



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### ความจำเป็นที่ธนาคารต้องมีหลักประกันในการพิจารณาสินเชื่อ

เมื่อมีผู้มาขอสินเชื่อกับธนาคารในปัจจุบัน ในทางปฏิบัติธนาคารจะให้ลูกค้านำบุคคล หรือทรัพย์สิน เป็นการประกันสินเชื่อของธนาคารที่จะพิจารณาให้ เนื่องจากธนาคารพาณิชย์อยู่ภายใต้การควบคุมของธนาคารแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 มาตรา 15 ทวิ ทำให้ธนาคารพาณิชย์ต้องมีหลักประกันเมื่อมีการพิจารณาให้สินเชื่อกับลูกค้า มาตรานี้มีข้อความสรุปได้คือ เมื่อสิ้นงวดการบัญชี ซึ่งเป็นระยะเวลา 6 เดือน 1 ปี สินทรัพย์ที่ไม่มีราคาหรือเรียกคืนไม่ได้ เช่น เงินที่ให้ลูกค้ากู้ยืมโดยไม่มีหลักประกันที่เป็นหลักทรัพย์สิน ที่ธนาคารเรียกคืนไม่ได้เป็นสินทรัพย์ ที่มีสภาพอ่อนแอ ให้ธนาคารพาณิชย์ตัดสินทรัพย์นี้ออกจากบัญชีสินทรัพย์ทั้งหมดของธนาคาร ซึ่งปัจจุบันมีธนาคารพาณิชย์หลายธนาคารมีปัญหาเกี่ยวกับสินทรัพย์ที่เรียกคืนไม่ได้เป็นจำนวนมากทำให้ความมั่นคงของธนาคารลดน้อยลง เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงมีมาตรการให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติตาม โดยธนาคารต้องสำรองเงินสดไว้ 0.1% ของสินทรัพย์ที่มีสภาพอ่อนแอ เพราะฉะนั้นยังมีสินทรัพย์ประเภทนี้มาก ก็ยิ่งทำให้ธนาคารต้องสำรองเงินสดไว้มาก เงินสดจำนวนนี้ไม่สามารถนำมาให้สินเชื่อกับลูกค้าได้ ธนาคารพาณิชย์จึงต้องหันมาพิจารณาให้สินเชื่อแก่ลูกค้าธนาคารโดยมีหลักประกันที่เป็นหลักทรัพย์สินแทบทั้งหมด เพราะธนาคารธุรกิจลูกค้าเป็นหลัก บางครั้งธุรกิจก็อาจเกิดความเสียหายได้ เพื่อป้องกันความเสียหายดังกล่าว และการต้องสำรองเงินสด การพิจารณาสินเชื่อให้ลูกค้าปัจจุบันจึงต้องมีหลักทรัพย์สินประกัน ประกอบกับความมั่นคงของธนาคารขึ้นอยู่กับรายได้ที่มาจากการพิจารณาให้สินเชื่อเป็นหลัก ถ้ามีสินเชื่อที่มีปัญหามาก ๆ โดยไม่มีหลักประกันที่เป็นหลักทรัพย์สินมารองรับ ไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอากับลูกหนี้ได้ เพราะมีแต่บุคคล

ค้ำประกัน ไม่มีหลักทรัพย์ค้ำประกัน ความมั่นคงของธนาคารลดน้อยลง เพราะความมั่นคงของธนาคารจะอยู่บนพื้นฐานของหลักประกัน ที่สามารถนำหลักประกันเข้าชำระหนี้ได้ ตราบใดที่มีทรัพย์สินเป็นประกัน ธนาคารจะมีความมั่นคงตลอดเวลาเพราะบังคับจำนอง, จำนำได้ หรือแม้ว่าทรัพย์สินจะสูญหายก็ยังมีการมธรรมประกันภัยชดเชยความเสียหายได้

### ชนิดหลักประกันของธนาคาร

หลักประกันของธนาคารในปัจจุบัน สามารถแบ่งออกได้เป็นหัวข้อใหญ่ ๆ คือ 1. ค้ำประกัน 2. จำนอง 3. จำนำ 4. หลักประกันที่เกี่ยวข้องกับบุคคลลสิทธิ 5. หลักประกันอื่น ๆ

ค้ำประกัน, จำนำ, จำนอง ที่ธนาคารนำมาเป็นประกันในปัจจุบันก็ เป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดทุกประการ แต่ธนาคารใช้กฎหมายเรื่อง "จำนอง" มากกว่า " จำนำ" เพราะเนื่องจากอสังหาริมทรัพย์ที่นำมาจำนองนั้นเพียงแต่นำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เรียบร้อย ส่วน จำนำ ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ และข้อสำคัญต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ด้วย แต่การหาสังหาริมทรัพย์ชิ้นเล็ก ๆ นำมาจำน่านั้นเป็นเรื่องยาก และแม้ว่าจะหาได้แต่ก็ต้องเป็นภาระของธนาคารที่ต้องรักษาไว้ หรือการนำพืชผลทางการเกษตรมาจำนำ ธนาคารไม่สะดวกในการที่จะสร้างโกดังเพื่อเก็บสังหาริมทรัพย์เหล่านั้น จึงหันมาพิจารณา ให้มีการจำนำสิทธิที่มีตราสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 มากขึ้น อย่างไรก็ตาม การนำสิทธิมีตราสารมาจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิมีตราสารมีไม่มากนัก เช่น ใบหุ้น ตัวเงิน ใบประทวนสินค้า และใบตราส่ง ธนาคารจึงจำต้องหาหลักประกันอื่นเข้ามา คือ "หลักประกันที่เกี่ยวข้องกับบุคคลลสิทธิ" บุคคลลสิทธิ เป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง จับต้องไม่ได้ แต่อาจมีราคาและถือเอาได้ จึงเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งนำมาทำประโยชน์ได้ บุคคลลสิทธิเรียกอีกอย่างว่า "สิทธิเรียกร้อง" สามารถโอนสิทธิเรียกร้องนี้ให้แก่บุคคลอื่นโดยเกิดประโยชน์แก่เจ้าของบุคคลลสิทธินั้น บุคคลลสิทธิที่ธนาคารนำมา

