเพิกถอนการขายทอดตลาดตามป.วิ.พ. มาตรา 296 วรรคสองเพราะเหตุว่า เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งป.วิ.พ. ว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งหรือกรณีเพิกถอนการขายทอดตลาดตามมาตรา 309 ทวิ วรรคสองเพราะเหตุว่าราคาที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินมีจำนวนต่ำเกินสมควร อันเกิดจากการคบคิดกันฉ้อฉลในระหว่างผู้เกี่ยวข้องในการเข้าสู่ราคา หรือความไม่สุจริต หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งหากผู้ซื้อทรัพย์สินได้จากการขายทอดตลาดได้นำทรัพย์สินไปจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ก่อนการเพิกถอนการขายทอดตลาด ผู้เขียนเห็นว่ามีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรศึกษาวิเคราะห์ ดังนี้

4.3.3.1 ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่ผู้จำนองเมื่อศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด

ในกรณีที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดได้นำทรัพย์สินนั้นไปจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งขณะที่นำทรัพย์สินไปจำนองไว้ต่อผู้รับจำนองนั้น เขาเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองตามป.พ.พ. มาตรา 705 จึงเป็นผู้มีอำนาจนำทรัพย์สินไปจำนองได้ แต่ต่อมาภายหลังเมื่อมีการเพิกถอน

การขายทอดตลาดไม่ว่าจะเป็นกรณีตามป.วิ.พ.มาตรา 296 วรรคสองหรือมาตรา309 ทวิยอมยังให้เกิดผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน คือ การขายทอดตลาดสิ้นผลไป แม้ผู้ซื้อจะซื้อทรัพย์สินนั้นไปโดยสุจริตจากการขายทอดตลาดก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามป.พ.พ.มาตรา 1330 อีกต่อไป” เพราะบทบัญญัติดังกล่าวให้ความคุ้มครองเพียงว่าจะไม่ต้องคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาทรัพย์สินหรือใช้ค่าเสียหายใดๆให้แก่เจ้าของที่แท้จริงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ของจำเลย หรือลูกหนี้โดยคำพิพากษา หรือผู้ล้มละลายก็ตามแต่ความคุ้มครองตามมาตราดังกล่าวก็มีได้ขยายออกไปถึงกรณีที่มีการเพิกถอนการขายทอดตลาดด้วย

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายและแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกาในปัจจุบันนั้น ถือว่าเมื่อศาลได้มีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาดแล้ว ผู้ซื้อทรัพย์สินไปจากการขายทอดตลาดซึ่งได้นำทรัพย์สินไปจำนองไว้มีหน้าที่จะต้องดำเนินการไถ่ถอนจำนองเพื่อให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม อันนำมาซึ่งภาระค่าใช้จ่ายและความเสียหายแก่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดซึ่งได้นำทรัพย์สินนั้นไปจำนอง อาทิเช่น

1. ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายต่างๆอันเกิดจากกระบวนการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นจากการขายทอดตลาดก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด

กล่าวคือ โดยปกติทั่วไปผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดย่อมซื้อทรัพย์สินนั้นไปโดยความมุ่งหมายในอันที่จะได้เข้าครอบครอง ดูแลรักษา ตลอดจนใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ตน แม้ว่าจะมีค่าใช้จ่ายบางประการเกิดขึ้นในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ก็ย่อมจะต้องอยู่ในความคาดหมายซึ่งผู้ซื้อทรัพย์สินได้พิจารณาแล้วว่าคุ้มค่าแก่การลงทุนซื้อทรัพย์สินนั้นมาจากการขายทอดตลาด แต่เมื่อปรากฏว่าการขายทอดตลาดทรัพย์สินถูกเพิกถอน ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดก็ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้แก่

- ภาระดอกเบี้ยจำนอง ในกรณีที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดนำทรัพย์สินนั้นไปจำนองและจะต้องไถ่ถอนทรัพย์สินนั้นก่อนครบกำหนดเวลาเพื่อให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยมิได้เป็นไปตามความมุ่งหมายอันมีมาแต่ต้น

- เงินค่าธรรมเนียมเนื่องจากการโอน ค่าอากรแสตมป์ ภาษีธุรกิจเฉพาะ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเพื่อการดูแลรักษา และปรับปรุงซ่อมแซมตัวทรัพย์สินนั้น ซึ่งเท่าที่พิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว คือ ประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 103 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ในการดำเนินการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน การรังวัด การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมหรือการทำธุระอื่นๆเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้”

¹ประจักษ์ ทูทธิสมบัติ, หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59, การบรรยายครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), หน้า 10

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเงินค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในการโอนที่ดิน เป็นเงินที่รัฐเรียกเก็บจากราษฎรเป็นค่าตอบแทนที่รัฐให้บริการแก่ราษฎร ในการให้ราษฎรได้สิทธิหรือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อันเป็น "ค่าธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 103" ซึ่งกรมที่ดินสามารถเรียกเก็บได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และเท่าที่ศึกษาในขณะนี้ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติให้คืนเงินค่าธรรมเนียมการโอนดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 933/2537 วินิจฉัยว่า

"โจทก์เป็นผู้ประมูลซื้อที่ดินได้จากการขายทอดตลาดและจดทะเบียนรับโอนที่ดินตามคำสั่งศาล เงินค่าธรรมเนียมการโอนที่ดินที่ซื้อเป็นเงินค่าธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 103 ที่กรมที่ดินจำเลยเรียกเก็บจากโจทก์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมาศาลฎีกาได้มีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาดแล้วให้ประกาศขายทอดตลาดใหม่ การเพิกถอนดังกล่าวก็ไม่ได้เกิดจากการกระทำของจำเลยซึ่งตามประมวลกฎหมายที่ดินก็ไม่มีบทบัญญัติให้จำเลยคืนเงินค่าธรรมเนียมแก่โจทก์ทั้งได้ส่งไปเป็นรายได้ของแผ่นดินไปแล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกเงินค่าธรรมเนียมคืนจากจำเลย"

2. หากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ถูกหนี้ยึดตามคำพิพากษา หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนการขายทอดตลาดตามป.วิ.พ. มาตรา 309 ทวิโดยไม่สุจริตหรือโดยมีเจตนาประวิงคดีดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันหรือลงโทษผู้มีส่วนได้เสียซึ่งกระทำการเช่นนี้

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวិเคราะห์ว่า ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ว่าสัญญาจำนองที่กระทำโดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินในขณะที่นำทรัพย์สินไปจำนองนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายนั้น ด้วยเหตุว่าหากมีการ บังคับจำนองเกิดขึ้นย่อมส่งผลให้ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนมือไปยังบุคคลอื่น และเฉพาะเจ้าของทรัพย์สินแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่เป็นบุคคลผู้มีอำนาจจำหน่าย จ่าย โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ดังนี้ หากปรากฏว่าภายหลังจากได้ซื้อทรัพย์มาจากการขายทอดตลาดผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดได้นำทรัพย์สินนั้นไปจำนองไว้ต่อผู้รับจำนองสัญญาจำนองย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะเขาเป็นเจ้าของทรัพย์สินขณะนำไปจำนอง แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการเพิกถอนการขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดย่อมมีหน้าที่จะต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม อันนำมาซึ่งภาระค่าใช้จ่ายและความเสียหายแก่ผู้จำนองหลายประการ ซึ่งแม้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักไว้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองก็ตาม หากพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดซึ่งได้นำทรัพย์สินไปจำนองได้รับดังกล่าวมาข้างต้น ประกอบกับเจตนารมณ์ของป.พ.พ. มาตรา 1330 มุ่งให้ความคุ้มครองแก่การขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลเพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลอันเป็นประโยชน์แก่การนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดในการบังคับคดี กล่าวคือ กรณีที่บุคคลหนึ่งได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่เขามีกรรมสิทธิ์โดยเขาได้ยินยอมโอนให้ กฎหมายบังคับให้เจ้าของเดิมสิ้นกรรมสิทธิ์ไปและกลับให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งแทนอัน

เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสุจริตในพฤติการณ์พิเศษอย่างหนึ่ง¹² เพราะฉะนั้น แม้ว่าผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองจากการขายทอดตลาดซึ่งเป็นผู้จำนองมีหน้าที่จะต้องทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามคำสั่งเพิกถอนการขายทอดตลาดของศาล แต่ก็ควรมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้จำนองจากความเสียหายอันเกิดแก่ตนนับแต่เป็นผู้ประมูลซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจนกระทั่งศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด เพื่อว่าสัญญาจำนองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกระทำขึ้นโดยผู้มีอำนาจจำนองจะไม่ต้องระงับสิ้นไปก่อนกำหนดเวลา อันมิได้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาแห่งสัญญาจำนอง หรือแม้แต่ในกรณีที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจะมีได้นำทรัพย์สินไปจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ก็ควรมีบทบัญญัติแห่งป.วิ.พ. ให้ความคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลดังกล่าว ซึ่งจะต้องกลับคืนสู่การขายทอดตลาดโดยไม่ได้รับความคุ้มครองหรือการเยียวยาความเสียหาย ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่างๆซึ่งตนต้องเสียไป โดยหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวในปัจจุบันอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ป.วิ.พ. มาตรา 1(11) คำว่า "คู่ความ" หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้นๆตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ

จากบทวิเคราะห์ศัพท์ดังกล่าว ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลเพื่อการบังคับคดีจึงไม่ถือว่าเป็น "คู่ความ" ดังนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินจึงไม่ใช่ผู้ถูกโต้แย้งสิทธิอันอาจใช้สิทธิทางศาลได้ และไม่อาจร้องสอดเข้าเป็นคู่ความหรือแทนที่คู่ความในคดีร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาดได้ ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจึงไม่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะ "คู่ความ" ได้

(2) ป.วิ.พ. มาตรา 280 ซึ่งบัญญัติว่า

"เพื่อประโยชน์แห่งบทบัญญัติในภาคนี้ บุคคลต่อไปนี้ให้ถือว่ามีส่วนได้เสียในวิธีบังคับคดีอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งหรือสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(1) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และในกรณีที่มีการอายัดสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องนั้น

(2) บุคคลอื่นใดซึ่งชอบที่จะใช้สิทธิอันได้จดทะเบียนไว้โดยชอบหรือที่ได้ยื่นคำร้องขอตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288, 289 และ 290 อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องเช่นนั้น เว้นแต่คำร้องเช่นนั้นจะได้ถูกยกเสียในชั้นที่สุด"

ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติข้างต้นยังไม่ชัดเจนว่า ครอบคลุมถึงบุคคลอื่น ๆ นอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งประเด็นว่าผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่นั้น มีผู้ให้ความเห็นว่า ยังมีบุคคลอื่น ๆ อีกที่มาตรา 280 ไม่ได้บัญญัติไว้แต่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในวิธีบังคับคดี เช่น บุคคลตามมาตรา 287 ได้แก่ เจ้าของร่วมในทรัพย์สินที่ถูกยึดซึ่งจะต้องมาขอคืนส่วนของ

¹² ประมูล สุวรรณกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 155-156

ตนในภายหลัง หรือผู้มีสิทธิจดทะเบียนได้ก่อน เช่น บุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วว่า มีกรรมสิทธิ์เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ถูกยึดในอันที่จะเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนจากชื่อจำเลยเป็นชื่อของบุคคลผู้มีสิทธิจดทะเบียนได้ก่อนนั้น บุคคลเหล่านี้ย่อมเกี่ยวข้องกับวิธีการบังคับคดีทั้งสิ้น แต่มาตรา 280 ไม่ได้บัญญัติไปถึงซึ่งน่าจะต้องแปลว่าบุคคลเหล่านี้ก็เป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในวิธีบังคับคดีตามมาตรา 280, 281 เช่นกัน นอกจากนี้ยังมีบุคคลอื่น ๆ อีกที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามขั้นตอนต่างๆ ของการบังคับคดี เช่น ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด แต่ลูกหนี้ร้องขอให้ยกเลิกการขาย ซึ่งผู้ซื้อทรัพย์สินเห็นว่าการขายทอดตลาดชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงคัดค้านคำร้องของลูกหนี้ เป็นต้น¹³

ดังนั้น จากแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาฎีกาในปัจจุบันประกอบกับการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจึงไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียตามป.วิ.พ. มาตรา 280 และเมื่อศาลมีคำสั่งเพิกถอนการขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

(3) กรณีที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียใช้สิทธิยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนการขายทอดตลาดตาม ป.วิ.พ. มาตรา 309 ทวิ โดยไม่สุจริตหรือโดยมีเจตนาประวิงคดีนั้นอาจเกิดขึ้นได้ดังเช่นที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.3.1.2 ด้วยเหตุว่าเพราะบทบัญญัติมาตรา 309 ทวิไม่มีการกำหนดมาตรการเพื่อเป็นการป้องกัน หรือลงโทษบุคคลผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการขายทอดตลาดโดยไม่สุจริตหรือเพื่อประวิงคดี ทำให้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดได้รับความเสียหาย

ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติมาตราดังกล่าวควรมีการกำหนดมาตรการป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อาทิเช่น การกำหนดไว้ว่าหากปรากฏพยานหลักฐานเบื้องต้นก่อนวันได้สวนคำร้องว่า คำร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาดนั้นเป็นคำร้องที่ไม่มีมูลและยื่นเข้ามาเพื่อประวิงคดีให้ชักช้า ให้ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้ผู้ร้องวางเงินต่อศาลตามจำนวนและภายในระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำสั่ง เพื่อเป็นการประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สินสำหรับความเสียหายใดๆ อันอาจเกิดขึ้นจากการยื่นคำร้องนั้น ดังเช่นกรณีร้องขัดทรัพย์สินตามป.วิ.พ. มาตรา 288 เป็นต้น

4.3.3.2 ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่ผู้รับจำนองเมื่อศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด

ด้วยเหตุว่าผลจากการที่ศาลได้มีคำสั่งให้เพิกถอนการขายทอดตลาด ทำให้ทรัพย์สินจำนองจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ ทรัพย์สินนั้นจะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิจำนองอีกต่อไป แม้ว่าหนี้ประณานหรือหนี้ที่มีจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดนำทรัพย์สินนั้นไปจำนองไว้ต่อผู้รับจำนอง อาจจะยังไม่ถึงกำหนดชำระและผู้รับจำนองยังคงมีความประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์เป็นดอกเบี้ยต่อไปตามสิทธิของตน ซึ่งหากพิจารณาหลักกฎหมายสารบัญญัติคือ ป.พ.พ. บรรพ 2 ว่าด้วยหนี้มาตรา 220 มีหลักกฎหมายอันมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ไว้ว่า ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ให้ตรงตามมูลหนี้ โดยไม่สามารถบังคับให้เจ้าหนี้รับ

¹³ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี, หน้า 193

ชำระหนี้บางส่วนหรือผิดไปจากมูลหนี้ได้ และหากลูกหนี้กระทำการเช่นว่ามานี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ได้ ประกอบกับตามมาตรา 203 ได้วางหลักกฎหมายอันมีสาระสำคัญไว้ว่า หนี้ที่ได้มีการ กำหนดเวลาอันพึงชำระไว้ แต่หากกรณีเป็นที่สงสัยกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้ จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลาไม่ได้ แต่ฝ่ายลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนกำหนดเวลานั้นได้ ผู้เขียน เห็นว่า จากหลักกฎหมายสารบัญญัติดังกล่าว ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ยังคงได้รับประโยชน์จาก กำหนดเวลาชำระหนี้ในอันที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ได้ เพราะการที่ลูกหนี้ได้เข้าชำระหนี้ก่อน กำหนดเวลาซึ่งได้มีการตกลงกันได้และไม่ใช่กรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกำหนดเวลา ชำระหนี้ เพราะฉะนั้น กรณีตามประเด็นปัญหาแม้ว่าผู้รับจำนองจำต้องยอมรับชำระหนี้จากผู้จำนองเพื่อลบล้างสิทธิจำนองอัน ปรากฏอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นในการให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยผลแห่งคำสั่งศาลที่ให้เกิดถอน การขายทอดตลาด แต่ก็ถือว่าผู้รับจำนองได้รับความเสียหายในการที่จะต้องขาดประโยชน์ในส่วนของ ดอกเบี้ยซึ่งไม่ได้รับตามเจตนาที่ตนได้รับจำนองทรัพย์สินนั้นไว้มาแต่ต้น อีกทั้งถือว่าผู้รับจำนองเป็น บุคคลภายนอก ผู้กระทำการโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนซึ่งได้รับความเสียหายจากการเกิดการถอนการขายทอดตลาดนั้นด้วย จึงควรมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติที่มีสาระสำคัญในการให้ความ คุ้มครองและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้รับจำนองในกรณีดังกล่าวด้วย

ในทางกลับกัน หากผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดซึ่งได้นำทรัพย์สินไป จำนองไม่ยอมชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อการกลับคืนสู่ฐานะเดิม คำสั่งเพิกถอนการขายทอดตลาด ของศาลย่อมไม่มีผลผูกพันผู้รับจำนองด้วย เพราะผู้รับจำนองมิใช่คู่ความในคดีตามป.วิ.พ.มาตรา 145 หรือบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความในคดีที่ได้เข้าไปเป็นคู่ความในคดีด้วยการร้องสอดตามป.วิ.พ.มาตรา 57 ประกอบกับคำสั่งเพิกถอนการขายทอดตลาดดังกล่าวไม่เข้าข้อยกเว้นตามป.วิ.พ.มาตรา 145 วรรคสอง ที่คำสั่งนั้นจะมีผลผูกพันบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความในคดีได้ จึงเป็นการยากที่คำสั่งให้เพิกถอนการ ขายทอดตลาดของศาลจะมีผลผูกพันผู้รับจำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ในทางปฏิบัติเมื่อศาลมีคำสั่งให้ เพิกถอนการขายทอดตลาดจึงมีการกำหนดให้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดต้องชำระหนี้จำนอง แก่ผู้รับจำนองเพื่อการกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือให้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดชำระเงินแทน

4.3.4 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ

กฎหมายลักษณะจำนองได้กำหนดวิธีการบังคับจำนองไว้ 2 รูปแบบ คือ การบังคับจำนอง ด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดตามป.พ.พ. มาตรา 728 และการบังคับจำนองด้วยการ เอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองตามป.พ.พ. มาตรา 729 ซึ่งในเบื้องต้นขั้นตอนการ ดำเนินคดีบังคับจำนองทั้งสองรูปแบบมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกัน คือ ต้องมีการบอกกล่าวบังคับจำนอง โดยชอบด้วยกฎหมายและภายในกำหนดเวลาอันสมควรที่ได้กำหนดลงไว้ในหนังสือบอกกล่าว หาก ลูกหนี้หรือผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้หรือขอไถ่ถอนจำนอง ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิ พ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนอง โดยความแตกต่างของการบังคับจำนองทั้งสองรูปแบบจะ ปรากฏในส่วนของคำขอท้ายฟ้อง กล่าวคือ คำขอท้ายฟ้องอาจเป็นการขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้เอา ทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหรือการขอให้ทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนอง และเมื่อ

ศาลได้มีคำพิพากษาให้ผู้รับจ้างองเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษาแล้ว ขั้นตอนการดำเนินการในชั้น บังคับคดีก็จะมีผลแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

1. กรณีบังคับจ้างองด้วยการเอาทรัพย์สินจ้างองออกขายทอดตลาด กล่าวคือ ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษา หากไม่มีการปฏิบัติตามคำบังคับเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องดำเนินการ บังคับคดีโดยการยึดทรัพย์สินจ้างองเพื่อนำออกขายทอดตลาดแล้วจึงนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาด มาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจ้างอง

2. กรณีบังคับจ้างองด้วยการเอาทรัพย์สินจ้างองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจ้างอง กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการใช้สิทธิบังคับจ้างองโดยวิธีนี้ครบถ้วนทั้ง 3 ประการตามป.พ.พ. มาตรา 729 ศาลย่อมมีคำพิพากษาให้ทรัพย์สินจ้างองนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจ้างอง เพื่อเป็นการ ชำระหนี้จ้างองให้แก่ผู้รับจ้างองตามสิทธิจ้างองอันปรากฏอยู่เหนือทรัพย์สินจ้างองนั้น

ทั้งนี้ ในชั้นบังคับคดีบุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจกล่าวอ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตาม คำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้โดยยื่นคำร้องเข้าไปในคดีฟ้อง บังคับจ้างองหรือ"ร้องขัดทรัพย์"ซึ่งประเด็นสำคัญในการร้องขัดทรัพย์ คือ จำเลยหรือลูกหนี้ตาม คำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือไม่ โดยป.วิ.พ. มาตรา 288 กำหนดไว้ว่าจะต้องยื่น คำร้องขัดทรัพย์ "ก่อนที่ได้เอาทรัพย์สินเช่นว่านี้ออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น"และเมื่อ เจ้าพนักงานบังคับคดีได้รับสำเนาคำร้องขัดทรัพย์ที่ศาลส่งให้แล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่จะต้อง งดการขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทนั้นไว้ในระหว่างรอคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลโดยหาก เป็นการบังคับจ้างองด้วยการเอาทรัพย์สินจ้างองออกขายทอดตลาดตามป.พ.พ. มาตรา 728 นั้น บุคคลผู้มีส่วนได้เสียซึ่งถูกโต้แย้งสิทธิในการบังคับคดีโดยการยึดทรัพย์สินและนำออกขายทอดตลาด ย่อมสามารถยื่นคำร้องขัดทรัพย์เข้าไปในคดีได้ ซึ่งมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษา วิเคราะห์ว่า กรณีที่เป็นการบังคับจ้างองด้วยการเอาทรัพย์สินจ้างองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจ้างอง บุคคล ใดบุคคลหนึ่งจะกล่าวอ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงาน บังคับคดีได้ยึดไว้หรือร้องขัดทรัพย์ ดังเช่นการบังคับจ้างองในกรณีแรกได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

จากกรณีตามประเด็นปัญหาข้อกฎหมายข้างต้น หากพิจารณาด้วยคำตามบทบัญญัติ ป.วิ.พ. มาตรา 288 ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการยื่นคำร้องขัดทรัพย์ ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้ กำหนดให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ให้สามารถยื่นคำร้องเข้าไป ในคดีฟ้องร้องบังคับจ้างอง โดยอ้างประเด็นแห่งคำร้องว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่ เจ้าของทรัพย์สินได้เฉพาะกรณีที่มีการบังคับจ้างองด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินจ้างองออกขายทอดตลาด เท่านั้น เนื่องจากผู้ร้องขัดทรัพย์จะต้องยื่นคำร้องก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีเอาทรัพย์สินที่ยึดไว้ ออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น แสดงให้เห็นว่าการร้องขัดทรัพย์ใช้เฉพาะแก่กรณีที่จะต้องมีการ บังคับคดีโดยการยึดทรัพย์และนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดเท่านั้น โดยภายหลังจากที่การ ขายทอดตลาดสำเร็จบริบูรณ์แล้ว สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์โดยสุจริตจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ย่อมได้รับความคุ้มครอง เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงไม่สามารถติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนได้ตามป.พ.พ.

มาตรา 1330 แต่อย่างไรก็ตามคดีที่มีการร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สิน อาจจะมีใช้คดีร้องขอทรัพย์สินเสมอไป หากไม่ใช่กรณีที่มีการยึดและนำเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อการบังคับชำระหนี้เงิน แต่เป็นกรณีที่ศาลพิพากษาให้ยึดทรัพย์สินเพื่อบังคับคดี สำหรับกรณีนี้กระทำการเท่านั้น ดังนั้น แม้จะเป็นการร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินก็ไม่ถือว่าเป็นการร้องขอทรัพย์สิน ผู้เขียนจึงเห็นว่าการร้องขอทรัพย์สินตามป.วิ.พ. มาตรา 288 ใช้บังคับได้เฉพาะแก่กรณีที่มีการยึดทรัพย์สินเพื่อนำออกขายทอดตลาดสำหรับการบังคับชำระหนี้เงินเท่านั้น ซึ่งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียด้วยในทรัพย์สินนั้น สามารถยื่นคำร้องเข้าไปในคดีเพื่อมิให้มีการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดจนกว่าศาลจะได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือไม่ เพราะฉะนั้น กรณีบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองนั้น ภายหลังจากที่ผู้รับจำนองสามารถนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริง 3 ประการอันเป็นเงื่อนไขแห่งการใช้สิทธิบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิแก่ตนได้แล้ว ศาลย่อมมีคำพิพากษาให้ทรัพย์สินจำนองนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนองและในกรณีเช่นนี้หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาย่อมถือว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ เมื่อวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้ลูกหนี้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้รับจำนองซึ่งประสงค์จะบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาจึงสามารถถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้เพื่อดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนต่อกรมที่ดิน อันมิใช่กรณีที่จะต้องมีการบังคับคดีโดยการยึดทรัพย์สินและนำออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ การบังคับจำนองด้วยวิธีเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนองจึงไม่สามารถจะร้องขอทรัพย์สินได้ อาทิเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 802/2491 วินิจฉัยว่า

"ในกรณีที่ศาลสั่งบังคับคดีโดยสั่งโอนทรัพย์สินให้แก่โจทก์ เมื่อมีบุคคลภายนอกมายื่นคำร้องว่าทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ของจำเลย ศาลจะต้องรับคำร้องไว้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไปโดยไม่ต้องให้ผู้ร้องไปฟ้องเป็นคดีใหม่"

คำพิพากษาฎีกาที่ 3233/2522 วินิจฉัยว่า

"ศาลพิพากษาให้จำเลยโอนขายที่พิพาทให้แก่โจทก์ โจทก์นำยึดที่ดินตามน.ส.3 และศาลมีหนังสือให้นายอำเภอโอนสิทธิในที่ดินแก่โจทก์ ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ถอนการยึดเพราะเป็นที่ดินของผู้ร้องได้ตามมาตรา 57(2), 288, 296 เมื่อได้เสียค่าธรรมเนียมตามคำร้องแล้ว ศาลต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาไปไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่"

แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้รับจำนองเลือกใช้สิทธิบังคับจำนองด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ตนและกรณีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินจำนอง ก็อาจถือได้ว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินจำนองนั้นเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามป.วิ.พ. มาตรา 55 และเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความที่อาจเข้าไปเป็นคู่ความในคดีได้ด้วยวิธีการร้องสอดด้วยความสมัครใจเองเพราะเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อยังให้ได้รับความรับรอง คู่คุ้มครองหรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีตามป.วิ.พ. มาตรา 57(1) ได้

4.3.5 กรณีคู่สมรสนำสินสมรสไปจดทะเบียนจำนองโดยไม่ได้รับความยินยอมจาก คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

กรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น หากปรากฏว่าบุคคลภายนอกมีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆอันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมายและเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไปบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินนั้นอาจส่งผลให้บุคคลเหล่านี้เสียหายได้ ในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติจึงได้บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ กล่าวคือ กฎหมายก็ได้ห้ามเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินนั้น เพราะเป็นสิทธิโดยชอบที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะบังคับคดีตามป.วิ.พ.มาตรา 278 ประกอบกับ มาตรา 282 แต่ในขณะเดียวกันเมื่อนำยึดทรัพย์สินนั้นขายได้เงินเท่าไร เจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิอื่นๆอันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิได้รับการกันเงินซึ่งได้จากการขายทอดตลาดไว้เพื่อชำระหนี้ตามบุริมสิทธิที่ตนมีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นด้วย ซึ่งกรณีที่เจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือบุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครองมากน้อยเพียงใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆซึ่งเขามีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาดังกล่าว และบางกรณีอาจมีข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิหรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิอื่นๆอันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมายอีกหลายราย อาทิเช่น เจ้าหนี้บุริมสิทธิสามัญ เจ้าหนี้บุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ ผู้รับจำนอง และเจ้าของรวม เป็นต้น

สำหรับกรณีที่ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นสินสมรสเพื่อนำออกขายทอดตลาดนั้น การที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นในการทำนิติกรรมจำนองด้วยจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือไม่นั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายสารบัญญัติ คือ ป.พ.พ. บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดรับรองสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสแต่ละฝ่ายไว้ โดยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแยกเป็น 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรส โดยสามีภริยาเป็นผู้จัดการ"สินสมรส"ร่วมกัน ส่วน"สินส่วนตัว"ของคู่สมรสฝ่ายใดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ ซึ่งความรับผิดชอบในการชำระหนี้แยกพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ หากเป็นหนี้ร่วม เจ้าหนี้อาจสามารถเรียกร้องเอาชำระหนี้ได้ทั้งสินสมรสและสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย แต่ถ้าไม่ใช่หนี้ร่วมให้บังคับเอาที่สินส่วนตัวของลูกหนี้ก่อนเมื่อไม่พอจึงให้ชำระหนี้ด้วยสินสมรสที่เป็นส่วนของฝ่ายนั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงสามารถยึดสินสมรสได้ทั้งหมด แต่เมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินเหล่านั้นแล้วจะต้องมีการกันส่วนของคู่สมรสที่ไม่ได้เป็นหนี้ร่วมไว้ เอาไปได้เฉพาะส่วนของลูกหนี้เท่านั้น ทั้งนี้ มีบางกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวไปก่อนหน้าไว้ต่อบุคคลภายนอก แต่หนี้นั้นมีลักษณะตามป.พ.พ.มาตรา 1490 คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจึงต้องผูกพันรับผิดชอบ โดยไม่สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลให้กันส่วนเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดสินสมรสตามส่วนที่ตนมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 5941/2545 วินิจฉัยว่า

“โจทก์และจำเลยถูกผู้ร้องฟ้องขอเพิกถอนนิติกรรมจำนองทรัพย์สินพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลย คดีถึงที่สุดโดยศาลวินิจฉัยว่าคดีขาดอายุความตามป.พ.พ.มาตรา 1480 วรรคสอง และข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าโจทก์รับจำนองทรัพย์สินพิพาทไว้โดยไม่สุจริตไม่มีเหตุที่จะเพิกถอนนิติกรรมจำนองจึงพิพากษายกฟ้อง ผลของคดีดังกล่าวย่อมผูกพันคู่ความตามป.วิ.พ.มาตรา 145 วรรคหนึ่ง เมื่อผู้ร้องไม่อาจเพิกถอนนิติกรรมจำนองทรัพย์สินพิพาทได้ นิติกรรมจำนองทรัพย์สินพิพาทจึงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์ซึ่งเป็นเจ้านั้นจำนองย่อมมีสิทธิบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินพิพาทได้ทั้งหมดเพราะสิทธิจำนองครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่งตามป.พ.พ.มาตรา 716 และเป็นทรัพย์สินที่ไต่ถามแก่บุคคลทั่วไปได้ ส่วนคดีที่ผู้ร้องฟ้องหย่าจำเลยและขอแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแม้ศาลได้มีคำพิพากษาให้จำเลยแบ่งทรัพย์สินซึ่งเป็นสินสมรสให้แก่ผู้ร้องก็มีผลผูกพันเฉพาะผู้ร้องกับจำเลยซึ่งเป็นคู่ความในคดีดังกล่าวหาไม่ผลต่อโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไม่ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิขอถอนเงินสินสมรสส่วนของตนจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินพิพาท”

จากแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ตั้งที่ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง จึงมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า ผู้รับจำนองได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด และในกรณี que ผู้รับจำนองไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะเป็นเช่นใด ตลอดจนมีแนวทางการเยียวยาความเสียหายอันเกิดแก่ผู้รับจำนองอย่างไรบ้าง

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวนี้แม้ว่าคดีจะไม่ขาดอายุความหรือไม่มีการยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ผู้รับจำนองก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพราะนิติกรรมจำนองจะไม่ถูกเพิกถอนเนื่องจากกรณีไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าในขณะที่ทำสัญญาจำนองนั้น ผู้รับจำนองไม่สุจริต อีกทั้งเป็นนิติกรรมที่มีการเสียค่าตอบแทน แม้ว่าผู้จำนองจะนำสินสมรสไปจำนองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง นิติกรรมจำนองที่เกิดขึ้นจึง “ไม่สมบูรณ์” เพราะอาจถูกคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องให้ศาลเพิกถอนสัญญาจำนองได้ก็ตาม แต่เมื่อผู้รับจำนองสุจริตและเสียค่าตอบแทนจึงเข้าช้อยกเว้นมิให้มีการเพิกถอนนิติกรรมจำนองได้ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอก นอกจากนี้แม้ว่าทรัพย์สินจำนองจะเป็นสินสมรสซึ่งคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลผู้มีสิทธิอื่น ๆ อันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมายตามป.วิ.พ.มาตรา 287 แต่เนื่องจากกรณีตามประเด็นปัญหาคู่สมรสที่เป็นผู้จำนองได้นำทรัพย์สินอันเป็นสินสมรสไปจำนองเป็นประกันหนี้กู้ยืมจากผู้รับจำนอง และนำเงินมาใช้จ่ายในกิจการค้าของครอบครัวจึงเข้าลักษณะเป็น “หนี้ร่วม” ตามป.พ.พ.มาตรา 1490 ซึ่งเจ้านั้นตามคำพิพากษาศาสามารถเรียกชำระหนี้ได้ทั้งสินสมรสและสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย คู่สมรสอีกฝ่ายจึงไม่สามารถยื่นคำร้องขอถอนเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาศาตามป.วิ.พ.มาตรา 287 ได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่ผู้รับจำนองได้รับจำนองสินสมรสไว้โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน แต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสที่เป็นผู้จำนองได้นำสินสมรสไปจำนองไว้เพื่อเป็น

ประกันหนี้ซึ่งมิได้มีลักษณะอันถือว่าเป็น "หนี้ร่วม" ตามป.พ.พ.มาตรา 1490 ดังนี้ แม้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นด้วยในนิติกรรมจำนองจะไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมจำนองได้ แต่เมื่อกรณีมิใช่หนี้ร่วม เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็น่าจะสามารถบังคับชำระหนี้ได้จากสินส่วนตัวและสินสมรสส่วนที่เป็นของคู่สมรสซึ่งเป็นผู้จำนองเท่านั้น คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจึงน่าจะยื่นคำร้องขอปันส่วนเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้รับจำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกน่าจะได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เพราะโดยปกติทั่วไปผู้จำนองซึ่งได้นำทรัพย์สินของตนไปตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้มักจะมีได้มีการแจ้งให้ผู้รับจำนองทราบว่า การจำนองนั้นมีลักษณะเป็นหนี้ร่วมหรือไม่ เมื่อทรัพย์สินจำนอง คือ สินสมรสจึงนับว่าเป็นการยากที่ผู้รับจำนองจะล่วงรู้ได้ว่าการจำนองดังกล่าวมีลักษณะเป็นหนี้ร่วม เพราะฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะเป็นกรณีมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า นิติกรรมจำนองซึ่งคู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้กระทำไปโดยลำพังจะมีได้มีลักษณะเป็นหนี้ร่วม แต่การที่คู่สมรสซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นด้วยในนิติกรรมจำนองกลับปล่อยปละละเลยให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินสินสมรสแต่เพียงผู้เดียวและมิได้สอดส่องดูแลว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนำทรัพย์สินอันเป็นสินสมรสไปทำนิติกรรมใดบ้าง น่าจะถือได้ว่าคู่สมรสซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นด้วยในการทำนิติกรรมจำนองประมาทเลินเล่อที่ปล่อยให้บุคคลอื่นเอาทรัพย์สินซึ่งตนมีกรรมสิทธิ์รวมอยู่ด้วยไปจำนอง ซึ่งอาจพิจารณาเทียบเคียงได้กับกรณีที่เจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้บุคคลอื่นไปจัดการขอแบ่งที่ดิน และได้ลงชื่อในหนังสือมอบอำนาจที่ได้กรอกข้อความว่ามอบอำนาจให้ไปกระทำการใด ผู้รับมอบอำนาจจึงนำไปกรอกข้อความเป็นมอบอำนาจให้จำนอง เมื่อผู้รับจำนองได้รับจำนองไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของที่ดินย่อมไม่สามารถอ้างความประมาทเลินเล่อเพื่อเป็นเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ประกอบกับตามป.พ.พ.มาตรา 1373 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า ถ้าทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนไว้ในทะเบียนที่ดิน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง เมื่อเป็นเช่นนี้ก็จะทำให้สิทธิของผู้มีชื่อในโฉนดที่ดินย่อมได้รับความคุ้มครองผู้รับจำนองที่ดินดังกล่าวไปจากคู่สมรสฝ่ายที่มีชื่อในโฉนดที่ดินโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนก็จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นผู้มีสิทธิตามมาตรา 1299 วรรคสอง¹⁴ เพราะฉะนั้นการที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำที่ดินสินสมรสที่มีชื่อตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวไปจำนองไว้แก่ผู้รับจำนองโดยมิได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แม้ว่าสัญญาจำนองนั้นจะมีได้มีลักษณะเป็นหนี้ร่วมก็ตามสิทธิจำนองย่อมครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินจำนองทั้งหมด คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นด้วยในนิติกรรมจำนองจึงไม่น่าจะมีสิทธิร้องขอปันส่วน เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดที่ดินจำนองได้ดังเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น

4.3.6 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์รวม

เนื่องจากสิทธิจำนองย่อมครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินจำนองหมดทุกส่วน แม้จะเป็นที่ดินกรรมสิทธิ์รวมผู้รับจำนองก็สามารถบังคับคดีเอาแก่ที่ดินกรรมสิทธิ์รวมได้ทั้งแปลง ซึ่งมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวិเคราะห์ว่า หากมีการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมในระหว่างบรรดาเจ้าของรวม

¹⁴วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ทรัพย์สิน, หน้า 157-158

ผู้รับจ้างซึ่งเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษาจะสามารถยึดที่ดินกรรมสิทธิ์รวมเพื่อนำออกขายทอดตลาดได้ทั้งแปลงหรือเฉพาะเพียงส่วนที่เป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เพราะจากแนวปฏิบัติและแนวคำพิพากษาฎีกาที่ปรากฏในปัจจุบันยังขาดความชัดเจนและมีได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักทั่วไปสิทธิจำนองย่อมครอบคลุมถึงทรัพย์สินจำนองหมดทุกส่วน แต่เมื่อทรัพย์สินจำนอง คือ ที่ดินมีกรรมสิทธิ์รวมและได้มีการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมกันระหว่างบรรดาเจ้าของรวมนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาหลักกฎหมายลักษณะจำนองแล้วยังต้องพิจารณาลักษณะกฎหมายบัญญัติลักษณะทรัพย์สินในเรื่องกรรมสิทธิ์รวมด้วย ซึ่งตามหลักกรรมสิทธิ์รวมให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้เป็นเจ้าของรวมมีส่วนเท่ากันและมีสิทธิจัดการรวมกัน ความเป็นเจ้าของรวมจึงครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์รวมนั้น เว้นแต่จะมีการแบ่งทรัพย์สินนั้นในระหว่างบรรดาเจ้าของรวมๆแต่ละรายจึงมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นตามส่วนที่ได้ตกลงแบ่งแยกกัน ซึ่งการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ระหว่างบรรดาเจ้าของรวมจะสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างยันต่อผู้รับจ้างซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้หรือไม่นั้นต้องพิจารณาถึงประมวลกฎหมายที่ดินอันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเหนือที่ดินด้วย กล่าวคือ การโอนไปโดยทางนิติกรรมสำหรับที่ดินซึ่งมีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ คือ โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ อาทิเช่น น.ส.3 ต้องทำตามแบบของนิติกรรมด้วยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่อย่างไรก็ตามเอกสารสิทธิที่ดินนั้นมีหลายประเภท ได้แก่ โฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ และหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นต้น ดังนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดให้การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่ดินจะต้องทำตามแบบ แต่ที่ดินซึ่งมีเอกสารสิทธิต่างประเภทกันย่อมมีหลักเกณฑ์และผลต่างกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

(1) กรณีที่ดินมีโฉนด

โฉนดที่ดิน คือ หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินมีโฉนดจึงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น และตามหลักกรรมสิทธิ์รวมเจ้าของรวมทุกคนมีกรรมสิทธิ์ครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของที่ดินนั้น การที่เจ้าของรวมคนใดคนหนึ่งนำที่ดินมีโฉนดไปตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจ้าง สิทธิจำนองจึงครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินจำนองหมดทุกส่วน ดังนั้น หากยังมีได้มีการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมหรือมีการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมแล้วแต่ยังมีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้รับจ้างซึ่งเป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษาย่อมสามารถเข้ายึดที่ดินมีกรรมสิทธิ์รวมได้ทั้งแปลง แต่ถ้ามีการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมโดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ก็สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างยันต่อผู้รับจ้างได้ เจ้าของกรรมสิทธิ์รวมที่มีลูกหนี้ตามคำพิพากษาจึงสามารถปฏิเสธไม่ยอมให้ยึดส่วนที่เขาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ กรณีหลังนี้ผู้รับจ้างจึงเข้ายึดได้เฉพาะส่วนที่เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2437/2528 วินิจฉัยว่า

"ที่ดินมีโฉนดมีชื่อจำเลยและผู้ร้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกัน ผู้ร้องจะร้องขอตทรัพย์ เพื่อให้ศาลปล่อยทรัพย์ที่ยึดหาได้ไม่ผู้ร้องซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของรวมในโฉนดที่ดินที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลแบ่งส่วนหรือกันส่วนตามป.วิ.พ.มาตรา 287 หากข้อเท็จจริงได้ความว่า ที่ดินมีโฉนดที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ผู้ร้องเป็นเจ้าของรวมอยู่ 1 ใน 3 ผู้ร้องครอบครองเป็นส่วนสัดส่วนและปลูกบ้านอยู่อาศัยมา 37 ปีแล้ว จำเลยและผู้ร้องได้ตกลงแบ่งแยกโฉนดออกเป็นส่วนของผู้ร้อง และส่วนของจำเลยทั้งได้แบ่งส่วนที่จำเลยและผู้ร้องถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันเพื่อใช้เป็นทางออกสู่ถนน เจ้าพนักงานที่ดินได้ดำเนินการแบ่งแยกโฉนดเสร็จแล้วเหลือเพียงแต่รอคำสั่งให้ไปจดทะเบียนรับโฉนดที่แบ่งแยกเท่านั้น ดังนี้ เห็นได้ว่าที่ดินดังกล่าวได้มีการตกลงแยกกรรมสิทธิ์ ส่วนของเจ้าของรวมเป็นที่แน่นอนแล้วเจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมไม่มีอำนาจที่จะขายส่วนที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้อง"

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น แม้ว่าขั้นตอนการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายที่ดินจะยังไม่สำเร็จบริบูรณ์ แต่เนื่องจากกรณีข้อเท็จจริงอันเป็นรายละเอียดเพิ่มเติมว่า ในระหว่างบรรดาเจ้าของรวมได้มีการไปดำเนินการขอแบ่งแยกโฉนดที่ดินแล้ว และในทางความเป็นจริงก็มีการแยกกันอยู่เป็นส่วนสัดส่วน โดยเจ้าพนักงานที่ดินได้ดำเนินการแบ่งแยกโฉนดที่ดินเสร็จแล้ว เหลือเพียงแต่รอคำสั่งให้ไปจดทะเบียนรับโฉนดที่ดินที่แบ่งแยกเท่านั้น ศาลฎีกาจึงได้วินิจฉัยชี้ขาดว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงไม่สามารถยึดที่ดินกรรมสิทธิ์รวมได้ทั้งแปลง แต่ยึดได้เฉพาะส่วนที่เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น¹⁵

(2) ที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์

ประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดไว้ว่า น.ส.3 คือ หนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้มีการทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่ดินมีโฉนด ดังนั้น กรณีที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น กฎหมายจึงมุ่งพิจารณาไปยัง"การครอบครอง"เป็นสำคัญโดยมีหลักกฎหมายอันมีสาระสำคัญว่า บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนายึดถือเพื่อตน บุคคลนั้นย่อมได้สิทธิครอบครอง และตามหลักกรรมสิทธิ์รวมเจ้าของรวมทุกคนย่อมมีสิทธิครอบครองครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของที่ดินนั้น ดังนั้น การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้มีสิทธิเหนือที่ดินจึงมุ่งพิจารณาไปที่การครอบครองตามความเป็นจริงเป็นสำคัญ ซึ่งในกรณีที่มีการตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมระหว่างบรรดาเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมนั้น แม้จะยังมีได้มีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม แต่มีการแบ่งแยกการครอบครองเป็นส่วนสัดส่วนตามความเป็นจริงและในขณะที่รับจำนวนที่พิพาทผู้รับจำนวนก็ทราบถึงการตกลงแบ่งแยกทรัพย์สิน จึงสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างยันต่อผู้รับจำนวนได้ ผู้รับจำนวนจึงเข้ายึดได้เฉพาะส่วนที่เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ดินมีโฉนดที่เจ้าของกรรมสิทธิ์รวมจะยกเอาความตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ขึ้นอ้างได้เฉพาะเมื่อมีการดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนถูกต้องตามประมวลกฎหมายที่ดินแล้วเท่านั้น

¹⁵ สมชาย จุลนิติ, หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59, หน้า 221

คำพิพากษาฎีกาที่ 2883/2528

"ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ซึ่งมีชื่อจำเลยและผู้ร้องเป็นเจ้าของรวม ผู้ร้องได้ครอบครองที่ดินครั้งหนึ่งทางทิศเหนือเป็นส่วนสัดมาตั้งแต่ได้รับการยกให้จากบิดา เมื่อโจทก์รับจำนองที่ดินส่วนที่เป็นของจำเลยโจทก์ก็ทราบว่าจะรับจำนองเฉพาะที่ดินส่วนที่อยู่ทางทิศใต้ ดังนี้ โจทก์จะบังคับคดียึดที่ดินทั้งแปลงออกขายทอดตลาดให้ผู้ร้องกันเงินครั้งหนึ่งที่ได้จากการขายทอดตลาดมิได้ ผู้ร้องย่อมมีสิทธิที่จะขอให้กันที่ดินส่วนทางด้านทิศเหนือของผู้ร้องออกก่อนขายทอดตลาด กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องการร้องขอกันส่วนตามป.วิ.พ.มาตรา 287 มิใช่เป็นการร้องขั้ดทรัพย์ตามมาตรา 288 จึงเรียกค่าขึ้นศาลอย่างคดีมีทุนทรัพย์มิได้ เมื่อศาลอุทธรณ์เรียกค่าขึ้นศาลมาไม่ถูกต้อง ศาลฎีกาย่อมสั่งให้คืนค่าขึ้นศาลชั้นอุทธรณ์ด้วย"

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าความตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมระหว่างเจ้าของที่ดิน น.ส.3 สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างยันต่อ"เจ้าหนี้สามัญ"ได้ แม้เจ้าหนี้สามัญจะไม่ทราบถึงความตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมดังกล่าว เพราะกรณีที่ดินน.ส.3 จะมุ่งพิจารณาไปที่"การครอบครอง"เป็นสำคัญ ประกอบกับตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287 นั้น การบังคับคดีของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ อันบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมาย"เจ้าหนี้สามัญ"จึงมีสิทธิบังคับคดีได้เท่าที่จำเลยมีสิทธิอยู่ในที่ดินนั้น กล่าวคือ เท่ากับส่วนที่ลูกหนี้ครอบครองอยู่อันแตกต่างกับ "เจ้าหนี้จำนอง" ซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันที่มีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินจำนอง สิทธิจำนองจึงครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของที่ดิน เพราะฉะนั้น แนวทางการใช้สิทธิบังคับคดีโดยการยึดที่ดินกรรมสิทธิ์รวมเพื่อนำออกขายทอดตลาด จึงน่าจะเป็นดังเช่นที่กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาทางปฏิบัติปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาฎีกา อันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2451/2548 วินิจฉัยว่า

"ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด เมื่อผู้ร้องและจำเลยได้ตกลงแบ่งแยกการ ครอบครองที่ดินพิพาทซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์รวมของจำเลยกับผู้ร้องก่อนจะมีการบังคับคดีแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวยอมผูกพันจำเลยและผู้ร้องตาม ป.พ.พ. มาตรา 1364 โจทก์ซึ่งเป็นเพียงเจ้าหนี้สามัญจึงมีสิทธิบังคับคดีได้เท่าที่จำเลยมีสิทธิในที่ดินพิพาทเท่านั้นไม่มีสิทธิเอาที่ดินของผู้ร้องมาขายทอดตลาดได้ ถือได้ว่าผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมีสิทธิอื่น ๆ อันอาจร้องขอให้บังคับเหนือที่ดินนั้นได้ตามกฎหมายซึ่งการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของผู้ร้อง ๆ ย่อมมีสิทธิขอให้กันที่ดินส่วนที่ผู้ร้องครอบครองก่อนนำที่ดินพิพาททั้งแปลงออกขายทอดตลาดได้ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 287"

ด้วยความเคารพจากแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด การตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมระหว่างเจ้าของรวมโดยยังมีได้มีการดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนนั้น แม้ว่าจะมีผลผูกพันในระหว่างบรรดาเจ้าของรวม แต่ตราบไต่ที่ยังไม่มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนรายการสำหรับที่ดินมีโฉนด กรรมสิทธิ์รวมก็ยังคงครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินดังกล่าวทั้งหมด เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงน่าจะสามารถยึดที่พิพาทได้ทั้งแปลง

คำพิพากษาฎีกาที่ 466/2506 วินิจฉัยว่า

"...(2) เมื่อจำเลยและผู้ร้องซึ่งมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันได้ตกลงแบ่งแยกที่พิพาทกันก่อน โจทก์ฟ้องจำเลยนานแล้ว ข้อตกลงนี้ย่อมผูกมัดผู้ร้องและจำเลยตามมาตรา 1364 โจทก์มีสิทธิบังคับคดี ได้เท่าที่จำเลยมีสิทธิอยู่ในที่พิพาทนั้น เพราะโจทก์ไม่ใช่บุคคลภายนอกตามมาตรา 1299 วรรค 2 ไม่มี สิทธิเอาส่วนของผู้ร้องมาขายทอดตลาด..."