ใช้ในปัจจุบันที่ใช้กันมากที่สุดก็คือ การโอนสิทธิเรียกร้อง, สิทธิในการถอนเงิน ฝากจากใบรับฝากเงิน, สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์, การมอบอำนาจการ รับเงิน

#### การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้อง ใช้มากในธุรกิจก่อสร้างรับเหมางานของทาง ราชการ หรือของเอกชนขนาดใหญ่ที่ธนาคารเชื่อถือ โดยที่ปัจจุบันคำพิพากษาฎีกา ยอมรับให้นำเอาสิทธิเรียกร้องในการชำระเงินมาเป็นประกันได้ จึงมีการนำมา เป็นประกันกับธนาคารอย่างแพร่หลายมาก

#### สิทธิในการถอนเงินฝากจากใบรับฝากเงิน

ปัจจุบัน ธนาคารได้ให้นำสิทธิในการถอนเงินฝากจากใบรับฝากเงินมา เป็นประกันหนึ่งของธนาคารด้วยผลของคำพิพากษาฎีกา 311/2527, 2453/2527, 1474/2528 การนำมาเป็นประกันให้นำมาจำนำได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 750 เพราะถือว่าสิทธิในการถอนเงินฝากจากใบรับฝากเงิน เป็นสิทธิที่มีตราสาร แต่ก็ต้องทำให้ถูกแบบคือ ส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับจำนำ และบอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำนำแก่ธนาคารลูกหนี้แห่งสิทธินั้น

#### สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์

เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์มีผู้ครอบครองทั้งหมดแล้ว บางท้องถิ่นมีการ แข่งขันในธุรกิจอย่างรุนแรง ลูกค้าไม่มีหลักทรัพย์อื่น ๆ มีแต่สิทธิในการเช่าที่ดิน หรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในทำเลที่ดี มีราคาแพงเช่น ย่านสุขุมวิท สีลม ซึ่งมี ราคามาก ประกอบกับมีคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินว่า สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สิน จึงมี ความคิดที่นำมาเป็นหลักประกัน สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เป็นการเช่า อสังหาริมทรัพย์ จึงมีความเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์ ซึ่งมีลักษณะ

สำคัญ 5 ประการ คือ 1. สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ 2. สัญญาเช่าทรัพย์สินไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินเพียงแต่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ 3. สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสำคัญ สิทธิการเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัว 4. เป็นสัญญาที่วัตถุเป็นทรัพย์สิน 5. เป็นสัญญาที่ตกลงกันชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด

สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ที่ธนาคารรับไว้เป็นหลักประกันมีอยู่ 3 กรณี คือ 1. การนำสิทธิการเช่าที่ดินเป็นประกัน 2. การนำสิทธิการเช่าอาคารเป็นประกัน 3. การนำสิทธิการเช่าที่ดินพร้อมอาคารเป็นประกัน

การทำสัญญานำสิทธิการเช่าเป็นประกันนี้

ธนาคารได้จัดให้มีการทำสัญญา 3 ฝ่าย โดยมีเอกสารที่จะต้องทำทั้งหมด 3 ประการคือ สัญญานำสิทธิการเช่าไปประกันการชำระหนี้ คำร้องขอโอนสิทธิการเช่าของธนาคารไปยังผู้ให้เช่า และหนังสือมอบสิทธิการเช่าที่ดิน หรือหนังสือมอบสิทธิการเช่าอาคารเป็นประกัน ซึ่งได้แสดงไว้ในภาคผนวกแล้ว ในเอกสารทั้งหมดที่ทำขึ้นนี้ ธนาคารได้ร่างสัญญาแก้ไขข้อขัดข้องของธนาคารทางปฏิบัติที่มองว่า สิทธิการเช่าเป็นหลักประกันที่ไม่มั่นคง ที่สำคัญคือ

#### 1. กรณีผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญา

เนื่องจากในบางครั้งผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาเช่าและสัญญาเช่าเป็นบุคคลสิทธิเฉพาะตัวระหว่างคู่กรณี ผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญาได้ทันที ธนาคารไม่มีสิทธิทราบจึงได้แก้ไขโดยระบุในสัญญาให้ผู้เช่าบอกกล่าวธนาคารก่อนจะได้เยียวยาแก้ไขไม่ให้สัญญาเช่าระงับ โดยธนาคารจะบอกกล่าวให้ผู้เช่าปฏิบัติตามสัญญาเช่าภายในระยะเวลาที่ธนาคารเห็นสมควร ถ้าผู้เช่ามิได้ปฏิบัติตามธนาคารจะปฏิบัติตามคำบอกกล่าวของผู้เช่าเอง แล้วจึงเข้ารับโอนสิทธิการเช่า

## 2. กรณีการประเมินค่าสิทธิการเช่า

การโอนสิทธิการเช่าเป็นของธนาคารทันทีเพื่อชำระหนี้เป็นการรับทรัพย์สินอย่างอื่นชำระหนี้แทนเงินที่กู้ยืม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 656 วรรค 2, 3 มีข้อความที่สำคัญคือ "..... หนี้อันระงับไปเพราะการชำระเช่นนั้น ท่านให้คิดเป็นจำนวนเท่ากับราคาท้องตลาดแห่งสิ่งของหรือทรัพย์สินนั้นในเวลาและ ณ สถานที่ส่งมอบ

ความตกลงกันอย่างไรขัดกับข้อความดังกล่าวมานี้ ท่านว่าเป็นโมฆะ"

ธนาคารจึงต้องเขียนระบุไว้ในสัญญาให้คิดมูลค่าของสิทธิการเช่าตามราคาท้องตลาด แต่อย่างไรก็ตามการประเมินราคาสหสิทธิการเช่าในปัจจุบัน ยังไม่มีวิธีการแน่นอน ราคาตลาดอยู่ที่ความพอใจของผู้ทำสัญญา บางครั้งก็ตีราคาสูง บางครั้งก็ราคาต่ำ เจ้าพนักงานบังคับคดีมักจะถูกร้องขอให้เพิกถอนการขายเสมอ

## 3. การประกันอสังหาริมทรัพย์

สิ่งปลูกสร้างของผู้เช่าที่ปลูกลงบนที่ดินที่เช่า เดิมนั้นผู้เช่าจะประกันอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของที่ดินเพราะผู้ให้เช่าเกรงว่า ถ้าเกิดอสังหาริมทรัพย์แล้วผู้เช่าอาจไม่มีเงินชำระค่าเช่า ผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อผู้เช่านำสิทธิการเช่าที่ดิน โดยมีสิ่งปลูกสร้างปลูกบนที่ดินนั้นมาเป็นประกันการขอสินเชื่อกับธนาคาร ธนาคารให้จดจำนองสิ่งปลูกสร้างให้ธนาคารด้วย เพราะเกรงว่าจะมีการเปลี่ยนมือกันโดยธนาคารไม่ทราบ และให้ผู้เช่าประกันอสังหาริมทรัพย์สิ่งปลูกสร้างยกประโยชน์ให้ธนาคารด้วย

อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติอื่น ๆ ธนาคารก็จะเขียนลงในสัญญาให้คู่สัญญาคือ ผู้เช่าและผู้ให้เช่ายอมรับตามระเบียบของธนาคารก่อน จึงจะนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันได้



การทำสัญญาใหม่ เป็นผลของการโอนสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ปัญหาที่สำคัญที่สุดในการนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันของธนาคารก็คือ เมื่อมีการบังคับชำระหนี้โดยการโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เป็นของธนาคารแล้ว ในทางปฏิบัติมีการทำสัญญาใหม่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้เช่ากับธนาคาร ลักษณะเช่นนี้เป็นผลของการโอนสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่เมื่อพิจารณาประเด็นในข้อกฎหมายนี้ จะต้องไปพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 ที่ระบุไว้ว่า

"ทรัพย์สินซึ่งเช่านั้น ผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีทรัพย์สินนั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า ถ้าผู้เช่าประพฤติฝ่าฝืนบทบัญญัติอันนี้ ผู้ให้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้"

มีความเห็นของนักกฎหมายได้เห็นว่า การโอนสิทธิตามสัญญาเช่า อาจทำได้ทั้ง 2 ฝ่าย คือฝ่ายผู้เช่าและผู้ให้เช่า โดยที่ผู้เช่าอาจต้องการโอนสิทธิที่จะใช้สอย และได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลที่ 3 และผู้ให้เช่า ก็อาจโอนสิทธิในการเก็บเงินค่าเช่าและสิทธิอื่น ๆ ให้บุคคลภายนอกได้

ผู้เขียนก็มีความเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายว่า การโอนสิทธิการเช่าเป็นการโอนเฉพาะสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาเช่า ซึ่งตามปกติแล้ว สัญญาเช่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งที่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย มีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติกัน การโอนโอนไปเฉพาะ "สิทธิ" แต่"หน้าที่" ผู้เช่าเดิมมีอย่างไรผู้เช่าเดิมยังต้องรับผิดชอบ ผู้รับโอนสิทธิการเช่าจึงได้ไปเฉพาะ "สิทธิ" แต่ "หน้าที่" มิได้รับไปด้วย ผู้รับโอนสิทธิการเช่าจึงมีลักษณะเหมือนบริวารของผู้เช่า เพราะได้ไปเฉพาะสิทธิของผู้เช่า ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เช่ามีสิทธิให้ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าตามที่ตกลงไว้ในสัญญาเช่า ตามมาตรา 546 สิทธิที่จะ

ได้รับการซ่อมแซมทรัพย์สินในระหว่างที่เช่าตามมาตรา 547, 550, 551 สิทธิที่จะได้รับการประกันในระหว่างการเช่าหากทรัพย์สินที่เช่าเกิดชำรุดบกพร่อง สิทธิที่กล่าวมาผู้รับโอนสิทธิการเช่าจะรับไปทั้งหมด ส่วนหน้าที่ของผู้เช่าอันมี ดังนี้ :

ต้องใช้ทรัพย์สินที่เช่าตามประเพณีนิยมปกติ หรือที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาตามมาตรา 552 ซึ่งถ้าผู้เช่าใช้ทรัพย์สินมิชอบจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 526, 554 ต้องสงวนทรัพย์สินที่เช่าเสมอกับที่วิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง และต้องบำรุงรักษาทั้งทำการซ่อมแซมเล็กน้อยด้วย ตามมาตรา 553, 555, 556, 557 หน้าที่ที่สำคัญที่สุดคือ "ต้องชำระค่าเช่า"

ดังนั้น เมื่อธนาคารใช้สิทธิในการโอนสิทธิการเช่า ธนาคาร หรือผู้ที่ธนาคารจัดหาให้รับโอน ต้องทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ใหม่กับผู้ให้เช่าทุกครั้ง เพราะธนาคารมุ่งหวังที่จะได้ค่าตอบแทนมาชำระหนี้ของผู้เช่าเดิม และต้องการให้สัญญาระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าเดิมระงับไปด้วย ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การที่ธนาคารทำเช่นนี้มีใช้เป็นผลของการโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 เพราะในมาตรา 544 เป็นเรื่องของการโอนไปเฉพาะสิทธิเท่านั้น ไม่รวมการโอนหน้าที่ด้วย