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าข้อตกลงแบ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 1364 จึงถือว่าเจ้าของรวมแต่ละคนได้กรรมสิทธิ์ไปโดยผลของ กฎหมาย ซึ่งสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างยันต่อโจทก์ซึ่งเป็นเจ้านั้นสามัญ คือ เจ้านั้นเงินกู้ได้ โจทก์จึงใช้สิทธิ บังคับคดีเอาแก่ที่พิพาทได้เท่าที่จำเลยมีสิทธิอยู่ในที่พิพาท ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่จะ ถือว่าเป็นการได้กรรมสิทธิ์มาโดยผลของกฎหมายนั้นควรจะต้องเป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยสุจริตใน พฤติการณ์พิเศษซึ่งมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน อาทิเช่น บุคคล ผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริต ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1329 หรือบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สิน โดยสุจริตในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ตามป.พ.พ.มาตรา 1330 หรือบุคคลผู้ได้เงินตราโดยสุจริต ตามป.พ.พ.มาตรา 1331 เป็นต้น แต่กรณีตามประเด็นปัญหาดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่ง กฎหมายกำหนดไว้ว่า การตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ระหว่างเจ้าของรวมถือเป็นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ไปโดยผลของกฎหมาย ซึ่งแม้จะยังมีได้ไปจดทะเบียนโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็มีผลสมบูรณ์ตาม กฎหมายดังเช่นกรณีตามตัวอย่างข้างต้น ความตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ระหว่างเจ้าของรวมซึ่งยังมีได้ ดำเนินการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจึงไม่สามารถยกขึ้น กล่าวอ้างยันต่อเจ้านั้นตามคำพิพากษาได้ เจ้านั้นตามคำพิพากษาสมาารถเข้ายึดที่พิพาทได้ทั้งแปลง

4.3.7 กรณีมีการร้องขอตทรัพย์โดยไม่สุจริต

เนื่องจากกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินจำนวนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ยื่น คำร้องขอต่อศาลก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะเอาทรัพย์สินจำนวนออกขายทอดตลาด โดยกล่าวอ้าง เหตุว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดมานั้น เมื่อ ศาลได้รับคำร้องขอตทรัพย์ดังกล่าวแล้วก็ต้องสั่งงดการขายทอดตลาดทรัพย์ที่ยึดไว้ก่อนเพื่อรอ คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล แต่อย่างไรก็ตามสำหรับกรณีบังคับคดีจำนวนนั้น เมื่อเจ้านั้นตามคำพิพากษา ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลอาจมีคำสั่งเป็นประการอื่นนอกจากการสั่งงดการขายทอดตลาด กล่าวคือ กรณีศาลมีคำสั่งผู้ร้องขอตทรัพย์วางเงินอันเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้านั้น ตามคำพิพากษา สำหรับความเสียหายที่อาจได้รับเนื่องจากเหตุเน้นซ้ำในการบังคับคดีเพราะเหตุว่ามี การยื่นคำร้องขอตทรัพย์ หากมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าการร้องขอตทรัพย์นั้นไม่มีมูลและยื่น เข้า มาเพื่อประวิงให้ชักช้า

แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกรณีอาจเป็นไปได้ว่าลูกหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สิน จำนวนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้อาจใช้กลไกการร้องขอตทรัพย์เพื่อการประวิงคดี อาทิเช่น ลูกหนี้

หรือผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินจำนองที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ยื่นคำร้องขอตทรัพย์เข้าไปในคดี ทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าลูกหนี้โอนทรัพย์สินไปโดยมีเจตนาเพื่อให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ หรือภริยาของลูกหนี้หย่าและแบ่งทรัพย์สินกับลูกหนี้โดยสมยอม อาทิเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 621/2503 วินิจฉัยว่า

“โจทก์นำยึดทรัพย์อ้างว่าเป็นของสามีซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษากรรยาร้องขอตทรัพย์ อ้างว่าหย่าขาดจากสามีและแบ่งทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้นแล้วโดยทรัพย์สินนั้นเป็นของภรรยาและบุตรเช่นนี้ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่าการหย่าและแบ่งทรัพย์สินเช่นนี้เป็นการยินยอมเพื่อให้ทรัพย์สินที่ยึดหลุดพ้นจากการถูกบังคับชำระหนี้ได้โดยมิต้องให้โจทก์ไปฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมการหย่าแต่อย่างใด”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1151-1152/2503 วินิจฉัยว่า

“ในชั้นร้องขอตทรัพย์ การที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาโอนทรัพย์สินให้ผู้อื่นโดยไม่สุจริตเป็นเหตุให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบนั้น เป็นการพิจารณาชั้นบังคับคดี เจตนารมณ์ของการบังคับคดียอมให้ว่ากล่าวกันได้ภายหลังการยึดทรัพย์แล้ว ศาลจึงมีอำนาจชี้ขาดตามความในมาตรา 237 ได้ โดยมีพักต้องให้เจ้าหนี้ไปฟ้องดำเนินคดีฟ้องร้องขอให้ทำลายการโอนหรือเพิกถอนการซื้อเสียก่อนแต่ประการใด”

คำพิพากษาฎีกาที่ 436/2512 วินิจฉัยว่า

“ผู้ร้องซึ่งเป็นสามีจำเลย รู้เห็นการกู้ยืมระหว่างโจทก์จำเลยและได้ทำหนังสือยินยอมให้จำเลยขายบ้านพิพาทให้โจทก์เกี่ยวกับการที่จำเลยกู้ยืมจากโจทก์ ดังนี้ ถือเท่ากับว่าผู้ร้องอนุญาตให้จำเลยทำนิติกรรมกู้เงินโจทก์โดยปริยายแล้วนิติกรรมการกู้ที่จำเลยทำไว้ต่อโจทก์จึงผูกพันสินบริคณห์ระหว่างจำเลยและผู้ร้องผู้ร้องไม่มีสิทธิบอกล้างการที่จำเลยร่วมมือกับผู้ร้องแก่งจำหน่ายบ้านพิพาทให้ตกเป็นของผู้ร้องในการหย่ากันมิให้เป็นสินบริคณห์ต่อไป โดยรู้อยู่ว่าทำให้โจทก์ผู้เป็นเจ้าหนี้เสียเปรียบเป็นการฉ้อฉลโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 โจทก์มีสิทธินำยึดบ้านพิพาทมาดำเนินการบังคับคดีเอาชำระหนี้โจทก์ได้”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1293/2514 (ป) วินิจฉัยว่า

“ผู้ร้องยื่นคำร้องขอตทรัพย์ โจทก์ให้การต่อสู้คดีแล้วยื่นคำร้องว่าคำร้องของผู้ร้องขอตทรัพย์ ไม่มีมูล ขอให้งดสืบพยาน หากศาลเห็นว่าคำร้องของผู้ร้องขอตทรัพย์ยื่นเข้ามาเพื่อประวิงคดีให้ชักช้า โดยมีหลักฐานสนับสนุนอยู่ในสำนวนแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ผู้ร้องขอตทรัพย์วางเงินเพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 288(1) ได้”

เพราะฉะนั้น แม้ว่าตามป.วิ.พ.มาตรา 288 (1) ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ยื่นคำร้องขอตทรัพย์วางเงินต่อศาลตามจำนวนและภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นการประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่ลูกหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียซึ่งยื่นคำร้องขอตทรัพย์โดย

เจตนาประวิงคดีในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ก็อาจไม่ยอมวางเงินเพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ส่งผลให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ การยื่นคำร้องขอชดเชยทรัพย์ในลักษณะเช่นนี้จึงมีส่วนทำให้การบังคับคดีเป็นไปโดยล่าช้า เนื่องจากนับแต่เวลาที่มีการยื่นคำร้องขอชดเชยทรัพย์จนกระทั่งศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีในที่สุด ศาลจะต้องใช้เวลาเพื่อการพิจารณาและมีคำสั่ง อันเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวិเคราะห์ต่อไปว่าเจ้าหนี้จำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่ได้รับความเสียหายจากการยื่นคำร้องขอชดเชยทรัพย์โดยเจตนาประวิงคดีดังกล่าว ควรได้รับความคุ้มครองหรือการเยียวยาความเสียหายอย่างไรบ้าง โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งป.วิ.พ.มาตรา 288 ให้ผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์จะต้องนำเงินมาวางต่อศาลเพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาทุกกรณี เพื่อให้การบังคับคดีจำนองเป็นไปอย่างรวดเร็วโดยศาลไม่ต้องใช้เวลาเพื่อพิจารณาและมีคำสั่งให้ผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์วางเงินต่อศาลตามป.วิ.พ.มาตรา 288 (1) ซึ่งหากในที่สุดมีพยานหลักฐานแสดงได้ว่าคำร้องนั้นมีมูลและมีได้ยื่นเข้ามาเพื่อประวิงคดีให้ชักช้า ผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์ก็จะได้รับเงินประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวกลับคืนไป

2. เจ้าหนี้จำนองอาจใช้สิทธิฟ้องร้องลูกหนี้ตามคำพิพากษาและผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการละเมิดตามป.พ.พ.มาตรา 420 ด้วยเหตุว่าบุคคลเหล่านี้จงใจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทำให้เจ้าหนี้จำนองได้รับความเสียหาย

3. เจ้าหนี้จำนองอาจใช้สิทธิฟ้องร้องลูกหนี้ตามคำพิพากษาและผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์เป็นคดีอาญาในความผิดฐาน "โกงเจ้าหนี้" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 หากกรณีมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาร่วมมือกับผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์ด้วยการโอนทรัพย์สินจำนองให้แก่ผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์ โดยเจตนาเพื่อมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน

4.4 ปัญหากรณีทรัพย์สินสิ่งเดียวนำไปเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย และผู้รับจำนองลำดับหลังใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับก่อนตน

กรณีที่มีการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายรายหรือ "จำนองซ้อน" นั้น ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองได้บัญญัติรับรองคุ้มครองให้สามารถกระทำได้ โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. ลำดับของผู้รับจำนองแต่ละรายย่อมเป็นไปตามวันและเวลาจดทะเบียน
2. เมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง ผู้รับจำนองลำดับก่อนย่อมได้รับชำระหนี้ก่อน โดยจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับ หากมีเหลือจึงคืนให้แก่ผู้จำนอง
3. ผู้รับจำนองลำดับหลังจะใช้สิทธิบังคับจำนองให้เป็นที่เสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนตนมิได้

อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า กรณีดังกล่าว หากผู้รับจ้างลงลำดับหลังประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนจะสามารถทำได้หรือไม่ และการที่หลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างคือ ป.พ.พ.มาตรา 731 มีสาระสำคัญว่า ผู้รับจ้างลงลำดับหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนไม่ได้นั้น หมายความว่า ผู้รับจ้างลงลำดับหลังจะไม่สามารถใช้สิทธิบังคับจ้างของเขาแก่ทรัพย์สินจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนได้หรือผู้รับจ้างลงลำดับหลังสามารถใช้สิทธิบังคับจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนได้ แต่จะต้องไม่ทำให้ผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนได้รับความเสียหาย

ผู้เขียนเห็นว่า การที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดสิทธิของผู้รับจ้างลงลำดับหลังไว้ว่าจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนไม่ได้นั้นน่าจะถือว่า กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยเด็ดขาดว่า ผู้รับจ้างลงลำดับหลังไม่สามารถใช้สิทธิบังคับจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตน ประกอบกับเหตุที่ผู้ร่างกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้จ้างนำทรัพย์สินไปจ้างซ้อนได้ก็ด้วยความประสงค์เพื่อจะให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิจะใช้มูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นประกันนี้ได้อย่างสมบูรณ์เต็มที่ทราบเท่าที่ราคาทรัพย์สินมีมากพอกับหนี้¹⁶ ดังนั้น หากหนี้จ้างของผู้รับจ้างลงลำดับหลังถึงกำหนดชำระก่อนหนี้จ้างของผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนและผู้รับจ้างลงลำดับหลังประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจ้างของเขาแก่ทรัพย์สินจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนจึงสามารถทำได้ เพราะหากกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างมีเจตนารมณ์ที่จะห้ามไว้โดยเด็ดขาดมิให้ผู้รับจ้างลงลำดับหลังใช้สิทธิเช่นนั้นได้ ก็ไม่น่าจะมีเหตุผลใดที่ผู้ร่างกฎหมายจะไม่บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า ผู้รับจ้างลงลำดับหลังไม่สามารถบังคับตามสิทธิของตนก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็อาจขัดต่อเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่บัญญัติรับรองให้มี "การจ้างซ้อน" นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ ป.วิ.พ.มาตรา 287 ซึ่งได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองไว้ว่า การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย การที่ผู้รับจ้างลงลำดับหลังใช้สิทธิบังคับจ้างก่อนผู้รับจ้างก่อนๆ จึงยังคงได้รับความคุ้มครองตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติอีกด้วย เพราะการบังคับจ้างของผู้รับจ้างลงลำดับหลังย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิจ้างของผู้รับจ้างลงลำดับก่อนในอันที่จะได้รับชำระหนี้ตามสิทธิที่ตนมีอยู่เหนือทรัพย์สินจ้าง

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างได้บัญญัติไว้ว่าผู้รับจ้างลงลำดับหลังซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนก็ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดว่า การใช้สิทธิบังคับจ้างของเขาจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนนั้น หากพิจารณาโดยยึดหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างเป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่า แม้โดยหลักแล้วผู้รับจ้างลงลำดับหลังจะสามารถใช้สิทธิบังคับจ้างก่อนผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนได้ แต่หากผู้รับจ้างลงลำดับก่อนตนร้องสอดเข้าไปเป็นคู่ความในคดีด้วยการร้องสอดตามป.วิ.พ.มาตรา 57(1)

¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกันจ้าง จำนำ, หน้า 119

ด้วยความสมัครใจเองเพราะเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อยังให้ได้รับความรับรอง คู่ครอง หรือบังคับ ตามสิทธิของตนที่มีอยู่ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณา และพิสูจนให้ศาลเห็นว่าการใช้สิทธิบังคับจำนองของผู้รับจำนองลำดับหลัง จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน เช่นนี้ศาลย่อมไม่สามารถพิพากษาให้บังคับจำนองได้ เช่น ก. จำนองที่ดินราคา 80,000 บาท ไว้กับ ข. ประกันหนี้ 40,000 บาทแล้วเอาไปจำนองไว้กับ ค.อีก 30,000 บาท หนี้ ข. ถึงกำหนดชำระภายใน 4 ปี แต่หนี้ของ ค.ถึงกำหนดชำระภายใน 1 ปี เมื่อนั้น ค. ถึงกำหนด ค. จึงจะดำเนินการบังคับจำนอง แต่ปรากฏว่าขณะนั้นภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ที่ดินราคาไม่ดี หากนำที่ดินออกขายทอดตลาดขณะนั้นอาจได้ราคาเพียง 30,000 บาท แต่ถ้ารอไปจนหนี้ของ ข. ถึงกำหนดราคาที่ดินจะสูงขึ้น หรือในการรับจำนองที่ดินของ ก.นั้น ข. ประสงค์จะได้ดอกเบี้ย จึงกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นประโยชน์แก่ตน มิให้ ก. ชำระหนี้ได้ก่อนจำนองได้ก่อนกำหนด 4 ปี ค. เข้ามารับจำนองภายหลัง แต่มีกำหนดชำระหนี้ภายใน 1 ปี ดังนั้นหาก ค. จะบังคับจำนองตามสิทธิของตนย่อมจะทำให้ ข. เสียหาย ทั้งสองกรณี ข. ย่อมมีสิทธิคัดค้านมิให้ ค. บังคับจำนองได้ แต่ถ้าหาก ข. ปล่อยให้ ค. บังคับจำนองโดยมิได้คัดค้าน การบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินในหนี้รายของ ค. ย่อมมีผลทำให้ปลอดจำนองตลอดถึงรายของ ข. ด้วย แต่เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองแล้วได้เงินสุทธิเท่าใดก็ต้องบังคับไปตามป.พ.พ.มาตรา 730,732 ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น¹⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้รับจำนองลำดับก่อนจะต้องคัดค้านมิให้ผู้รับจำนองลำดับหลังบังคับจำนองได้ก่อนตน ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่ผู้รับจำนองลำดับก่อนใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับหลัง และเจ้าพนักงานบังคับคดีได้นำทรัพย์สินจำนองออกขายโดยปลอดจำนอง และผู้รับจำนองลำดับหลังเห็นว่า เวลาในการชำระหนี้ยังเป็นประโยชน์แก่ตนอยู่ จึงขอให้ผู้รับจำนองลำดับก่อนบังคับจำนองด้วยการนำทรัพย์สินออกขายโดยติดจำนองรายหลังนั้น ย่อมเป็นกรณีที่เห็นได้ว่าผู้รับจำนองลำดับก่อนได้รับความเสียหาย แม้ผู้รับจำนองลำดับก่อนจะมีได้คัดค้านผู้รับจำนองลำดับหลังที่ขอให้ให้นำทรัพย์สินออกขายโดยติดจำนองก็ตาม กล่าวคือ ในเรื่องจำนองนั้นไม่ว่าทรัพย์สินจะได้มีการจำนองไว้กับผู้รับจำนองที่รายก็ตาม แต่เมื่อมีการบังคับจำนองนำทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดแล้วได้เงินสุทธิเท่าใด ต้องนำเงินสุทธิที่ได้จากการขายทอดตลาดนั้นใช้หนี้แก่ผู้รับจำนองแต่ละคนเรียงตามลำดับวันเวลาที่ได้จดทะเบียนไว้ คือ ผู้รับจำนองรายแรกจะได้รับใช้หนี้ของตนก่อน เมื่อมีเงินเหลือจึงใช้ให้แก่ผู้รับจำนองอันดับต่อมา ทั้งนี้เป็นไปตามป.พ.พ.มาตรา 730,732 แต่เมื่อพิจารณาอุเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องจำนองแล้วจะเห็นได้ว่าหากยินยอมให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไปโดยยังคงติดจำนองอันดับหลังได้แล้ว บทบัญญัติดังกล่าว จะนำมาใช้บังคับได้อย่างไร ที่เห็นได้ชัดเจน คือ หากมีการจำนองอยู่ 5 อันดับ อันดับแรกบังคับจำนองนำยัติทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดชำระหนี้อันดับ 2 และอันดับ 4 ขอให้ขายทอดตลาดโดยคงติดจำนองของตนไว้แต่อันดับ 3 และอันดับ 5 ขอให้ขายทอดตลาดโดยปลอดจำนองของตนเช่นนี้จะปฏิบัติอย่างไร นอกจากนี้จำนองเป็นการประกันชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน การที่เจ้าหนี้รับจำนองทรัพย์สินไว้ก็ด้วยเชื่อมั่นในราคาหลักทรัพย์ขณะนั้นว่าพอชดเชยจำนวนหนี้ของตนได้

¹⁷หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1711/2530, จัดพิมพ์โดยสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ

หากภายหลังผู้จำนองได้นำทรัพย์สินนั้นไปจำนองต่อไปอีกหลายอันดับและผู้รับจำนองต้นฉบับหลังสามารถขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไปโดยคงติดจำนองของตนไว้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองรายแรก เพราะทรัพย์สินจำนองที่ขายทอดตลาดย่อมจะได้ราคาต่ำเนื่องจากผู้ซื้อทรัพย์สินไปยังต้องมีภาระในหนี้จำนองรายหลังอีก แต่เมื่อถึงคราวผู้รับจำนองรายหลังขอบังคับจำนองบ้างกลับขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ราคาดีกว่าเพราะไม่มีจำนองรายแรกติดอยู่แล้วซึ่งไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น

มีข้อนำพิจารณาว่าในกรณีกลับกัน หากผู้รับจำนองอันดับ 2 ขอบังคับจำนองยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดชำระหนี้ของตนก่อนผลจะเป็นเช่นไร กรณีเช่นนี้ผู้รับจำนองรายแรกมีทางแก้ตามป.พ.พ.มาตรา 731 กล่าวคือ หากเห็นว่าการบังคับจำนองของผู้รับจำนองรายหลังจะถึงกำหนดแล้ว เช่น ก. จำนองที่ดินราคา 80,000 บาท ไว้กับ ข. ประกันหนี้ 40,000 บาทแล้วเอาไปจำนองไว้กับ ค. อีก 30,000 บาท หนี้ ข. ถึงกำหนดชำระภายใน 4 ปี แต่หนี้ของ ค. ถึงกำหนดชำระภายใน 1 ปี เมื่อหนี้ ค. ถึงกำหนด ค. จึงจะดำเนินการบังคับจำนอง แต่ปรากฏว่าขณะนั้นภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ที่ดินราคาไม่ดี หากนำที่ดินออกขายทอดตลาดขณะนั้นอาจได้ราคาเพียง 30,000 บาท แต่ถ้ารอไปจนหนี้ของ ข. ถึงกำหนดราคาที่ดินจะสูงขึ้น หรือในการรับจำนองที่ดินของ ก. นั้น ข. ประสงค์จะได้ดอกเบี้ย จึงกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นประโยชน์แก่ตน มิให้ ก. ชำระหนี้ได้ก่อนจำนองได้ก่อนกำหนด 4 ปี ค. เข้ามารับจำนองรายหลัง แต่มีกำหนดชำระหนี้ภายใน 1 ปี ดังนี้หาก ค. จะบังคับจำนองตามสิทธิของตน ย่อมจะทำให้ ข. เสียหาย ทั้งสองกรณี ข. ย่อมมีสิทธิคัดค้านมิให้ ค. บังคับจำนองได้แต่ถ้าหาก ข. ปล่อยให้ ค. บังคับจำนองโดยมิได้คัดค้าน การบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินในหนี้รายของ ค. ย่อมมีผลทำให้ปลอดจำนองตลอดถึงรายของ ข. ด้วย แต่เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองแล้วได้เงินสุทธิเท่าใดก็ต้องบังคับไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 730,732 ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น¹⁶

เพราะฉะนั้นกรณีตามประเด็นปัญหาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้ในปัจจุบันจะยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักเอาไว้ แต่หากเกิดกรณีตามประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเช่นว่านี้ ขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกา ก็น่าจะต้องตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเป็นสำคัญดังกล่าวมาข้างต้น ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับการใช้สิทธิบังคับจำนองในกรณี "จำนองซ้อน" ได้ดังนี้

1. กรณีผู้รับจำนองลำดับก่อนใช้สิทธิบังคับจำนองก่อน

เมื่อผู้รับจำนองลำดับก่อนใช้สิทธิบังคับจำนองโดยนำเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำนองย่อมส่งผลให้สิทธิจำนองของผู้รับจำนองลำดับก่อนและลำดับต่อไประงับสิ้นไปตามป.พ.พ. มาตรา 744 (5) เพราะเป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนอง

¹⁶หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1711/2530, จัดพิมพ์โดยสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1711/ 2530 วินิจฉัยว่า

"ทรัพย์ที่มีการจำนองสองราย เมื่อผู้รับจำนองรายแรกขอให้ศาลขายทอดตลาดทรัพย์อย่างปลอดจำนองแล้วก็เป็น การปลอดจำนองตลอดไปถึงผู้รับจำนองรายหลังด้วย ผู้รับจำนองรายหลังจะขอให้ขายทอดตลาดไปโดยคงติดจำนองของตนแย้งกับผู้รับจำนองรายแรกไม่ได้ เพราะเป็นการบังคับตามสิทธิของตนเป็นที่เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อน"

ผู้เขียนเห็นว่าแม้ตามป.วิ.พ. มาตรา 287 จะได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิหรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิอื่น ๆ อันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมายก็ตาม แต่ในกรณีของ "การจำนองซ้อน" จะต้องตระหนักถึงหลักกฎหมายสารบัญญัติซึ่งให้ถือเอาลำดับวันและเวลาจดทะเบียนเป็นสาระสำคัญเพื่อกำหนดสิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้ในระหว่างบรรดาเจ้าหนี้จำนองทั้งหลาย การที่ผู้รับจำนองลำดับหลังจดทะเบียนรับจำนองทรัพย์สินจำนองจึงขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของผู้รับจำนองลำดับหลังซึ่งได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ด้วยมูลค่าของทรัพย์สินจำนองนั้น หากตนรับจำนองทรัพย์สินดังกล่าวก็น่าจะเพียงพอแก่การเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่ตนได้เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ดังนั้น เมื่อผู้รับจำนองลำดับแรกใช้สิทธิบังคับจำนองโดยนำเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดอย่างปลอดจำนองย่อมส่งผลให้สิทธิจำนองทุกลำดับอันมีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นต้องระงับสิ้นไปตามป.พ.พ.มาตรา 744 (5) ซึ่งหากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้นไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองลำดับหลังก็น่าจะต้องถือว่า กรณีดังกล่าวเป็นความเสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับหลัง อันเกิดจากการที่ผู้รับจำนองลำดับหลังประเมินราคาทรัพย์สินจำนองผิดพลาดไป โดยคาดว่าทรัพย์สินนั้นน่าจะมีมูลค่าเพียงพอแก่การชำระหนี้อันมีอยู่แก่ตน ผู้รับจำนองลำดับหลังจึงจำต้องยอมรับความเสียหายนั้นไป

2. กรณีผู้รับจำนองลำดับหลังใช้สิทธิบังคับจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับก่อนตน

ดังเช่นที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้นว่า ผู้รับจำนองลำดับหลังย่อมสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองเขาแก่ทรัพย์สินจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับก่อนตนได้ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายได้กำหนดกรอบแห่งการใช้สิทธิบังคับจำนองของผู้รับจำนองลำดับหลังไว้ว่าจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองลำดับก่อนตน ดังนั้น หากผู้รับจำนองลำดับก่อนตนได้ร้องคัดค้านเข้าไปในคดีฟ้องร้องบังคับจำนองของผู้รับจำนองลำดับหลังว่าการบังคับจำนองของผู้รับจำนองลำดับหลังจะทำให้ตนได้รับความเสียหายและสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ศาลได้ว่า ศาลก็ย่อมไม่สามารถพิพากษาให้ผู้รับจำนองลำดับหลังบังคับจำนองได้

ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ให้การรับรองและคุ้มครองเจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิอื่น ๆ อันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมาย ในอันที่จะไม่ต้องได้รับความกระทบกระเทือนหากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินนั้น มีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองในส่วนที่ว่าด้วยการจำนองซ้อนซึ่งถือเอาลำดับวันและเวลาจดทะเบียนสิทธิจำนองเป็นสาระสำคัญในการกำหนดสิทธิและ

หน้าที่ระหว่างบรรดาผู้รับจำนองแต่ละราย เพื่อทราบว่าสิทธิในการได้รับชำระหนี้ระหว่างบรรดาผู้รับจำนองแต่ละรายเป็นเช่นใด และมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติอย่างไร

4.5 กรณีที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังจากมีการบังคับจำนอง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าภายหลังจากการแก้ไขมาตรา 214 และมาตรา 733 ผู้รับจำนองซึ่งประสงค์ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดได้นหาวิธีเลี่ยงบทบัญญัติดังกล่าว อาทิเช่น

(1) การทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ว่า หากบังคับจำนองแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด หรือ