ผลทางกฎหมายของความยินยอมผู้ให้เช่า

ในกรณีนี้ธนาคารอาจจะอ้างว่า เพราะผู้ให้เช่าให้ความยินยอม ธนาคารจึงทำสัญญาใหม่กับธนาคารหรือผู้ที่ธนาคารจัดหาให้รับโอน จึงมาพิจารณาเรื่องความยินยอมของผู้ให้เช่ามีผลในทางกฎหมายอย่างไร

ความยินยอมของผู้ให้เช่านั้นมิได้เขียนไว้ว่า ให้ทำเป็นประการใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความเห็นของนักกฎหมายว่า อาจตกลงเขียนไว้ในสัญญาเช่าก่อน หรืออาจตกลงภายหลังก็ย่อมทำได้ เพราะเป็นเจตนาของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย ในการเช่าทำสัญญา แต่ถ้าเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือเป็นหนังสือและจดทะเบียน การตกลง

อนุญาตต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ซึ่งตรงกับทางปฏิบัติของธนาคารที่ให้ทำเป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียนพร้อมกับสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ เมื่อนำมาเป็นหลักประกัน

ผลของการโอนสิทธิการเช่าโดยผู้ให้เช่ายินยอม มีความเห็นของนักกฎหมายเห็นว่า ผู้รับโอนสิทธิการเช่าย่อมเข้าสวณสิทธิเป็นผู้เช่าแทนผู้เช่าเดิม ผู้เช่าเดิมก็จะขาดจากการเป็นผู้เช่า ผู้รับโอนซึ่งเป็นผู้เช่าคนใหม่ ก็จะมีสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบตามสัญญาเช่าเดิม ต่อกันตามเดิมนับแต่มีการโอนสิทธิการเช่าโดยชอบ

ผลของการโอนสิทธิการเช่าโดยผู้ให้เช่าไม่ยินยอม มีความเห็นของนักกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่าสิทธิการเช่าไม่โอนไปยังบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอน แต่ไม่มีผลกระทบกระเทือนสัญญาโอนสิทธิการเช่าระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน คู่กรณียังต้องมีความผูกพันกันตามสัญญาโอนสิทธิการเช่า และถ้าหากผู้รับโอนจะฟ้องศาลบังคับให้ผู้เช่าโอนสิทธิการเช่าให้ผู้รับโอน คำพิพากษานั้นผูกพันเฉพาะคู่กรณีไม่ผูกพันผู้เช่า และหากผู้รับโอนเสียหายก็อาจฟ้องผู้โอนโดยให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ สัญญาเช่าเดิมไม่ระงับ ผู้รับโอนมีฐานะเป็นเพียงบริวารของผู้เช่าเท่านั้น นอกจากนั้นผู้ให้เช่าสามารถบอกเลิกสัญญาเช่ากับผู้เช่าได้ ตามมาตรา 544 วรรค 2 โดยมีต้องบอกกล่าวก่อนตามมาตรา 387, 388 หรือ 566

ในความเห็นของผู้เขียน มีความเห็นต่างกับความเห็นของนักกฎหมาย กรณีที่โอนสิทธิการเช่าโดยผู้ให้เช่ายินยอม ที่ให้ผู้รับโอนสิทธิการเช่ารับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอน ความจริงแล้ว การโอนสิทธิการเช่าเป็นเรื่องของผู้โอนกับผู้รับโอน ผู้โอนมีสิทธิอย่างไร ก็จะได้รับโอนไปเช่นนั้น ตามหลักกฎหมาย "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" การโอนจะโอนไปเฉพาะ"สิทธิ" ส่วน"หน้าที่"ยังเป็นของผู้รับโอน ผู้รับโอนมีฐานะเป็นเพียงบริวารของผู้โอนเท่านั้น



ปัญหาข้อกฎหมายบางประการของสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์

1. ผู้ให้เช่ายินยอมให้มีการโอนสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่า กรณีนี้  
ต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อีกหรือไม่

ปัญหานี้มี 2 ความเห็น คือ

ฝ่ายแรกเห็นว่า การโอนสิทธิการเช่าต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงาน  
เจ้าหน้าที่อีกครั้ง เพราะนิติกรรมที่เกี่ยวของกับนิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้ทำ  
เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

อีกฝ่ายเห็นว่าไม่ต้องจดทะเบียน เพราะสัญญาเดิมก็จดทะเบียนไว้แล้ว  
ยอมทำให้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาสมบูรณ์แล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายหลัง ไม่จำ  
ต้องจดทะเบียนอีกครั้งก็สมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย การจดทะเบียนเป็นแบบที่  
สำคัญ หากกฎหมายประสงค์จะให้มีการจดทะเบียนก็คงจะกำหนดไว้ในเรื่องการ  
โอนสิทธิการเช่า ตามสัญญาเช่า ในมาตรา 544 ไว้แล้ว

2. การโอนสิทธิการเช่าเป็นของธนาคารโดยตรง ธนาคารจะมี  
ความผิดตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ใน  
มาตรา 12 (4) หรือไม่

ตามมาตรา 12 (4) นี้ ห้ามมิให้ธนาคารพาณิชย์ ชื้อหรือมีไว้เป็น  
ประจำซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่จะใช้เป็นสถานที่สำหรับดำเนินธุรกิจหรือสำหรับ  
พนักงานและลูกจ้างของธนาคารพาณิชย์นั้น โดยได้รับความเห็นชอบจากธนาคาร  
แห่งประเทศไทย เพราะเมื่อธนาคารบังคับชำระหนี้ โดยรับโอนสิทธิการเช่ามา  
เป็นของธนาคาร ธนาคารก็จะกลายเป็นผู้เช่าโดยตรงจากผู้ให้เช่า ถ้าธนาคาร  
นำสิทธิการเช่านั้นมาทำเป็นสาขา หรือโกดังของธนาคาร ก็สามารถทำได้ตาม  
กฎหมายนี้ แต่ถ้าธนาคารเช่าเพื่อเอาไปให้ผู้อื่นเช่าต่อไปเพื่อหารายได้ (เช่า

ช่วง) จะมีความผิดหรือไม่ ยังไม่มีข้อยุติในเรื่องนี้ ความเห็นของผู้เขียน เห็นควรให้ธนาคารใช้ประโยชน์ได้ เนื่องจากสิทธิการเช่ามีระยะเวลาในการใช้ ถ้าไม่ใช้ภายในระยะเวลามูลค่าของสิทธิการเช่านั้นก็หมดไป ถ้ากรณีโอนเป็นของธนาคาร และธนาคารจัดหาผู้รับโอนแทนธนาคาร เพื่อได้ค่าตอบแทนชำระหนี้ค่างกรณีนี้ก็ทำได้ และทางปฏิบัติทั่วไปก็เป็นการทำเช่นนั้นอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามควรมีข้อกำหนดจากธนาคารแห่งประเทศไทยออกมาให้ชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของธนาคารพาณิชย์ต่อไป

### 3. การบังคับคดีเมื่อนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ขึ้นสู่ศาล

โดยปกติธนาคารจะไม่มีปัญหาในส่วนนี้ เนื่องจาก การบังคับคดีกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เพื่อยึดขายทอดตลาด ประเด็นที่สำคัญอยู่ที่ความยินยอมของผู้ให้เช่า ถ้าผู้ให้เช่ายินยอมก็สามารถที่จะยึดขายทอดตลาดได้ แต่ถ้าผู้ให้เช่าไม่ยินยอม เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ต้องถอนการยึด เพราะบังคับผู้ให้เช่าไม่ได้ผู้ให้เช่าอ้างได้ว่าสิทธิการเช่าเป็นบุคคลสิทธิเฉพาะตัว ธนาคารจะนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันเงินกู้ได้ ต้องให้ผู้ให้เช่ายินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอ ปัญหาจะอยู่ที่คดีล้มละลาย มีความเห็นของนักกฎหมายว่าผู้มีสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เป็น "เจ้าหนี้มีประกัน" ตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 6 ปัญหานี้สำคัญมากเพราะ ถ้าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน เมื่อมีคดีล้มละลาย เจ้าหนี้ขอให้ยึดทรัพย์อย่างเจ้าหนี้มีประกัน เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์นั้น สามารถนำมาชำระหนี้ได้หมดตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 95 (2) และถ้าได้เงินไม่พอชำระหนี้ก็ยังสามารถขอชำระหนี้ในส่วนที่ขาดได้อีก ปัญหาที่มีความเห็นของนักกฎหมายเป็น 2 แนวทาง ฝ่ายแรกเห็นว่า สิทธิการเช่าเป็นสิทธิที่มีตราสาร ผู้มีสิทธิการเช่าจะเป็นผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ จึงเป็นเจ้าหนี้มีประกัน อีกฝ่ายเห็นว่า ไม่เป็นผู้มีบุริมสิทธิทำนองเดียวกับผู้รับจำนำเพราะบุริมสิทธิชนิดนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้เฉพาะบุริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 260-264 และบุริมสิทธิในมูลพักอาศัยในโรงแรมตามมาตรา 265 ปัญหาที่ยังไม่มีคำพิพากษา

ฎีกาตัดสินไว้ แต่ผู้เขียนมีความเห็นตามฝ่ายหลัง เพราะสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ไม่ใช่สิทธิมีตราสารตามมาตรา 750 สิทธิมีตราสารต้องมีตราสารหรือเอกสารเป็นหลักฐาน ตราสารซึ่งใช้แทนตัวทรัพย์สิน ต้องเป็นตราสารที่มีทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ มีลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามมาตรา เป็นตราสารที่แสดงความเป็นเจ้าของ และมีลักษณะโอนกันได้ด้วยวิธีการของตราสารนั้น ๆ แต่สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เป็นเอกสารที่เป็นเพียงหลักฐานแห่งสิทธิที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องคดีซึ่งกำหนดไว้ใน มาตรา 538 ผู้มีสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์จึงไม่เป็นผู้มีบุริมสิทธิทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งทำให้ไม่เป็น "เจ้าหนี้มีประกัน" ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 6

### กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์

เพื่อความกระจ่างในเรื่องสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เราจึงต้องมาพิจารณาคูกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมด เพื่อทราบว่า ควรใช้กฎหมายลักษณะใดมาบังคับกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประการ คือ 1. การโอนสิทธิเรียกร้อง 2. การแปลงหนี้ใหม่ 3. การจำนำสิทธิ 4. การเช่าช่วง

#### 1. การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303-313 เมื่อพิจารณาสหิติการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งให้มีสิทธิการโอนสิทธิการเช่าได้ในมาตรา 544 นั้น การโอนสิทธิการเช่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่ง นับตั้งแต่มีคู่กรณี ทั้ง 3 ฝ่าย คือ ผู้ให้เช่า ผู้โอน และผู้รับโอน เช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งมีบุคคล 3 ฝ่าย คือ ผู้โอนสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง โดยปกติแล้วทรัพย์สินย่อมโอนกันได้ แต่สิทธิการเช่ามีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิคือคุณสมบัติของผู้

เช่าเป็นสำคัญ แม้ว่าสภาพสิทธิโอนได้ แต่ยังไม่ได้ทันที ซึ่งในมาตรา 303 กล่าวว่า "สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่า จะฟังโอนกันได้ เว้นแต่สภาพแห่งสิทธิตนเอง จะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้" กฎหมายเช่าทรัพย์มาตรา 544 ระบุว่า "เว้นแต่จะตกลงกันได้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า" แสดงว่า สิทธิการเช่าสามารถโอนกันได้ ถ้ามีการตกลง ดังนั้น ถ้าผู้ให้เช่ายินยอมสิทธิการเช่าจึงโอนได้ จึงพิจารณาได้ว่า กฎหมายเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นบททั่วไป กฎหมายเช่าทรัพย์เป็นบทเฉพาะของสิทธิการเช่า เราจึงไม่นำบทบัญญัติในบททั่วไปมาใช้ในเรื่องที่มีบัญญัติเอาไว้เช่นในมาตรา 544 แต่ในส่วนที่ไม่มีบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 544 ก็จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตั้งแต่ มาตรา 303-313 มาใช้บังคับ เท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพหรือลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์ และไม่ขัดต่อกฎหมายเช่าทรัพย์