(2) ผู้รับจำนองฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ

ผู้เขียนเห็นว่ามีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า ตามมาตรา 733 เดิมนั้น หากปรากฏว่าภายหลังจากการบังคับจำนองได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องการประกันการชำระหนี้และหลักการชำระหนี้ กล่าวคือ ทรัพย์สินจำนองเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ หากขายทรัพย์จำนองแล้วใช้หนี้ไม่พอนั้นที่ประกันนั้นก็ยังคงมีอยู่ตามหลักทั่วไปในเรื่องการชำระหนี้ (ป.พ.พ. มาตรา 214) เจ้าหนี้จึงยังคงมีสิทธิในการบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิง และหนี้ที่ประกันหรือหนี้ประธานจะระงับสิ้นไปก็ต่อเมื่อมีการชำระหนี้ถูกต้องเต็มตามจำนวนหนี้แล้ว ในขณะที่มาตรา 733 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น หากปรากฏว่าภายหลังจากการบังคับจำนองได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดอีก และยังสามารถแก้ไขตลอดไปถึงหลักทั่วไปในมาตรา 214 จากเดิมที่เจ้าหนี้มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย โดยแก้ไขให้ ป.พ.พ.มาตรา 214 ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 214 และมาตรา 733 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนี้มีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหนี้จำนองซึ่งมีทรัพย์สินจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองเท่านั้น จะฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญตามมาตรา 214 ไม่ได้ เพราะแม้ว่าโดยหลักเจ้าหนี้สามัญจะมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิงก็ตาม แต่เมื่อบทบัญญัติมาตรา 214 จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733 ผู้รับจำนองก็ต้องใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองเท่านั้น ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีนัยกฎหมายให้ความเห็นไว้ว่า มาตรา 733 ที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในเอกเทศสัญญาเรื่องจำนอง ซึ่งเจ้าหนี้จะหวนกลับไปใช้สิทธิอย่างเจ้าหนี้สามัญเมื่อบังคับคดีแล้วไม่ได้ เพราะมาตรา 214 ก็ได้ถูกแก้ไขด้วยว่า ภายใต้อำนาจแห่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 อันหมายความว่า เมื่อเจ้าหนี้ได้บังคับจำนองแล้วจะอาศัยบทบัญญัติมาตรา 214 อันเป็นบททั่วไปยึดทรัพย์สินอื่นๆเพื่อชำระหนี้ที่ยังขาดอยู่หาได้ไม่ ซึ่งแตกต่างจากการสละสิทธิจำนองก่อนบังคับจำนอง และแตกต่างกับผลการบังคับจำนองเรือตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติว่า เงินยังขาดอยู่เท่าใด ให้ถือว่าเป็นหนี้สำคัญ

ทั้งนี้ หากพิจารณาแนวปฏิบัติและแนวคำพิพากษาฎีกาที่ปรากฏในปัจจุบัน ถือว่าหนี้เงินซึ่งมีจำนวนเป็นประกันการชำระหนี้ ผู้รับจำนวนอาจใช้สิทธิเรียกร้องในฐานะเจ้าหนี้สามัญโดยฟ้องร้องบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิงหรือใช้สิทธิเรียกร้องในฐานะเจ้าหนี้ผู้รับจำนวน โดยการฟ้องร้องบังคับจำนวนเอาแก่ทรัพย์สินจำนวนอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ การจำนวนไม่ห้ามผู้รับจำนวนให้ต้องถูกผูกพันที่จะบังคับชำระหนี้เอาเฉพาะทรัพย์สินจำนวนแต่ทางเดียว

คำพิพากษาฎีกาที่ 3262/2527 วินิจฉัยว่า

"การกู้เงินที่มีจำนวนเป็นประกัน เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนี้สามัญโดยบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ตามป.พ.พ.มาตรา 214 หรือจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาจำนวนอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้การจำนวนไม่ห้ามเจ้าหนี้ผู้รับจำนวนต้องผูกพันที่จะบังคับชำระหนี้เอาเฉพาะทรัพย์สินที่จำนวนแต่ทางเดียว

โจทก์ฟ้องจำเลยโดยอาศัยมูลหนี้เดิมคือหนี้ตามสัญญากู้ มิได้ฟ้องบังคับโดยอาศัยสัญญาจำนวน ฉะนั้น บทบัญญัติในป.พ.พ. มาตรา 733 ที่ว่าถ้าเอาทรัพย์สินจำนวนออกขายทอดตลาดได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระกันอยู่ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินที่ขาดจึงนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับคดีนี้ไม่ได้"

คำพิพากษาฎีกาข้างต้นได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า จำนวนเป็นการเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ จึงสามารถแยกได้เป็นคนละส่วนกับหนี้ประณานที่มีการจำนวนเป็นประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงสามารถเลือกใช้สิทธิเรียกร้องอย่างเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้จำนวนก็ได้ ทั้งนี้ ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า หากถือว่าเจ้าหนี้จำนวนซึ่งมีทรัพย์สินจำนวนเป็นหลักประกันการชำระหนี้สามารถเลือกใช้สิทธิเรียกร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้จำนวนก็ได้ นั้น เป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 214 และมาตรา 733 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม เพราะเมื่อมาตรา 214 จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733 ผู้รับจำนวนจึงต้องใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนวนเท่านั้น อีกทั้งยังเป็นช่องทางให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบด้วย กล่าวคือ¹⁹

1. ทรัพย์สินที่จำนวนได้โอนขายไปโดยติดจำนวน การขายทรัพย์สินวิธีนี้ย่อมต้องบอกหนี้จำนวนเป็นราคาของทรัพย์สินนั้น คงชำระราคาให้ผู้ขายเฉพาะส่วนที่เกินกว่าหนี้จำนวน รับโอนได้ทรัพย์สินนั้นไปในราคาต่ำกว่าความจริง เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องผู้จำนวนให้ชำระหนี้ โดยไม่ฟ้องบังคับจำนวน ผลที่สุดบังคับคดียึดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ขายทอดตลาดชำระหนี้เต็มจำนวนแล้ว จำนวนที่ติดไปกับทรัพย์สินที่ขายให้ผู้รับโอนก็เป็นอันระงับไปตามมาตรา 744 (1) ผู้รับโอนทรัพย์สินติดจำนวนไม่ต้องใช้หนี้จำนวนและขอให้ปลดจำนวนได้ ส่งผลให้ผู้รับโอนหรือผู้ซื้อทรัพย์สินติดจำนวนย่อมได้เปรียบเสมือนซื้อในราคาต่ำกว่าราคาจริง ผู้จำนวนที่ขายทรัพย์สินนั้นไปจะมีทางใดที่จะได้ราคาทรัพย์สินเท่าจำนวนหนี้จำนวนที่ระงับไปจากผู้ซื้อหรือผู้รับโอนหรือไม่ หรือ

2. ผู้ซื้อทรัพย์สินจำนวนหรือผู้รับโอนต่อไปยังมีจำนวนติดอยู่ ต้องรับผิดชอบใช้หนี้จำนวนไม่เกินราคาทรัพย์สินที่รับโอน เจ้าหนี้จำนวนซึ่งฟ้องอย่างเจ้าหนี้สามัญไม่ฟ้องบังคับจำนวน ไม่ทำให้เสียไปซึ่ง

¹⁹พจนัน บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกันจำนวน จำนวน, หน้า 244

บุริมสิทธิในหนี้จำนอง อาจฟ้องบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนซึ่งไม่รู้ว่าหนี้จำนองนั้นได้ชำระเสร็จแล้ว เป็นผลให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เกินจำนวนที่ตนเป็นเจ้าของ ทำนองเดียวกันการขายทอดตลาดในการบังคับคดี โดยติดจำนองก็ทำให้ผู้ซื้อได้เปรียบ เพราะลูกหนี้ถูกขายทรัพย์สินชำระหนี้ไปหมดแล้วดังกล่าวใน ข้อ 1. ทำให้ลูกหนี้ได้รับความเสียหาย เพราะขายทรัพย์สินติดจำนองไปในราคาต่ำหรือผู้ซื้อทรัพย์สินติดจำนอง ถูกบังคับจำนองอีกโดยไม่รู้ว่าหนี้จำนองได้ชำระเสร็จสิ้นแล้ว

เพราะฉะนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 214 และมาตรา 733 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม นั้นทำให้หลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้และการประกันการชำระหนี้คลาดเคลื่อนไป กล่าวคือ หนี้ที่ประกัน หรือหนี้ประธานจะระงับสิ้นไปเมื่อมีการบังคับจำนอง แม้ว่าผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้ไม่เต็มตาม จำนวนหนี้ที่ประกัน ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบ ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับ การประกันการชำระหนี้ ด้วยวิธีอื่น อาทิ เช่น จำน่า หรือค้ำประกัน ไม่ปรากฏว่ามีการแก้ไขบทบัญญัติให้เป็นดังเช่นกรณีมาตรา 733 ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวที่ถูกต้องและสอดคล้องตามเจตนารมณ์แห่ง กฎหมายนั้น ควรเป็นดังนี้

(1) มาตรา 214 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกค้ำชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” และ

(2) มาตรา 733 บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินอันค้ำชำระอยู่ที่ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้ำชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ”

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลหากได้มีการตีความโดยพิจารณาและยึดหลักกฎหมายสารบัญญัติ ลักษณะจำนองเป็นสำคัญ แนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เหล่านี้ย่อมมีส่วนช่วยให้หลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองมีผลใช้บังคับได้อย่างถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยกรณีดังกล่าวนี้เมื่อได้พิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

อาทิเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 2911 ได้บัญญัติไว้ว่า เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิจำนองในทรัพย์สินของลูกหนี้จะยึดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้ เว้นแต่จะได้บังคับคดีเอาจากทรัพย์สินจำนองนั้นด้วยทำนองเดียวกัน เจ้าหนี้จำนองจะยึดอสังหาริมทรัพย์อื่นไม่ได้ เว้นแต่จะยึดทรัพย์สินที่ผูกพันในการจำนองด้วย

หรือประมวลแห่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 394 ซึ่งบัญญัติว่า

(1) ผู้รับจำนองสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินจำนองได้เพียงเท่ากับส่วนที่ยังมิได้รับชำระหนี้ภายหลังการบังคับจำนอง

(2) บทบัญญัติข้างต้นจะไม่ใช้บังคับหากยังไม่มีการบังคับจำนอง....”

กล่าวคือ ภายหลังจากการใช้สิทธิบังคับจำนองแล้ว ผู้รับจำนองจึงจะมีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินอื่นๆของลูกหนี้ได้เท่าที่เขายังมิได้รับชำระหนี้เต็มตามจำนวนหนี้ที่ค้ำชำระอยู่แก่ตน โดย

ผู้รับจำนองจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น

นอกจากนี้ด้วยผลสืบเนื่องจากการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 214 และมาตรา 733 ดังกล่าวมาข้างต้น ในทางปฏิบัติจึงปรากฏว่าคู่สัญญาแห่งสัญญาจำนองมักจะมีการทำข้อตกลงยกเว้น ป.พ.พ. มาตรา 733 ว่า หากมีหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังจากการบังคับจำนอง จะมีการยอมผูกพันตนเพื่อรับผิดใช้หนี้ส่วนที่ขาดจนครบตามจำนวนหนี้ ดังนี้ จึงเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวិเคราะห์ต่อไปว่า ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไร ซึ่งปรากฏว่าได้มีนักกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก²⁰ ให้ความเห็นว่า ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นี้ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย เพราะเป็นการตกลงให้ลูกหนี้มีความรับผิดในหนี้นั้นจนครบถ้วนตามหลักทั่วไปนั่นเอง จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 474/2502 วินิจฉัยว่า

"ในกรณีศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระต้นเงินและดอกเบี้ยตามสัญญาจำนองให้แก่ผู้รับจำนองแล้ว ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หนี้ ผู้รับจำนองยอมมีสิทธิยึดทรัพย์สินที่จำนองและทรัพย์สินนอกจำนองออกขายทอดตลาดได้ ถ้าในสัญญามีระบุว่ายินยอมให้เอาทรัพย์สินนอกจำนองชำระหนี้ได้อีก"

ตามความเห็นฝ่ายแรกนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญาตกลงยกเว้นมาตรา 733 นี้ใช้บังคับได้และแม้จะมีได้มีการจดทะเบียนสัญญาตกลงยกเว้นมาตรา 733 ให้ปรากฏตามสารบบทะเบียนจำนองก็ยังคงมีผลใช้บังคับได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480 วินิจฉัยว่า

"จำนองที่ดินกันแล้วผู้จำนองทำสัญญาพิเศษให้ไว้แก่ผู้รับจำนองว่าถ้าเอาที่ดินจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินน้อยกว่าที่ค้างชำระผู้จำนองจะใช้ให้จนครบ สัญญาเช่นนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานหน้าที่"

ฝ่ายที่สอง²¹ ให้ความเห็นว่า ปัญหาว่าจะต้องรับผิดในหนี้ส่วนที่ขาดในกรณีบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้หรือไม่ เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่น่าที่จะทำข้อตกลงยกเว้นได้เพราะจะกลายเป็นว่าข้อตกลงยกเว้นในสัญญาระหว่างคู่กรณีใหญ่กว่าข้อห้ามในตัวบทกฎหมายและขัดต่อป.พ.พ. มาตรา 150 ที่บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ" เพราะฉะนั้นการทำสัญญากันระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนองว่า "ถ้าเอาที่ดินจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินน้อยกว่าหนี้ที่ค้างชำระ ผู้จำนองจะใช้ให้ครบ" เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 150 ดังกล่าวมาจึงเป็นโมฆะไม่มีผลใช้บังคับ กรณีเช่นนี้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งป.พ.พ. จะทำสัญญายกเว้นหรือฝ่าฝืนข้อบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ หากยอมให้ทำสัญญาเลียงกฎหมายดังกล่าวแล้วก็ไม่ควรแก้ไข

²⁰สุภา วิศฤตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอ, หน้า 94

²¹สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนอ, หน้า 104

มาตรา 733 เดิม ซึ่งบัญญัติไว้คืออยู่แล้วว่า "ถ้าเอาทรัพย์สินของหลุดหรือเอาทรัพย์สินของออกขายทอดตลาด
ได้เงินไม่พอชำระหนี้ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ต้องให้จนครบ"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2509/2540 วินิจฉัยว่า

"สัญญาจำนองไม่มีข้อความว่า หากบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ให้บังคับเอาทรัพย์สินอื่น
ของลูกหนี้ ลูกหนี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินส่วนที่ขาดตาม ป.พ.พ. 733 ปัญหาที่ว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้
ส่วนที่ขาดจำนวนในกรณีบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความ
สงบเรียบร้อยแม้จำเลยมิได้ให้การต่อสู้เป็นประเด็นไว้ในศาลชั้นต้นก็มีสิทธิยกขึ้นในชั้นอุทธรณ์และฎีกา
ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 249 วรรคสอง"

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายแรกว่า ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นี้มีผลบังคับใช้ได้ตาม
กฎหมายด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. พิจารณาตามป.พ.พ.มาตรา 150²² และมาตรา 151²³

กล่าวคือ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าอย่างไรเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย
เช่นนี้แล้วการที่จะดูว่ากฎหมายใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่จึงต้องอาศัย
ความเห็นของนักนิติศาสตร์และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ว่าการที่จะถือว่านิติกรรมมีวัตถุประสงค์
เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้นั้น หมายความว่าขัดขวางต่อนโยบายที่มุ่งเพื่อ
ประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม เช่น นิติกรรมอันเกิดแต่การที่บุคคลแสวงหาประโยชน์ใส่ตนด้วย
การยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องร้องเป็นความกันขึ้นในโรงศาลในกรณีที่ดินมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลคดีเป็น
โมฆะ เพราะต้องถือว่าเป็นนโยบายเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคมที่จะไม่ให้ยุยงให้บุคคล
อื่นเป็นความกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1371/2492)²⁴

พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วนิกกุล) ให้ความเห็นไว้ว่า ถ้าเป็นสัญญาที่ขัดต่อรัฐประศาสนนโยบาย
และสัญญาอุลามกอันอยู่ในจำพวกสัญญาที่เสียใช้ไม่ได้ เช่น สัญญาจ้างหญิงรับจ้างให้เป็นหญิงโสเภณี
(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 510/2468) และกฎหมาย ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไปไม่ใช่
เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะแล้วนับว่าอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ได้แก่
กฎหมายอาญา กฎหมายเกี่ยวกับการปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับการภาษีอากร นอกจากนี้กฎหมาย
ที่อยู่ในจำพวกกฎหมายเอกชน ถ้าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่ด้วยแล้วก็เป็นเรื่อง

²²มาตรา 150 บัญญัติว่า

"การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพันวิสัยก็ดี เป็นการขัดขวางต่อ
ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้นเป็นโมฆะ"

²³มาตรา 151 บัญญัติว่า

"การใดเป็นการผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใดๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย
หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

²⁴จากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1371/2494, จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา

เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเช่นเดียวกัน เช่น ข้อตกลงในสัญญาจำนองว่าจะยอมให้ผู้รับจำนองฟ้องเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิก่อน 5 ปี ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เป็นต้น²⁵

อาจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ให้ความเห็นว่าสัญญาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ หรือประชาชน การกระทำใดซึ่งมีผลกระทบต่อจนถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม และหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัวย่อมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน²⁶

อาจารย์จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นจะต้องเป็นข้อห้าม ซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชนทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้²⁷

อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นต้องเป็นกฎหมายที่มุ่งปกป้องรักษาสังคมส่วนรวมให้อยู่อย่างสงบสุข เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา ฉะนั้น ถ้าบทกฎหมายใดเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ซึ่งหากให้เอกชนตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้แล้ว จะทำให้ประโยชน์ส่วนรวมของสังคมต้องเสื่อมเสียไป บทกฎหมายนั้นก็จะเป็กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องของกฎหมายเอกชน (กฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนไม่เกี่ยวกับสังคมส่วนรวมโดยตรง) ถ้าปล่อยให้เอกชนตกลงกันเป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ก็จะทำให้ประโยชน์ของส่วนรวมเสื่อมเสียไปเห็นว่ากฎหมายนั้นก็เป็กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่นเดียวกัน เช่น ผู้ที่จะได้รับทรัพย์สินรดกตามพินัยกรรม ทำสัญญาแบ่งทรัพย์สินรดกตามพินัยกรรมกันเสียใหม่ ตั้งแต่ผู้ทำพินัยกรรมยังไม่ตาย เป็นโมฆะ และกรณีที่เป็น กฎหมายเอกชนโดยมุ่งที่จะควบคุมภาวะในทางเศรษฐกิจไม่ให้เกิดการเอาัดเอาเปรียบกันในสังคมแล้วกฎหมายนั้นก็จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การตกลงสมยอมกันไม่ประมูลแข่งขันกันในการประกวดราคารับก่อสร้างทางของรัฐ ซึ่งกรมทางหลวงประกาศให้มีการประมูล โดยผู้ประมูลรายอื่นๆ แกล้งยื่นประมูลในราคาให้สูงกว่าราคาของผู้ประมูลรายหนึ่งยื่นประมูลไว้ ซึ่งทำให้ไม่มีการประมูลแข่งขันราคากันอย่างแท้จริง

บทบัญญัติป.พ.พ.มาตรา 733 จึงไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การทำสัญญาตกลงยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 733 เป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน มิได้กระทบกระเทือนถึงสังคมส่วนรวมแต่ประการใด เพราะตามป.พ.พ.มาตรา 715 ทรัพย์สินจำนองยอมเป็นประกันการชำระหนี้กับค่าอุปกรณซึ่ง ได้แก่ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้

²⁵พระยาเทพวิสุร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรณธนาการ, 2467), หน้า 433

²⁶ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2547), หน้า 38

²⁷จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งสังคมนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดยนายจิตติ ติงศภัทย์, หน้า 16

และค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง หมายความว่า ในกรณีที่มีการบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองแล้ว จะเอาเงินที่ขายทอดตลาดได้นั้นชำระหนี้อะไรได้บ้าง ประกอบกับการที่เป็นหนี้เขาแล้วไม่ต้องใช้กลับจะกระทบกระเทือนถึงความสงบศีลธรรมได้มากกว่ามาก เพราะจะไม่มีใครกล้าลงทุนให้คนอื่นเอาเงินไปค้ำกำไร ลูกหนี้อาจหาทางโกงเจ้าหนี้ได้ โดยกรณีนี้ย่อมแตกต่างจากการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา เพราะดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนการที่ได้ใช้ต้นทุนซึ่งเจ้าหนี้เรียกเอาจากลูกหนี้ ถ้าไม่มีข้อจำกัดห้ามไว้บ้างแล้ว เจ้าหนี้อาจขูดเลือดลูกหนี้จนผิดศีลธรรมได้ แต่เรื่องที่เอาทรัพย์สินจำนองกู้เงินเขาไป เราเรียกดอกเบี้ยตามอัตราในกฎหมาย การที่เขาจะบังคับชำระหนี้ที่นั้นจากทรัพย์สินจำนองและทรัพย์สินอื่นด้วยนั้นหาเป็นการขูดอะไรกันไม่ เป็นแต่การขอคืนทุนที่เขาได้จ่ายให้ไปแล้วกับดอกเบี้ยที่เขาชอบจะเรียกเอาได้ตามกฎหมาย การที่จะบังคับให้เขาได้รับชำระหนี้ที่นั้นจากทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดจึงไม่น่าจะเป็นการผิดศีลธรรมความสงบอะไรไปได้

2. พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนี้

2.1 มาตรา 3²⁸

ในทางปฏิบัติ "สัญญาจำนอง" ที่เกิดขึ้นมีทั้งกรณีที่เป็นสัญญาจำนองระหว่างบุคคลธรรมดาด้วยกันหรือระหว่างผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลธรรมดากับผู้รับจำนองซึ่งเป็นสถาบันการเงิน เมื่อพิจารณาคำนิยามศัพท์ตามมาตรา 3 เฉพาะข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ซึ่งกระทำขึ้นระหว่างบุคคลธรรมดากับสถาบันการเงินที่เป็นผู้รับจำนอง จึงอยู่ในขอบข่ายที่อาจมีการตีความตรวจสอบว่าเป็นธรรมหรือไม่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

2.2 มาตรา 4²⁹

²⁸มาตรา 3 บัญญัติว่า

"ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัยหรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย"

"ผู้ประกอบการกิจการค้าหรือวิชาชีพ" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน"

²⁹มาตรา 4 บัญญัติว่า

"ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือใน สัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น"

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

ตามหลักทั่วไปในเรื่องการชำระหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้ของตนเองแก่ ลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิง แสดงว่า เมื่อลูกหนี้ผูกพันตนเป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้ๆ อยู่นั้นย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ ลูกหนี้ได้จนเต็มตามจำนวนหนี้อันมีอยู่แก่ตน ประกอบกับการทำข้อตกลงเพื่อรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาด ภายหลังจากการบังคับจำนวนนั้นน่าจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเป็นธรรม เพราะเมื่อเป็นหนี้ก็ต้องยอมรับผิด หนี้ที่ตนมีความผูกพันอยู่ต่อเจ้าหนี้ จึงมิได้เป็นข้อตกลงยกเว้นที่มีผลให้ต้องปฏิบัติหรือรับภาระเกิน กว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ อันอาจถือได้ว่าทำให้ผู้จำนองต้องเสียเปรียบ ข้อตกลง ยกเว้นมาตรา 733 จึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้ตามป.พ.พ. มาตรา 733 จะมีสาระสำคัญว่า "เมื่อมีการ บังคับจำนองแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ" หนี้ส่วนที่ขาด" แต่ในทางปฏิบัติมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หากคู่สัญญาทำความตกลงยกเว้น มาตรา 733 นั้น ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นการวินิจฉัยวางหลักไว้สอดคล้องกับหลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้ ตามบทบัญญัติแห่งป.พ.พ.มาตรา 214 และมาตรา 733 เดิม ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะบทบัญญัติ มาตรา 214 และ มาตรา 733 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมก็น่าจะส่งผลให้หลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้ และการเป็นประกันการชำระหนี้คลาดเคลื่อนไปจากหลักกฎหมายที่ถูกต้องดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

กรณีที่เป็นการจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อประกันหนี้ของบุคคลอื่นตามป.พ.พ.มาตรา 724 ผู้จำนองย่อมเป็นคนละคนกับลูกหนี้ชั้นต้น หากผู้จำนองหรือลูกหนี้ชั้นต้นเป็นผู้ทำข้อตกลงยกเว้น มาตรา 733 ดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ อันอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. กรณี "ลูกหนี้ชั้นต้น" ทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733

ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำลงยอมบังคับใช้ได้ตามกฎหมายเพราะไม่ขัดต่อ กฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น

(3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญญา ในข้อสาระสำคัญ

(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มี เหตุผลอันสมควร

(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ ในเวลาทำสัญญา

(6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายฝากอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

(7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

(8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูง เกินกว่าที่ควรในกรณีผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้

(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม"

2. กรณี "ผู้จำนอง" ทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733

หากผู้จำนองและลูกหนี้ชั้นต้นมิใช่บุคคลเดียวกัน "ผู้จำนอง" หมายความว่า บุคคลซึ่งเอาทรัพย์สินไปตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้จำนองจึงมิได้มีความผูกพันในอันจะต้องรับผิดชอบชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ เฉพาะแต่ทรัพย์สินจำนองเท่านั้นที่ต้องถูกบังคับชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ชั้นต้นไม่ชำระหนี้ ดังนั้น การที่ "ผู้จำนอง" ตกลงรับผิดชอบชำระหนี้ส่วนที่ขาด ภายหลังจากการบังคับจำนองแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ จึงเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นใหม่ และมีผลผูกพันระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง แต่สัญญาดังกล่าวก็มีใช้สัญญาค้ำประกันตามป.พ. มาตรา 680 เพราะสัญญาค้ำประกันนั้นผู้ค้ำประกันผูกพันต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

เพราะฉะนั้น ผลสืบเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 214 และมาตรา 733 ทำให้คู่สัญญาพยายามหาวิธีการหลีกเลี่ยงการที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาตกลงยกเว้นมาตรา 733 หรือเจ้าหนี้จำนองเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวต่อไปนี้อาจส่งผลให้แนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติในการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองสำหรับ "หนี้ส่วนที่ขาด" ภายหลังจากการบังคับจำนองเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง กล่าวคือ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบรรพ 2 เรื่องนี้ โดยการแบ่งหนี้ออกเป็น 2 ประเภทตามลักษณะของหนี้ ประเภทของคู่สัญญา และจำนวนหนี้ ได้แก่

(1) หนี้การค้า (Commercial Loan) สำหรับหนี้ในทางธุรกิจ ระหว่างคู่สัญญาที่เป็นองค์กรธุรกิจด้วยกัน ซึ่งมีมูลค่าหนี้ที่ค่อนข้างสูง

(2) หนี้ส่วนตัว (Consumer Loan) สำหรับหนี้ภาคครัวเรือน หรือหนี้เพื่อการอุปโภคบริโภคของประชาชน ระหว่างคู่สัญญาที่เป็นบุคคลธรรมดาด้วยกันหรือบุคคลธรรมดากับองค์กรธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจแตกต่างกันมาก โดยมีมูลค่าหนี้ที่ไม่สูงมากนัก

ทั้งนี้ เมื่อได้มีการแบ่งประเภทหนี้ดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว หากมีการจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้และจะต้องมีการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 733 เพื่อบังคับชำระหนี้เอาแก่ "หนี้ส่วนที่ขาด" ภายหลังจากการบังคับจำนองนั้น ก็ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 733 ให้ประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน เพื่อให้สอดคล้องกับหนี้ทั้งสองประเภท กล่าวคือ

(1) ส่วนที่หนึ่งซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 733 เดิม คือ "การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ถ้าราคาทรัพย์สินต่ำกว่าหนี้ หรือบังคับจำนองเอาทรัพย์สินขายทอดตลาดได้เงินสุทธิต่ำกว่าหนี้ที่ค้างชำระเงินยังขาดลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ" โดยบทบัญญัติส่วนนี้น่าจะมีความเหมาะสมกับกรณี "หนี้การค้า" ซึ่งคู่สัญญามีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ค่อนข้างเท่าเทียมกันและมีความรู้ความเข้าใจในการทำนิติกรรมสัญญา อีกทั้งยังเป็นการสร้างความเชื่อมั่นในทางเศรษฐกิจให้แก่นักลงทุนอันเป็นการสอดคล้องกับหลักทั่วไปในการชำระหนี้ว่า เมื่อเป็นหนี้แล้วก็ควรจะต้องผูกพันรับผิดชอบหนี้จนสิ้นเชิง

ไม่ใช่เพียงว่าเมื่อมีการบังคับเอาหลักทรัพย์จำนวนอันเป็นหลักประกันการชำระหนี้แล้ว สัญญาจำนวนจะต้องระงับสิ้นไปทั้งที่เจ้าหนี้จำนวนได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน

(2) ส่วนที่สองซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 733 ใหม่ คือ "ถ้าเอาทรัพย์จำนวนหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สิ่งจำนวนออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น" โดยบทบัญญัติส่วนนี้น่าจะเหมาะสมกับกรณี "หนี้ส่วนตัว" เพราะเหตุว่าคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกันและขาดความรู้ในเรื่องการทำนิติกรรมสัญญา อาทิเช่น กรณีบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์กับเกษตรกร ซึ่งหากให้เจ้าหนี้จำนวนสามารถใช้สิทธิบังคับจำนวนได้ดังเช่นกรณีหนึ่งข้างต้น ผลสุดท้ายผู้จำนวนมักจะต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนไป และโดยปกติเจ้าหนี้จำนวนมักจะให้กู้เงินไม่เกินกว่าครึ่งหนึ่งหรือ 75% ของราคาทรัพย์สินจำนวนๆ จึงคุ้มหรือเกินกว่าจำนวนหนี้จำนวน

นอกจากนี้ หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติป.วิ.พ.ว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ให้สอดคล้องกับนี้ทั้งสองประเภทข้างต้น ก็น่าจะส่งผลให้การดำเนินคดีบังคับจำนวนเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

"จำนอง" เป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งผู้จำนองเอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่ผู้รับจำนอง เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งได้รับความนิยมนั้นเป็นที่แพร่หลาย โดยมีกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง คือ ป.พ.พ.บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 12 จำนอง เป็นกำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ และหลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาจำนองเพื่อทราบถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ในขณะที่กฎหมายแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นส่วนที่ขาดด้วยหลักเกณฑ์ในการบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่กฎหมายสารบัญญัติได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่มีกรณีต้องบังคับจำนองเอาทรัพย์สินจำนอง ย่อมต้องพิจารณาและปฏิบัติตามแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย

ทั้งนี้ จากการศึกษาค้นคว้าในบทต่างๆก่อนหน้านี้อาจสรุปสาระสำคัญของกฎหมายสารบัญญัติ ลักษณะจำนองและแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกา ตลอดจนหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการดำเนินคดีบังคับจำนอง ได้ดังนี้

5.1.1 ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนอง

เนื่องจากการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองเอาทรัพย์สินจำนองได้ ซึ่งส่งผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองต้องเปลี่ยนมือไป และเนื่องจากผู้ที่มีอำนาจจำหน่าย จ่าย โอน หรือทำให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปยังบุคคลอื่นได้ คือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้น เฉพาะแต่เจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบจากเจ้าของเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจนำทรัพย์สินไปจำนองได้เป็นประกันการชำระหนี้ รวมทั้งกรณีที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีเงื่อนไขก็สามารถนำทรัพย์สินไปจำนองได้ภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขนั้นด้วย แต่ก็มีข้อยกเว้นในบางกรณี ที่แม้ว่าผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินจำนอง การจำนองก็ยังคงมีผลผูกพันทรัพย์สินนั้นได้ อาทิเช่น กรณีเจ้าของทรัพย์สินประมาทเลินเล่อปล่อยให้บุคคลอื่นเอาทรัพย์สินของตนไปจำนอง หรือกรณีเจ้าของทรัพย์สินมีส่วนรู้เห็นในการจำนอง หรือกรณีที่ตัวแทนของผู้จำนองทำการเกินขอบอำนาจแต่ผู้รับจำนองมีมูลเหตุควรเชื่อว่าตัวแทนกระทำการภายในขอบอำนาจตัวแทน ดังนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1052/2538, 3405/2525, 1605/2506 เป็นต้น จากการที่ผู้จำนองจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองดังกล่าวมาข้างต้น แนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องจึงมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนอง ดังมีสาระสำคัญต่อไปนี้

5.1.1.1 กรณีนำที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มาจดทะเบียนจำนอง

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายที่ดิน"โฉนดที่ดิน" คือ หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน ส่วน"หนังสือรับรองการทำประโยชน์"คือ หนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์

ในที่ดินแล้ว ประกอบกับมีแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 663/2488 และ 1056/2507 ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ผู้มีชื่อในที่ดินน.ส.3 คือ ผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าว ดังนี้ หากผู้มีชื่อในที่ดินน.ส.3 มีเพียงสิทธิครอบครอง แต่ไม่ถึงขั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็จะไม่สามารถนำที่ดินดังกล่าวไปจดทะเบียนจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ เพราะไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งภายหลังจากที่ได้ทำการศึกษาวិเคราะห์ผู้เขียนเห็นว่า โดยทางพฤตินัยผู้มีชื่อในที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์สามารถนำที่ดินไปทำนิติกรรมต่างๆ อาทิเช่น ซื้อขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน และให้ได้เช่นเดียวกับที่ดินมีโฉนด ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเอกเทศสัญญา บุคคลที่สามารถทำนิติกรรมเหล่านี้ได้ คือ ผู้ที่มีอำนาจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์นั่นเอง และหากที่ดินประเภทนี้ไม่มีกรรมสิทธิ์ก็ย่อมไม่สามารถใช้หลักเรื่องส่วควบได้ ประการสุดท้าย คือ หากพิจารณาถึงความแตกต่างในทางนิติบัญญัติระหว่างที่ดินทั้งสองประเภท จะเห็นได้ว่า ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มีความแตกต่างจากที่ดินที่มีโฉนดด้วยเหตุว่า รัฐยังไม่สามารถออกโฉนดที่ดินให้แก่ราษฎรได้เพราะเหตุผลเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการในการดำเนินงานของรัฐ โดยมีได้ปรากฏสาเหตุแห่งความแตกต่างระหว่างที่ดินทั้งสองประเภทจากลักษณะการยึดถือครอบครองของราษฎร ดังนั้น หากถือว่าเจ้าของที่ดินที่มีเพียงหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ก็น่าจะไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องของเอกเทศสัญญาที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินด้วย เพราะในทางปฏิบัติเจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์สามารถทำนิติกรรมใดๆ ซึ่งมีผลให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวเปลี่ยนมือยังบุคคลอื่นได้เช่นเดียวกันกับที่ดินมีโฉนด ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่แนวคำพิพากษาฎีกาต้องวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งยังไม่มีโฉนดที่ดินว่าเป็นการโอนไปซึ่งการครอบครองนั้นสามารถทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครองนั้นดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 409/2508 น่าจะเป็นไปเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองมีความศักดิ์สิทธิ์และยึดหลักความเป็นธรรมในการวินิจฉัย ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้มีชื่อในที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินและสามารถนำไปจำนองได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ตามป.พ.พ.มาตรา 1299 นั้นมิได้บัญญัติไว้ชัดเจนหรือบัญญัติไว้ในลักษณะที่อาจตีความว่าให้ใช้บังคับได้เฉพาะแก่กรณีที่ดินที่มีโฉนดที่ดินเท่านั้น จึงควรใช้บังคับแก่กรณีที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ด้วย แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือประมวลกฎหมายอื่นด้วย ซึ่งในกรณีของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น เจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์สามารถสละการครอบครองได้โดยเพียงแต่แสดงเจตนาสละการครอบครอง และส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้รับโอนๆ ก็จะได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1101/2504 (ประชุมใหญ่), 234/2495, 1758/2531, 2673/2519 เป็นต้น เพราะฉะนั้นหากมีผู้แย้งการครอบครองของเจ้าของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ซึ่งได้นำที่ดินไปจำนองไว้ต่อผู้รับจำนองๆ จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ ก็ควร

จะต้องพิจารณาว่าในขณะที่ผู้มีชื่อในที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ดินแปลงดังกล่าวไปจำหน่าย เขายังคงมีความเป็นเจ้าของที่ดินดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า

1. กรณีที่ผู้มีชื่อในที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ถูกแจ้งการครอบครองเกินกว่า 1 ปี อันเป็นเวลาว่างเลยระยะเวลาฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองแล้ว ผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์จึงไม่ใช่เจ้าของที่ดินซึ่งจะเป็นผู้มีอำนาจนำที่ดินไปจำหน่ายได้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้อีกต่อไป ผู้รับจำหน่ายจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

2. กรณีที่ผู้มีชื่อในที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ถูกแจ้งการครอบครองยังไม่ครบกำหนด 1 ปี เมื่อผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์นำที่ดินแปลงดังกล่าวไปจำหน่ายต่อผู้รับจำหน่ายในขณะที่ตนเป็นเจ้าของที่ดินดังกล่าว สัญญาจำหน่ายย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมาย ต่อมาภายหลังเมื่อผู้รับจำหน่ายใช้สิทธิบังคับจำหน่าย แม้ว่าจะล่วงเลยกำหนดเวลา 1 ปีซึ่งผู้เป็นเจ้าของที่ดินดังกล่าวจะฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองได้ก็ตาม แต่ผู้แจ้งการครอบครองผู้ได้ไปซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมและยังมีได้จดทะเบียนการได้มา จึงไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ผู้รับจำหน่ายที่สุจริตเสียค่าตอบแทน และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตตามป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคสอง

5.1.1.2 กรณีบังคับจำหน่ายด้วยการนำทรัพย์สินจำหน่ายออกขายทอดตลาดโดยปลอดจำหน่ายหรือมีจำหน่ายติดอยู่

ด้วยเหตุว่าการบังคับจำหน่ายโดยการเอาทรัพย์สินจำหน่ายออกขายทอดตลาดตามป.พ.พ. มาตรา 728 ซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีอาจขายโดยติดจำหน่ายหรือปลอดจำหน่ายอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ปฏิบัติ และผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดโดยปลอดจำหน่ายหรือติดจำหน่ายได้อย่างชัดเจนว่าควรเป็นเช่นใด จึงมีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้สองแนวทาง ซึ่งภายหลังจากการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้รับจำหน่ายได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดโดยปลอดจำหน่ายตามสิทธิจำหน่ายของตนเพื่อการบังคับจำหน่ายย่อมส่งผลให้สิทธิจำหน่ายระงับสิ้นไป ไม่เป็นทรัพย์สินติดติดไปกับทรัพย์สินจำหน่ายอีกต่อไป ในทางตรงกันข้ามการขายโดยติดจำหน่าย คือ การขายทอดตลาดในกรณีนี้ผู้รับจำหน่ายยังมีได้ใช้สิทธิบังคับจำหน่ายเอาแก่ทรัพย์สินจำหน่าย สิทธิจำหน่ายจึงยังคงติดติดไปกับทรัพย์สินนั้น ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

- การขายโดยปลอดจำหน่าย คือ การขายทอดตลาดที่ผู้ซื้อได้ทรัพย์สินไปโดยปลอดภาระจำหน่าย และไม่มีข้อผูกมัดใดๆ

- การขายโดยติดจำหน่าย คือ การขายทอดตลาดที่เมื่อมีผู้ซื้อทรัพย์สินไป ภาระจำหน่ายก็ยังคงติดติดไปกับตัวทรัพย์สินนั้นด้วย และผู้ซื้อทรัพย์สินที่ประสงค์จะให้ทรัพย์สินนั้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ภาระจำหน่ายจะต้องได้ถอนจำหน่าย

5.1.1.3 กรณีผู้รับจ้างต้องใช้สิทธิบังคับจ้างโดยการเอาทรัพย์สินจ้างของหลุดเป็นสิทธิ

กรณีผู้รับจ้างต้องใช้สิทธิบังคับจ้างโดยการเอาทรัพย์สินจ้างของหลุดเป็นสิทธิตาม ป.พ.พ.มาตรา 729 ในทางปฏิบัติยังไม่ปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ผู้มีส่วนได้เสีย ในทรัพย์สินจ้างจะสามารถใช้สิทธิยื่นคำร้องขจัดทรัพย์สินตามป.วิ.พ.มาตรา 288 ดังเช่นการร้องขจัดทรัพย์สิน เมื่อผู้รับจ้างต้องใช้สิทธิบังคับจ้างโดยการเอาทรัพย์สินจ้างออกขายทอดตลาดได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้เขียนเห็นว่า ในเบื้องต้นแม้ขั้นตอนการดำเนินคดีบังคับจ้างทั้งสองรูปแบบ จะมีวิธีการเช่นเดียวกัน คือ การบอกกล่าวบังคับจ้างโดยชอบด้วยกฎหมาย และการฟ้องร้อง บังคับจ้างแต่ในส่วนของคำขอท้ายฟ้องและการดำเนินการในชั้นบังคับคดีจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การบังคับจ้างด้วยการเอาทรัพย์สินจ้างของหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจ้างนั้นจะมีคำขอท้ายฟ้อง ว่า ขอให้ทรัพย์สินจ้างของหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจ้าง ไม่ใช่ขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้นำเอาทรัพย์สิน จ้างออกขายทอดตลาด และหากไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาผู้รับจ้างก็สามารถถือเอา คำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ จึงไม่มีการบังคับคดี โดยการให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเข้ายึดและนำทรัพย์สินจ้างออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์การร้องขจัดทรัพย์สิน ผู้ร้องขจัดทรัพย์สินอาจยื่นคำร้องเข้าไปในคดี โดยอ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน และคำร้องเช่นว่านี้จะต้องยื่นก่อนที่ เจ้าพนักงานบังคับคดีจะเอาทรัพย์สินที่ยึดไว้ขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น อันจะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติมีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการร้องขจัดทรัพย์สินได้เฉพาะในกรณีมีการ บังคับคดีโดยการยึดทรัพย์สินและนำออกขายทอดตลาดเพื่อการบังคับชำระหนี้เงินเท่านั้น ดังนั้น เมื่อการ บังคับจ้างโดยการเอาทรัพย์สินจ้างของหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจ้าง จึงไม่ใช่กรณีที่จะมีการบังคับคดีโดย การยึดและนำทรัพย์สินจ้างออกขายทอดตลาดที่จะมีการร้องขจัดทรัพย์สินได้ตามป.วิ.พ.มาตรา 288

5.1.1.4 กรณีคู่สมรสนำสินสมรสไปจดทะเบียนจ้างโดยไม่ได้รับความยินยอมจาก คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

จากคำพิพากษาฎีกาที่ปรากฏได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ผู้รับจ้างซึ่งได้รับ จ้างงที่สินสมรสไว้โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนย่อมได้รับความคุ้มครองโดยที่นิติกรรมจ้างง จะไม่ต้องถูกเพิกถอน แม้ว่าคู่สมรสซึ่งเป็นผู้จ้างงจะได้นำที่สินสมรสไปจ้างงไว้โดยไม่ได้รับความ ยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งต้องพิจารณาทั้งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างง ลักษณะ ครอบครัวยุบรวมด้วย ทั้งนี้ จากแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้นยังได้ให้ความคุ้มครองผู้รับจ้างงต่อไป ด้วยว่า แม้ คู่สมรสอีกฝ่ายที่มีได้มีส่วนรู้เห็นด้วยในนิติกรรมจ้างงจะมีฐานะเป็นเจ้าของรวม แต่ก็ไม่ สามารถใช้สิทธิร้องขอปันส่วนเงินอันได้จากการขายทอดตลาดตามส่วนที่ตนมีฐานะเป็นเจ้าของรวมใน ที่สินสมรสตามป.วิ.พ.มาตรา 287 เพราะนิติกรรมจ้างงดังกล่าวมีลักษณะเป็นหนี้ร่วมตามป.พ. พ.มาตรา 1490 ซึ่งเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาสมากรเรียกชำระหนี้ได้จากทั้งสินสมรสและสินส่วนตัว

ของทั้งสองฝ่าย ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 5941/2545 ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติ ลักษณะจำนอง

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่า หากนิติกรรมจำนองที่คู่สมรสซึ่งเป็นผู้จำนองกระทำลงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมิได้มีลักษณะเป็นหนี้ร่วมตามป.พ.พ.มาตรา 1490 จะมีผลทางกฎหมายแตกต่างกันหรือไม่อย่างไร ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า การที่นิติกรรมจำนองที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำลงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะมีลักษณะเป็น "หนี้ร่วม" ตามป.พ.พ.มาตรา 1490 หรือไม่นั้น ย่อมเป็นการยากที่ผู้รับจำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจะทราบได้ แต่การที่คู่สมรสซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นด้วยในนิติกรรมจำนองปล่อยปลະละเลยให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินสินสมรสแต่เพียงผู้เดียว และคู่สมรสฝ่ายที่มีชื่อในโฉนดที่ดินจึงนำที่ดินสินสมรสไปจำนองไว้เป็นประกันการชำระหนี้ อาจถือว่าเป็นกรณีประมาทเลินเล่อที่ปล่อยให้บุคคลอื่นเอาทรัพย์สินซึ่งตนมีกรรมสิทธิ์ร่วมอยู่ด้วยไปจำนอง โดยอาจพิจารณาเทียบเคียงได้กับกรณีที่เจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้บุคคลอื่นไปจัดการขอแบ่งที่ดินและได้ลงชื่อในหนังสือมอบอำนาจที่ได้กรอกข้อความว่ามอบอำนาจให้ไปกระทำการใด ผู้รับมอบอำนาจจึงกรอกข้อความด้วยตนเองเพื่อนำไปจดทะเบียนจำนองไว้เป็นประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจำนองกฎหมายจึงให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจำนองที่ได้รับจำนองไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย

5.1.1.5 กรณีผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินมีกรรมสิทธิ์ร่วม

หากเป็นกรณีมีชื่อเท็จจริงปรากฏว่า ขณะที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้เข้ายึดที่ดินกรรมสิทธิ์ร่วมเพื่อนำออกขายทอดตลาดนั้นได้มี การตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ร่วมในระหว่างบรรดาเจ้าของรวม เจ้าพนักงานบังคับคดีจะสามารถบังคับคดีโดยยึดที่ดินกรรมสิทธิ์ร่วมได้ทั้งแปลงหรือเฉพาะเพียงส่วนของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ปรากฏแนวปฏิบัติตามคำพิพากษาฎีกาซึ่งยังคงขาดความชัดเจนและมีได้วินิจฉัยวางหลักไปในทิศทางเดียวกัน อาทิเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2437/2528, 2883/2528, 2451/2548 เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในการวินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าว สิทธิจำนองย่อมครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินจำนองหมดทุกส่วน และตามบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน และหลักกฎหมายสารบัญญัติบรรพ 4 ทรัพย์สิน หมวด 3 เรื่องกรรมสิทธิ์รวมดังที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าในบทที่ 4 อาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

- กรณีที่ดินมีโฉนด เจ้าของรวมทุกคนย่อมมีกรรมสิทธิ์ครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของที่ดิน และสิทธิจำนองย่อมครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของที่ดิน ความตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ร่วมระหว่างบรรดาเจ้าของรวมจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับจำนองได้ก็ต่อเมื่อมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น ตรีบาทใดที่ความตกลงแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ร่วมนั้นยังมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้รับจำนองก็สามารถเข้ายึดที่ดินกรรมสิทธิ์ร่วมได้ทั้งแปลง

- กรณีที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ซึ่งเป็นที่ดินที่มีหนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้มีการทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้มีสิทธิเหนือที่ดินจึงมุ่งพิจารณาที่การครอบครองตามความเป็นจริงเป็นสำคัญ ดังนั้น หากผู้รับจำนองจดทะเบียนรับ

จำนวนที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยทราบว่าได้มีการตกลงแบ่งแยกที่ดินน.ส.3 ในระหว่างบรรดาผู้ที่มีชื่อในน.ส.3 และมีการแบ่งแยกการครอบครองกันตามความเป็นจริงแล้ว ผู้รับจำนวนย่อมยึดที่ดินน.ส.3 ได้เฉพาะส่วนที่เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น แต่หากผู้รับจำนวนจดทะเบียนรับจำนวนที่ดินน.ส.3 โดยไม่ทราบว่าได้มีการตกลงแบ่งแยกที่ดินในระหว่างบรรดาผู้ที่มีชื่อในน.ส.3 และยังมีได้มีการจดทะเบียนแบ่งแยกการครอบครองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แม้ว่าจะมีการแบ่งแยกการครอบครองกันตามความเป็นจริงก็ย่อมไม่อาจยกขึ้นกล่าวอ้างยันต่อผู้รับจำนวนได้ เพราะสิทธิจำนวนย่อมครอบไปถึงทุกส่วนแห่งทรัพย์สินจำนวนผู้รับจำนวนจึงยึดที่ดินน.ส.3 ได้ทั้งแปลง

5.1.2 สิทธิจำนวนเป็นทรัพย์สินติดตัวทรัพย์สินและใช้สิทธิได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ

การประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนองนั้น สิ่งที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อผู้รับจำนวนคือ ทรัพย์สินจำนอง ซึ่งเมื่อใดก็ตามที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ผู้รับจำนวนย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจำนองได้ โดยมีใช้การบังคับชำระหนี้เอาแก่ตัวบุคคลดังเช่น "การค้ำประกัน" สิทธิจำนวนจึงเป็นสิทธิพิเศษที่ผู้รับจำนวนมีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยผู้รับจำนวนมีสิทธิบังคับจำนองได้แม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม และ ผู้รับจำนวนสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องอายุความ กล่าวคือ กรณีนี้สามัญที่ขาดอายุความแล้ว แม้ว่าหนี้จะยังไม่ระงับสิ้นไปแต่หากเจ้าหนี้ฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ ลูกหนี้ย่อมสามารถยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธการชำระหนี้ได้ ในขณะที่ผู้รับจำนวนสามารถฟ้องร้องบังคับจำนองได้แม้ว่าหนี้ประธานจะขาดอายุความ โดยลูกหนี้จะไม่สามารถยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ แต่จะต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดว่าไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเกินกว่า 5 ปีได้

ทั้งนี้ ขั้นตอนของการดำเนินคดีบังคับจำนองนั้นมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอันควรทำการศึกษาวินิจฉัยที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ว่า ผู้รับจำนวนย่อมสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองได้แม้ว่าหนี้ประธานจะขาดอายุความ แต่หากเป็นกรณีมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาให้ผู้รับจำนวนเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาทุกฉบับมิได้ดำเนินการบังคับคดีให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลา 10 ปีตาม ป.วิ.พ.มาตรา 271 จะเกิดผลทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 224/2535 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3442/2542 วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า การที่ผู้รับจำนวนไม่ร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาจนล่วงพ้นกำหนดเวลาบังคับคดีตามป.วิ.พ.มาตรา 271 ย่อมส่งผลให้ผู้รับจำนวนสิ้นสิทธิที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษา ผู้รับจำนวนจึงไม่สามารถบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้อีก แต่เมื่อสิทธิจำนวนยังไม่ระงับสิ้นไป ผู้รับจำนวนจึงยังคงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จำนวนตามป.พ.พ.มาตรา 745 ถ้าลูกหนี้เข้าชำระหนี้เสียเอง โดยหากเป็นไปตามแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวอาจถือได้ว่าหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองกับแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเท่าที่ปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาไม่มีความสอดคล้องกัน เพราะในขณะที่ผู้รับจำนวนจะสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องอายุความตามหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง แต่หากผู้รับจำนวนซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่ดำเนินการบังคับคดีเสีย

ภายในกำหนดเวลา 10 ปีตามป.วิ.พ.มาตรา 271 ผู้รับจ้างงอกลับสิ้นสิทธิในการบังคับคดีจ้างงอตามแนวปฏิบัติแห่งหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งแม้ว่าสิทธิจ้างงอจะยังไม่ระงับสิ้นไปก็ตาม โดยผู้รับจ้างงอมีเพียงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้หากลูกหนี้เข้าชำระหนี้เสียเอง และในทางกลับกัน คือ การไม่จดทะเบียนลบลสิทธิจ้างงอให้หากไม่มีการชำระหนี้

5.1.3 ผู้รับจ้างงอมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน

ผู้รับจ้างงอซึ่งเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันด้วยทรัพย์สิน ย่อมมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินจ้างงอในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจ้างงอก่อนหรือ"สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อน"ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

- สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ
- สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้นุริมสิทธิ เว้นแต่เจ้าหนี้นั้นนุริมสิทธิตามป.พ.พ.

มาตรา 285 และมาตรา 286 คือ เจ้าหนี้นั้นนุริมสิทธิในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์ และเจ้าหนี้นุริมสิทธิในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์

- สิทธิของผู้รับจ้างงอลำดับก่อนที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจ้างงอลำดับหลัง เพราะกรณีมีการจ้างงอทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายรายหรือ "จ้างงอซ้อน" กฎหมายให้ถือลำดับของผู้รับจ้างงอตามวันและเวลาจดทะเบียน

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกรณีอาจเป็นไปได้ว่าหนี้ของผู้รับจ้างงอลำดับหลังถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ของผู้รับจ้างงอลำดับก่อนตน และผู้รับจ้างงอลำดับหลังก็ประสงค์ที่จะใช้สิทธิบังคับจ้างงอเอาแก่ทรัพย์สินจ้างงอนั้นก่อนผู้รับจ้างงอลำดับก่อนตน ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ยังขาดความชัดเจนว่าผู้รับจ้างงอลำดับหลังจะสามารถใช้สิทธิเช่นนี้ได้หรือไม่ เพราะเหตุใด กรณีดังกล่าวนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองว่าการจ้างงอทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายรายสามารถเกิดขึ้นได้ ซึ่งจะพิจารณาลำดับของผู้รับจ้างงอตามวันและเวลาจดทะเบียน ผู้รับจ้างงอลำดับก่อนจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจ้างงอลำดับหลัง โดยผู้รับจ้างงอคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจ้างงอคนก่อนไม่ได้ เพราะฉะนั้น เมื่อนั้นของผู้รับจ้างงอลำดับหลังถึงกำหนดชำระผู้รับจ้างงอลำดับหลังก็สามารถใช้สิทธิบังคับจ้างงอก่อนผู้รับจ้างงอลำดับก่อนตนได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติห้ามไว้ว่าผู้รับจ้างงอลำดับหลังไม่สามารถใช้สิทธิบังคับจ้างงอก่อนผู้รับจ้างงอลำดับก่อนตนได้ แต่อย่างไรก็ตามหากผู้รับจ้างงอลำดับหลังใช้สิทธิบังคับจ้างงอและผู้รับจ้างงอลำดับก่อนตนได้ร้องสอดเข้าไปเป็นคู่ความในคดีตามป.วิ.พ.มาตรา 57 (1) โดยสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการใช้สิทธิบังคับจ้างงอของผู้รับจ้างงอลำดับหลังจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน ศาลย่อมไม่สามารถพิพากษาให้มีการบังคับจ้างงอโดยผู้รับจ้างงอลำดับหลังได้ ซึ่งน่าจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างงอดังกล่าวมาข้างต้นตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1711/ 2530

นอกจากนี้กรณีที่ลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย ผู้รับจ้างงอซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจ้างงอเอาแก่ทรัพย์สินจ้างงออันเป็นหลักประกันสามารถเลือกใช้สิทธิบังคับจ้างงอได้วิธีใดวิธีหนึ่งจากกรณีดังต่อไปนี้

1. ฟ้องคดีแพ่งสามัญเพื่อบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน

2. ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 95

3. ยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลาย

ภายหลังจากการศึกษาค้นคว้าทำให้ทราบว่า ผู้รับจ้างซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจ้างของเขาแก่ทรัพย์สินจ้างองได้โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนแห่งกฎหมายล้มละลายได้ 2 วิธี คือ

1. ฟ้องคดีแพ่งสามัญเพื่อบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน โดยฟ้องเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งมีหน้าที่ชำระเสาะหาหนี้สินของลูกหนี้ เพื่อบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งการใช้สิทธิบังคับจ้างด้วยวิธีนี้เป็นการฟ้องร้องบังคับเกี่ยวแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ถือว่าเป็นการฟ้องคดีแพ่งที่ไม่เกี่ยวพันกับคดีล้มละลายจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลล้มละลายกลางตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายฯ มาตรา 7 ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2829/2524

2. ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 95

การใช้สิทธิบังคับจ้างด้วยวิธีนี้เจ้าหนี้มีประกันจะต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าตรวจดูทรัพย์สินนั้นด้วย อันเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายซึ่งควรทำการศึกษาวิเคราะห์ว่า การที่บทบัญญัติมาตรา 95 ได้กำหนดไว้ให้เจ้าหนี้มีประกันจะต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าตรวจดูทรัพย์สินนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหนี้มีประกันผู้เลือกใช้สิทธิตามมาตรา 95 ได้รับชำระหนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด ซึ่งภายหลังจากที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนเห็นว่า ผู้รับจ้างเป็นเจ้าหนี้มีประกันผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินจ้างองของลูกหนี้ ซึ่งได้ให้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์อันเป็นสิทธิตามที่กฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างองได้บัญญัติรับรอง คุ้มครองไว้ให้ผู้รับจ้างสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินจ้างองได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 95 นั้นมิได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในอันที่จะมีอำนาจสอบสวนเรื่องหนี้สินอันมีหลักประกันเหมือนดังเช่นกรณีที่เจ้าหนี้มีประกันใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 ซึ่งมีมาตรา 105 บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สอบสวนในเรื่องหนี้สินที่ขอรับชำระหนี้แล้วจึงทำความเข้าใจส่งสำนวนเรื่องหนี้สินนั้นต่อศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงน่าจะมีอำนาจเพียงตรวจดูทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของเจ้าหนี้เท่านั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมไม่มีอำนาจออกคำสั่งว่าเจ้าหนี้มีประกันผู้เลือกใช้สิทธิตามมาตรา 95 จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หรือไม่ แต่การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าตรวจดูทรัพย์สินก็เพื่อให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ประเมินราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเปรียบเทียบกับจำนวนหนี้ว่าควรดำเนินการตามที่ผู้รับจ้างร้องขอหรือควรให้เจ้าหนี้ไปดำเนินการตามกฎหมายอื่นด้วยตนเองตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 6722/2544, 593/2538 เท่านั้น เพราะฉะนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การใช้สิทธิบังคับจ้างตามวิธีการต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น

เมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายนั้น ผู้รับจ้างซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันยอมมีสิทธิได้รับชำระหนี้
เอาแก่ทรัพย์สินจ้างก่อนเจ้าหนี้รายอื่น

5.1.4 ผู้รับจ้างต้องมีการบอกกล่าวบังคับจ้างก่อนจึงจะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจ้างได้

ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนด
หลักเกณฑ์ในการฟ้องร้องบังคับจ้างอันมีสาระสำคัญว่า ผู้รับจ้างซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้อง
บังคับจ้างมีหน้าที่จะต้องบอกกล่าวบังคับจ้างไปยังลูกหนี้และหรือผู้รับโอนทรัพย์สินจ้างก่อนว่า
ให้ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาอันสมควรที่ได้กำหนดไว้ในคำบอกกล่าว ถ้าและไม่มีการปฏิบัติตามคำ
บอกกล่าวผู้รับจ้างจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับจ้างต่อศาลได้ไม่ว่าจะเป็น การบังคับจ้างโดย
การเอาทรัพย์สินจ้างออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามป.พ.พ.มาตรา 728 หรือการ
บังคับจ้างโดยการเอาทรัพย์สินจ้างหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจ้างตามป.พ.พ.มาตรา 729

อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจ้างด้วยวิธีการตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ผู้รับจ้างยังสามารถใช้สิทธิบังคับจ้างเอาแก่
ทรัพย์สินจ้างได้โดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นตามป.วิ.พ.มาตรา 289 ได้ด้วย

ทั้งนี้ แม้ว่าผู้รับจ้างจะสามารถเลือกใช้สิทธิบังคับจ้างได้ด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง
ดังกล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่ผู้รับจ้างก็จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใน
แต่ละกรณีด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติปรากฏว่าแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่าที่ปรากฏจากแนวคำ
พิพากษาศาลฎีกาและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับการบังคับจ้างยังคงขาดความชัดเจน หรือตีความได้หลายนัย
ยะอันอาจนำไปสู่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายต่างๆ ดังที่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 ซึ่งอาจ
กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

5.1.4.1 กรณีผู้รับจ้างประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจ้างตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ ผู้รับจ้างยอมมีหน้าที่ต้องบอกกล่าวบังคับจ้างไปยังลูกหนี้และหรือผู้รับโอน
ทรัพย์สินจ้างดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินจ้างไปยังบุคคลภายนอกแล้ว
ก็จะต้องมีการบอกกล่าวไปยังผู้รับโอนทรัพย์สินจ้างเหล่านั้นด้วย โดยปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา
ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า การที่ผู้รับจ้างฟ้องร้องบังคับจ้างโดยมิได้บอกกล่าวบังคับจ้างก่อน ถือว่า
ผู้รับจ้างไม่มีอำนาจฟ้องและศาลจะพิพากษายกฟ้อง แต่การพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุดังกล่าวก็ไม่
เป็นการตัดสิทธิผู้รับจ้างในการที่จะฟ้องร้องเป็นคดีใหม่เมื่อได้มีการบอกกล่าวบังคับจ้างโดยชอบ
ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2535 และ 1025/2475

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลที่กฎหมายสารบัญญัติลักษณะจ้างได้กำหนดให้
ผู้รับจ้างซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจ้างจะต้องมีการบอกกล่าวบังคับจ้างก่อน แม้ว่า
หนี้จ้างเป็นหนี้ที่มีกำหนดเวลาชำระตามวันเวลาแห่งปฏิทิน ซึ่งตามปกติเจ้าหนี้ยอมมีสิทธิบังคับ
ชำระหนี้ได้ทันทีที่หนี้ถึงกำหนดชำระโดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนก็ตาม แต่ในกรณีของหนี้จ้างนั้น
กฎหมายน่าจะมิวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการให้โอกาสและเวลาแก่ลูกหนี้ในการที่จะชำระหนี้เพราะหาก
พิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีเจ้าหนี้สามัญใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้จะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้สามัญ

ยอมมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ บุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วยตามป.พ.พ.มาตรา 214 ในขณะที่เจ้าหนี้จำนองผู้ใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองนั้นมีสิทธิบังคับจำนองเอาเฉพาะแก่ทรัพย์สินจำนองเท่านั้น เว้นแต่จะมีข้อตกลงยกเว้น ป.พ.พ.มาตรา 733 เพื่อผูกพันตนรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังการบังคับจำนองและในกรณีที่มีการจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้รายเดียวโดยมิได้ระบุลำดับ การบอกกล่าวบังคับจำนองยอมทำให้ผู้จำนองทราบได้ว่า ผู้รับจำนองประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนองและทรัพย์สินจำนองสิ่งใดจะถูกบังคับจำนอง เพราะผู้จำนองอาจไม่ทราบว่าหนี้ที่ประกันถึงกำหนดชำระเมื่อใด ภายหลังจากการบอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว ผู้จำนองจึงอาจเข้าชำระหนี้เสียเองแทนลูกหนี้เพื่อป้องกันมิให้ต้องบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองนั้นได้ ประกอบกับทรัพย์สินจำนองมักเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงและมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หากได้มีการไถ่ถอนจำนองหรือผู้จำนองเข้าชำระหนี้เสียเองก็อาจจะไม่ต้องมีการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองนั้นอันจะเกิดประโยชน์ในด้านคุณค่าทางเศรษฐกิจ

เพราะฉะนั้น การที่ศาลพิพากษายกฟ้องเมื่อผู้รับจำนองฟ้องร้องบังคับจำนอง โดยไม่มีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนจึงถือได้ว่าแนวปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ปรากฏจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเปรียบเสมือนบทลงโทษต่อผู้รับจำนองซึ่งมิได้ปฏิบัติตามหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง อันจะส่งผลให้หลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองมีผลบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ อีกทั้งการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่าการพิพากษายกฟ้องในกรณีดังกล่าวไม่เป็นการตัดสิทธิผู้รับจำนองที่จะฟ้องร้องบังคับจำนองเมื่อได้บอกกล่าวบังคับจำนองโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว นับว่าเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง เพราะการไม่บอกกล่าวบังคับจำนองมิใช่กรณีใดกรณีหนึ่งตามบทบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง อันจะส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไป ผู้รับจำนองจึงยังคงสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้เมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ทั้งนี้ นอกจากผู้รับจำนองมีหน้าที่จะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนการฟ้องร้องบังคับจำนองแล้ว ในการฟ้องร้องบังคับจำนองนั้นผู้รับจำนองก็ต้องฟ้องร้องลูกหนี้และผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วยตามแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติ มิฉะนั้นคำพิพากษาย่อมไม่ผูกพันบุคคลซึ่งมิได้เป็นคู่ความในคดีนั้น ด้วยเหตุว่าแม้ว่าบุคคลจะมีสิทธิและหน้าที่ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติก็ตาม แต่ในการบังคับใช้สิทธิของตนให้เป็นไปตามสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้ นั่นก็จะต้องดำเนินการตามแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวคำพิพากษาย่อมมีผลผูกพันเฉพาะบุคคลที่ถูกฟ้องร้องเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเท่านั้น เพราะหากคำพิพากษามีผลผูกพันบุคคลซึ่งมิได้ถูกฟ้องเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วยย่อมไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเหล่านั้นที่มีโอกาสต่อสู้คดี ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1251/2510

5.1.4.2 กรณีผู้รับจ้างต้องใช้สิทธิบังคับจ้างงานโดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อน ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 289

ด้วยเหตุว่าผู้รับจ้างสามารถใช้สิทธิบังคับจ้างงานได้โดยการเลือกให้นำทรัพย์สินจ้างออกขายทอดตลาดโดยปลอดจ้างแล้วนำเงินที่ได้มานั้นชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้รายอื่นตาม ป.วิ.พ.มาตรา 289 แต่ผู้รับจ้างซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจ้างงานในกรณีเช่นนี้จะต้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติปรากฏว่ามีกรณีที่ผู้รับจ้างมิได้ยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ผลตามกฎหมายจะเป็นเช่นใด และแนวปฏิบัติแห่งกฎหมายวิธีสบัญญัติตามที่ปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้สอดคล้องกันไปในทิศทางเดียวกัน อาทิเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1551/2543, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3655/2538 ซึ่งวินิจฉัยวางหลักว่า สิทธิจ้างงานไม่ระงับสิ้นไปและผู้รับจ้างยังคงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ "ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น" ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1995/2535 วินิจฉัยว่าผู้รับจ้างสิ้นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น

ผู้เขียนเห็นว่า ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติสิทธิจ้างงานจะระงับสิ้นไปก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ต้องตามบทบัญญัติว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจ้างงานเท่านั้น และการใช้สิทธิบังคับจ้างงานโดยการยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามป.วิ.พ.มาตรา 289 วรรคสอง ซึ่งจะต้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดนั้น ก็เพื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีจะได้ดำเนินการไปโดยถูกต้องตามเจตนาของผู้รับจ้างงานเท่านั้นดังเช่นที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 5.1.1.2 ข้างต้น อีกทั้งการไม่ใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามป.วิ.พ. มาตรา 289 มิใช่กรณีใดกรณีหนึ่งตามป.พ.พ.มาตรา 744 ว่าด้วยเรื่องความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิจ้างงาน สิทธิจ้างงานจึงยังไม่ระงับสิ้นไป และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 823/2487 ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ถึงขนาดว่าแม้ศาลและผู้ซื้อจะไม่รู้ว่ามีกิจการจ้างงานเนื่องจากโฉนดที่เจ้าพนักงานคดีจะขาดตกบกพร่องเรื่องจ้างงาน การจ้างงานก็ยังคงติดทรัพย์นั้น การที่ผู้รับจ้างมิได้ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ก่อนตามกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้รับจ้างก็ยังคงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสิทธิจ้างงานอันตนมีอยู่เหนือทรัพย์สินจ้างงานโดยมิได้สิ้นสิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาตามป.วิ.พ. มาตรา 287 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเพื่อให้การรับรองสิทธิหรือแสดงสิทธิให้แก่บุคคลภายนอกผู้มีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นๆเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา อาทิเช่น ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้จ้างงาน ที่แม้ว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะสามารถดำเนินการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินจ้างงานได้ก็ตาม แต่สิทธิของเจ้าหนี้จ้างงานก็มิได้รับความกระทบกระทั่งในการที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจ้างงานซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้

5.1.4.3 กรณีผู้รับจ้างต้องใช้สิทธิยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 290

กรณีที่ลูกหนี้คนเดียวมีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามากกว่าหนึ่งคน และเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปยึดหรืออายัดทรัพย์ของจำเลยไว้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นจะยึดทรัพย์ของลูกหนี้คนนั้นเข้าไม่ได้ตามที่ป.วิ.พ.มาตรา 290 ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดหรืออายัดทรัพย์ของจำเลยไว้เพื่อบังคับคดีให้เป็นไป

ตามคำพิพากษาของศาล และผู้รับจำนองยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินตามบทบัญญัติดังกล่าวจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิบังคับจำนองหรือไม่ ซึ่งปรากฏว่ามีคำพิพากษาฎีกาที่ 816/2543 วินิจฉัยไว้ว่า การขอเฉลี่ยทรัพย์สินเป็นการบังคับคดีอย่างหนึ่งซึ่งเจ้านี้ตามคำพิพากษาจะต้องดำเนินการบังคับคดีเสียให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่ศาลได้มีคำพิพากษา และคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินเป็นการร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินจำนองตามป.วิ.พ.มาตรา 287 ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2889/2532

ผู้เขียนจึงเห็นว่า เนื่องจากการยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินให้ยึดแล้วหรือยึดแล้วแต่ทรัพย์สินมีราคาไม่พอชำระหนี้ เจ้านี้ตามคำพิพากษารายอื่นจึงต้องมาขอรับชำระหนี้ในคดีที่ยึดไว้ก่อนโดยจะได้รับชำระหนี้ในลักษณะเดียวกับเจ้านี้ในคดีที่ยึดทรัพย์สินไว้ก่อน ซึ่งผลจากการยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินนี้หากศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่เจ้านี้ผู้ยื่นคำร้องขอจะได้รับการเฉลี่ยทรัพย์สิน ผู้รับจำนองซึ่งยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินย่อมได้รับชำระหนี้ตามสิทธิจำนองอันตนมีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองนั้น ประกอบกับการยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินเป็นการบังคับคดีอย่างหนึ่ง เพราะฉะนั้น เมื่อผู้รับจำนองใช้สิทธิยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินจึงเป็นการใช้สิทธิบังคับจำนองประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า สิทธิในการได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้สำหรับเจ้านี้ตามคำพิพากษาแต่ละรายนั้นย่อมต้องพิจารณาถึงความจำเป็นผู้รับสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ อันอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามกฎหมายด้วย เพราะบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ของเจ้านี้ตามคำพิพากษาแต่ละรายย่อมเป็นสิ่งกำหนดว่าเจ้านี้ผู้ยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินควรจะได้รับชำระหนี้เท่าใด ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1242/2508 และคำพิพากษาฎีกาที่ 6326/2534 กล่าวคือ เจ้านี้สามัญผู้ยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินสามารถเข้าเฉลี่ยได้เฉพาะเงินที่เหลือจากการชำระหนี้จำนองแล้วเท่านั้น หากชำระหนี้จำนองแล้วไม่พอชำระหนี้ก็ไม่มียุทธียุทธจะเฉลี่ยให้แก่เจ้านี้คนอื่น แต่หากเป็นกรณีเจ้านี้จำนองยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ร่วมกับเจ้านี้จำนองซึ่งได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยไว้ แต่มีสิทธิได้รับชำระหนี้เพียงเท่าที่ไม่เกินวงเงินจำนองเท่านั้น โดยหนี้ส่วนที่เหลือต้องขอเฉลี่ยอย่างเจ้านี้สามัญเท่านั้น

5.1.4.4 กรณีผู้จำนองใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ "สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไต่เบียดในเวลาภายหลังได้"

หากลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย พระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 101 ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ค้าประกัน หรือผู้ค้าประกันร่วม หรือบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันว่าสามารถยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ "สำหรับจำนวนที่ตนอาจใช้สิทธิไต่เบียดในเวลาภายหลังได้" แต่ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดถึงสิทธิของ "ผู้จำนอง" ด้วย อีกทั้งยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีดังกล่าวไว้ ซึ่งภายหลังจากการศึกษาค้นคว้าในบทที่ 4 อาจวิเคราะห์ได้ว่าการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้เป็นคดีแพ่งนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเจ้านี้ผู้ฟ้องคดีในอันที่จะบังคับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้โดยตรง ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับเอาทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้มาแบ่งเฉลี่ยให้แก่บรรดาเจ้านี้ทุกคนของลูกหนี้ ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย เจ้านี้ซึ่งประสงค์จะได้รับชำระหนี้ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ

ที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินคดีแพ่ง โดยการที่พระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 101 กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันร่วม หรือบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกัน สามารถยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ตนเองอาจใช้สิทธิไต่เบียด ในเวลาภายหลังได้นั้น แม้ว่าขณะที่ ยื่นคำร้องบุคคลเหล่านี้ยังไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิได้ เพราะยังมีได้มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแต่เป็นการยื่น คำร้องขอรับชำระหนี้ไว้ล่วงหน้าเพื่อว่าในเวลาภายหลังซึ่งล่วงเลยกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่วันโฆษณา คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดอันเป็นกำหนดเวลาสำหรับการยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย เขา อาจต้องถูกบังคับชำระหนี้และใช้เงินให้แก่เจ้าหนี้ไป ดังนั้น หากบทบัญญัติดังกล่าวไม่กำหนดไว้เช่นนี้ บุคคลเหล่านี้ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิไต่เบียดได้แม้ว่าตนเองจะได้ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปเพราะเป็นการชำระหนี้ ภายหลังจากที่กำหนดเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ล่วงเลยไปแล้ว ดังนั้น หากพิจารณากรณี "จำนอง" จะ สังเกตได้ว่า ป.พ.พ.มาตรา 724 มีสาระสำคัญซึ่งกำหนดให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่ได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้เพื่อ บังคับมิให้ต้องบังคับจำนองหรือผู้จำนองที่ทรัพย์สินของตนถูกบังคับจำนองมีสิทธิได้รับเงินใช้คืนจาก ลูกหนี้ตามจำนวนที่ตนได้ชำระไปหรือตามจำนวนซึ่งผู้จำนองจะได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองนั้น เช่นเดียวกันกับกรณีและผู้ค้ำประกันมี "สิทธิไต่เบียด" เอาจากลูกหนี้เพื่อคืนเงินและดอกเบี้ยที่ตนได้ชำระ ให้แก่เจ้าหนี้ไป แสดงว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้ค้ำประกันและผู้จำนองมีสิทธิได้รับการชดเชยคืน จากลูกหนี้ในลักษณะของการ ใช้สิทธิไต่เบียดหรือสิทธิได้รับเงินใช้คืนแตกต่างกันไปตามลักษณะของการ ประกันการชำระหนี้ว่าจะเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคลหรือการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน เช่นนี้จึงควรตีความบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 101 ให้ "ผู้จำนอง" มีสิทธิยื่น คำขอรับชำระหนี้ "สำหรับจำนวนที่ตนเองอาจใช้สิทธิไต่เบียดในเวลาภายหลัง" ได้เช่นกัน

5.1.4.5 หนี้ประธานส่วนที่ขาดภายหลังจากการบังคับจำนอง ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด

ด้วยเหตุว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง คือ ป.พ.พ. มาตรา 733 เดิม ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2476 นั้น มีสาระสำคัญว่าเมื่อมีการบังคับจำนองไม่ว่าโดย การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนองหรือโดยการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด แล้วได้เงินจำนวนสุทธิต่ำกว่าจำนวนหนี้ที่ค้ำชำระ ลูกหนี้ยังคงต้องผูกพันรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาดจนครบ ประกอบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายสารบัญญัติเรื่องหนี้ คือ ป.พ.พ.มาตรา 214 เดิม ก็ได้บัญญัติไว้สอดคล้องกันว่า โดยหลักทั่วไปในการบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกค้ำชำระแก่ลูกหนี้ด้วย หมายความว่า ลูกหนี้จะต้อง ผูกพันรับผิดชอบจนเต็มจำนวนหนี้จึงจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามหนี้นั้น

ทั้งนี้ ต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 733 ว่า "ลูกหนี้ไม่ ต้องรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาด" ภายหลังจากการบังคับจำนอง และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตลอดไปถึง บทบัญญัติมาตรา 214 ให้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 733 จึงอาจสรุปสาระสำคัญของ วัตถุประสงค์แห่งบทบัญญัติทั้งสองมาตราที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

1. หากมีหนี้ส่วนที่จากภายหลังจากการบังคับจำนองไม่ว่าด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนองหรือการเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด ลูกหนี้ไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาด และ

2. การที่บทบัญญัติมาตรา 214 อันเป็นหลักทั่วไปว่าด้วยเรื่องการบังคับชำระหนี้จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 733 แสดงว่า หากเจ้าหนี้จำนองใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่เพียงพอแก่การใช้หนี้เต็มจำนวน เจ้าหนี้จำนองย่อมไม่สามารถเลี่ยงไปใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญเพื่อบังคับชำระหนี้เอาแก่ "ทรัพย์สินอื่นๆ" ของลูกหนี้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันวงประสงค์จะบังคับชำระหนี้จะต้องฟ้องร้องบังคับจำนองเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยผลสืบเนื่องจากการแก้ไขบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวทำให้ในทางปฏิบัติผู้รับจำนองก็มีวิธีการเลี่ยงเพื่อให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาดดังเช่นบทบัญญัติมาตรา 733 เดิม อันนำมาสู่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายซึ่งได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ดังต่อไปนี้

1. ผู้รับจำนองเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ

เนื่องจากการใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญตามป.พ.พ.มาตรา 214 เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาย่อมสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้โดยสิ้นเชิง ลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องผูกพันรับผิดชอบเงินจนครบเต็มตามจำนวนหนี้ที่ตนค้างชำระจึงจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ซึ่งในทางปฏิบัติปรากฏว่าได้มีแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ผู้รับจำนองสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญหรืออย่างเจ้าหนี้จำนองก็ได้โดยให้เหตุผลว่า จำนองเป็นประกันการชำระหนี้ซึ่งอาจแยกหนี้จำนองกับหนี้ประธานหรือหนี้ที่เป็นประกันออกเป็นคนละส่วนได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หนี้ที่มีจำนองเป็นประกันนั้น เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนี้สามัญโดยบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้หรือจะบังคับจำนองโดยใช้บุริมสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองก็ได้ การจำนองมิได้ผูกพันผู้รับจำนองให้ต้องบังคับจำนองเท่านั้นดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 127/2506, 908/2532, 2044/2526

ผู้เขียนเห็นว่า หากผู้รับจำนองสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้จำนองก็ได้ น่าจะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 214 และ มาตรา 733 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเจตนารมณ์ให้เจ้าหนี้จำนองใช้สิทธิบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้มีประกันเท่านั้น อีกทั้งอาจก่อให้เกิดความเสียหาย และการได้เปรียบเสียเปรียบต่อคู่สัญญาและบุคคลผู้มีส่วนได้เสียได้ อาทิเช่น

- การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไปโดยปลอดจำนอง ราคาของทรัพย์สินย่อมต้องบวกหนี้จำนองเข้าด้วย โดยชำระราคาให้แก่ผู้ขายเฉพาะส่วนที่เกินกว่าหนี้จำนองผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองจึงรับโอนทรัพย์สินจำนองไปโดยติดจำนองและได้ทรัพย์สินไปในราคาที่ต่ำกว่าความจริง หากปรากฏว่าต่อมาภายหลังจากเจ้าหนี้จำนองยึดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ขายทอดตลาดชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

หนี้โดยไม่ฟ้องร้องบังคับจำนอง เมื่อนั้นที่ประกันระงับสิ้นไปย่อมส่งผลให้สิทธิจำนองระงับสิ้นไปด้วย โดยผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองไม่ต้องชำระหนี้และขอให้ปลดจำนองได้

เจ้าหนี้จำนองที่ฟ้องร้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ ย่อมไม่เสียไปซึ่งบุริมสิทธิ ในหนี้จำนองจึงสามารถฟ้องร้องบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองซึ่งไม่รู้ว่าได้มีการชำระหนี้ เสร็จแล้ว ส่งผลให้เจ้าหนี้จำนองได้รับชำระหนี้เกินจำนวนที่ตนเป็นเจ้าหนี้

2. คู่สัญญาทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 โดยตกลงกันว่า หากบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้เต็มจำนวน ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาด

มีนักกฎหมายได้ให้ความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่ายเกี่ยวกับการทำข้อตกลงยกเว้น มาตรา 733 ว่า ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าในบทที่ 4 อาจสรุปสาระสำคัญได้ว่า เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพราะเป็นเรื่องระหว่างเอกชน มิได้กระทบถึงผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมหรือแนวนโยบายของรัฐ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาทำข้อตกลงยกเว้น บทบัญญัติมาตรา 733 ย่อมไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 จึงมีผลบังคับใช้ได้ และหากพิจารณาในทางกลับกันการที่บุคคลเป็นหนี้ต่อกันแต่กลับไม่ต้องรับผิดชอบหนี้จนครบเต็มตามจำนวนหนี้ อาจจะก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมืองมากกว่าเสียอีก และในแง่ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ การที่ลูกหนี้ทำข้อตกลงว่าภายหลังจากการบังคับจำนองตนจะยอมผูกพันรับใช้หนี้ส่วนที่ขาดจนครบเต็มตามจำนวนหนี้ ถือได้ว่าเป็นการผูกพันตนรับผิดชอบหนี้ที่ตนได้ก่อขึ้นเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ อันอาจถือได้ว่าทำให้เจ้าหนี้จำนองได้เปรียบลูกหนี้ซึ่งจะถือว่าไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 จึงไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ

2. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวិเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองเพื่อทราบถึงแนวความคิด หลักกฎหมายและเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในการนำเอาทรัพย์สินจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ประกอบกับกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ตลอดจนหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองเพื่อทราบถึงแนวทางการดำเนินคดีบังคับจำนองในปัจจุบัน ปรากฏว่าในการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับจำนองยังคงมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายหลายประการดังที่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 โดยผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุแห่งประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากความไม่สอดคล้องต้องตรงกันระหว่างเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองในการเอาทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้

กฎหมายวิธีสบัญญัติและแนวปฏิบัติหรือแนวคำพิพากษาฎีกาของการดำเนินคดีบังคับจำนองและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม การที่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเหล่านี้เกิดจากความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ และในบางกรณีก็ยังไม่มีการแก้ไขปรับปรุงการวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลฎีกา ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าที่ได้นำเสนอไปแล้วนั้น ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอแนะความคิดเห็นเพื่อเป็นแนวทางในการสร้างความเข้าใจและเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายดำเนินคดีบังคับจำนองตลอดจนกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองได้โดยถูกต้องและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนอง ดังนี้

1. เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งบัญญัติให้การรับรองคุ้มครอง และกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลในนิติสัมพันธ์ลักษณะต่างๆ ในขณะที่กฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการต่างๆ ในอันที่บุคคลทั้งหลายจะพึงปฏิบัติไปในทางศาล เพื่อให้ได้รับความรับรอง คุ้มครอง และบังคับตามสิทธิหน้าที่ซึ่งตนมีอยู่ตามกฎหมายสารบัญญัติ ผู้บังคับใช้กฎหมายที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายจึงควรตระหนักว่ากระบวนการดังกล่าวมิใช่ตัวกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในนิติสัมพันธ์ แต่จะต้องพิจารณาว่าบุคคลเหล่านั้นมีสิทธิหน้าที่ตามหลักกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองอย่างไร แล้วจึงบังคับใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองในการนำทรัพย์สินมาจำนองไว้เป็นประกันการชำระหนี้เป็นสำคัญ ทั้งนี้ ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายบางประการเกิดจากช่องว่างระหว่างกฎหมายสารบัญญัติลักษณะจำนองและกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นสามารถแก้ไขได้ด้วยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของผู้ใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่อย่างใด

2. กรณีการร้องขอชดเชยทรัพย์ตามป.วิ.พ.มาตรา 288 แม้ว่าจะมีการกำหนดมาตรการป้องกันการยื่นคำร้องขอชดเชยทรัพย์ที่ไม่มีมูลและยื่นเข้ามาเพื่อประวิงคดีให้ชักช้า หรือคำร้องนั้นไม่มีเหตุผลอันควรฟังโดยศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้ผู้ยื่นคำร้องขอชดเชยทรัพย์วางเงินต่อศาลภายในระยะเวลาและตามจำนวนที่ศาลกำหนด และคำสั่งของศาลในกรณีดังกล่าวจะเป็นที่สุดก็ตาม แต่เมื่อมีการยื่นคำร้องขอชดเชยทรัพย์ต่อศาลแล้ว ศาลย่อมต้องใช้เวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและสั่งคำร้องดังกล่าว ซึ่งในทางปฏิบัติลูกหนี้ที่ไม่สุจริตอาจใช้กลไก "การร้องขอชดเชยทรัพย์" เพื่อประวิงคดีอันส่งผลให้เกิดความล่าช้าต่อกระบวนการบังคับคดีตามคำพิพากษา ดังนี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจึงน่าจะสามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์ได้ตามป.พ.พ.มาตรา 420 หรือฟ้องลูกหนี้และผู้ร้องขอชดเชยทรัพย์ซึ่งโอนทรัพย์สินพิพาทให้แก่กันโดยเจตนาเพื่อมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350

3. ด้วยผลสืบเนื่องจากการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ทำให้ "ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้หนี้ส่วนที่ขาด" ภายหลังจากการบังคับจำนอง ในทางปฏิบัติคู่สัญญาจึงมักหาวิธีการหลีกเลี่ยงการที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวด้วยการทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ให้ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบใช้หนี้ส่วน

ที่ขาดหรือเจ้าหนี้จำนองเลือกใช้สิทธิฟ้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญเพื่อจะได้บังคับชำระหนี้เอาแก่ “ทรัพย์สินอื่น” ของลูกหนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าด้วยเหตุว่าสภาวะเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไป ส่งผลให้ลักษณะของหนี้ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีลักษณะแตกต่างออกไปตามประเภทของคู่สัญญา จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ป.พ.พ. มาตรา 733 มีผลบังคับใช้ได้จริงและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย กล่าวคือ ควรมีการแบ่งประเภทของหนี้ออกเป็น “หนี้การค้า” (Commercial Loan) สำหรับคู่สัญญาที่เป็นองค์กรธุรกิจและ “หนี้ส่วนตัว” (Consumer Loan) สำหรับคู่สัญญาที่เป็นบุคคลธรรมดาด้วยกันหรือบุคคลธรรมดากับองค์กรธุรกิจ ซึ่งอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจแตกต่างกัน ตลอดจนควรแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีให้สอดคล้องกับหนี้ทั้งสองประเภทดังกล่าวอันจะส่งผลให้การดำเนินการบังคับคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. ประมวลระเบียบราชการ คำสั่ง ข้อบังคับ. กรุงเทพมหานคร :
กรุงสยามพรินติ้ง กรุ๊ป, 2540.
- กนก อินทร์มพรรย์, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 60. การบรรยายครั้งที่ 14.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา, 2550.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค1ถึง ภาค 3.
กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2545.
- จำลอง สุขศิริ. หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59. การบรรยายครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
2549.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดย
นายจิตติ ติงศภัทย์. (ม.ป.ท.). (ม.ป.ป.).
- เจริญศักดิ์ รังแก้ว. ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีบังคับจำนอง. กรุงเทพมหานคร :
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- ชุมพล จันทราทิพย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ คำประกัน จำนอง
จำนำ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ชีพ จุลมนต์. หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59. การบรรยายครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,
2549.
- ณัฐพร ยอดมโนธรรม. การปรับปรุงกฎหมายและวิธีการเพื่อประสิทธิภาพการบังคับจำนอง.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549
- โนะตะ โยะฉิมุติ. กฎหมายญี่ปุ่น การศึกษาเปรียบเทียบทางสังคม-วัฒนธรรม. กรุงเทพมหานคร
: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- ถาวร โพธิ์ทอง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2545.
- ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุล. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 2 สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2549.

- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี. กรุงเทพมหานคร : ศรีสมบัติการพิมพ์, 2543.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59. การบรรยายครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541
- ประชุม โฉมฉาย. วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541.
- ประดิษฐ์ เอกมณี. หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 59. การบรรยายครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.
- ประพนธ์ ศาตะมาน. คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง. กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2513.
- ประมุข สุวรรณศร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.
- ปรีชา พานิชวงศ์. คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2546.
- ปรีชา วิศาลเวทย์ และ ปิยะนุช ไปตะวนิช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 3 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพมหานคร : ศรีเมืองการพิมพ์, 2527.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ การนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน. กรุงเทพมหานคร : กีเลนการพิมพ์, 2547.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549.
- พจน์ บุษปาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2530.
- พระยามานรราชเสวี. ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5. (ม.ป.ท.). (ม.ป.ป.).
- พระยาเทพวิฑูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 มาตรา 1-240. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2509.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วนิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนาการ, 2467.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายกฎหมายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง – การบังคับคดี. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2533.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. ประมวลบันทึกหมายเหตุคำพิพากษาฎีกาและตุลนิติ. กรุงเทพมหานคร :

- นิติธรรม, 2546.
- ปิฎกโชติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ.
กรุงเทพมหานคร : ประยูรวงศ์, 2530.
- มานิช จрмаศ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราว
ก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์
- อักษรสาสน์, 2511.
- ร.แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช
, 2526.
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์. วิกฤติการณ์การเงินและเศรษฐกิจไทย. กรุงเทพมหานคร : โครงการจัดพิมพ์
คบไฟ, 2542.
- วงษ์ วีระพงษ์. คำอธิบายลักษณะหนี้และประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร :
อักษรสารการพิมพ์, 2514.
- วิชัย วิวิตเสวี. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 2 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
สุโขทัยธรรมธิราช. กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2549.
- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543.
- ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา.
กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2547.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2545.
- เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง
 จำนำ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2516.
- สิทธิปรีดา นาคประดา. คู่มือจดทะเบียน จำนองครบวงจร. กรุงเทพมหานคร : จีรัชการพิมพ์,
2535.
- สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย
ค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2540.
- สหัส สิงหวิริยะ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ.
กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2550.
- สมชาย พวงภู. ปฏิวัติ จำนอง (คิดแหกคอก). กรุงเทพมหานคร : โอ.เอส.พรีนติ้ง เฮ้าส์, 2549.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2545.
- สุวัฒน์ วรรณะนิตย์. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 2 สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมธิราช. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัย
ธรรมาธิราช, 2549.
- สหยา ทรัพย์สุนทรกุล. วารสารอัยการฉบับประจำเดือนพฤศจิกายน 2532 ปีที่ 12 ฉบับที่ 141.

กรุงเทพมหานคร : ประยูรวงศ์, 2532

สุชาติา ทรงเวชเกษม. "ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้ออยู่ยกมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง". วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

อุดม เพ็องฟุ้ง. หนังสือรวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59. การบรรยายครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โพธิ์สยาม จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.

อรุณรัตน์ บัณฑิตเสาวภาคย์. "การบังคับจำนองของเจ้าหนี้จำนอง". วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาษาอังกฤษ

Buckland, W.W.. A manual of Roman law, 2nd edition. London : Cambridge University Press, 1947.

Fisher, W.R. Fisher & Lightwood's Law of Mortgage. London : Butterworth & Co., Ltd., 1988.

Hiroshi Oda. Basic Japanese Laws. New York : Clarendon Press, 1997.

Ian S. Forrester, Simon L. Goren, Hans-Michael Ilgen. The German Civil Code: Translated with and introduction. U.S.A. : North-Holland Publishing Company, 1975.

J.E. De Becker. The principles and practice of civil code of Japan, volume 2. London : Butterworth & Co., 1909.

Philip Walter and James Harris. Claims to the possession of Land: law and practice. London : Fourmat Publishing, 1991.

Wilhelm Rohl. History of Law in Japan since 1868. Boston : Brill Leiden.

Williams Ivy. The Swiss Civil Code. United Kingdom : Robert Maclehouse and Co., Ltd., 1925.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวณัฐชานันท์ โภคินจารุเสถียร เกิดวันที่ 10 ตุลาคม 2525 จบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2546 เป็นเนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 59 ปีการศึกษา 2549 โดยได้เข้าศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ณ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเมื่อปีการศึกษา 2548 และสำเร็จการศึกษาในปีการศึกษา 2551



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก

บทกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนอง
ของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษาวิจัย

1. ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1.1 Article 2014 (Article 2291)

One may become surety without and order of the person for whom one become bound, and even without his knowledge.

One may also become surety, not only of the principal debtor, but also of the person who has given security for him.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

บุคคลหนึ่งอาจเข้าเป็นผู้ค้ำประกันเพื่อหนีอันบุคคลอื่นจะต้องชำระโดยปราศจากคำสั่งของบุคคลเช่นว่านั้นก็ได้ และแม้แต่จะปราศจากการรับรู้ของเขาก็ตาม

ผู้ค้ำประกันอาจมิได้มีความผูกพันตนเพื่อการชำระหนี้ประธานเท่านั้น แต่อาจยอมผูกพันตนเพื่อรับผิดเช่นเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้น

1.2 Article 2117: (D.n 55-22 of 4 Jan 1995)

A statutory mortgage is one which results from a statute.

A judicial mortgage is one which results from judgement.

A conventional mortgage is one which results from agreements.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

การจำนองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ การจำนองที่เกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การจำนองโดยคำพิพากษาของศาล คือ การจำนองที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล

การจำนองโดยข้อสัญญา คือ การจำนองที่เกิดจากความตกลงของคู่สัญญา

1.3 Article 2124

Conventional mortgages may be granted only by those who have the capacity of conveying the immovables which they burden with them.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ผู้ที่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งจะเป็นวัตถุแห่งสิทธิจำนองได้เป็นผู้มีสิทธิจำนองทรัพย์สินนั้น

1.4 Article 2125

Those who have on an immovable only a right suspend by a condition, or avoidable in certain cases, or subject to rescission, may only grant a mortgage subject to the same conditions or to the same rescission, except for what relate to a mortgage granted by all co-owners of an undivided immovable, which by way of exception retains its effect, whatever the subsequent result of the sale by auction of the partition may be.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

บุคคลที่มีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินภายใต้เงื่อนไขหรืออาจถูกบอกล้างหรืออาจถูกเพิกถอนจะจำนอง ทรัพย์สินนั้นได้ภายใต้เงื่อนไขหรือการบอกล้างหรือการเพิกถอนเช่นว่านั้น เว้นแต่กรณีเจ้าของร่วมทุกคนในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งยังมิได้แบ่งแยกเป็นส่วนสัดได้ให้ความยินยอมแล้ว การจำนองเช่นว่านี้มีผลสมบูรณ์ไม่ว่าผลจากการขายทอดตลาดหรือการแบ่งทรัพย์สินจะเป็นเช่นใด

1.5 Article 2134 (Article 2425)

As between creditors, a mortgage, either statutory, or judicial, or conventional, ranks only from the day of the registration made by the creditor at the land registry, in the form and manner prescribed by law.

Where several registrations are required on the same day as to the same immovable, that which is required by virtue of the instrument of title bearing the remotest date shall be deemed of prior rank, whatever the order resulting from the register provided for in Article 2453 may be.

However, the registrations of separations of patrimony provided for by Article 2283, in the case referred to in Article 2386, paragraph 2, as well as those of the statutory mortgages provided for in Article 2400, 1°, 2° and 3°, shall be deemed of a rank prior to the one of any registration of judicial or conventional mortgages made on the same day.

Where several registrations are made on the same day as to the same immovable, either by virtue of instruments of title provided for in the second paragraph but bearing the same date, or for the benefit of requiring parties vested with the prior charge or the

mortgages referred to in the third paragraph, the registrations rank equally whatever the order of the above mentioned register may be.

The registration of an interim protective judicial mortgage shall be deemed of an earlier rank than that conferred to an agreement for the coverage of new debts where the registration of the aforesaid agreement is subsequent to the registration of the interim protective judicial mortgage.

The order of priority between creditors having a prior charge or mortgage and holders of warrants, insofar as the latter are secured on property deemed immovable, is determined by the dates on which the respective instruments have been given public notice, the recording of warrants remaining subject to the special statutes which regulate them. [ex Art. 2134, amended]

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายนั้น ไม่ว่าสิทธิจำนองจะก่อตั้งมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษาของศาล หรือข้อสัญญาก็ตาม ลำดับแห่งสิทธิจำนองย่อมเป็นไปตามวัน เวลาที่ได้มีการจดทะเบียนสิทธิจำนอง ณ หอทะเบียนที่ดิน ตามรูปแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้

กรณีที่มีการจดทะเบียนสิทธิจำนองหลายรายเหนืออสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันในวันเดียวกัน ด้วยอำนาจของผู้ครอบครองที่ดินยอมเป็นผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนเจ้าหนี้รายอื่น แต่อย่างไรก็ตามลำดับในการได้รับชำระหนี้อันสืบเนื่องมาจากการจดทะเบียนนั้นยอมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2453 ด้วย

ทั้งนี้ การจดทะเบียนจำนองเพียงบางส่วนยอมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2283 สำหรับกรณีที่ยังถึงในมาตรา 2386 วรรคสอง เช่นเดียวกันกับการจำนองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 2400 1° และ 2° และ 3° อันมีสาระสำคัญว่าด้วยการจัดลำดับในการได้รับชำระหนี้ระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ผู้รับจำนองหลายรายซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิจำนองในวันเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็ นสิทธิจำนองซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลหรือโดยข้อสัญญา

เมื่อใดก็ตามที่มีการจดทะเบียนสิทธิจำนองหลายรายในวันเดียวกันเหนืออสังหาริมทรัพย์ สิ่งเดียวกันไม่ว่าจะโดยบุคคลผู้ครอบครองที่ดินตามที่ได้กล่าวไว้ในวรรคสองเพื่อประโยชน์แก่ผู้ครอบครองที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายอื่นซึ่งมีบุริมสิทธิที่เหนือกว่าหรือเป็นผู้มีสิทธิจำนอง ตามที่กล่าวถึงในวรรคสาม การพิจารณาลำดับในการได้รับชำระหนี้จากลำดับการจดทะเบียนยอมมีผล

เช่นเดียวกับกรณีการพิจารณาลำดับในการได้รับชำระหนี้จากคำสั่งของผู้ถือครองโฉนดที่ดินซึ่งได้จดทะเบียนไว้

การจดทะเบียนคำสั่งคุ้มครองระหว่างพิจารณาซึ่งออกโดยศาล ย่อมถือว่าสิทธิจำนองอยู่ในลำดับก่อนสิทธิตามสัญญาของเจ้าหนี้รายใหม่ซึ่งได้จดทะเบียนภายหลังจากการมีคำสั่งคุ้มครองระหว่างพิจารณาของศาล

คำสั่งเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นนั้นนั้นมีผลต่อบรรดาเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ เจ้าหนี้จำนอง ผู้ถือใบประทวนสินค้า เพียงเท่าที่บุคคลผู้ทรงบุริมสิทธิหรือมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้มีบุริมสิทธิหรือสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้น โดยเป็นไปตามวันที่มีการบอกกล่าวถึงความมีอยู่ของตราสารนั้นต่อสาธารณชน ส่วนกรณีใบประทวนสินค้านั้นก็ให้เป็นไปตามที่ได้มีการบันทึกไว้ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องใบประทวนสินค้า (จากมาตรา 2134 ซึ่งได้มีการแก้ไข)

1.6 Article 2169 (Article 2464)

Where a third party in possession fails to comply fully with one of these obligations, each mortgagee is entitled to have the immovable sold against him, thirty days after serving an order to pay on the original debtor, and demanding that the third party in possession pay the debt due or relinquish the inherited property. [ex Art. 2169]

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

กรณีที่บุคคลภายนอกผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนองไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ซึ่งมีผลผูกพันทรัพย์สินจำนองอยู่นั้น ผู้รับจำนองแต่ละคนมีสิทธินำเอาทรัพย์สินจำนองนั้นออกขายทอดตลาดภายหลังจากพ้นกำหนดเวลา 30 วันนับแต่มีการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชั้่นต้นชำระหนี้ หรือบุคคลภายนอกผู้ครอบครองทรัพย์สินได้ถอนจำนอง หรือทายาทผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นปลดเปลื้องภาระจำนอง

1.7 Article 2180

Prior charges and mortgages are extinguished:

1. By extinguishment of the principal obligation;
2. By the creditor's renunciation of the mortgage;
3. By the fulfillment of the formalities and conditions prescribed to third parties in possession to redeem the property which they have acquired;
4. By prescription.

Prescription is acquired to a debtor, as to the property which is in his hands, by the time prescribed by the statute of limitations in respect of the actions which give a mortgage or prior charge.

(Ord.n 59-71 Jan. 1959) As to the property which is in the hands of a third party in possession, it is acquired by him by the time regulated for prescription of ownership for his benefit: In the case where prescription depends upon a title, it begins to run only from the day when that title has been recorded in the land registry of the situation of the immovables.

Registrations made by a creditor do not interrupt the running of the prescription established by law in favour of the debtor or of the third party in possession.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ภาวะติดพันเหนือทรัพย์สินและสิทธิจำนองย่อมระงับสิ้นไปในกรณีต่อไปนี้

1. โดยความระงับสิ้นไปของหนี้ประธาน
2. โดยการปลดจำนองของเจ้าหนี้
3. โดยการไต่ถอนจำนองของผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองตามรูปแบบและเงื่อนไขที่

กฎหมายกำหนด

4. โดยอายุความ

ลูกหนี้อาจยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ โดยอ้างกำหนดอายุความตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดไว้ เพื่อการใช้สิทธิฟ้องบังคับจำนองของเจ้าหนี้จำนอง

กรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนอง เขาอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินนั้นโดยเหตุแห่งอายุความ และหากทรัพย์สินนั้นมีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ ให้เริ่มนับกำหนดอายุความตั้งแต่วันที่ได้มีการบันทึกรายการเกี่ยวกับสถานะของอสังหาริมทรัพย์นั้นลงในหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ซึ่งถูกเก็บรักษาไว้ ณ หอทะเบียนที่ดิน

การจดทะเบียนของเจ้าหนี้ไม่ส่งผลให้อายุความตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นคุณต่อลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้ครอบครองทรัพย์สินต้องสะดุดหยุดลง

2. ประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน

2.1 Article 113

(1) If the legal representative authorizes the minor to enter service or employment, the minor is then unlimited in competency to enter into such transaction as

relate to the entry into or the termination of the relationship of service or employment of the kind authorized, or to the performance of the obligations arising from such a relationship. Transactions for which the legal representative needs the approval of the guardianship Court are not included.

(2) The authorization maybe recalled or limited by the representative.

(3) If the legal representative is a guardian the authorization may, if refused by him, be substituted by the guardianship Court on the application of the minor. The guardianship Court shall substitute such authorization if it is in the interest of the ward

(4) An authorization given for a particular case is deemed, in case of doubt, to be a general authorization for entering into relationships of the same kind.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

(1) หากผู้แทนโดยชอบธรรมได้ให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการเข้าทำสัญญาหรือเข้าทำงาน ผู้เยาว์ย่อมไม่ถูกจำกัดความสามารถในการเข้าทำนิติกรรม ไม่ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาตามที่ได้รับคามยินยอม ตลอดจนการปฏิบัติการชำระหนี้ตามนิติสัมพันธ์นั้นๆ แต่ทั้งนี้ไม่รวมตลอดถึงนิติกรรมซึ่งตามกฎหมายแล้ว ผู้แทนโดยชอบธรรมจะต้องขออนุญาตศาลก่อน

(2) ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจเพิกถอนหรือจำกัดความยินยอมที่ได้ให้แก่ผู้เยาว์ได้

(3) หากผู้แทนโดยชอบธรรม คือ ผู้ปกครองของผู้เยาว์ซึ่งไม่ให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ ผู้เยาว์อาจยื่นคำร้องขอต่อศาลคดีเด็กและเยาวชนเพื่อการเข้าทำนิติกรรมดังกล่าว ศาลคดีเด็กและเยาวชนเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์เพื่อการเข้าทำนิติกรรมได้ก็ต่อเมื่อผู้แทนโดยชอบธรรมมีส่วนได้เสียในการนั้น

(4) ความยินยอมที่ได้รับมีขอบเขตเพียงเท่าที่มีการอนุญาตไว้เท่านั้น ในกรณีเป็นที่สงสัยให้ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยทั่วไปเพื่อเข้าทำนิติกรรมดังเช่นที่เคยกระทำมา

2.2 Article 1181

(1) If the creditor is satisfied out of the piece of land, the mortgage is extinguished.

(2) If the creditor is satisfied out of a piece of land encumbered by an aggregate mortgage, the other pieces of land become free also.

(3) Satisfaction out of objects to which the mortgage extends is equivalent to satisfaction out of the piece of land.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

- (1) เมื่อเจ้าหนี้บังคับจำนองเอาที่ที่ดินแปลงใดแปลงหนึ่ง จำนองย่อมระงับสิ้นไป
- (2) กรณีมีการจำนองที่ดินหลายแปลงเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้รายเดียว เมื่อเจ้าหนี้บังคับจำนองเอาแก่ที่ดินแปลงหนึ่ง จำนองเหนือที่ดินแปลงอื่นย่อมระงับสิ้นไปด้วย
- (3) เมื่อเจ้าหนี้บังคับจำนองเอาทรัพย์สินใดๆ ซึ่งตกติดหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินอันเป็นทรัพย์สินจำนอง จำนองย่อมระงับสิ้นไป

3. ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

3.1 Article 801

A mortgage or other security is extinguished by the erasure of the entry in the register or by the total destruction of the immovable charged.

Extinction in the case of the expropriation of the land in the public interest is governed by the Federal or Cantonal Law on expropriation.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

สิทธิจำนองหรือการประกันการชำระหนี้ประการอื่นย่อมระงับสิ้นไปเมื่อมีการจดทะเบียนลบล้างสิทธิดังกล่าวหรือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันถูกทำลายสิ้นไปทั้งหมด

นอกจากนี้สิทธิจำนองยังระงับสิ้นไปในกรณีที่มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

3.2 Article 832

The alienation of the property mortgaged does not in the absence of a contrary agreement affect the liability of the land under the mortgage nor the personal liability of the mortgagor.

If, however, the new owner takes over the liability for the mortgage debt, the former mortgagor is discharged, unless the mortgagee gives him within one year from alienation a notice in writing of his intention to maintain his rights against him.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองโดยไม่ขัดต่อข้อสัญญายอมไม่กระทบกระทั่งถึงภาระผูกพันเหนือที่ดินตามสัญญาจำนองหรือความรับผิดชอบของผู้จำนอง

อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองได้เข้าผูกพันตนตามสัญญาจำนองที่ปรากฏ อยู่เหนือทรัพย์สินจำนองนั้นด้วย ผู้รับจำนองคนก่อนย่อมหลุดพ้นจากสิทธิจำนอง เว้นแต่ ผู้รับจำนองจะ ได้ส่งจดหมายบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้รับโอนทรัพย์สินภายในกำหนดเวลา 1 ปีนับแต่มี การรอนกรรมสิทธิ์ ว่าตนประสงค์จะสงวนสิทธิในการบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนอง

4. ประเทศญี่ปุ่น

4.1 Article 369

A mortgage is entitled to obtain satisfaction of his claim in preference to other creditors out of the immovable which,.....

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องเหนืออสังหาริมทรัพย์อันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการที่จะ บังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกนำมาจำนอง.....

4.2 Article 373

1. Where several mortgages have been created on an immovable to secure two or more debts, the rank of their priority shall be in the order of registration.

2. The rank of priority of mortgages may be altered by the agreement of respective mortgagees. However, if there exists any interested person his concurrence shall be obtained.

3. The alteration of the rank of priority under the preceding paragraph shall not become effective until and unless the registration thereof is effected.¹

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

1. เมื่อมีการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หลายราย ลำดับแห่งสิทธิ จำนองย่อมเป็นไปตามลำดับแห่งการจดทะเบียนสิทธิจำนอง

2. ผู้รับจำนองแต่ละคนอาจตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงลำดับแห่งสิทธิจำนองได้ แต่หาก ปรากฏว่ามีบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย บุคคลเหล่านั้นย่อมมีสิทธิเช่นเดิม

3. การเปลี่ยนแปลงลำดับแห่งสิทธิจำนองจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อมีการจดทะเบียน และย่อมไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหากไม่มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงลำดับแห่งสิทธิจำนอง

4.3 Article 396

A mortgage shall not be extinguished by prescription in favour of the debtor or the mortgagor except simultaneously with the claim secured by it.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

สิทธิจำนองย่อมไม่ระงับสิ้นไปด้วยเหตุแห่งอายุความอันเกิดเป็นประโยชน์ต่อลูกหนี้หรือผู้จำนอง เว้นแต่หนี้ประธานจะระงับสิ้นไป

4.4 Article 398

Even though a person who has mortgaged a superficies or emphyteusis renounces his rights, such renunciation cannot be set up against the mortgagee.

ถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้

แม้แต่ในกรณีที่ผู้จำนองสิทธิเหนือพื้นดินหรือภาวะติดพันอย่างอื่นเหนือที่ดินบอกล้างสิทธิจำนอง การบอกล้างเช่นนี้ย่อมไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ผู้รับจำนองได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข

บันทึกเรื่องการเสนอแก้ไขกฎหมายลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
คณะกรรมการกฤษฎีกา



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เรื่องเสนอแก้ลักษณะจำของแห่งประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์

คำถาม มาตรา ๗๖๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีความว่า "ถ้าเอาทรัพย์สินจำของหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณค่ากว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำของออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องชำระครบ" นั้น จะยกเลิกเสีย และใช้บทบัญญัติต่อไปนี้แทนได้หรือไม่

"ถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำของออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าผู้รับจำของเอาทรัพย์สินซึ่งจำของหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่มากน้อยเท่าใด เจ้าหนี้ (ผู้รับจำของ) หนี้อ่านาจที่จะบังคับเอาจากทรัพย์สินอื่น ๆ ของลูกหนี้ (ผู้จำของ) ได้ไหม"

คำตอบ ๑. นิโยบายที่เสนอขอแก่นั้น เป็นการตรึงข้ามกับความในมาตรา ๗๖๓ ที่เดียว

๒. ตามกฎหมายทั่วโลกเป็นที่ยอมรับกันว่า

ก) ลูกหนี้จำต้องชำระหนี้สินของตนจริงสิ้น และจะต้อง

เอาทรัพย์สินของลูกหนี้ออกจำหน่ายเพื่อการนั้น ข้อบังคับ

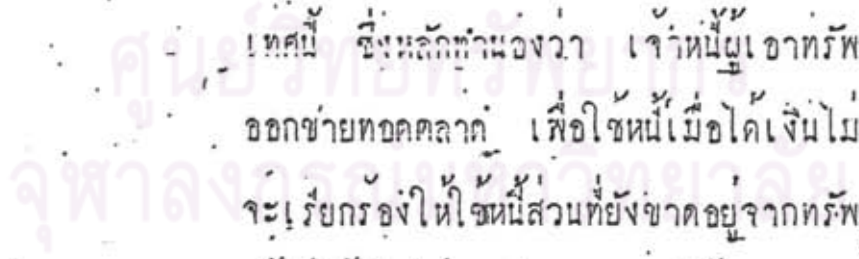
ทั่วไปอันนี้มีอยู่เหมือนกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ของสยามมาครา ^{๒๑๘} ซึ่งมีความว่า "เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย"

ข) เมื่อลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินจะเพาะสิ่งตราไว้เพื่อชำระหนี้สินของตน โดยวิธีก่อให้เกิด เอกสิทธิ์เป็นคุณแก่เจ้าหนี้ ถ้าทรัพย์สินนั้นไม่เพียงพอจะชำระหนี้สินให้หมดสิ้นได้ เจ้าหนี้คงได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้

๒. ตามความจริง การที่กล่าวว่าลูกหนี้ต้องชำระหนี้สินของตน และต้องเอาทรัพย์สินออกจำหน่ายเพื่อการนั้นทราบเท่าที่ตนยังมีทรัพย์สินอยู่นั้น ไม่ใช่เป็นแอเพียงในทางหลักกฎหมายเท่านั้น เป็นหลักในทางสัตยสุจริตด้วย และเพราะเหตุว่าเป็นหลักในทางสัตยสุจริตนี้เอง จึงกลายเป็นหลักกฎหมายใช้ทั่วกันไปหมด

๓. การนำมาใช้ในกฎหมายส่วนแพ่งของประเทศนี้ ซึ่งหลักท่านองว่า เจ้าหนี้เอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด เพื่อใช้หนี้เมื่อได้เงินไม่เพียงพอจะเรียกร้องให้ใช้หนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้นั้น ข้อมเป็นกรนำมาใช้ในกฎหมายส่วนแพ่งของเรา ซึ่งหลักอันเป็นการตรงข้ามกับหลักที่ใช้กันอยู่ในบรรดาประเทศทั้งหลาย เรื่องนี้คงจะไม่รอดตาบรรดาเจ้าหนี้ผู้มีส่วนไปได้ และอย่างไรเสียก็คงมีการดำเนิน



ได้เคย

(สำเนา)

95626

ร่าง

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
พหุบทที่ ๒๘๘ (ฉบับที่...)

หลักการ

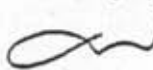
ไม่ให้ผู้จำนองต้องรับผิดในเงินส่วนที่ขาดในเมื่อทรัพย์สินจำนองมีราคา
น้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ

เหตุผล

กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลานี้ให้อำนาจผู้รับจำนองมากเกินไป จนถึงกับว่า
ถ้าบังคับเอาทรัพย์สินที่จำนองไถ่เงินไม่พอ ชำคอีกมากน้อยเท่าใด ผู้จำนองยัง
ต้องรับผิดอยู่อีก ซึ่งความจริงทรัพย์สินที่จำนองนั้นก็เป็นประกันนั้นอันเพียงพอแล้ว
ผู้รับจำนองทุกคนคงไม่มีใครรับจำนองมากไปกว่าราคาทรัพย์สินซึ่งจำนอง จะเห็น
โทษชัดแล้วว่าความเชื่อถือของผู้รับจำนองนั้นอยู่ที่ทรัพย์สินซึ่งจำนอง ก็เมื่อบังคับ
จำนองไถ่เงินมากน้อยเท่าใด ควรจะเป็นอันยุติเพียงนั้น ไม่ควรที่จะให้ผู้จำนอง
ต้องรับผิดอีก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำเนาอันถูกต้อง/

๒๖:เรไร...


ที่ ๑. ๕๖๐๘๖๔๑๑

กรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

วันที่ ๔ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๔๗๗

เรื่อง การแก้ไขมาตรา ๕๑๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรียน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา
 หนังสือที่ ๔๓๐/๒๔๗๖ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม ศกนี้ เสนอบันทึก
 หลักกฎหมายของทางประเพณีว่าด้วยสิทธิของผู้รับจำนอง มาขึ้น คณะ
 รัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาเมื่อวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ศกนี้ ลงมติลงให้ยื่น
 ความความเห็นเดิม คือ ให้แก้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา
 ๕๑๓ ตามมติที่นายสรอย ชาติบาง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอ ถึง
 ที่ใดเรียนมาโดยหนังสือที่ ๑. ๓๓๑๔/๒๔๗๖ ลงวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน
 ศกนี้แล้ว ส่วนที่คณะกรรมการกฤษฎีกาขอความคำปรึกษาจะดำเนินการ
 ร่างต่อไปโดยหนังสือที่ ๓๓๘/๒๔๗๖ ลงวันที่ ๔ ธันวาคม ศกนี้ ว่า
 (๑) การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒๑๔ และ ๕๑๓ นั้น จะให้มีข้อยกเว้นถึง
 หรือไม่ (๒) จะให้ไซ้บังคับถึงกรณีผู้รับจำนองจะได้สิทธิในอันที่
 จะบังคับตามสัญญาจำนองหรือไม่ (๓) จะห้ามมีใหม่ข้อใด ๆ ที่
 ขัดกับบทบัญญัติแห่งมาตราทั้งสองที่แก้ไขใหม่หรือไม่ นั้น คณะรัฐมนตรี
 ลงมติว่า สำหรับข้อ (๑) ไม่ให้มีข้อยกเว้นหลัง ข้อ (๒) ให้ไซ้บังคับถึง
 กรณีผู้รับจำนองจะได้สิทธิในอันที่จะบังคับตามสัญญาจำนองด้วย ข้อ (๓)
 ไม่ห้ามข้อใด ๆ ดังนี้

จึงเรียนมาเพื่อทราบ และจะเฝ้าดำเนินการต่อไป.

ขอแสดงความนับถือ

๑๒๖๖ ๑๒๖๖ ๑๒๖๖

ลงนามแทน

๑๒๖๖

ศูนย์วิจัยและพัฒนาการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๑๒๖๖

๒๕๕

๒๕๐๐

95639

179

ใครประเค้นในที่นี้ นโยบายมีอยู่จะแก้กฎหมายเรื่องจำนองเท่านั้น ไม่ใช่เรื่องอื่นด้วย
เมื่อมีกฎหมายอื่นหากถึงจำนองตามที่แก้ไขใหม่ผู้จำต้องแก้ไขให้เข้ารูปเก็บวงเงิน
กรมวิชาการตกลงเอาความในมาตรา ๒ ไว้ตามเดิม

ศาสตราจารย์ ดร. ส. ส. ส. ส. ส. ส.

๒๓ สิงหาคม ๒๕๕๕



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๒.
กฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา ๑๒๓๔ "นับนับระงับสิ้น
 ไปกัวยการชำระหนี้"

มาตรา ๒๑๘๒. - ผู้ใดผูกมัดตนเป็นส่วนตัวก่อนนั้น ผู้นั้นจำต้องปฏิบัติ
 การชำระหนี้ของตนจากบรรดาสงหาวิมทรัพย์สินและอสังหาวิมทรัพย์สิน ไม่ว่าที่มีอยู่
 แล้วหรือจะมีขึ้นในภายหน้าทั้งหมด

มาตรา ๒๒๑๔. - เจ้าหนี้จะเรียกให้ขายอสังหาวิมทรัพย์สินที่ไม่ได้จำนองไว้
 แก่ตนได้ก็แต่ในกรณีเมื่อทรัพย์สินที่จำนองไว้กับตนนั้นไม่เพียงพอ (ที่จะชำระหนี้
 ตามที่เรียกร้อง)

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา ๕๕๒. - เมื่อการเฉลี่ยราคาอสังหาวิม
 ทรัพย์สินใดกระทำก่อนหรือพร้อมกันกับการเฉลี่ยราคาอสังหาวิมทรัพย์สิน ให้เจ้าหนี้
 ประกันหรือผู้รับจำนองที่ยังไม่ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนจากราคาขายอสังหาวิมทรัพย์สิน
 นั้น เข้าร่วมในการเฉลี่ยพร้อมกับเจ้าหนี้สามัญอื่น ๆ ตามส่วนของตนที่ยังชำระ
 ไม่หมด X กาง

กฎหมายเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา ๓๒๒ "พันธะทางกฎหมาย
 อันเกิดแก่หนี้นั้น ระงับสิ้นไปเมื่อสิ่งที่ถึงกำหนดชำระได้ชำระให้แก่เจ้าหนี้เสร็จ
 แล้ว"

กฎหมายสวิส ตามคำอธิบายกฎหมายว่ากัวยการเรียกร้องให้ชำระหนี้
 และการล้มละลาย โดย E. Oltramare ตอนที่ว่ากัวย การเรียกร้องขอให้
 ชำระเงินสำหรับหนี้ที่มีประกันนั้น ข้อ ๑๕๕ มีว่า "ถ้าเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สิน
 สิ้น มีจำนวนไม่พอที่จะใช้ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะยกเอาข้อ
 ความจริงนั้นขึ้นอ้างได้ นี่เป็นการรับรอง โดยไม่ต้องคำนึงถึงการที่ได้จัดการ
 จำหน่ายทรัพย์สิน ว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายังคงเป็นเจ้าหนี้สำหรับเงินจำนวน
 หนึ่งอยู่อีก อธิษการเรียกร้องที่ได้มีการรับรองแล้วนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะยึด
 ทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้ในภายหลัง โดยไม่ต้องเรียก
 ร้องให้ใช้หนี้ใหม่อีก"

ผลของการล้มละลายเมื่อเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ ข้อ ๒๑๔ และ ข้อ ๒๒๐
 มีว่า "ทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น เมื่อเขาออกจากหมายแล้ว ถ้าไม่เพียงพอที่จะใช้
 หนี้การเรียกร้องที่มีประกันได้ เจ้าหนี้จะขอพิพจน์สำหรับจำนวนเงินที่ค้างชำระ
 ความเงื่อนไซ เช่นเดียวกับเจ้าหนี้สามัญก็ได้"

อย่างแรงในการออกกฎหมายกลับหลักกฎหมายซึ่งยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นมูลเหตุเบื้องต้นในทางสัจยสุจริตและการปฏิบัติชำระหนี้

๔. ถ้าหากนำหลักที่กล่าวแล้วมาใช้ในกฎหมายสยาม คงไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้รอบคอบคนใดที่จะละเลยไม่ทำสัญญาเพื่อไว้ให้ลูกหนี้รับผิดชอบนอกออกไปจากประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อเป็นประกันการที่จะให้ได้เงินของตนคืน เป็นการแน่นอนทีเดียวที่เจ้าหน้าที่จะต้องใส่ข้อความไว้ในสัญญาว่า ถ้าในถารขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองได้เงินน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระ จะต้องเอาทรัพย์สินอย่างอื่นของลูกหนี้มาใช้ในการชำระหนี้สินนั้นด้วย

๕. สมมติว่า เจ้าหน้าที่หลงลืมที่จะใส่ข้อความนั้นไว้ในสัญญา หรือถ้าหากเจ้าหน้าที่คิดเสียว่าควรใส่ข้อความเช่นนั้นไว้ ก็ไม่ทำให้เกิดประโยชน์อย่างใด เพราะเหตุว่าตามหลักที่ใช้ในประเทศทั้งหลายก็มีอยู่แล้วว่า ทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดจะต้องเอามาชดใช้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่เจ้าหนี้เช่นนี้คงต้องตกหลุมเป็นแน่โดยไปมีวิญญูอาศัยหลักกฎหมาย ความยุติธรรมและความสัจยสุจริต ซึ่งยอมรับกันอยู่ทั่วทุกแห่ง แต่ซึ่งกฎหมายส่วนแพ่งของประเทศสยามประเทศเดียวเท่านั้นได้บัญญัติกลับเสียแล้วตรงข้าม

๖. ขอให้สังเกตว่า กฎหมายเท่าที่เป็นอยู่ในเวลานี้ (เมื่ออ่านมาตรา ๓๓๓ และ ๒๑๔ รวมกัน) ไม่ได้ห้ามคู่กรณีให้ทำสัญญานอกเหนือออกไป และไม่ได้อำนาจให้ตกลงกัน ในกรณีที่เอาทรัพย์สินมาจำนอง เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ให้เจ้าหนี้พอใจจะเพาะทรัพย์สินนั้นหรือเงินที่ได้มาจากการนั้น และยอมงดเว้นไม่เรียกร้องเงินส่วนที่ยังขาดอยู่อีก แต่ในกรณีที่เจ้าหนี้ยอมรับข้อความเช่นว่ามานี้ ต้องถือว่าเจ้าหนี้ได้ทราบถึงการที่คนทำอยู่ดีแล้ว และถ้าหากได้เงินไม่พอใช้หนี้ จะมาร้องภายหลังไม่ได้ คู่เหมือนว่าการที่จะทำสัญญาให้นอกออกไปทำนองนี้ ก็เป็นการพึงทำไปได้ และเป็น การเพียงพอดำลูกหนี้และเจ้าหนี้ตกลงกันในอันที่จะไม่ยอมอยู่ในบังคับแห่งหลักมาตรา ๒๑๔ และ ๓๓๓ รวมกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าเจ้าหนี้ลูกหนี้พึงประสงค์จะอยู่ในข้อยกเว้นไม่ให้ใช้บังคับก็ทำได้ แต่จะให้รับถือเอาวิธีปฏิบัติอันผิดปกตินี้ ให้เป็นหลักทั่วไปแห่งกฎหมายแพ่งหาได้ไม่

(ลงนาม) อาร. กิจอง

วันที่ ๒๕ มีนาคม พ.ศ. ๒๔๗๖

บุญศรี พิมพ์

รักษาทาน

95586

บันทึก
เรื่องสิทธิของผู้รับจ้าง

หลักกฎหมายสองประการในกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีว่า (๑) เจ้าหนี้ชอบที่จะไ้
รับการชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ และโดยนัยนี้ (๒) ผู้รับจำ
นองที่ยังมิไ้รับการชำระหนี้จากผู้จ้างง โดยสิ้นเชิงชอบที่จะไ้รับการชำระหนี้จาก
ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้สำหรับส่วนแห่งการ เรียกร้องของตนที่ยังค้างชำระอยู่เป็น
ที่ยอมรับกันโดยทั่ว ๆ ไปว่า กฎหมายในเมืองต่างประเทศไมไ้เกรไ้กรรมไ้โดยช้ค
แจ้งและโดยตรงเสมอ โดยปกติไ้แต่อาศัยอ้างเอาจากบทบัญญัติเฉพาะของ
กฎหมาย ซึ่งเป็นเพียงนำหลักกฎหมายนั้น ๆ มาใช้ เช่นความบทบัญญัติที่ว่าหนี้จะ
เป็นอันระงับสิ้นไปโดยการชำระหนี้ก็แค่ เมื่อหนี้ไ้ชำระสิ้นเชิงและเพียงพอหรือ
ความบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะล้มละลายที่ว่า เจ้าหนี้มีประกัน (รวมถึงผู้รับจ้างง
ด้วย) ถ้ายังมิไ้รับการชำระหนี้สิ้นเชิงจากการที่บังคับเอาจากทรัพย์สินประกัน
(รวมถึงการจ้างง)แล้ว อาจร้องขอให้จัดการในส่วนการ เรียกร้องที่ยังมิไ้
รับชำระอย่าง เจ้าหนี้สามัญไ้

หลักกฎหมายทั้งสองประการจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อม ที่พิจารณากันอยู่
นี้ พอนำบทบัญญัติของกฎหมายในเมืองต่างประเทศมาอ้างไ้ก็ตั้งถ้อยไ้

กฎหมายอังกฤษ (๓) ฮอลสบูรี ว่ากัยการจ้างง (เล่ม ๒๑ หน้า ๒๖๔)

"ถ้าผู้รับจ้างงเอาทรัพย์สินประกันทั้งหมด หรือแก่บางส่วนออกจำหน่าย
โดยการขาย เมื่อไ้หักค่าใช้จ่ายในการนั้นแล้ว เหลือเท่าไ้กับผู้รับจ้างงก็คิด
หักกับหนี้ของผู้จ้างง เมื่อหนี้ไ้ชำระไม่ครบถ้วนอีกเท่าไ้ ผู้รับจ้างงเรียก
ร้องเอาส่วนที่ยังขาดอยู่นั้นอีกไ้"

ตามกฎหมายลักษณะล้มละลาย (ฮอลสบูรี เล่ม ๒ หน้า ๓๐๒) มีว่า "คำสั่ง
รักษาทรัพย์สินของผู้ล้มละลายไม้กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในอันที่
จะจำหน่ายหรือกระทำไ้โดยประการอื่นซึ่งทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น เงิน
ที่ไ้มาจากการขายทรัพย์สินให้เอามาชำระค่าธรรมเนียม การะคักพัน และค่าใช้จ่าย
จ่ายของทรัพย์สินที่เกิดจากการที่ร้องขอขึ้นก่อน แล้วจึงเอามาชำระคืนเงิน คอกเบี้ย
และค่าธรรมเนียมที่ผู้รับจ้างงที่ออกไป ถ้าเงินไม่พอ ผู้ล้มละลายอาจพิสูจน์
อีกไ้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการรบกวนถึงส่วนเฉลี่ยที่ไ้จ่ายไปแล้ว"