เราจะเห็นว่า วิธีการโอนสิทธิการเช่ามิได้บัญญัติไว้ในมาตรา 544 จึงต้องนำหลักทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง มาตรา 306 ใช้บังคับ ซึ่งบัญญัติว่า "การโอนหนี้อันพึงจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือท่านว่าไม่สมบูรณ์ การโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้จะได้อินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอม เช่นว่านี่ต้องทำเป็นหนังสือ....." ดังนั้นการโอนสิทธิการเช่าจึงต้องทำเป็นหนังสือ คือลงลายมือชื่อของทั้งสองฝ่ายในสัญญาฉบับเดียวกัน มิฉะนั้นการโอนสิทธิการเช่าจะไม่สมบูรณ์

## 2. การแปลงหนี้ใหม่

ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ มีลักษณะใกล้เคียงกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเป็นบททั่วไปของการโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาก เพราะมาตรา 349 วรรคท้าย ได้ระบุว่า "ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วย โอนสิทธิเรียกร้อง

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ไม่ต้องให้ลูกหนี้ยินยอม แต่ต้องบอกกล่าว ตามมาตรา 306 มิฉะนั้นไม่สมบูรณ์ยกเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้ ส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ลูกหนี้เก่าต้องยินยอมด้วย คู่กรณีผู้เกี่ยวข้องคือ เจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่

มีความเห็นของนักกฎหมายว่า กรณีการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนเท่ากับเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ทางปฏิบัติของธนาคารเมื่อมีการโอนสิทธิการเช่าเป็นของธนาคารหรือของบุคคลที่ธนาคารจัดหาเพื่อเช่าใหม่ ธนาคารจะทำสัญญาใหม่ ให้ผู้เช่าเดิมพ้นจากการเป็นผู้เช่าให้สัญญาเช่าระงับ โดยมีการทำสัญญาใหม่ระหว่างผู้ให้เช่าใหม่กับธนาคาร หรือผู้ให้เช่ากับผู้ที่ธนาคารจัดหาเพื่อเช่าใหม่ เพื่อได้ค่าตอบแทนมาชำระหนี้ของผู้เช่า ลักษณะการทำอย่างนี้ มิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่เนื่องจากในสัญญา 3 ฝ่าย ที่ทำไว้ตอนนำสิทธิการเช่าเป็นประกันนั้น มีข้อความระบุว่า "ถ้าธนาคารใช้สิทธิโอนสิทธิการเช่าก็ให้ผู้ให้เช่าพิจารณาให้ธนาคารเป็นผู้เช่าอาคารแทนผู้เช่าและตกลงให้ถือว่าสัญญาเช่าที่ทำไว้ระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าเป็นอันระงับ" ดังนั้นคู่สัญญา 3 ฝ่าย มีเจตนาที่ต้องการให้มีการทำสัญญาใหม่ และให้สัญญาเช่าเดิมระงับ เมื่อสัญญาเช่าเดิมไม่มีทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่า ก็ไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ไปได้

### 3. การจำนำสิทธิ

เนื่องจากสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เป็นบุคคลสิทธิที่มีราคาเป็นทรัพย์สิน จึงอาจมีแนวความคิดให้เอามาจำนำได้ แต่ความจริงแล้วการจำนำสิทธิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ด้วบทมิได้แสดงความหมายของ "สิทธิซึ่งมีตราสาร" เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของการบัญญัติกฎหมายเรื่องจำนำ ก็เพื่อต้องการให้ทรัพย์สินทั้งหลาย รวมทั้งสิทธิบางประเภทนำมาใช้เป็นหลักประกันได้ ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ต้องการนำมาจำนำมีจำนวนมาก ไม่สะดวกในการนำมาส่งมอบแก่ผู้รับจำนำ หากทรัพย์สินนั้น ผู้จำนำมีตราสารซึ่งแสดงสิทธิก็สามารถนำมาใช้จำนำแทนตัวทรัพย์สินได้ เป็นการจำนำสิทธิในตัวทรัพย์สินซึ่งมี

ตราสาร โดยผู้จำหน่ายส่งมอบตราสารแสดงสิทธินั้นแก่ผู้รับจำหน่ายแทนการส่งมอบตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิตามตราสารนั้น ตราสารซึ่งใช้แทนตัวทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นตราสารที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิมีลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามตราสาร หรือมีผู้ใช้เงินตามตราสารนั้น รวมทั้งจะต้องเป็นตราสารที่แสดงความเป็นเจ้าของและมีลักษณะโอนกันได้ด้วยวิธีการของตราสารนั้น ๆ สิทธิซึ่งมีตราสารไม่ได้หมายความรวมถึงเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ เพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องคดี เมื่อพิจารณาถึงสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เป็นเพียงหลักฐานที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องคดี ตามมาตรา 538 ที่กล่าวไว้ว่า "เช่าอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่....." จึงไม่สามารถนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาจำนำกับธนาคารได้ ทางปฏิบัติของธนาคารจึงทำเป็นสัญญา 3 ฝ่ายระหว่างผู้เช่า ผู้ให้เช่า และธนาคาร เพื่อใช้สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เป็นประกันได้

#### 4. การเช่าช่วง

การเช่าช่วงเป็นการเช่าอย่างหนึ่ง ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 เช่นเดียวกับการโอนสิทธิการเช่า จึงต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายเช่าทรัพย์สิน มาตรา 537-571 มาใช้บังคับแก่การเช่าช่วงด้วยการเช่าช่วงจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าก่อน จึงจะเป็นการเช่าช่วงโดยชอบ การเช่าช่วงโดยมิชอบ ผู้เช่าช่วงย่อมเป็นบริวารของผู้เช่า ผู้ให้เช่าฟ้องขับไล่ผู้เช่าช่วงได้ และถ้าหากผู้ให้เช่าฟ้องเฉพาะผู้เช่า สามารถนำผลคำพิพากษามาใช้บังคับแก่ผู้เช่าช่วงโดยมิชอบได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 142 การโอนสิทธิการเช่า โอนไปเฉพาะ "สิทธิ" แต่"หน้าที่" ผู้เช่ายังต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่า ส่วนการเช่าช่วงสัญญาเช่าเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ผู้เช่าเดิมยังรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าทั้งสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ การโอนสิทธิการเช่าจะต้องทำเป็นหนังสือมิฉะนั้นไม่สมบูรณ์ตาม มาตรา 306 การเช่าช่วงถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมิฉะนั้นต้องจดทะเบียน ถ้าเช่า

ช่วงเกิน 3 ปี แต่ถ้าเป็นการเช่าช่วงสังหาริมทรัพย์ก็ไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีการจดทะเบียน



### กฎหมายที่ควรบังคับใช้กับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์แล้ว สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ควรอยู่ภายใต้กฎหมายโอน สิทธิเรียกร้องเป็นบททั่วไปและกฎหมายเช่าทรัพย์เป็นบทเฉพาะ สิทธิการเช่าโดยสภาพแล้วโอนกันได้ จึงอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285 (4) ในเนื้อหาของกฎหมายการโอนสิทธิเรียกร้องกับกฎหมายเช่าทรัพย์ไม่ได้ขัดกัน เราจึงต้องนำเอาบทบัญญัติมาตรา มาตรา 544 มาใช้ เมื่อไม่มีเรื่องวิธีการโอนสิทธิการเช่า จึงนำมาตรา 306 มาใช้บังคับ การโอนสิทธิเรียกร้องก็โอนไปเฉพาะ "สิทธิ" ส่วน "หน้าที่" ของผู้โอนก็ยังคงมีอยู่เช่น ก. โอนสิทธิรับเงินที่จะได้จากการสร้างทางให้กรมทางหลวงให้กับธนาคาร "สิทธิ" นั้น ก. โอนให้ธนาคาร ส่วน "หน้าที่" ก. ยังต้องรับผิดชอบเมื่อได้มีการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ ก็จะเป็นเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่

### ปัญหาที่เป็นจุดอ่อนของสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน

1. ธนาคารไม่สามารถที่จะนำกฎหมาย มาตรา 544 มาใช้ในการโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เมื่อเวลาธนาคารบังคับชำระหนี้ เพราะธนาคารต้องการที่จะให้สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้เช่าต่อผู้เช่า ซึ่งเป็นลูกหนี้ธนาคารระงับไปเลย แต่ตามมาตรา 544 ถ้าธนาคารนำมาใช้โอนสิทธิการเช่า ธนาคารจะได้รับเฉพาะ "สิทธิ" ของผู้เช่า แต่ "หน้าที่" ผู้เช่ามิได้รับไปด้วย ธนาคารจะตก อยู่ในสภาพของบริวารผู้เช่า ซึ่งผู้ให้เช่าอาจจะยินยอมหรือไม่ก็ได้ที่จะโอนสิทธิการเช่า

2. การทำสัญญา 3 ฝ่าย เพื่อนำสิทธิการเช่าเป็นประกันหนึ่งของธนาคารในปัจจุบัน ไม่มีข้อความใดที่สามารถบังคับให้ผู้ให้เช่า ต้องโอนสิทธิการเช่าเป็นของธนาคารหรือผู้ที่ธนาคารจัดหาให้รับโอนทันที โดยไม่มีข้อบิดพลิ้วเมื่อบังคับชำระหนี้ ธนาคารยังต้องจัดให้ผู้ให้เช่าทำสัญญาใหม่กับผู้ธนาคารจัดหาให้รับโอนทุกครั้ง ซึ่งแม้ว่าคู่กรณีทั้ง 3 ฝ่ายตกลงให้สัญญาเช่าเดิมระงับ แต่ผู้ให้เช่า อาจจะทำหรือไม่ทำสัญญาใหม่ก็ได้เป็นสิทธิของผู้ให้เช่า ถ้าผู้ให้เช่าไม่ทำธนาคาร จะไม่ได้รับเงินค่าตอบแทน เช่าชำระหนี้ผู้เช่าเดิมที่เป็นหนี้ค้ำชำระกับธนาคาร

ผู้เขียนมีความมุ่งหวังที่จะให้ธนาคารใช้สัญญานำสิทธิการเช่าเป็นประกันหนี้ให้เป็นประโยชน์ ตั้งแต่ตอนเริ่มทำสัญญานำสิทธิการเช่าเป็นประกันหนี้ มิใช่เป็นเพียงการทำสัญญา แต่เมื่อมีการบังคับชำระหนี้ต้องทำสัญญาใหม่ทุกครั้ง จึงทำให้เกิดความไม่มั่นคงในสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ที่นำมาเป็นหลักประกันจึงมีข้อเสนอนี้เกี่ยวกับการนำสัญญาเช่าเป็นประกันหนี้ ว่าควรร่างข้อความ ใหม่ที่สามารถบังคับผู้ให้เช่าตั้งแต่ต้นในการนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เป็นประกันหนี้

สัญญาที่จัดทำขึ้นใหม่ ต้องเป็นสัญญาที่สนองวัตถุประสงค์ของธนาคารในการบังคับผู้ให้เช่ายอมรับการนำบุคคลที่ธนาคารจัดหามา เป็นผู้เช่าใหม่เป็นคู่สัญญาได้ทันที ซึ่งถ้าเกิดปัญหาผู้ให้เช่าไม่กระทำตาม ธนาคารเกิดความเสียหายอย่างใด ธนาคารมีสิทธิฟ้องผู้ให้เช่าทันที ลักษณะสัญญาจึงแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ

1. ในเวลาที่ผู้เช่ามอบสิทธิการเช่าเป็นประกันของธนาคาร จะต้อง มีสัญญาที่เกี่ยวข้องคือ

ฉบับที่ 1 สัญญา 2 ฝ่ายระหว่างธนาคารกับผู้เช่า เป็นสัญญามอบสิทธิการเช่า เป็นประกัน



ฉบับที่ 2 คำยินยอมของผู้ให้เช่าต่อธนาคารในการที่ผู้เช่านำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกัน

2. ในเวลาบังคับชำระหนี้ โดยโอนสิทธิการเช่า

ฉบับที่ 3 หนังสือมอบอำนาจของผู้เช่าต่อธนาคาร ให้มีอำนาจโอนสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าเป็นของธนาคารหรือบุคคลที่ธนาคารจัดหามาเป็นผู้เช่าตามสัญญาเช่า

ฉบับที่ 4 หนังสือให้ความยินยอมของผู้ให้เช่าต่อธนาคาร ให้ธนาคารบังคับตามสัญญาฉบับสิทธิการเช่าเป็นประกัน

ตามเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมดนี้ สิ่งที่สำคัญที่สุดจะอยู่ในสัญญาฉบับสิทธิการเช่าเป็นประกัน ต้องมีการระบุในสัญญาว่า "การโอนสิทธิการเช่าดังกล่าวเป็นการโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าที่ผู้มอบสิทธิมีอยู่ต่อผู้ให้เช่านับแต่วันโอนสิทธิการเช่าเป็นต้นไป ดังนั้นหากในวันโอนสิทธิการเช่า ผู้มอบสิทธิยังมีค่าเช่าหรือเงินอื่นใดที่ค้างชำระแก่ผู้ให้เช่าหรือแก่บุคคลอื่นใดอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาเช่าหรือการใช้ทรัพย์สินที่เช่า ให้ถือว่าค่าเช่าหรือเงินอื่นใดดังกล่าวยังคงเป็นภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้มอบสิทธิ ที่จะต้องชดใช้แก่ผู้ให้เช่าหรือแก่บุคคลอื่นแล้วแต่กรณีเช่นเดิม"

การระบุในสัญญาเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการตกลงให้คู่กรณียอมรับโดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 เพราะข้อความนี้ผู้ให้เช่าจะต้องยินยอมไว้ในสัญญาฉบับที่ 2 จึงจะให้นำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกัน การโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่า เมื่อผู้รับโอนรับมาก็จะรับทั้งสิทธิและหน้าที่ทั้งหมด ภาระหน้าที่เดิมของผู้เช่าเดิมก็ยังรับผิดชอบในเงินที่ค้างชำระ ไม่ว่าจะค้างผู้ให้เช่าหรือบุคคลภายนอก ส่วนสิทธิและหน้าที่ที่จะมีกันต่อไปผู้ที่ธนาคารจัดหามา

เป็นผู้เช่าคือผู้รับโอนจะรับผิดชอบ ธนาคารก็จะได้อำนาจตอบแทนจากการโอนมาชำระหนี้ของผู้เช่าเดิมที่ค้าง ผู้ให้เช่าก็ไม่เสียเปรียบเพราะเป็นเรื่องตามสิทธิการเช่าเดิม เพียงแต่เปลี่ยนตัวผู้เช่าเท่านั้น สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ยังคงเดิม ผู้เช่าเดิมก็สามารถ ได้เงินมาชำระหนี้ธนาคารได้ ถ้ามีเงินเหลือก็ตกเป็นของผู้เช่าเดิม กรณีนี้มิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ เพราะสัญญาเช่าสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ยังคงมีอยู่ไม่ระงับ ไม่มีการทำสัญญาใหม่ เพียงแต่มีการนำไปจดทะเบียนแก้ไขสัญญาเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (ตามความในฉบับที่ 3) ก็เป็นอันสมบูรณ์ของทุกฝ่าย นอกจากนี้ ในเอกสารฉบับที่ 4 ได้เขียนไว้ในสัญญาว่า "ไม่ว่าจะเป็นการโอนสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าหรือนำอาคารส่วนที่เช่าออกให้เช่าช่วงไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่บุคคลอื่น....." การเขียนไว้ในสัญญาของนำอาคารส่วนที่เช่าออกให้เช่าช่วง ก็เป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้ธนาคารได้อำนาจตอบแทนชำระหนี้ของผู้เช่าเร็วขึ้น สัญญาเช่าเดิมไม่ระงับ แม้ว่าจะมีการเช่าช่วง ผู้ให้เช่าอาจพอใจที่ไม่มีการเปลี่ยนตัวผู้เช่าอย่างเด็ดขาด เพราะชอบนิสัยของผู้เช่าหรือเป็นญาติกัน ฯลฯ ดังนั้น เมื่อกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ไม่สามารถนำมาใช้ตามวัตถุประสงค์ของธนาคารที่จะพิจารณาสินเชื่อ มีแต่ความขัดข้องทั้งสิ้น ถ้าธนาคารไม่รับเป็นหลักประกันก็จะดี แต่ถ้าจำเป็นต้องรับแล้ว สัญญา 3 ฝ่าย ระหว่าง ธนาคาร ผู้ให้เช่า ผู้เช่า ก็เป็นหนทางหนึ่งสร้างความมั่นใจให้กับธนาคารในการนำมาเป็นหลักประกันสินเชื่อได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย