บทที่ 2

หลักกฎหมายจำนอง

1. ประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของการจำนอง

การจำนองเป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์ โดยมีบุคคลทำสัญญากับเจ้าหนี้และนำอสังหาริมทรัพย์มาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้รับจำนองคือเจ้าหนี้ โดยการจำนองมีพัฒนาการจากการเกิดขึ้นของสภาพเศรษฐกิจและการค้าของบ้านเมืองในแต่ละยุคสมัย การที่จะศึกษาถึงข้อขัดข้องของการบังคับจำนองเพื่อจะนำมาปรับปรุง และเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับจำนองนั้นจึงจำเป็นในการศึกษาถึงวิวัฒนาการความเป็นมาของการจำนอง ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งเป็นการจำนองในประเทศไทยและต่างประเทศ

1.1 ประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของการจำนองในประเทศไทย[1]

ประเทศไทยในอดีตนั้นมีลักษณะเป็นสังคมเกษตรกรรมและกสิกรรมมากกว่าการเป็นประเทศอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรม ดังนั้นกฎหมายต่าง ๆ จึงถูกพัฒนาเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและการค้าของไทยคือ การเกษตรกรรมและกสิกรรมโดยไม่มีการมุ่งเน้นที่จะพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับการอุตสาหกรรม หรือพาณิชยกรรมโดยสังเกตได้จากประวัติศาสตร์ของไทย

ในประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่าการจำนำสังหาริมทรัพย์เป็นสัญญาที่เก่าแก่มาก แต่การจำนองที่ดินเพิ่งเกิดขึ้นในสมัยอันไม่นานมานี้ น่าจะเป็นตอนปลายกรุงศรีอยุธยานี้เองในกฎหมายเก่ามีมาตราเกี่ยวกับการจำนำไร่นาและสวนแต่มาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 มาตรานี้บัญญัติถึงการจำนำสังหาริมทรัพย์รวมด้วย เช่น ได้กำหนดว่าการจำนำจะสมบูรณ์ต่อเมื่อเจ้าของได้มอบทรัพย์ที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือแต่หากผู้รับจำนำมิได้ชำระราคาตามที่ตกลงกันไว้ หรือภายในเวลา 3 ปีเป็นอย่างช้าทรัพย์ที่ส่งมอบไว้เป็นจำนำตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้รับจำนำ ต่อมามีการวางข้อกำหนดขึ้นใหม่ว่าในกรณีเจ้าหนี้ผู้รับจำนำ

---

[1] ร. แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช , 2526), หน้า 354-363.

และเจ้าของที่ดินเดิมตายลงทั้งสองคนภายใน 10 ปีนับแต่วันที่ได้จำนำ ทายาทของผู้จำนำจะมีสิทธิไถ่ที่ดินคืน แต่ถ้าผู้รับจำนำได้ปลูกไม้มีผลไว้ ทายาทมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าปลูกนั้นให้แก่ทายาทของผู้รับจำนำ ผลของการบัญญัตินี้มีผลให้ลูกหลานของผู้จำนำได้ไร่นาของบรรพบุรุษกลับมาเป็นของตนอีกครั้ง ฉะนั้นข้อที่กล่าวถึงการจำนำที่ดินในมาตรานี้อาจเป็นข้อแทรกเพิ่มเติมในเมื่อมีการชำระกฎหมายตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยการจำนำที่ดินในสมัยนั้นยังไม่แพร่หลายมากนัก

ในสมัยรัชกาลที่ 4 ราคาที่ดินได้มีราคาสูงขึ้น เจ้าของที่ดินที่ได้มีการขายที่ดินในราคาถูกพยายามไถ่คืนโดยหาว่ามิได้เป็นการขายขาดแต่เป็นการขายฝากหรือจำนำ ทำให้มีคดีความซึ่งยากต่อการพิสูจน์เพราะคู่ความมีแต่พยานบุคคลมาอ้าง เพื่อตัดความยุ่งยากของศาลจึงมีการตราประกาศออกมา 2 ฉบับ คือ ฉบับปีขาล จ.ศ.1228 และ จ.ศ.1229 ได้วางข้อบัญญัติไว้ว่า "ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการจำนำหรือขายฝากได้ ต่อเมื่อเจ้าของที่ยังคงถือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไว้ ถ้าเจ้าของได้ส่งมอบหนังสือสำคัญให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้วแม้จะมีข้อตกลงใดก็ตามศาลต้องถือว่าเป็นการขายขาดและที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง" ประกาศในสมัยรัชกาลที่ 4 ทั้งสองฉบับนี้มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์คือ มีการถือเอาหนังสือสำคัญเสมือนเป็นเครื่องหมายแห่งกรรมสิทธิ์ แต่ประกาศนี้ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เช่น ไม่มีสิ่งใดทำให้ราษฎรรู้สึกว่ามีการแก้ไขกฎหมายประเพณีเดิม คำว่าจำนำ และขายฝากยังคงใช้คู่กันไปเหมือนก่อนซึ่งเป็นสาเหตุให้ศาลตีความในประกาศนั้นผิดไป ประกาศไม่มีกำหนดเวลาในการใช้สิทธิไถ่คืน และต่อมาหลังจากมีการประกาศใช้ประกาศปี จ.ศ.1229 เพียง 3 ปี ในตอนต้นรัชกาลที่ 5 มีการประกาศว่าด้วยสารกรมธรรม์ ตราขึ้นบัญญัติให้คู่สัญญาเขียนหนังสือทุกชนิดด้วยน้ำหมึกสีดำอย่าเขียนด้วยดินสอ ประกาศใหม่นี้มุ่งจะให้หนังสือเป็นหลักฐานอันน่าเชื่อถือและมั่นคงยิ่งขึ้น

และในตอนต้นรัชกาลที่ 5 มีการปฏิบัติที่มีการแพร่หลายอย่างรวดเร็วคือ เจ้าของที่ดินที่อยากรับทุนเชื่อ ไม่มอบที่ดินให้แก่นายเงินเหมือนแต่ก่อน คงมอบแต่หนังสือสำคัญโดยนายเงินสัญญาจะคืนเมื่อผู้กู้ได้ชำระเงินแล้ว การปฏิบัติใหม่นี้เป็นประโยชน์แก่เจ้าของเพราะยังครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินได้ต่อไปอีกแต่ต้องเสียดอกเบี้ย การปฏิบัติเช่นนี้ก็คือการจำนองในปัจจุบันนั่นเองแต่ในตอนต้นและต่อมาอีกเวลานานเรียกกันว่าการจำนำ เพราะเป็นการเอาหนังสือนั้นเองไปจำนำกับนายเงิน กฎข้อบังคับในประกาศ ปี จ.ศ.1228 และ จ.ศ.1229 มีความบกพร่องจึงได้มีการตรา พระราชบัญญัติการขายฝากและการจำนำที่ดิน ร.ศ.115 ขึ้นใหม่ให้ยกเลิกประกาศทั้งสองฉบับนั้นเสียแต่ประกาศฉบับนี้มีความไม่เหมาะสมกับการจำนอง ที่ได้มี

ขึ้นใหม่นี้และมีบทบัญญัตินอยไม่พอแก่กรณี เช่น ตามกฎหมายเก่าการจำนำไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพราะผู้จำนำมอบที่ให้แก่นายเงินและต้องไถ่คืนมาในระยะเวลาอันสั้นหรือเมื่อผู้รับจำนำไม่เข้าครอบครองที่แล้วจะใช้ระยะเวลา 3 ปีได้ในสถานที่ใด ต่อมาจึงมีการตราประกาศเรื่องจำนำแล ขายฝากที่ดินร.ศ.118 (วันที่ 8 มีนาคม 2442) ขึ้นประกาศนี้เป็นบทกฎหมายที่เริ่มวางรูปการจำนำที่ดินอย่างใหม่ คือ การจำนองให้เป็นระเบียบครั้งแรกโดยมีความว่า[2]

"มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า กฎหมายในเรื่องจำนำแลขายฝากซึ่งมีอยู่แล้วนั้น ข้อความคลาดเคลื่อนไปไม่สมกับกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงมาโดยมาก บัดนี้จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ออกประกาศแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สมกับกาลสมัยดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ วิธีที่จะจำนำแลขายฝากที่ดิน ให้มีหนังสือสัญญาเป็นกรมธรรม์ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานตามข้อบังคับกฎหมาย ที่ได้วินิจฉัยมาที่ว่าสัญญาเช่นนี้ต้องทำดังนั้นทุกประการ เมื่อไม่มีกรมธรรม์เป็นสำคัญแล้ว ห้ามมิให้ฟ้องอ้างว่าจำนำแลขายฝากได้เลย

ข้อ ๒ ในเรื่องจำนำที่ดิน ถ้าผู้จำนำไม่ส่งดอกเบี้ยขาดมาแต่ยังไม่ถึง 3 ปีให้ผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียกต้นทุนแลดอกเบี้ยแลค่าเสียหายตามศาลจะเห็นควร ศาลตัดสินกำหนดเงินเท่าไรผู้จำนำไม่เสียให้แล้ว ให้ผู้รับจำนำขอให้ศาลขายที่ที่จำนำกันไว้ ได้เงินเท่าไรให้ใช้แก่ผู้รับจำนำตามที่คำตัดสินได้กำหนดไว้นั้น เหลือเพียงไรให้คืนให้ผู้จำนำไป ถ้าเงินไม่พอก็ให้ ๆ เงินไปแก่ผู้รับจำนำทั้งหมด การจำนำนั้นเป็นเลิกกันไป

ข้อ ๓ เมื่อผู้จำนำไม่ได้ให้ดอกเบี้ยขาดมา ๓ ปีแล้ว กรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นอย่าให้ตกไปยังผู้รับจำนำโดยทันที ตามลำพังดังที่เป็นมา คือผู้รับจำนำจะอ้างว่าตนเป็นเจ้าของยังไม่ได้ กว่าผู้จำนำจะได้ส่งที่ให้แก่ผู้รับจำนำโดยยินยอม หรือกว่าศาลจะตัดสินดังนั้น

ห้ามไม่ให้ศาลตัดสินให้ที่เป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำ แม้ว่าผู้จำนำมีเงินมาไถ่ครบทั้งต้นทุนดอกเบี้ยแลค่าเสียหายทั้งปวงถ้วนทุกอย่าง ในเวลาที่ก่อนศาลหนึ่งศาลใดได้ตัดสิน

ข้อ ๔ ถ้าผู้จำนำที่ไม่ได้ส่งดอกเบี้ยพ้นสามปี ไม่มีเงินมาไถ่ดังที่กล่าวไว้ในมาตรา ๓ แล้วจึงให้ศาลตัดสินให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำ

---

[2] พจน์ บุษปาคม, <u>คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ</u>, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,2540), หน้า 143-144.

ข้อ ๕ ในการจำนำที่ดิน ถ้ามีข้อความสัญญากันว่าจะให้หลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำได้ก่อน สามปีอย่าให้วินิจฉัยให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำภายในสามปีเลย เว้นไว้แต่คู่ความจะยอมกันเอง

ข้อ ๖ ในการขายฝากที่ดิน ถ้ามีข้อสัญญาจะให้ไถ่ที่ได้เกินกว่า ๑๐ ปีไป อย่าให้วินิจฉัยว่าไถ่ได้เมื่อพ้น ๑๐ ปีไปเลย

ข้อ ๗ ที่กล่าวว่าจำนำหรือขายฝากที่ดินนี้ ให้เข้าใจว่าจำนำหรือขายฝากที่ดินแลโรงเรือนต้นผลไม้ หรือสิ่งอื่นที่ติดอยู่กับดิน ซึ่งเรียกว่าของพึงเคลื่อนที่ไม่ได้ตามที่จะสัญญากันนั้นเทอญ

ข้อ ๘ ประกาศนี้ให้ใช้ได้ตั้งแต่วันที่ได้ลงประกาศนี้ไป แต่ไม่ให้ใช้ในการที่เสร็จไปแล้ว"

จะเห็นได้ว่าประกาศฉบับนี้เป็นกฎหมายที่เริ่มวางรูปการจำนำที่ดินอย่างใหม่ และแยกเรื่องขายฝากไว้เป็นอีกลักษณะหนึ่ง โดยบัญญัติว่าในเรื่องการจำนำให้ทำเป็นหนังสือกรมธรรม์ต่อหน้าอำเภอและผู้รับจำนำจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์หลักประกัน ก็แต่เมื่อดอกเบี้ยค้างอยู่นานอย่างน้อย 3 ปีแล้ว ผู้จำนำหยุดไม่ชำระดอกเบี้ยแต่เมื่อใดก็ตาม ที่ดินจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อผู้จำนำยอมมอบที่ให้หรือศาลพิพากษาให้เป็นไปตามนั้น ถ้าดอกเบี้ยที่ค้างยังไม่ถึง 3 ปี ผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียกแต่ต้นเงินดอกเบี้ยและค่าเสียหายถ้ามีหากผู้จำนำไม่สามารถชำระหนี้ได้ผู้รับจำนำมีแต่จะขอให้ยึดที่ดินและขายทอดตลาดมาชำระหนี้ ถ้ามีเงินเหลือก็คืนให้แก่ผู้จำนำไปหากเงินที่ขายนั้นไม่พอ ผู้รับจำนำไม่มีสิทธิเรียกร้องได้อีก

การจำนำที่ดินอย่างใหม่นี้ (คือ จำนอง) เป็นประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินมากกว่าการขายฝากหลายประการ เพราะเจ้าของไม่เสียเครดิตไปทั้งสิ้นครั้งหนึ่งครั้งเดียว ถ้าขายฝากก็ขาดสิทธิในที่ดินโดยพลันจะได้ทุนเชื่ออีกก็ต้องไถ่ที่ดินก่อน แต่ในการจำนำนั้นถ้าต้นเงินที่เอามายังไม่ถึงราคาที่ดินเจ้าของมีทางที่จะจำนำแก่ผู้อื่นได้อีกเนื่องจากกฎข้อบังคับเรื่องจำนำนั้นเอง ผู้รับจำนำแรกมีสิทธิรับชำระหนี้ได้ก่อนผู้รับจำนำที่หลัง ผลข้อนี้ศาลพิเคราะห์ดูเห็นได้เองและพิพากษาตามมาตั้งแต่ต้นแต่การประกาศ ร.ศ. 118 มิได้กล่าวถึงกรณีนี้ไว้ เป็นเหตุให้เกิดข้อข้องใจต่าง ๆ ในทางปฏิบัติ

สรุปได้ว่าในเรื่องหลักประกันหนี้ กฎหมายในเรื่องประกันหนี้นั้นโดยแรกเริ่มจะเป็นสัญญาจำนำ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาเป็นสัญญาจำนองควบคู่ไปกับสัญญาจำนำ โดยมีการนำทรัพย์ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันหนี้ การที่สัญญาจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำจึงเป็นการไม่คล่องตัว ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากยิ่งขึ้นเครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมมีความจำเป็นต่อการผลิต การที่จะให้ผู้จำนำส่งมอบการครอบครองทรัพย์ไปยังผู้รับจำนำก็จะมีผลทำให้ผู้จำนำไม่สามารถนำเครื่องมือเครื่องใช้

ต่าง ๆ มาทำการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมได้ จนมีการพัฒนาจากสัญญาจำนำที่ผู้รับจำนำต้องส่งมอบการครอบครอง เป็นสัญญาจำนำที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน อันเป็นการสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจในสมัยต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นมีการนำระบบทะเบียนมาใช้ ซึ่งทำให้มีการลงทะเบียนทรัพย์ที่ติดสัญญาจำนอง

ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ถูกจัดทำ และประกาศใช้เป็นรายบรรพ ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2466 สำหรับบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาได้ประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 มีการกำหนดใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 เป็นต้นมา ต่อมาได้มีความเห็น ว่าควรตรวจแก้ไขและปรับปรุงเพื่อให้ มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นจึงได้มีการตรวจชำระบทบัญญัติในบรรพ 3 เสียใหม่ โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติเดิมที่ได้ประกาศไปแล้วและให้ประกาศใช้บรรพ 3 ฉบับตรวจชำระใหม่ต่อท้ายพระราชกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2471 แทน โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2472 เป็นต้นไป[3] ซึ่งหากจะนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2471 อาจกล่าวได้ว่ามีการใช้กฎหมายจำนองฉบับปัจจุบันมาประมาณ 70 กว่าปีแล้ว

1.2 ประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของการจำนองในต่างประเทศ

จากการศึกษาได้ทราบว่า บทบัญญัติกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้รับอิทธิพลและแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายโรมัน จึงควรที่จะต้องศึกษาถึงประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน เพื่อจะนำไปใช้พิจารณาถึงกฎหมายหลักประกันด้วยทรัพย์ ที่ปรากฏอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย

(1) การประกันหนี้ในสมัยโรมัน

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์ในสมัยโรมัน มีวิวัฒนาการรูปแบบที่สำคัญ 3 ประการ คือ

---

[3] อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2513), หน้า 128.

(ก) Fiducia ของกฎหมายโรมันมีลักษณะเหมือนกับการขายฝาก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 กล่าวคือลูกหนี้ต้องโอนกรรมสิทธิ์และการครอบครองเหนือทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ โดยที่ลูกหนี้มีสิทธิได้รับกรรมสิทธิ์และการครอบครองเหนือทรัพย์นั้นคืนเมื่อทำการชำระหนี้

(ข) Pignus ของกฎหมายโรมันมีลักษณะเดียวกับ การจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 กล่าวคือลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองเหนือทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้ยังมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์อยู่และลูกหนี้มีสิทธิได้รับทรัพย์ดังกล่าวคือเมื่อทำการชำระหนี้

(ค) Hypotheca ในกฎหมายโรมันมีลักษณะเดียวกับการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 กล่าวคือลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองและไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ ซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้และสามารถใช้กับเจ้าหนี้ได้หลายรายโดยเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนรายแรกมีสิทธิดีกว่ารายหลัง

การประกันหนี้แบบ Fiducia เป็นกฎหมายที่เก่าแก่และดั้งเดิมของโรมัน คือ ลูกหนี้ต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้ ภายใต้ข้อตกลงว่าเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้จะต้องโอนกรรมสิทธิ์และการครอบครองคืนให้แก่ลูกหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ทรัพย์สินที่โอนไปก็จะตกเป็นของเจ้าหนี้อย่างสมบูรณ์ โดย Fiducia นี้ เจ้าหนี้ได้สิทธิหลายประการ เช่นเจ้าหนี้สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ให้กับบุคคลภายนอกได้ และถ้าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ไม่จำต้องไปดำเนินการใด ๆ อีก เพราะทรัพย์สินที่โอนไปจะตกเป็นของเจ้าหนี้ทันที อาจกล่าวได้ว่าผลดีจะตกอยู่กับฝ่ายเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว

กรณี Pignus (จำนำ) ได้ถูกพัฒนาขึ้นมาใช้ในยุคประชาธิปไตยตอนต้น Pignus เป็นสัญญาสุจริต (bonae fidei) สองฝ่ายและเป็นการส่งมอบทรัพย์ที่มีรูปร่าง (res corporalis) ให้แก่ผู้ให้ยืมเงิน (pignerator) เป็นการประกันการชำระหนี้ โดยผู้ให้ยืมเงินได้รับการครอบครองทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย โดย Pignus มีการพัฒนามาจากการรักษาทรัพย์สิน (Fiducia) หรือเรียกโดยเคร่งครัดว่า dominium Fiduciarium (กรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน) ซึ่งเป็นการส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันส่งมอบได้ยาก(res mancipi) ให้แก่ผู้ให้ยืมเงินเป็นหลักประกันหนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแบบ Fiducia ต้องทำเป็นพิธีการ (mancipatio) ตามสัญญา Pignus ผู้ให้ยืมเงินได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตาม Fiducia แล้วจึงสามารถจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ ถ้าผู้ยืมเงินไม่ชำระหนี้นอกจาก Fiducia ทำให้ผู้ยืมต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นประกัน อันเป็นการเสียสละและเสี่ยงภัยของลูกหนี้แล้วพิธี Fiducia ยังไม่

คล่องตัวอีกด้วย[4] แต่ข้อเสียของ หลักประกันหนี้แบบ Pignus ก็คือลูกหนี้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์ประกันนั้นได้อีกต่อไป

ในยุคสมัยจักรวรรดิ์โรมัน ช่วงยุคแห่งการพัฒนาการทางด้านเศรษฐกิจการประกันหนี้ด้วยทรัพย์แบบ Hypotheca มีรูปแบบที่เป็นประโยชน์ต่อลูกหนี้มากที่สุด กล่าวคือ ลูกหนี้จะยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินและยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นได้ ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดจึงจะสามารถมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวของลูกหนี้ Hypotheca โดยส่วนใหญ่แล้วจะใช้กับการจำนองที่ดิน ถึงแม้ว่ายังใช้กับสังหาริมทรัพย์ด้วย อาจเข้าใจได้ว่า Hypotheca นี้ คงเกิดมาจากการพัฒนาการทางสภาพเศรษฐกิจในสมัยนั้นดังตัวอย่างต่อไปนี้ เมื่อเกษตรกรเช่าที่ดินเพื่อทำการเกษตร เกษตรกรก็จะนำสิ่งของและอุปกรณ์เข้ามาในที่ดินที่เช่าเพื่อทำการเกษตร และเมื่อเกษตรกรทำการกู้ยืมเงินก็ไม่สามารถใช้สิ่งของและอุปกรณ์ทางการเกษตร มาเป็นหลักประกันหนี้ได้จึงไม่อาจทำสัญญา Pignus หรือ Fiducia ได้ เพราะตามเงื่อนไขของสัญญาทั้ง Pignus และ Fiducia นี้ เกษตรกรต้องสูญเสียการครอบครองทรัพย์เหล่านั้นไป เกษตรกรมีความจำเป็นต้องครอบครองและใช้ วัว ควาย และอุปกรณ์ที่ใช้ในการเกษตรกรรม อีกทั้งต้องอาศัยทาสเพื่อช่วยทำงานอีกด้วย หากเกษตรกรสูญเสียการครอบครองของสิ่งเหล่านี้ ก็ไม่อาจทำการเกษตรเพื่อชำระหนี้ที่กู้ยืมได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีรูปแบบของหลักประกันใหม่ที่ลูกหนี้สามารถครอบครองหลักประกันนั้นได้อยู่ การพัฒนาทางกฎหมายนี้อาจเป็นผลของการยึดถือปฏิบัติกันมานานในสมัยนั้นว่า ผู้เช่าที่ที่เช่านั้นเป็นหลักประกันการชำระค่าเช่าที่ดิน และการที่ผู้เช่าบ้านยอมให้เครื่องเรือนของผู้เช่าที่อยู่ในบ้านนั้นเป็นหลักประกันการชำระค่าเช่าบ้านด้วย[5] เมื่อมีการปฏิบัติกันมานานทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ จึงเห็นว่าเจ้าหนี้สามารถมีหลักประกันโดยที่เจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองหลักประกันนั้นและในช่วงเวลาดังกล่าว ลูกหนี้สามารถครอบครองและใช้สอยทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกันนั้นอีกด้วย หลักประกันแบบ Hypotheca จึงถูกพัฒนาขึ้นมาใช้กับทั้งที่ดินและสังหาริมทรัพย์[6]

---

[4] ประชุม โฉมฉาย ,หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น,(กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เดือนตุลา ,2541),หน้า 197.

[5] H.F. Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law, (New York : The Syndics of the Cambridge University Press, 1954), p.319.

[6] ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546), หน้า 14.

ลักษณะของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์ลักษณะ Hypotheca พอสรุปได้ว่าเป็นข้อตกลงว่าหากลูกนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามแบบ Hypotheca นี้ลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินชิ้นเดียวกับเงินกู้ได้หลายครั้ง โดยหลักที่ว่าเจ้าหนี้รายใดได้ดำเนินการประกันหนี้ในแบบ Hypotheca ก่อนจะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนภายหลังได้ โดยลูกหนี้มีหน้าที่แจ้งต่อผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้ให้ทราบถึงการมี Hypotheca ก่อนแล้ว และเป็นการประกันหนี้ด้วยอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

เนื่องจากบุริมสิทธิของเจ้าหนี้จะเป็นไปตามหลักก่อนหลัง Hypotheca ลูกหนี้จึงมีหน้าที่แจ้งต่อหน้าผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้ของตนว่าได้มีการก่อ Hypotheca ขึ้นแล้วหรือไม่ การละเลยในการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้น เป็นความผิดทางอาญาของลูกหนี้ต่อมาในปลายสมัยจักรวรรดิโรมันได้มีการเปลี่ยนแปลงลำดับบุริมสิทธิใหม่ โดยให้ผู้จดทะเบียน Hypotheca หรือผู้มีพยานมีสิทธิเหนือกว่าผู้ที่จดทะเบียนทีหลังหรือผู้ไม่มีพยาน ไม่มีใครทราบแน่ชัดว่ามีการเริ่มใช้ Hypotheca ตั้งแต่เมื่อใดแต่พบหลักฐานว่ามีการใช้ Hypotheca หรือการจำนำที่ไม่มีการครอบครองนี้มาตั้งแต่สมัย 234-149 ปี ก่อนคริสตกาลหรือสมัยเมื่อ 2 พันปีเศษมาแล้ว

(2) การจำนองตามกฎหมายสมัยใหม่

ก่อนศตวรรษที่ 19 ภายหลังที่ Norman ปกครองอังกฤษแล้ว รูปแบบที่ใช้ในการประกันสังหาริมทรัพย์มีอยู่เพียงแบบเดียวคือการจำนำ ซึ่งก็เป็นรูปแบบของการประกันที่ใช้อยู่ในการจำนำสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน การประกันนี้เรียกว่า Vadium ซึ่งก็เหมือนกับการที่ใช้ในการประกันด้วยอสังหาริมทรัพย์ในตอนช่วงต้นศตวรรษที่ 18 การจำนำสังหาริมทรัพย์มีที่มาจากกฎหมายในสมัยโรมันซึ่งในที่นี้เรียกว่า Pignus ซึ่งหมายถึงสัญญามอบการครอบครองทรัพย์ (bailment) ซึ่งมี 4 รูปแบบ คือ Mutum (สัญญายืมใช้สินเปลือง), Commodatum (สัญญายืมใช้คงรูป), Depositum (สัญญาฝากทรัพย์) และ Pignus (สัญญาจำนำ) ในศตวรรษที่ 17 และ 18 เป็นยุคของการเริ่มต้นระบบทุนนิยม สังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นสังคมการใช้สินเชื่อแต่ความต้องการให้สินเชื่อก็ยังไม่สูงมาก ที่ดินยังคงเป็นสิ่งที่เป็นตัวหลักในการให้สินเชื่อ

หลักกฎหมายดั้งเดิมที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 การจำนองสังหาริมทรัพย์ก่อให้เกิดสิทธิบางอย่างแก่เจ้าหนี้โดยปราศจากการโอนไปซึ่งการครอบครอง การครอบครองยังคงอยู่ที่ผู้จำนองแต่ผู้รับจำนองย่อมสามารถอาศัยสิทธิจำนอง เพื่อบังคับจำนองจากทรัพย์ดังกล่าวและใช้ยันบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม คดี Twyne ในปี ค.ศ. 1601 ตัดสินโดยทำลายหลักการนี้

อย่างเด็ดขาด โดยได้ตัดสินว่า การโอนไปซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยปราศจากการส่งมอบการครอบครองเป็นการโอนที่ไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้กฎหมายฉบับ ค.ศ. 1570 บัญญัติว่า การโอนทรัพยสิทธิที่ดินหรือสินค้าที่ทำขึ้นเพื่อฉ้อฉลหรือเอาเปรียบเจ้าหนี้อื่นตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาที่กระทำดังกล่าวจะถูกลงโทษจำคุก 6 เดือน ในปี ค.ศ. 1600 มีคดีเกิดขึ้น คือ Pierce ซึ่งเป็นคนเลี้ยงแกะเป็นหนี้ Twyne 400 ปอนด์ และเจ้าหนี้อื่น 200 ปอนด์ แต่เขามีทรัพย์สินทั้งหมดเพียง 300 ปอนด์ เจ้าหนี้อื่นได้ฟ้อง Pierce แต่ในระหว่างนั้น Pierce ได้ตกลงโอนทรัพย์สินของตนทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ตกเป็นสิทธิแก่ Twyne เพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม Pierce ยังคงครอบครองทรัพย์เหล่านั้นอยู่ เจ้าหนี้อื่นเมื่อมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้วจึงขอให้มีสิทธิร้องขอบังคับคดีจากแกะของ Pierce ต่อมา Twyne จึงคัดค้านว่าตนเป็นเจ้าของแกะ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี ศาลตัดสินว่าการส่งมอบของ Pierce เป็นการชำระหนี้ที่เป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้อื่น ศาลตัดสินคดีนี้อยู่บนพื้นฐานของการที่ Pierce ได้ครอบครองทรัพย์ดังกล่าวไว้ ซึ่งทำให้อนุมานจากพฤติการณ์ได้ว่าเป็นการฉ้อฉลเพราะผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินไว้ และใช้สอยเสมือนทรัพย์สินของตนเองเป็นการใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นการโกงหรือฉ้อฉลผู้อื่น จากคดีนี้จึงได้นำหลักดังกล่าวไปใช้กับเรื่องการจำนองโดยอาศัยเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากผลของคดีนี้ จะเห็นได้ว่าการจำนองสังหาริมทรัพย์ที่สมบูรณ์นั้น ผู้รับจำนองจะต้องได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์ดังกล่าว

กลางศตวรรษที่ 19 คดี Twyne เริ่มถูกลบล้างโดยผลของกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายในปี ค.ศ. 1854 ซึ่งนำเอาระบบทะเบียนเข้ามาใช้บังคับการซื้อขายสังหาริมทรัพย์บางอย่างไม่ว่าจะมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ตาม ผู้รับโอนจะมีอำนาจยึดถือครอบครองทรัพย์อย่างเป็นเจ้าของได้ก็แต่โดยการจดทะเบียนเสียก่อน ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเริ่มมีการไม่ยอมรับหลักในคดี Twyne โดยมีแนวคิดว่าจะต้องจดทะเบียนจึงจะใช้ได้ ในทางปฏิบัติการจำนองเป็นประกันหนี้จะต้องมีการจดทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ แต่ในบางกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกันด้วยสินค้าและเครื่องมือทางการเกษตรมิได้มีการนำหลักเรื่องการจดทะเบียนมาใช้บังคับ ซึ่งการกระทำเช่นนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการสนับสนุนการให้สินเชื่อในการซื้อสินค้าและอุปกรณ์ทางการเกษตร ในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม[7]

---

[7] Rongphol Charoenphandhu, Construction of a Model of Security Law Through the Methodology of Neo-hegelanism, (Oxford: Oxford University Press, 1962), pp. 447-450.

อย่างไรก็ตามในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม การมีหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์เพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ ดังนั้นจึงได้มีการนำสังหาริมทรัพย์ไปใช้เป็นหลักประกันแห่งหนี้มากขึ้นเช่นการนำสินค้า เครื่องมือในการผลิตมาเป็นหลักประกันในศตวรรษที่ 19 นั้นการจำนำสังหาริมทรัพย์ยังไม่มีความเหมาะสมกับธุรกิจเพราะจำนำจะขาดองค์ประกอบเรื่องการครอบครองมิได้ หากในระหว่างที่สัญญาจำนำมีผลบังคับมีพฤติการณ์ที่ทรัพย์ที่จำนำได้กลับคืนมาสู่การครอบครองของผู้จำนำ สัญญาจำนำกฎหมายถือว่าจำนำย่อมระงับสิ้นไป ส่วนการประกันด้วยสังหาริมทรัพย์อีกกรณีหนึ่งก็คือการจำนองสังหาริมทรัพย์มีข้อจำกัดต่าง ๆ อีกมากมายที่ปรากฏในศตวรรษที่ 17 และ 18 ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องคิดค้นหลักประกันแบบใหม่ขึ้นมาโดยใช้รูปแบบสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งก็จะมีปัญหาเกิดขึ้นคือ สัญญาต่าง ๆ เหล่านั้นมีเทคนิควิธีการที่แตกต่างกัน และขาดความเป็นเอกภาพย่อมเป็นอุปสรรคขัดขวางการพัฒนาของหลักประกันหนี้[8] จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในเรื่องประกันหนี้นั้นโดยแรกเริ่มจะเป็นสัญญาจำนำ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาเป็นสัญญาจำนองควบคู่ไปกับสัญญาจำนำ โดยมีการนำทรัพย์ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันหนี้ เมื่อสมัยต่อมาสังคมมีความเจริญมากขึ้น การนำระบบทอเรนส์หรือระบบทะเบียนขึ้นมาใช้จึงมีผลทำให้เกิดสัญญาจำนองโดยที่ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์ที่จำนองต่อผู้รับจำนองเพียงมีแต่การลงในทะเบียนว่ามีการทำสัญญาจำนองก็เพียงพอแล้ว

2. หลักทั่วไปของการจำนอง

2.1 การจำนองของประเทศไทย

2.1.1 ลักษณะของสัญญาจำนอง

จำนองเป็นการประกันด้วยทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 702 มีนิยามว่า "อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนองเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

---

[8] Ibid., pp.441-443.

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญมิพัก ต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่

ดังนั้น ลักษณะของการจำนองคือการที่บุคคลหนึ่งเรียกว่า "ผู้จำนอง" นำทรัพย์ไปตราไว้ โดยการนำทรัพย์ไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ทรัพย์ผูกพันประกันหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ไว้กับเจ้าหนี้ ซึ่งเรียกว่า "ผู้รับจำนอง" โดยบุคคลเจ้าของทรัพย์ผู้ที่เอาทรัพย์มาผูกพันเป็นหลักประกันนั้นจะเป็นตัวลูกหนี้เอง หรือจะเป็นบุคคลภายนอกที่เอาทรัพย์สินของตนมาจำนอง เป็นหลักประกันการชำระหนี้อันลูกหนี้ต้องชำระก็ได้ ซึ่งหากบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะเรียกร้องให้บุคคลภายนอกนั้นชำระหนี้ไม่ได้เพราะเขาไม่ได้ผูกพันเป็นหนี้ด้วย แต่เจ้าหนี้สามารถเรียกบังคับเอากับทรัพย์จำนองของบุคคลภายนอกนั้นได้เพราะเขาเอาทรัพย์มาผูกพันประกันหนี้ และจะต้องมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งเป็นสัญญาประธานเสียก่อนแล้วจึงเอาทรัพย์มาตราไว้เป็นประกันหนี้ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ และผู้รับจำนองเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้สามัญพร้อมทั้งมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่จำนอง โดยไม่ต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่อย่างไร

2.1.2 ทรัพย์ที่สามารถจำนองได้

ทรัพย์ที่สามารถจำนองได้จะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*มาตรา 703 วรรคแรก มีนิยามว่า "อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใด ๆ..."*

อสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139 บัญญัติว่า *"อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นและหมายความรวมถึงทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย"*

โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองได้ต้องเป็นที่ดินที่มีโฉนด หรือที่ดินมือเปล่าที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ซึ่งสามารถโอนแก่กันได้ กรณีของ อาคาร โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ซึ่งเป็นทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวร ก็นำมาจำนองได้เช่นเดียวกัน

---

* พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 9

มาตรา 703 วรรค สอง สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้ดุจกัน หากได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมายคือ

(1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

เรือตามที่กฎหมายกำหนดว่าต้องเป็นเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป เป็นเรือที่มีทะเบียน ฉะนั้นเรือที่จะจำนองได้ต้องเป็นเรือที่มีทะเบียนแล้ว

(2) แพ

แพในมาตรานี้ หมายถึงเฉพาะแพที่คนอยู่อาศัยอย่างเรือนโรง มิใช่แพไม้ไผ่หรือแพซุง เพราะไม่มีลักษณะเป็นเรือนโรงที่อยู่อาศัย อาจแยกออกเป็นท่อนหรือลำเมื่อใดก็ได้ โดยไม่เสียรูปทรง ทรัพย์ประเภทนี้ไม่ปรากฏว่ามีทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย ควรหมายความว่าจดทะเบียนตัวทรัพย์เช่นเดียวกับเรือที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไปตาม (1) ถ้าไม่ได้จดทะเบียนหรือยังไม่มีกฎหมายทะเบียนกรรมสิทธิ์แพแล้ว น่าจะจำนองไม่ได้[9]

(3) สัตว์พาหนะ

ได้แก่ ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อ ลา ซึ่งต้องทำตั๋วรูปพรรณ[*] จึงจะนำไปจำนองได้

(4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ

ในกรณีนี้ เช่น เครื่องจักร[**] หรือเครื่องบิน[***] ซึ่งได้มีการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ไว้แล้วตามกฎหมายเฉพาะการย่อมจำนองได้ แต่ถ้ายังไม่จดทะเบียนก็ไม่อาจจำนองได้

กรณีสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ เช่น รถยนต์ หรือปืนซึ่งแม้จะต้องจดทะเบียนตามกฎหมายแต่ก็เป็นเพียงการจดทะเบียน เพื่อประโยชน์ในการควบคุมดูแลหรือจัดเก็บภาษีของทางราชการซึ่งไม่ใช่ทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์ จึงไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ที่อาจนำมาจำนองได้ตามนัยมาตรา 703(4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นจึงไม่อาจนำมาจำนองได้

---

[9] พจน์ บุษปาคม, <u>คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ</u>, หน้า 163.

[*] พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482

[**] พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514

[***] พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

2.1.3 รูปแบบของสัญญาจำนอง

สิทธิจำนองเป็นทรัพยสิทธิที่ติดตามไปกับทรัพย์ที่จำนอง โดยไม่พิเคราะห์ว่าทรัพย์จำนองได้โอนไปยังบุคคลอื่นแล้วหรือไม่ ดังนั้นการแสดงออกซึ่งสิทธิจำนองต้องอาศัยทางทะเบียนซึ่งต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยต้องปรากฏรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

มาตรา 714 "อันสัญญาจำนองนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่"

มาตรา 704 "สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง"

มาตรา 708 "สัญญาจำนองนั้นต้องมีจำนวนเงินระบุไว้เป็นเรือนเงินไทยเป็นจำนวนแน่นอนตรงตัว หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราไว้เป็นประกัน"

บทบัญญัติทั้ง 3 มาตราข้างต้นสรุปหลักได้ ดังนี้

1. สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดย "ต้องทำเป็นหนังสือ" หมายความว่า ทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนองจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาทั้งสองฝ่าย ในหนังสืออันเป็นสัญญาจำนองด้วย

2. ต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง เนื่องจากสัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 704 จึงกำหนดไว้ เพื่อจะได้ทราบว่าผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ และเพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ว่าทรัพย์นั้นติดจำนองอยู่ ผู้ใดรับโอนทรัพย์นั้นไปก็ต้องติดไปซึ่งจำนองด้วย ดังนั้นจึงต้องระบุให้ชัดเจนว่ามีการจำนองทรัพย์สินสิ่งใด

3. ต้องมีการระบุจำนวนเงินเพราะผู้จำนองอาจนำทรัพย์สินที่จำนองไปจำนองได้อีกหากทรัพย์สินนั้นยังมีมูลค่าเพียงพอ หรืออาจมีการโอนขายทรัพย์สินที่จำนองให้บุคคลภายนอก ดังนั้นการระบุจำนวนเงินทำให้บุคคลภายนอกที่จะพิจารณารับจำนองในลำดับต่อมาหรือจะซื้อทรัพย์สินที่ติดจำนองนั้น ได้ทราบว่าทรัพย์สินนั้นมีการจำนองประกันหนี้ไว้จำนวนเท่าใดจำนวนเงินที่ระบุไว้ต้องเป็นเงินไทยเท่านั้น จะระบุไว้เป็นสกุลเงินตราต่างประเทศไม่ได้ และจำนวนเงินที่ระบุไว้ต้องแน่นอนเป็นวงเงินจำนอง จะมานำสืบเปลี่ยนแปลงภายหลังมิได้

จำนวนเงินจำนองที่ต้องระบุไว้ในสัญญาจำนอง หมายถึงเฉพาะหนี้เงินต้นไม่รวมถึงดอกเบี้ยด้วย ดังนั้นผู้รับจำนองจึงมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในส่วนดอกเบี้ยที่เกินวงเงินจำนองได้(คำพิพากษาฎีกาที่ 4139/2533)

นอกจากสัญญาจำนองจะต้องมีสาระสำคัญดังที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว โดยปกติแล้วคู่สัญญาก็สามารถที่จะกำหนดข้อความในสัญญารายละเอียดอื่นตามที่ตกลงกันไว้ โดยรายละเอียดต่าง ๆ นอกเหนือจากรายละเอียดเหล่านี้ได้กำหนดไว้ใน "ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง" หากข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ข้อตกลงดังกล่าวก็ใช้ได้ไม่ตกเป็นโมฆะ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ยังได้กำหนดข้อห้ามพิเศษมิให้คู่ความกำหนดข้อตกลงบางประการ ซึ่งหากฝ่าฝืนข้อห้ามพิเศษนี้ย่อมมีผลทำให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 711 ดังนี้

มาตรา 711 "การที่ตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือว่าให้จัดการ แก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองไซร้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์"

ข้อห้ามตามมาตรา 711 นี้มีองค์ประกอบดังนี้คือ[10]

(1) เป็นข้อตกลงให้เจ้าหนี้บังคับเอาจากทรัพย์ที่จำนอง ซึ่งเป็นการตกลงบังคับจำนองให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนอง ตามมาตรา 728 และมาตรา 729 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดวิธีการบังคับจำนองไว้ 2 วิธีคือ บังคับจำนองโดยนำทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาด หรือการบังคับทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้

กฎหมายกำหนดห้ามไว้นี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกหนี้หรือผู้จำนอง ซึ่งในขณะทำการกู้ยืมเงินอันเป็นหนี้ประธานตกอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่า ไม่ให้ถูกเจ้าหนี้เอาเปรียบหรือบีบบังคับในการเจรจาต่อรองขอกู้ยืมหรือเข้าทำสัญญาจำนองกับเจ้าหนี้ อันอาจทำให้ผู้จำนองต้องเสียทรัพย์สินที่นำไปเป็นหลักประกันหนี้โดยไม่เป็นธรรม

(2) การตกลงระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองนั้น เกิดขึ้นก่อนที่หนี้จำนองถึงกำหนดเวลาชำระหนี้

---

[10] สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์ , <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u> , (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2547),หน้า 70-71.

(3) ผลของการตกลงฝ่าฝืนมาตรา 711 คือข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์ แต่ไม่มีผลให้ส่วนอื่นที่สมบูรณ์อยู่แล้วต้องเสียไปหรือไม่สมบูรณ์ด้วยไม่ ความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวมีผลเพียงทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นไม่ได้

2.1.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

สิทธิของผู้รับจำนองคือ ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์ที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญโดยไม่ต้องคำนึงว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ส่วนหน้าที่ของฝ่ายผู้จำนองนั้นด้วยเหตุที่การจำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์ที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้จำนองจึงมีหน้าที่บางประการ ในการที่จะไม่ทำให้สิทธิในการบังคับจำนองของผู้รับจำนองต้องเสียหายด้วย แม้ว่าผู้จำนองในฐานะเจ้าของทรัพย์มีกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 อันที่จะใช้สอยหรือจำหน่ายจ่ายโอน และเป็นการจำนองเพื่อประกันหนี้ของตนเองแล้ว ผู้จำนองก็จะอยู่ในฐานะลูกหนี้ชั้นต้นมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่ถ้าผู้จำนองเป็นบุคคลภายนอกจำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ ผู้จำนองอาจจะปลอดภาระจำนองด้วยการเข้าชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้ เพื่อให้ทรัพย์ของตนหลุดพ้นจากการจำนองก็ได้โดยสิทธิและหน้าที่ของผู้จำนองมีดังต่อไปนี้

(1) ผู้จำนองต้องไม่ทำให้เสื่อมสิทธิของผู้รับจำนอง การจำนองเป็นการเอาทรัพย์ตราเป็นประกันการชำระหนี้ ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์ที่จำนองเมื่อจะรับจำนองทรัพย์ เจ้าหนี้ย่อมพิจารณาแล้วว่าทรัพย์นั้นมีราคาคุ้มกับหนี้จำนองทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนที่กำหนดไว้ หากผู้จำนองทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองโดยการจดทะเบียนการจำนองหรือทรัพยสิทธิอันจะทำให้ราคาทรัพย์นั้นเสื่อมค่า ผู้รับจำนองขอให้ลบสิทธินั้นจากทะเบียนได้ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722

มาตรา 722 "ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้ว และภายหลังที่ได้จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่น โดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยไซร้ ท่านว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภาระจำนองหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นนั้นหากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนองก็ให้ลบสิทธิที่กล่าวหลังนั้นเสียจากทะเบียน"

การที่กฎหมายบัญญัติ มาตรา 722 เนื่องจากเกรงว่าผู้จำนองหรือลูกหนี้ที่ไม่สุจริตอาจจะทำให้ทรัพย์สินที่จำนองมีราคาลดน้อยถอยลง โดยการก่อให้เกิดทรัพยสิทธิแก่บุคคลอื่นลงในทรัพย์ที่จำนองไม่ว่าจะเป็นภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน หรือสิทธิอาศัย อันจะเป็นเหตุให้

ผู้รับจำนอง ไม่สามารถที่จะบังคับกับทรัพย์สินที่จำนองได้อย่างเต็มที่หรือไม่สามารถบังคับจำนองเพื่อชำระหนี้ที่จำนองได้หมดทั้งสิ้น แต่ทั้งนี้แล้วการจดทะเบียนที่จะสามารถขอให้ศาลเพิกถอนได้นั้นต้องเป็นการจดทะเบียนภายหลังจากที่มีการจดทะเบียนจำนอง หากมีการจดทะเบียนทรัพยสิทธิอื่นใดก่อนจดทะเบียนจำนองไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 722 นี้เพราะการจดทะเบียนทรัพยสิทธินั้น ปรากฏในทะเบียนก่อนที่ผู้รับจำนองจะมารับจำนองทรัพย์สินนั้นทราบอยู่แล้วว่ามีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิ การที่ยังคงรับจำนองทรัพย์ที่มีทรัพยสิทธิอื่นอยู่นั้นเท่ากับยอมรับ ไม่ถือว่าเป็นการเสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนองเอง

ส่วนการที่ผู้รับจำนองจะมีสิทธิให้ลบสิทธิที่ทำให้ตนต้องเสื่อมเสียเมื่อใดนั้น ได้มีความคิดเห็นออกเป็น 2 แนวทาง คือ

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่าควรจะให้ถึงเวลาที่มีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อน เพราะการขอให้ลบสิทธิตามมาตรา 722ก่อนบังคับจำนองอาจทำให้บุคคลภายนอกผู้ได้ทรัพยสิทธิอันผู้รับจำนองจะขอให้ลบนี้ต้องเสียหายในแง่ที่ว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้อาจมีทางชำระหนี้ได้โดยไม่จำต้องบังคับจำนอง และไม่จำต้องขอให้ลบสิทธิก็ได้[11]

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวบังคับจำนองก่อนก็สามารถใช้สิทธิตาม มาตรา 722 ได้หากพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเมื่อถึงเวลาบังคับจำนอง ผู้รับจำนองอาจเสียหายโดยพิสูจน์ถึงความเป็นไปได้ในการชำระหนี้ของลูกหนี้หรือของผู้จำนอง และพิสูจน์ว่าผู้รับจำนองอาจต้องใช้สิทธิบังคับจำนอง และต้องเสียหายเพราะราคาทรัพย์นั้นไม่พอเป็นประกันเช่นนี้แม้ว่าผู้รับจำนองจะยังมิได้บอกกล่าวบังคับจำนองก็ตาม ก็อาจขอใช้สิทธิตามมาตรา 722 นี้ได้โดยที่ผู้รับจำนองไม่ต้องรอให้มีการฟ้องบังคับจำนองเสียก่อน[12]

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นที่หนึ่ง เนื่องจากในบางกรณีผู้จำนองอาจก่อให้เกิดทรัพยสิทธิอื่นเพียงชั่วคราวหรือบางกรณีผู้จำนองมีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้จึงอาจจะไม่ต้องมีการบังคับจำนอง ซึ่งผู้รับจำนองก็ไม่ได้รับความเสียหายซึ่งจะได้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ได้ทรัพยสิทธิมาโดยถูกต้องและอีกทั้งในมาตรา 722

---

[11] พจน์ บุษปาคม, <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ</u>, หน้า 210.

[12] ถาวร โพธิ์ทอง, <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์.</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า85. และ ภิญโญ ธีรนิติ, <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u>, (หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพนายภิญโญ ธีรนิติ 11 มีนาคม 2534), หน้า 111.

ได้บัญญัติว่า"หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนอง"ดังนั้นผู้รับจำนองจะขอลบสิทธิได้ก็เมื่อมีการบังคับจำนอง

(2) ผู้จำนองต้องไม่ทำให้ทรัพย์ที่จำนองสูญหายหรือบุบสลาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 723 บัญญัติว่า "ถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองบุบสลาย หรือถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองแต่สิ่งใดสิ่งหนึ่งสูญหายหรือบุบสลาย เป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกันไซร้ ท่านว่าผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเสียในทันทีก็ได้ เว้นแต่เมื่อเหตุนั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของผู้จำนอง และผู้จำนองก็เสนอจะจำนองทรัพย์สินอื่นแทนให้มีราคาเพียงพอ หรือเสนอจะรับซ่อมแซมแก้ไขความบุบสลายนั้นภายในเวลาอันสมควรแก่เหตุ"

บทบัญญัติมาตรา 723 นี้บัญญัติขึ้นมาเพื่อที่จะคุ้มครองผู้รับจำนอง โดยที่ถ้าหากลูกหนี้ได้ทำลายหรือทำให้ลดน้อยลงซึ่งทรัพย์อันเป็นหลักประกัน ที่ได้ให้ไว้ลูกหนี้ไม่สามารถที่จะถือประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193 (2) คือผู้รับจำนองสามารถที่จะบังคับจำนองได้ทันที

การที่ทรัพย์จำนองนั้นเสียหาย เจ้าหนี้จะมีสิทธิตามมาตรานี้ได้แต่มีข้อยกเว้น คือเมื่อทรัพย์จำนองนั้นเสียหายหรือสูญหายไม่ใช่ความผิดของผู้จำนอง และผู้จำนองได้เสนอที่จะหาทรัพย์อื่นมาจำนองแทนหรือเสนอที่จะซ่อมแซมแก้ไขทรัพย์จำนองนั้น ภายในเวลาอันสมควร นอกจากนั้นแล้วการที่ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองทันทีตามมาตรา 723 นี้ก็ต่อเมื่อเป็นความผิดของผู้จำนอง เช่น ทำให้เครื่องจักรเสียหายเพราะใช้เครื่องจักรที่ไม่ถูกกับงานหรือกระทำการโดยประมาท ไม่ว่าผู้จำนองจะเป็นบุคคลภายนอกหรือลูกหนี้ การเสียหายนั้นทำให้หลักประกันแห่งหนี้ลดน้อยลงหรือเสื่อมราคา ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้ทันทีโดยไม่มีข้อแม้ใด ๆ ไม่จำต้องรอจนกว่าหนี้จะถึงกำหนดชำระตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา เพราะอาจทำให้ผู้รับจำนองได้รับความเสียหายมากขึ้น

(3) สิทธิและหน้าที่กรณีจำนองเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ

ตามมาตรา 724- มาตรา 726 เป็นกรณีของผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลอื่นไม่ใช่ลูกหนี้เอาทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยบัญญัติให้สิทธิไล่เบี้ยแก่ผู้จำนองให้สามารถไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ที่ตนประกันหนี้ไว้ ในกรณีที่ผู้จำนองได้ชำระหนี้นั้นเสียเองแทนลูกหนี้เพื่อไม่ให้มีการบังคับจำนอง เมื่อผู้จำนองชำระหนี้แทนไปแล้วกฎหมายก็ให้สิทธิแก่ผู้จำนองในอันที่จะไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ และเนื่องจากหลักในการจำนองโดยบุคคลผู้ที่ไม่ใช่ลูกหนี้นี้คล้ายคลึงกับการค้ำประกัน มาตรา 727 จึงกำหนดให้นำเอามาตรา 697 มาตรา 700 และ มาตรา 701 ในเรื่องค้ำประกันมาใช้บังคับโดยอนุโลม

2.1.5 สิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์จำนอง

การจำนองมิได้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จำนอง ดังนั้นผู้จำนองยังอาจทำการโอนทรัพย์นั้นไปเป็นของบุคคลอื่นได้ ซึ่งผลของการโอนทรัพย์ไปยังบุคคลภายนอกการจำนองจะติดตัวทรัพย์ซึ่งกฎหมายได้กำหนดสิทธิของผู้รับจำนองไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคสองแล้ว โดยผู้รับจำนองยังสามารถบังคับจำนองเอาจากทรัพย์ได้ไม่ว่าทรัพย์ที่จำนองจะโอนไปกี่ทอดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามผู้รับโอนมิใช่ผู้ที่แสดงเจตนานำทรัพย์ไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ กฎหมายจึงคุ้มครองให้สิทธิพิเศษแก่ผู้รับโอนทรัพย์จำนองที่จะทำการขอไถ่ถอนจำนองได้ โดยผลของการไถ่ถอนนี้ทำให้จำนองระงับตาม มาตรา 744 (3) และ (4) โดยสิทธิในการให้ผู้รับโอนทรัพย์จำนองที่จะไถ่ถอนจำนองได้บัญญัติอยู่ใน มาตรา 736 และ มาตรา 737 ดังนี้

มาตรา 736 บัญญัติว่า "ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองจะไถ่ถอนจำนองก็ได้ถ้าหากมิได้เป็นตัวลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน หรือเป็นทายาทของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน"

จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่า ผู้รับโอนที่จะขอไถ่ถอนได้นั้น ต้องไม่ใช่ผู้เป็นลูกหนี้หรือเป็นผู้ค้ำประกัน หรือเป็นทายาทของลูกหนี้หรือทายาทของผู้ค้ำประกัน เพราะบุคคลดังกล่าวต้องไถ่ถอนทรัพย์เต็มจำนวนหนี้ที่จำนองเป็นประกันเพราะถ้าชำระหนี้ไม่ครบถ้วน หนี้ที่เหลืออยู่นั้นก็ยังครอบไปยังทรัพย์จำนองหมดทุกสิ่งทุกส่วน ตามมาตรา 716 และ มาตรา 717 สำหรับผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ตามมาตรา 736 มิได้กล่าวไว้ เพราะต้องรับผิดตามสัญญาจำนองอยู่แล้วแม้ว่าผู้จำนองจะมิได้เข้าผูกพันตนเองโดยตรง แต่เป็นผู้นำทรัพย์ของตนเข้าไปทำสัญญาประกันหนี้ตราบใดที่หนี้ยังไม่ระงับก็ถอนทรัพย์ที่จำนองมิได้ ถ้าจะปิดป้องมิให้บังคับจำนองก็ต้องชำระหนี้ตามมาตรา 724 แม้ผู้จำนองจะได้โอนทรัพย์ไป และต่อมาภายหลังได้รับโอนกลับมา โดยตนกลายเป็นผู้รับโอนทรัพย์จำนองอีกก็จะใช้สิทธิไถ่ถอนไม่ได้ เช่น ค. ผู้จำนองทรัพย์ โอนขายให้แก่ ง. หรือโอนขายให้แก่ จ. หรือบุคคลภายนอกแล้ว ง. หรือ จ. โอนขายทรัพย์จำนองกลับมาให้ ค.ผู้จำนองอีก ถ้ายอมให้ไถ่ถอนกันได้ก็จะทำให้เกิดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เช่น อาจใช้วิธีไถ่ถอนจำนองโดยไม่ต้องชำระหนี้ทั้งหมด ดังนั้นสิทธิจำนองของผู้รับจำนองย่อมครอบทรัพย์จำนองอยู่ทุกส่วน จนกว่าจะได้รับชำระหนี้โดยสิ้นเชิงตามมาตรา 716

มาตรา 737 บัญญัติว่า "ผู้รับโอนจะไถ่ถอนจำนองเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้าผู้รับจำนองได้บอกกล่าวว่ามีจำนงจะบังคับจำนองไซร้ ผู้รับโอนต้องไถ่ถอนจำนองภายในเดือนหนึ่งนับแต่วันรับคำบอกกล่าว"

เนื่องจากผู้รับโอนทรัพย์จำนองมิใช่ลูกหนี้ ดังนั้นสิทธิขอไถ่ถอนของผู้รับโอนทรัพย์จำนองนั้นมีขึ้นตั้งแต่ได้รับโอนทรัพย์นั้นมา และจะใช้สิทธิในการไถ่ถอนเมื่อใดก็ได้แต่ถ้าผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว หากผู้รับโอนทรัพย์จำนองต้องการจะไถ่ถอนจำนองต้องขอไถ่ถอนภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับคำบอกกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 735 ในเรื่องการบอกกล่าวบังคับจำนองกับผู้รับโอนทรัพย์จำนอง ผู้รับจำนองจะบอกกล่าวบังคับจำนองล่วงหน้าอย่างน้อยหนึ่งเดือน และในช่วงหนึ่งเดือนตามกฎหมายหากผู้รับโอนทรัพย์จำนองต้องการไถ่ถอนจำนอง ก็ต้องรีบดำเนินการตามวิธีการไถ่ถอนจำนองภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน เพราะถ้าปล่อยเวลาให้ล่วงเลยไปจากนี้ ผู้รับจำนองสามารถดำเนินการฟ้องบังคับจำนองได้ตามกฎหมาย

ในกรณีของผู้รับโอนทรัพย์จำนอง กฎหมายได้ให้สิทธิในการไถ่ถอนจำนองได้เป็นพิเศษดังที่เห็นได้จากมาตรา 738 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า *"ผู้รับโอนซึ่งประสงค์จะไถ่ถอนจำนองต้องบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่ผู้เป็นลูกหนี้ชั้นต้น และต้องส่งคำเสนอไปยังเจ้าหนี้ที่ได้จดทะเบียน ไม่ว่าในทางจำนองหรือประการอื่น ว่าจะรับใช้เงินให้เป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สินนั้น...."* คำว่าจะรับใช้เงินให้เป็นจำนวนอันสมควร หาใช่จำนวนหนี้ทั้งหมดที่ทรัพย์จำนองเป็นประกันอยู่ไม่ เพราะผู้รับโอนทรัพย์จำนองมิได้เป็นลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกัน ซึ่งผูกพันตนว่าจะต้องชำระหนี้อย่างใดไม่ เช่น ก. กู้เงิน ข. 100,000 บาท ค. เอาที่ดินราคา 80,000 บาทจำนองเป็นประกันและมี ง. เข้าเป็นผู้ค้ำประกันหนี้รายนี้อีกคนหนึ่งด้วย ถ้าต่อมา ค. โอนขายที่ดินที่จำนองให้ จ. ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก จ. ผู้รับโอนทรัพย์จำนองย่อมขอไถ่ถอนจำนองได้ในราคา 80,000 บาทดังกล่าวได้ แต่ถ้า ค. ผู้จำนองโอนขายที่ดินให้แก่ ก. ลูกหนี้ หรือ ง. ผู้ค้ำประกัน ก. หรือ ง. ซึ่งเป็นผู้รับโอนไม่มีสิทธิขอไถ่ถอนจำนองได้ในราคา 80,000 บาท ต้องห้ามตามมาตรา 736 ทั้ง ก.ลูกหนี้ และ ง. ผู้ค้ำประกัน หากจะไถ่ถอนจำนองต้องชำระหนี้จำนวน 100,000 บาทอันเป็นการชำระหนี้โดยสิ้นเชิง จึงจะไถ่ถอนทรัพย์ที่จำนองได้และถ้า

ต่อมา ก. หรือ ง. เสียชีวิตทายาทของ ก. หรือ ง. ก็ไม่มีสิทธิขอไถ่ถอนจำนองในราคาพิเศษเช่นเดียวกันกับ ก. หรือ ง. [13]

ส่วนวิธีการไถ่ถอนจำนองของผู้รับโอนนั้นได้มีบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 738 และ เมื่อเจ้าหนี้ได้รับคำเสนอแล้วก็มีทางเลือกอยู่ 2 ประการ คือ

(1) ยอมรับคำเสนอดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 741คือจำนองระงับไปด้วยผู้รับโอนใช้เงินหรือวางเงินตามจำนวนที่เสนอจะใช้แทนการชำระหนี้แก่ผู้รับจำนอง โดยผู้รับจำนองยอมรับคำเสนอนั้นไม่ว่าจะสนองรับคำเสนอโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ตาม

(2) ปฏิเสธคำเสนอดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 739 หากผู้รับจำนองไม่ยอมรับคำเสนอ เจ้าหนี้จะต้องฟ้องคดีต่อศาลภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่มีคำเสนอ เพื่อให้ศาลพิพากษาให้เอาทรัพย์ที่จำนองนั้นออกขายทอดตลาด พร้อมทั้งดำเนินการตามมาตรา 739

2.1.6 การระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง

การจำนองระงับสิ้นไปด้วยเหตุต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 744

มาตรา 744 "อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่อายุความ

(2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

(3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น

(4) เมื่อถอนจำนอง

(5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง

(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้

สรุปได้ว่ามาตรา 744 บัญญัติถึงการระงับสิ้นไปของสัญญาจำนองไว้ ดังนี้

(1) ตามหลักการประกันหนี้เมื่อหนี้ประธานที่มีจำนองประกันระงับ หนี้ตามสัญญาอุปกรณ์คือจำนองก็ย่อมระงับไปด้วย หนี้ประธานอาจระงับด้วยเหตุต่าง ๆได้โดยมีบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 314 - มาตรา 353 ได้แก่ การชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่

---

[13] ชุมพล จันทราทิพย์, <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u>, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 125-126.

หนี้เกลื่อนกลืนกัน ไม่ว่าหนี้ประธานจะระงับด้วยเหตุใดก็ตามจำนองย่อมระงับไปด้วยกรณีของหนี้จำนองประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ *มาตรา 745 บัญญัติว่า "ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองแม้เมื่อหนี้ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเกินกว่า ห้าปีไม่ได้"* ดังนั้นเมื่อหนี้ประธานขาดอายุความก็ยังบังคับจำนองชำระหนี้ได้ เพื่อไม่ให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองทิ้งเวลาให้เนิ่นนานไปมากจนดอกเบี้ยของหนี้ประธานนั้นเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้นในส่วนของดอกเบี้ยจะเรียกย้อนหลังได้เพียง 5 ปีเท่านั้น

(2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

การปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองนั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเช่นเดียวกับตอนที่จดทะเบียนจำนอง เพื่อที่จะใช้อ้างยันกับบุคคลภายนอก การปลดจำนองเป็นการที่เจ้าหนี้สละซึ่งสิทธิประโยชน์และหลักประกันภายใต้สัญญาจำนองโดยการปลดจำนอง โดยเหลือเพียงสิทธิตามสัญญาประธาน

(3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น

หมายถึงกรณีผู้จำนองที่เป็นบุคคลภายนอกคนเดียว จำนองประกันหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระอาจหลุดพ้นจากความรับผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 727 ซึ่งอนุโลมใช้มาตราในกฎหมายลักษณะค้ำประกัน มาตรา 697 มาตรา 700 และ มาตรา 701 มาใช้บังคับโดยอนุโลมถ้าการกระทำใด ๆของเจ้าหนี้เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันไม่สามารถจะเข้ารับช่วงสิทธิได้ทั้งหมดผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นเท่าที่ตนเสียหาย เมื่ออนุโลมใช้กรณีจำนองการกระทำนั้น ๆ ของเจ้าหนี้จำนองย่อมทำให้ผู้จำนองหลุดพ้นเช่นกัน แต่ถ้าไม่สามารถรับช่วงสิทธิได้เพียงบางส่วนก็จะหลุดพ้นเพียงส่วนนั้น หรือกรณีที่เจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้โดยผู้จำนองมิได้ยินยอมด้วยหากถึงเวลาชำระหนี้ ผู้จำนองขอชำระหนี้เจ้าหนี้ปฏิเสธไม่รับชำระหนี้เช่นนี้ผู้จำนองก็หลุดพ้นจากความรับผิดโดยสิ้นเชิง

(4) เมื่อถอนจำนอง

เป็นการไถ่ถอนจำนอง โดยผู้รับโอนทรัพย์จำนองเสนอราคาพอสมควรกับราคาทรัพย์ให้แก่ผู้รับจำนองด้วยการส่งคำเสนอให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และเจ้าหนี้ทั้งหลายยอมรับคำเสนอไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามมาตรา 738 ประกอบมาตรา 741 จำนองก็เป็นอันระงับเพราะเหตุมีการไถ่ถอนจำนอง

(5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง

จำนองจะระงับเมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์ที่จำนองตามคำสั่งศาล ซึ่งในที่นี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณีคือ เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองและศาลมีคำสั่งให้เอาทรัพย์ออกขายทอดตลาด ตามมาตรา 728 และเมื่อผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองขอไถ่ถอนจำนองแล้วแต่เจ้าหนี้ที่ได้รับคำเสนอคนใดคนหนึ่งไม่ยอมรับคำเสนอ เจ้าหนี้คนนั้นต้องฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง และศาลได้สั่งขายทอดตลาดเนื่องจากการถอนจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 739

(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้

ตามมาตรา 729 คือ เจ้าหนี้ได้ทรัพย์สินซึ่งมีภาระจำนองติดอยู่มาเป็นของตน หนี้จึงเกลื่อนกลืนกันไป จำนองก็เป็นอันระงับไปตามมาตรา 353

2.2 การจำนองของประเทศอังกฤษ

การจำนองที่ดินของประเทศอังกฤษนั้นได้อยู่ภายใต้ Law of Property Act 1925 ซึ่งได้กล่าวถึงที่ดินที่สามารถนำมาจำนองได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

1. ที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาดและระยะยาว (Fee Simple Absolute)[14] ซึ่งเป็นสิทธิที่สามารถตกทอดสู่ทายาทของเจ้าของสิทธิได้ตลอดอายุของสิทธิดังกล่าว

2. ที่ดินภายใต้กำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน (Term of Years Absolute)[15] ซึ่งเป็นที่ดินที่มีกำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน เป็นการเช่าที่ดินจากเจ้าของที่ดิน(Landlord) อันเป็นสิทธิที่ไม่สามารถตกทอดสู่ทายาทของเจ้าของ

---

[14] "Fee Simple" An interest in land that,being the broadest property interest allowed. by law, endures until the current holder dies without heirs, esp.,a fee simple absolute "Fee Simple Absolute" An interest of indefinite or potentially infinite duration (Bryan A Garner, Black's Law Dictionary, 8th ed.,(St. Paul,Minn.: West Group, 2004),p.648 .

[15] "Term of Year" See tenancy for the term under Tenancy. "TENANCY FOR A TERM" a Tenancy whose duration is know in years, weeks or day from the moment of its creation.

2.2.1 ลักษณะของการจำนอง

MORTGAGE[16] 1. A conveyance of title to property that is given as security for the payment of a debt or the performance of a duty and that will become void upon payment or performance according to the stipulated terms. 2. A lien against property that is granted to secure an obligation (such as a debt) and that is extinguished upon payment or performance according to stipulated terms. 3. An instrument (such as a deed or contract) specifying the term of such a transaction. 4. Loosely, the loan on which such a transaction is based. 5. The mortgagee's rights conferred by such a transaction. 6. Loosely, any real-property security transaction including a deed of trust.

"การจำนอง" ตามความหมายที่ 1 นั้น หมายถึงสิทธิประโยชน์ในที่ดินที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งหลักในการพิจารณาว่าเป็นการจำนองหรือไม่นั้น กฎหมายให้พิจารณาถึงเพียงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่าทำขึ้นเพื่อมอบทรัพย์ไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เป็นหลัก โดยไม่คำนึงว่านิติกรรมดังกล่าวจะมีชื่ออย่างไรหรือระบุเป็นชื่อสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม การจำนองจะระงับสิ้นไปต่อเมื่อได้มีการชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้หรือมีการไถ่ถอนจำนอง (redemption)

2.2.2 รูปแบบของการจำนอง[17]

1. การจำนองตามกฎหมาย (Legal Mortgage) ซึ่งเป็นการจำนองที่ต้องทำเป็น หนังสือสำคัญ โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองแบบ Legal mortgage นั้นจะต้องเป็นที่ดินที่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นที่ดินที่เอกชนมีสิทธิครอบครองโดยสมบูรณ์ (fee simple

---

[16] Bryan A Garner, Black's Law Dictionary ,8th ed. , (St.paul, Minn.: West Group,2004),p.1031.

[17] สุชาดา ทรงเวชเกษม, "ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนอง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีนำกระบวนพิจารณาแบบคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง" ,(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2544), หน้า 72-73.

absolute in possession)หรือจะเป็นที่ดินภายใต้สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาจำกัดแน่นอนไว้ (Term of Years Absolute) การจำนองที่ดินแบบ Legal Mortgage นั้น จะต้องทำเป็นสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ตามประเภทของทรัพย์สินนั้น สามารถทำได้โดยการจำนองดังนี้

1.1 ในลักษณะของการให้เช่าระยะยาวภายใต้ข้อตกลงให้เป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อได้มีการไถ่ถอนจำนอง (by a lease subject to a provision for cesser on redemption) คือการให้สิทธิการเช่าระยะยาวแก่เจ้าหนี้ เช่นเช่า 3,000 ปี โดยมีข้อตกลงว่าให้สิทธิดังกล่าวระงับสิ้นไปเมื่อได้มีการชำระหนี้หรือไถ่ถอนสิทธิดังกล่าว ซึ่งในกรณีที่เป็นที่ดินประเภทมีภาระการเช่า (Leasehold Land) ก็สามารถทำการให้สิทธิการเช่าแก่เจ้าหนี้ได้โดยการกำหนดเรื่องสิทธิการเช่าช่วง ซึ่งจะต้องกำหนดระยะเวลาการเช่าให้สั้นกว่าระยะเวลาการเช่าในที่ดินและหากผู้จำนองประสงค์จะนำเอาที่ดินของตนเป็นประกันหนี้อีก ก็สามารถทำการจำนองกับผู้รับจำนองลำดับถัดไปได้อีก โดยต้องกำหนดระยะเวลาเช่าให้มากกว่าผู้รับจำนองคนก่อนอย่างน้อย 1 วันตามที่กฎหมายกำหนด

1.2 ในลักษณะการก่อภาระผูกพันในทรัพย์โดยเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (by a charge by way of legal mortgage) ซึ่งการจำนองในรูปแบบนี้จะได้รับความนิยมมากในทางปฏิบัติ เพราะเหตุเป็นการจำนองที่ใช้ได้กับการจำนองที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาด (Fee Simple Absolute) และที่ดินภายใต้สิทธิการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน เจ้าหนี้ไม่จำต้องมีข้อตกลงเรื่องการเช่าช่วงที่ดินก็ได้ เพราะการจำนองในลักษณะของการก่อภาระผูกพันในทรัพย์โดยเอกสารสำคัญแสดงสิทธินั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือสำคัญเช่นเดียวกัน

2. การจำนองตามหลักของอิควิตี้ (Equitable Mortgage)

คือ การตกลงที่มีลักษณะเป็นการให้หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ การจำนองตามกฎหมาย (Legal Mortgage) แต่ไม่ผูกพันว่าจะต้องทำตามแบบใดแบบหนึ่งโดยเฉพาะ สิ่งที่จะถือว่าเป็น การจำนองตามหลัก Equitable Mortgage หรือไม่ อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา โดยสาระสำคัญอยู่ที่การแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่อาจแสดงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น การส่งมอบโฉนดที่ดินให้แก่เจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ให้ สิ่งตอบแทนโดยการให้ลูกหนี้กู้ยืมเงิน เป็นต้น

2.1 การจำนองตามหลักอิควิตี้ (Mortgage of Equitable Mortgage)[18] หากทรัพย์ที่จำนองเป็นสิทธิประโยชน์ตามหลักอิควิตี้แล้ว (Equitable Interest) การจำนองนี้ก็สามารถทำได้ตามหลักของอิควิตี้(Equitable Mortgage) เช่นเดียวกันโดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือสำคัญ แต่สามารถตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อผู้จำนอง เพื่อโอนสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้รับจำนองและระบุถึงสิทธิในการไถ่ถอนจำนอง และการโอนสิทธิประโยชน์ดังกล่าวกลับคืนมายังผู้จำนอง

2.2 ข้อตกลงในการจำนอง (Agreement of Mortgage) เป็นการจำนองภายใต้หลักของมาตรา 2 แห่ง Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989 ซึ่งกำหนดให้การให้สิทธิการเช่าใดที่ทำขึ้นภายหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักของอิควิตี้(equity) ที่กล่าวว่าเรื่องใดเห็นว่าเป็นเรื่องที่จะควรทำก็สมควรที่จะต้องทำ (Equity regard as done that which ought to be done) ทั้งนี้ยกเว้นเรื่องการส่งมอบหนังสือสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) ที่ส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อยึดถือได้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ก็ถือว่าเป็นการจำนองตามหลักอิควิตี้ (Equitable Mortgage) ได้เช่นกัน (Russel v Russle (1783) 1 Bro CC 269) แม้ว่าจะได้ทำขึ้นหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 ก็ตามก็ไม่จำต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อคู่สัญญา(United Bank of Kuwait v Sahib and Others (1995) 2 All ER 973) แต่อย่างไรก็ตามใน ทางปฏิบัติแล้วมักจะส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) นี้ให้แก่ผู้รับจำนองพร้อมกับการทำสัญญาหรือเอกสารสำคัญที่ระบุข้อตกลงเกี่ยวกับการจำนองไว้ก็เหมือนกับทำเป็นหนังสือไปด้วยในตัวอยู่แล้ว

2.3 การจำนองแบบมีภาระติดพัน (Equitable Charge) เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนา โดยลงนามไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ว่าประสงค์ที่จะให้ที่ดินไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือหนี้กระทำการใด ๆ ก็ตาม แม้จะไม่ได้แสดงเจตนาผูกพันทางกฎหมายในการก่อภาระจำนองในที่ดินนั้นก็ตาม การแสดงเจตนาดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการจำนองตามแบบของ Equitable Charge เช่นเดียวกัน (Mathews v Goodday (1861) 21 L.J Ch 282)

---

[18] "Equitable Mortgage" A transaction that has the intent but not the form, of a mortgage, and that a court equity will treat as a mortgage. (Bryan A. Garner , Black's Law Dictionary ,8th ed.,p.1032 .

2.2.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

1. สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนอง

1.1สิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สินซึ่งจำนองแม้จะได้จำนองที่ดินให้แก่ผู้รับจำนองแล้วก็ตาม แต่ผู้จำนองก็มีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์เหนือที่ดินของตนได้ตามเดิม เพียงแต่เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงต่าง ๆ ของสัญญาจำนองจนกว่าสัญญาจำนองจะระงับสิ้นไป

1.2 สิทธิในการไถ่ถอนที่ดิน (Right to Redeem) กล่าวคือ ภายใต้สัญญาจำนองคู่สัญญา ไม่สามารถตกลงให้สิทธิผู้จำนองในการไถ่ถอนจำนองที่ดิน (Right to Redeem) ภายในหรือหลังจากถึงกำหนดชำระ ตามสัญญาได้ในระยะเวลาหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่ทั้งนี้หลักอิควิตี้(equity) ได้ให้สิทธิคุ้มครองแก่ผู้จำนองสามารถใช้สิทธิไถ่ถอนจำนองได้อีกแม้ว่าจะเลยเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้วก็ตาม หรือที่เรียกว่า Equity of Redemption

1.3 ได้รับความคุ้มครองภายใต้ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ค.ศ. 1974 (The Consumer Credit Act 1974) เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลในการเข้ามาตรวจสอบสัญญาที่ผู้บริโภคเป็นคู่สัญญารวมไปถึงสัญญาจำนองด้วยว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ ทั้งนี้โดยศาลจะพิจารณาจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญาและความยุติธรรมเป็นหลักสำคัญ

1.4 สิทธิในการนำเอาที่ดินออกให้เช่าเนื่องจากที่ดินที่จำนองยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้จำนองอยู่และผู้จำนองสามารถใช้สอยหาประโยชน์เหนือที่ดินของตนได้ ดังนั้นจึงสามารถนำออกให้บุคคลภายนอกเช่าได้ เพื่อจะได้รับค่าเช่าและผลกำไรจากทรัพย์สินซึ่งกฎหมายห้ามมิให้ผู้รับจำนองห้ามมิให้ผู้จำนองกระทำการดังกล่าวได้ เว้นแต่จะมีข้อตกลงว่าให้เป็นสิทธิของผู้รับจำนอง ทั้งนี้การเช่านี้จะไม่มีผลผูกพันผู้รับจำนองแต่ประการใดจะผูกพันแต่เฉพาะผู้ให้เช่าและผู้เช่าเท่านั้น เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้ตกลงเรื่องการเช่านี้เป็นลายลักษณ์อักษรและหากผู้รับจำนองประสงค์จะบังคับจำนอง กฎหมายก็ให้สิทธิผู้เช่าที่จะรักษาสิทธิการเช่าของตนไว้โดยผู้เช่ามีสิทธิขอไถ่ถอนจำนองที่ดินดังกล่าวได้ นอกจากนี้ผู้จำนองยังมีสิทธิอื่น ๆ อีก เช่น สิทธิที่จะขอตรวจสอบโฉนดที่ดินที่ผู้รับจำนองครอบครองอยู่ สิทธิที่จะขอทราบบัญชีหนี้สินระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนอง

1.5 หน้าที่โดยทั่วไปของผู้จำนองที่มีต่อผู้รับจำนอง คือ การชำระหนี้ประธานและดอกเบี้ยซึ่งเป็นความรับผิดหลักที่จะต้องระบุไว้ในสัญญา สำหรับหน้าที่อื่น ๆ เช่น หากผู้จำนองครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกัน ผู้จำนองจะต้องไม่ทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าลดน้อยเสื่อมถอยลงอันเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ หากผู้จำนองได้กระทำการอันทำให้เกิดผลเสียหายแก่

ทรัพย์สินผู้จำนองต้องรับผิดชอบในส่วนสูญเสียนั้น เมื่อผู้รับจำนองพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้[19]

2. สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนอง

2.1 สิทธิที่จะได้รับการส่งมอบหนังสือสำคัญแสดงสิทธิ ผู้รับจำนองรายแรกมีสิทธิที่จะได้รับการส่งมอบหนังสือสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด ซึ่งคล้ายกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 65 แห่ง The Land Registration Act 1925 ที่ระบุไว้ให้ทำนองเดียวกันว่าให้ฝากเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนดที่ดินไว้ที่สำนักงานที่ดิน (Land Registry) ซึ่งในการจำนองที่ดินนั้น นอกจากผู้รับจำนองจะได้รับมอบหนังสือสำคัญของการจำนองแล้ว ยังจะได้รับหนังสือสำคัญแสดงสิทธิอีกด้วย ซึ่งผู้รับจำนองจะต้องทำการบอกกล่าวไปยังบุคคลผู้รับโอนทรัพย์ และผู้รับจำนองรายถัดไป ถึงการมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนในที่ดินซึ่งจำนอง ด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง และหากผู้รับจำนองรายแรกได้รับการชำระหนี้จนครบ หรือมีการไถ่ถอนจำนองกันแล้วผู้รับจำนองรายแรกมีหน้าที่ต้องส่งมอบหนังสือสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนดให้แก่ผู้รับโอนทรัพย์หรือผู้รับจำนองรายถัดไปที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวจากผู้รับจำนองรายแรก หรือคืนให้แก่ผู้จำนองแล้วแต่กรณีโดยการครอบครองหนังสือสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนดนี้ จะช่วยให้ความสะดวกแก่ผู้รับจำนองหากภายหลังมีการบังคับจำนองแบบไม่ผ่านกระบวนการศาล (Power of Sale)

2.2 สิทธิในการทำประกันอัคคีภัย ผู้รับจำนองทั้งที่เป็นการจำนองตามกฎหมาย (Legal Mortgage) หรือการจำนองตามแบบอิควิตี้ (Equitable Mortgage) ซึ่งทำขึ้นโดยหนังสือ ถ้าในหนังสือสำคัญได้ระบุไว้ ผู้รับจำนองจะเรียกให้มีการทำประกันอัคคีภัยได้โดยอาจรวมมูลค่าประกันเข้าในจำนวนเงินจำนองได้ ซึ่งต้องไม่เกินจำนวนที่ระบุไว้ในในหนังสือสำคัญดังกล่าว หรือหากไม่ได้ระบุจำนวนเงินประกันอัคคีภัยไว้ก็จะต้องไม่เกินสองในสามของมูลค่าทรัพย์ที่เอาประกัน ในการทำประกันภัยนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิเอาประกันภัยแต่ผู้ชำระเบี้ยประกันภัยผู้จำนองเป็นผู้จ่ายตาม มาตรา 101 (1)(iii) แห่งบทบัญญัติ Law of property Act 1925

---

[19] E.L.G. Tyler, Halsbury's Law of England : Mortgage,4th ed.,(London : Pitman, 1993),p. 282.

2.3 สิทธิในการครอบครองทรัพย์ซึ่งจำนอง ตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) การเข้าครอบครองทรัพย์จำนองมีเพื่อการบรรเทาความเสียหายจากการไม่ชำระดอกเบี้ยในหนี้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองเข้าไปครอบครองทรัพย์จำนองก็เพื่อจะนำทรัพย์จำนองออกให้เช่าและทำการเก็บค่าเช่ารวมถึงผลกำไรต่าง ๆ เพื่อนำไปชำระหนี้ที่ได้ค้างชำระไว้ ซึ่งผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์จำนองได้ แม้ว่าผู้จำนองจะยังไม่ผิดนัดชำระหนี้ก็ตาม (Four-Maids Ltd. v Dudley Marshall(Properties)Ltd. (1957) และ Western Bank Ltd. v. Schindler(1977)) ซึ่งถือเป็นธรรมเนียมในการให้สิทธิผู้จำนองครอบครองทรัพย์ของตนต่อไป และศาลก็จะคุ้มครองมิให้ผู้รับจำนองเข้าครอบครองทรัพย์จำนอง หากพบว่าเป็นการเข้าครอบครองทรัพย์ ซึ่งจำนองเพื่อบังคับจำนองโดยไม่สุจริตหรือเป็นการปกป้องหลักประกันโดยไม่สุจริต (Quennell v Maltby (1979)) ทั้งนี้การที่ผู้รับจำนองเข้าครอบครองทรัพย์จำนองหมายความว่าผู้รับจำนองเรียกร้องให้ทำการชำระหนี้ ดังนั้นผู้จำนองจะต้องชำระหนี้และไถ่ถอนจำนอง อย่างไรก็ตามสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์จำนอง จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงในหนังสือสำคัญที่เกี่ยวกับการจำนองด้วย

เมื่อผู้รับจำนองมีสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์แล้ว ผู้รับจำนองก็ต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมที่เข้มงวด(Roberto v Norris (1859)) ต้องมีการทำบัญชีในการรับค่าเช่าและผลประโยชน์ที่ได้รับให้กับผู้จำนอง (Lord Trimleston v Hamill (1810)) ซึ่งรายได้ที่ผู้รับจำนองได้มาก็ต้องนำไปใช้ในการชำระหนี้ดอกเบี้ยจำนอง หรือเงินต้นของหนี้จำนองเท่านั้น ด้วยเหตุผลที่ถูกควบคุมอย่างเข้มงวดนี้ ทำให้แทบจะไม่มีผู้รับจำนองคนใดเข้าไปบังคับคดีกับทรัพย์จำนองเลย จนกว่าผู้จำนองผิดนัดชำระหนี้และผู้รับจำนองต้องการบังคับขายทรัพย์จำนองเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ แต่ถ้าผู้รับจำนองต้องการบังคับจำนองโดยวิธีการนำทรัพย์ออกให้เช่าและเก็บค่าเช่าเพื่อนำเงินมาชำระดอกเบี้ยแล้วก็มีหนทางในการดำเนินการซึ่งเป็นวิธีการที่ดีที่สุด คือ การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์จำนอง (appoint a receiver) เข้ามา[20]

2.4 ผู้รับจำนองมีสิทธิหลังจากรับจำนองทรัพย์สิน ซึ่งสิทธินี้มักเป็นสิทธิที่มีต่อหลักประกันเป็นต้นว่า สิทธิที่จะปกป้องทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อมิให้เสื่อมสิทธิแก่การบังคับต่อทรัพย์สิน คือ การปกป้องมิให้ทรัพย์สินมีมูลค่าเสื่อมลง โดยผู้จำนองจะต้องไม่กระทำการ

---

[20] S H Goo, Sourcebook on Land Law , (London : Cavendish,1992), pp.978-979.

ใด ๆ ทำให้ทรัพย์สินเสียหาย สิทธิดังกล่าวนี้รวมถึงการที่ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะจ่ายเงินใด ๆ เพื่อรักษาทรัพย์สินตามควรแก่กรณีที่จำเป็นในการรักษาทรัพย์สินมิให้เสื่อมสลายด้วย[21]

ในกรณีที่ผู้รับจำนองได้สิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนอง โดยกำหนดเป็นข้อตกลงกันไว้ว่า ให้ผู้รับจำนองเข้าครอบครองทรัพย์สินในระหว่างทรัพย์สินนั้นอยู่ระหว่างการจำนองผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินทันทีที่ได้ทำสัญญาจำนองนอกจากนี้ผู้รับจำนองยังมีสิทธิหลักในการบังคับหลักประกันที่ได้จำนองไว้ด้วย[22]

2.5 สิทธิในส่วนควบ (fixture)[23]

Fixture - Personal property that is attached to land or building and that is regarded as an irremovable part of the real property such as a fireplace built into a home.[24]

ส่วนควบ คือ สังหาริมทรัพย์ส่วนตัวที่ได้นำมายึดติดกับที่ดินหรืออาคารและถือว่าเป็นส่วนที่ไม่อาจเคลื่อนย้ายได้ของอสังหาริมทรัพย์ เช่น เตาผิงที่ได้สร้างขึ้นภายในบ้าน

ความหมายของคำว่าอสังหาริมทรัพย์ (real property) ในทางกฎหมายมีความหมายมากกว่า "ที่ดิน" โดยประกอบไปด้วย เช่นทรัพย์สินที่อาจมีการรับช่วงต่อกันได้รวมไปถึงส่วนควบ (fixture) ด้วย โดยหลักทั่วไปแล้วส่วนควบ (fixture) คือ "quicquid planatur solo, solo cedit" (Minshall v. Lloyd (1837) 2 M. & W. 450 at 459) หมายความว่าสิ่งใดก็ตามที่ได้ยึดติดลงไปในที่ดิน ก็จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินไปด้วย(whatever is attached to the soil becomes part of it.) ดังนั้นอาคารที่ได้ปลูกสร้างลงบนที่ดินและวัตถุที่ได้มีการยึดติดอย่างถาวรลงบนอาคาร,ที่ดิน และวัตถุที่ได้ยึดติดลงไปในทางกฎหมายก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินด้วย

โดยทั่วไปแล้ว คำว่า ส่วนควบ(fixture) มีความหมายว่าสิ่งใด ๆ ก็ตามซึ่งได้ยึดติดลงในที่ดินก็เสมือนว่าเป็นส่วนหนึ่งกับที่ดิน แต่ต้องอยู่ภายใต้คุณสมบัติ 2 ประการคือ

---

[21] E.L.G. Tyler, Halsbury's Law of England : Mortgage,4th ed.,pp.304-305.

[22] E.L.G. Tyler, Law of Mortgage,10th ed., (London: Butterworth, 1988) ,p.331.

[23] Megarry & Wade,The Law of Real Property, 6th ed.,(London: Sweet & Maxwell,2000), pp. 928-937.

[24] Bryan A Garner, Black's Law Dictionary ,8th ed.,p.669.

1. การจำกัดความหมาย ดังนั้นส่วนหนึ่งของบ้านที่ได้มีการเช่า การตกลงในการซ่อมแซมภายใน รวมไปถึงสิ่งติดตรึงอันเป็นของเจ้าของที่ดิน(including all landlord's fixtures) ไม่ได้ขยายไปถึงสิ่งซึ่งเกี่ยวข้องกันกับการโอนอสังหาริมทรัพย์ ที่ไม่ใช่ส่วนควบ (fixture) แต่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างแต่ดั้งเดิม

2. จารีตประเพณี มีสัญญาณว่าศาลอาจมีการเปลี่ยนแปลงจารีตประเพณีจากระหว่าง ส่วนควบ(fixture) กับ ทรัพย์สิน(chattels) มีการจะตัดสินว่าสิ่งใดเป็น ส่วนควบ(fixture) หรือไม่การแบ่งแยกทำได้ด้วยความลำบาก แต่มีหลักการในการใช้แบ่งอยู่ 2 อย่างคือ

2.1 ระดับของการนำทรัพย์ไปยึด(the degree of annexation) หลักการนี้เห็นได้อย่างชัดเจนถ้าเป็นสิ่งสำคัญต่อการยึดติดอยู่กับที่ดินหรืออาคาร หรือวางยึดอยู่กับพื้นโดยใช้น้ำหนักของสิ่งนั้นเองในการช่วยวางยึด เช่น อ่างเก็บน้ำ(cistern) หรือเรือนไว้สำหรับเพาะปลูกต้นไม้ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่ใช่ส่วนควบ(fixture) หรือในอีกทางหนึ่งทรัพย์สินที่ได้นำไปยึดติดกับที่ดินหรืออาคารโดยเป็นสาระสำคัญ เช่นการตอกตะปู หรือการไขบิดให้แน่นกับตัวอาคารจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นส่วนควบ(fixture) หรือถ้าการเคลื่อนย้ายทรัพย์นั้นเป็นไปได้ด้วยความลำบาก เช่น เตาผิง (fireplace) หรือแผ่นไม้ที่ใช้บุผนังส่วนใน (wainscott) โดยมีคำกล่าวที่ว่า ถ้าวัตถุสิ่งของไม่อาจจะเคลื่อนย้ายได้โดยปราศจากการทำให้เสียหายอย่างรุนแรงหรือการทำลายส่วนหนึ่งส่วนใด สิ่งนั้นก็จะกลายเป็น ส่วนควบ(fixture) (if an object cannot be removed without serious damage to, or destruction of, some part of the realty, the case for its having become a fixture is a strong one) ดังนั้นอาคารจึงถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินแม้ว่าจะก่อสร้างในแบบที่อาจจะเคลื่อนย้ายได้ก็ตาม และ

2.2 วัตถุประสงค์ของการนำทรัพย์ไปยึดติด (the purpose of annexation) หลักการของ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี(Common Law)แต่เดิมทรัพย์ทุกสิ่งที่ได้นำไปยึดติดอยู่กับที่ดินจะตกเป็นทรัพย์สินของเจ้าของที่ดิน ความเข้มงวดของกฎระเบียบนี้ได้ถูกแก้ไขโดยมีข้อยกเว้น 2 ประการคือ

2.2.1 การใช้ประโยชน์ของทรัพย์สิน คือถ้าการติดตั้งเป็นไปเพื่อการใช้สอยทรัพย์สินได้อย่างสะดวกสบายขึ้น มากกว่าที่จะมีการติดตั้งเพื่อการแก้ไข ปรับปรุงที่ดินอย่างถาวร

2.2.2 การเป็นส่วนควบ (fixture) เป็นส่วนหนึ่งของที่ดินการเช่าเป็นรายปีหรือแบบตลอดชีวิตอนุญาตให้เคลื่อนย้ายได้หากมีวัตถุประสงค์ในการติดตรึงทรัพย์ที่แน่นอน

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าเป็นกรณีของเครื่องจักรที่ตั้งอยู่ได้โดยน้ำหนักของตัวเองก็ยังคงเป็นเพียงสังหาริมทรัพย์มิใช่ส่วนควบ(Hulme v. Brigham[1943] KB.152) ถึงแม้ว่าในบางคราวจะเห็นได้ว่ามีการติดตั้งเพื่อการถาวร แต่ในกรณีของรูปปั้น,กระถางและก้อนหินที่ใช้นั่งเล่นในสวนได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน เพราะว่ามีความสำคัญในการออกแบบของบ้านและพื้นที่ถึงแม้ว่าจะสามารถตั้งอยู่ได้ด้วยน้ำหนักของตัวเอง เช่นเดียวกับเครื่องจักรก็ตาม (D'Eyncourt v. Gregoty (1866) L.R3 Eq.382.) ดังนั้นโดยทั่วไปการเป็นส่วนควบหรือไม่อาจขึ้นอยู่กับพฤติการณ์สภาพแวดล้อมของการนำทรัพย์ไปติดตั้งด้วย เช่น เก้าอี้ในการใช้ชมภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ก็เป็นส่วนควบ(fixture) ด้วยเช่นกัน

ถ้าตามหลักการดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าไม่เป็นส่วนควบ(fixture) ก็สามารถที่จะทำการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินนั้นได้โดยบุคคลที่ได้นำทรัพย์นั้นมายึดติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือโดยผู้ที่ได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นต่อจากเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมแต่มีหลากหลายประเภทที่แตกต่างกันในความสามารถที่อาจเคลื่อนย้ายทรัพย์นั้นได้ สิทธิในการเคลื่อนย้าย ส่วนควบ(fixture)[25] จำแนกได้ดังนี้

(1) เจ้าของที่ดินกับผู้เช่าทรัพย์ ส่วนควบ(fixture) ที่จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินต้องพิจารณาจากว่าการติดตั้งนั้นต้องไม่ใช่ทำเพื่อการค้า และการติดตั้งเพื่อการประดับตกแต่ง อีกทั้งโดยธรรมชาติของสิ่งติดตรึงนั้นต้องแสดงให้เห็นว่ามีลักษณะที่เป็นการถาวรโดยเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน ถึงแม้ว่าทั้งตัวอาคาร จะมีสิ่งติดตรึงของผู้เช่าก็ตาม ซึ่งสิ่งติดตรึงที่จะตกเป็นส่วนหนึ่งของอาคาร เช่น เครื่องทำความร้อน (central heating) ลิฟท์ หรือประตู, หน้าต่าง เป็นต้น

ในอดีต ส่วนควบ (fixture) ทุกอย่างได้ตกเป็นของเจ้าของที่ดินซึ่งต่อมาก่อให้เกิดปัญหา ปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับผู้เช่าภายใต้สัญญาเช่าในภายหลังได้มีการถกเถียงกันว่าสิทธิในทรัพย์สินควรตกเป็นของเจ้าของที่ดินเช่นกัน (Meux v Jacobs (1875) LR 7 HL 481) แต่อย่างไรก็ตามศาลได้ยอมรับมานานแล้วว่าจะไม่เป็นธรรมอย่างมาก หากให้ส่วนควบ(fixture)ที่ถูกติดตรึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้เช่าไม่มีกำลังใจในการดูแลปรับปรุงทรัพย์สินที่ได้เช่า และเป็นเวลานานกว่า 1 ศตวรรษที่ศาลได้อนุญาตให้ส่วนควบ(fixture) ที่มีขึ้นเพื่อการค้าขาย(trade) หรือการประดับตกแต่ง(ornamental) เช่น พรม ,หิ้งเหนือเตาไฟ ให้ผู้เช่ามีสิทธิในการเคลื่อนย้ายออกไปได้ก่อนที่จะสิ้นสุดสัญญาเช่า แต่อย่างไร

---

[25] Roger J. Smith, Property Law, 5th ed.,(London: Longman, 2006), pp.84-87.

ก็ตามศาลได้พิจารณาให้ผู้เช่าที่ยังคงมีสิทธิครอบครองมีสิทธิในการเคลื่อนย้าย ส่วนควบ (fixture) ภายหลังจากที่สิ้นสุดสัญญาเช่าแล้วได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เช่าที่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีการขยายระยะเวลาการเช่าออกไป(Penton v Robart (1801)2 East 88 (102 ER 302)) แต่ไม่รวมถึงการหมดระยะเวลาสัญญาเช่าตามกำหนดเวลา ซึ่งสิ่งนี้เป็นส่วนหนึ่งของการลดความเข้มงวดในจารีตประเพณีในเรื่องของ ส่วนควบ(fixture)ให้ลดน้อยลง

ตามประเพณีนิยม ส่วนควบ (fixture) ที่มีขึ้นเพื่อการค้าขาย และการตกแต่งเพื่อความสวยงามได้เป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน แต่ผู้ที่นำทรัพย์มาติดตรึงก็มีสิทธิในการเคลื่อนย้ายส่วนควบ(fixture) ได้ แต่อย่างไรก็ตามเจตนาที่แท้จริงก็ยังคงมีความสำคัญที่จะใช้ตัดสินว่าสิ่งใดเป็นส่วนควบ(fixture) ซึ่งได้มีการกล่าวกันว่า สิ่งที่ได้ติดตรึงลงไปในที่ดินเพื่อทำธุรกิจ และการประดับตกแต่ง ไม่เป็นส่วนควบ(fixture) เนื่องจากมีการติดตั้งโดยปราศจากเจตนาที่จะให้เป็นส่วนหนึ่งของที่ดินอย่างแท้จริง แต่มีไว้เพื่อความสะดวกสบายในการใช้ทรัพย์สินเท่านั้น

(2) ผู้ที่ได้รับทรัพย์สินตามพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมได้ยกกรรมสิทธิ์ในบ้านให้ซึ่งเจตนาที่แท้จริงก็รวมไปถึง ส่วนควบ(fixture) ด้วย

(3) ผู้ขายและผู้ซื้อ ผู้ที่ได้นำทรัพย์สินติดตรึงลงไปเป็นเจ้าของที่ดิน ในกรณีนี้ส่วนควบ(fixture) มีส่วนสำคัญเกี่ยวกับที่ดินถ้าเจ้าของที่ดินได้ทำการขายที่ดินแล้วผู้ซื้อก็จะมีสิทธิในส่วนควบ(fixture) ด้วยไม่ว่าจะมีข้อตกลงในสัญญาหรือไม่ก็ตาม

(4) ผู้จำนองและผู้รับจำนอง โดยทั่วไปแล้วผู้รับจำนองจะมีสิทธิในที่ดินดีที่สุดมากกว่าผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดิน (หรือเจ้าหนี้คนอื่น ๆ) (Mather v Fraser (1856)2 K&J 536 (69 ER 895))

ในที่นี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงกรณีของผู้จำนองและผู้รับจำนอง ถ้าได้มีการจำนองทรัพย์แล้ว ส่วนควบ(fixture) ทุกอย่างรวมเป็นทรัพย์จำนองไปด้วยหากปราศจากข้อตกลงพิเศษโดยไม่นำข้อยกเว้นระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้เช่ามาใช้ (Moni v. Barnes [1901]) ผู้จำนองไม่มีสิทธิในการเคลื่อนย้ายส่วนควบ(fixture) เมื่อมีการนำมาติดตรึงกับที่ดินภายหลังจากวันที่ได้ทำสัญญาจำนองแล้ว (Reynolds v. Ashby & Son [1904 A.C.466.)

ถ้ามีการนำทรัพย์มาติดตั้งภายหลังจากที่มีการจำนองแล้ว สิทธิในการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินอยู่ภายใต้การจำนอง แต่อย่างไรก็ตามผู้รับจำนองอาจอนุญาตให้ผู้จำนองยังคงมีสิทธิในการครอบครอง, ดำเนินธุรกิจ โดยอนุญาตให้มีการเคลื่อนย้ายส่วนควบ(fixture)ได้ การอนุญาตเช่นนี้อาจสิ้นสุดลงเมื่อผู้รับจำนองได้ทำการเข้าไปครอบครองทรัพย์จำนองแล้ว

โดยบทบัญญัติ Law of Property Act 1925 มาตรา 62 (1) บัญญัติว่า "การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้รวมไปถึง อาคาร สิ่งก่อสร้าง ส่วนควบ(fixture) ห้องอาหาร รั้ว ต้นไม้ ลำน้ำ รั้วหรือคอกที่ล้อมไว้ ทางเดินน้ำและ เสรีภาพ สิทธิพิเศษ ภาระจำยอม สิทธิและผลประโยชน์ทุกสิ่งทุกอย่าง ซึ่งสิ่งที่เป็นของหรือรู้กันว่าเป็นของที่ดินผืนนั้นไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนในเวลาที่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ การโอนอสังหาริมทรัพย์ การครอบครอง หรือความสะดวกสบายที่ได้รู้กันอยู่ทั่วไปว่าเป็นส่วนหรือบางส่วนของที่ดิน"

มาตรา 62 (2) บัญญัติว่า "การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่มีบ้านหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นอยู่ ให้รวมไปถึงที่ดิน บ้านหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น และทั้งหมดของอาคารที่ได้มีการต่อเติมออกมา สิ่งปลูกสร้าง ส่วนควบ(fixture) พื้นที่ในห้องใต้ดิน พื้นที่ ลานหรือสนามสำหรับเล่นกีฬา สนาม อ่างสำหรับเก็บน้ำ ท่อระบายน้ำโสโครก รางน้ำ ท่อระบายน้ำ สิทธิในการผ่าน ไฟฟ้า ทางน้ำ เสรีภาพ สิทธิพิเศษ สิทธิในภาระจำยอม สิทธิและผลประโยชน์ทุกสิ่งทุกอย่าง ซึ่งสิ่งที่เป็นของหรือรู้กันว่าเป็นของที่ดินผืนนั้นไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ในเวลาที่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์การโอนอสังหาริมทรัพย์ การครอบครอง หรือความสะดวกสบายที่ได้รู้กันอยู่ทั่วไปว่าเป็นส่วนหรือบางส่วนของที่ดิน

2.6 หน้าที่ของผู้รับจำนอง ในกรณีที่ผู้รับจำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน มีผลทำให้ผู้จำนองไม่สามารถควบคุมดูแลทรัพย์สินนั้นได้ต่อไป ผู้รับจำนองจึงต้องมีหน้าที่ ดูแลบัญชีทรัพย์สินของผู้จำนอง ซึ่งหากผู้รับจำนองเก็บค่าเช่าหรือผลกำไรที่ผู้จำนองจะได้รับมาหักชำระดอกเบี้ยที่ผู้จำนองจะต้องชำระแต่ละเดือนแล้วยังมีเงินคงเหลืออยู่ ผู้รับจำนองจะต้องคืนเงินส่วนที่คงเหลือนั้นให้แก่ผู้จำนอง เว้นแต่ผู้รับจำนองได้รับหนังสือบอกกล่าวจากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองลำดับถัดไปให้ส่งเงินตามสิทธิที่ตนจะได้ ผู้รับจำนองจะต้องส่งเงินให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองผู้นั้นตามสิทธิเรียกร้องดังกล่าว

นอกจากนี้ผู้รับจำนองยังมีหน้าที่เป็นการทั่วไปโดย ถ้าผู้รับจำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนอง ผู้รับจำนองจะต้องดูแลรักษาซ่อมแซมทรัพย์สินให้คงสภาพที่ดีตลอดไป เพราะทรัพย์สินดังกล่าวอยู่นอกเหนือการควบคุม ดูแลของผู้จำนองแล้ว

2.3 การจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นประกอบด้วยมลรัฐต่าง ๆ หลายมลรัฐแต่ละมลรัฐจะมีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่มลรัฐของตนเอง ดังนั้นกฎหมายจึงมีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐนั้น ๆ ในที่นี้จึงขอกล่าวถึงเพียงหลักกฎหมายโดยทั่วไปของ

การจำนองและการบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะไม่กล่าวระบุไปในกฎหมายของแต่ละมลรัฐ และจะมุ่งเน้นไปที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำนองที่ดินเท่านั้น

2.3.1 ลักษณะของการจำนอง

ตามหลักทั่วไปแล้วการจำนองจะประกอบไปด้วยเอกสาร 2 ประเภท คือ

(1) ตั๋วเงิน (note) ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ซึ่งลูกหนี้ตกลงที่จะชำระเงินคืนให้แก่เจ้าหนี้ และ

(2) เอกสารที่ลูกหนี้เป็นผู้จำนองมอบสิทธิเหนือตัวทรัพย์อันมีภาระผูกพัน(Lien) ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ซึ่งภาระผูกพัน(Lien) นี้เป็นทรัพยสิทธิซึ่งติดไปกับตัวทรัพย์จนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้คืนจนครบ โดยในแต่ละมลรัฐก็จะมีรูปแบบการให้หลักประกันสินเชื่อและสังหาริมทรัพย์แตกต่างกันไปแต่โดยส่วนใหญ่จะมีอยู่ 2 รูปแบบหลักคือสัญญาจำนอง (Mortgage) หรือหนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ (Deed of Trust) อันมีลักษณะคล้ายกับการจำนองประเภทหนึ่ง ซึ่งการจำนองทั้งสองรูปแบบนี้จะแตกต่างกันตามทฤษฎีของกฎหมายในแต่ละมลรัฐ

โดยทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการจำนอง[26] มีดังต่อไปนี้

1. จำนองตามทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (The Title Theory of Mortgage) เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สืบทอดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี(Common Law) ผู้รับจำนองจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จำนองที่เป็นหลักประกัน แทนการชำระหนี้นั้นแต่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์แบบมีเงื่อนไข กล่าวคือผู้รับจำนองจะบังคับเอากับทรัพย์หลักประกันนั้นไม่ได้หากว่าตนได้รับชำระหนี้คืนครบถ้วนแล้ว กรรมสิทธิ์ดังกล่าวจะหมดสิ้นไปเมื่อผู้จำนองได้ชำระหนี้คืนให้ตามที่ตกลงไว้

2. การจำนองตามทฤษฎีภาระผูกพัน (The Lien Theory of Mortgage) ทฤษฎีภาระผูกพัน(Lien Theory) เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สืบทอดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีเช่นเดียวกัน แต่มักจะนำมาใช้ในมลรัฐที่ใช้ระบบศาลอิควิตี้(Equity Courts) ซึ่งมลรัฐที่ยึดถือตามทฤษฎีนี้จะถือว่าการจำนองเป็นเพียงภาระผูกพัน(lien) ซึ่งลูกหนี้นำทรัพย์มา

---

[26] สุชาดา ทรงเวชเกษม, "ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนพิจารณาแบบคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง", หน้า 82-83.

วางไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการขายทรัพย์หลักประกันนั้นและนำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์นั้นมาชำระหนี้คืนหนี้ให้แก่ตน หนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้นั้นเป็นหนี้ตามสัญญาประธาน และสัญญาจำนองเป็นสัญญาหลักประกัน (collateral agreement) เพื่อเป็นประกันหนี้ตามสัญญาประธาน ผู้จำนองมีสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์จำนอง(equity of redemption) ซึ่งสิทธินี้จะติดตามไปกับทรัพย์หลักประกัน เว้นแต่มันจะถูกเพิกถอนโดยการบังคับเอากับภาระผูกพันในทรัพย์จำนองนั้นซึ่งเรียกว่า การบังคับจำนอง (foreclosure)

มลรัฐส่วนใหญ่ก็มักจะรับเอาหลักอิควิตี้ และทฤษฎีภาระผูกพัน (Lien Theory) นี้มาใช้กับเรื่องการจำนอง ในปัจจุบันทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory)จะใช้อยู่ในบางมลรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น ก็เป็นเพียงทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งบางมลรัฐ เช่น มลรัฐอิลินอยส์(Illinois) ก็รับเอาทฤษฎีกฎหมายจำนองทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวนำมาประยุกต์ใช้ปะปนกันไปทั้งสองทฤษฎี เรียกว่า Intermediate Theory ซึ่งเป็นทฤษฎีผสมผสานระหว่างทั้งสองทฤษฎีเข้าด้วยกัน เช่น ระหว่างที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระผู้รับจำนองจะมีเพียงสิทธิตามภาระผูกพัน(lien) หรือแค่เพียงสิทธิเหนือพื้นดินแต่จะถือว่าได้รับกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ผิดนัดชำระหนี้นั้นแล้ว เป็นต้น

2.3.2 แบบของสัญญาจำนอง[27]

เอกสารในการจำนอง (The Mortgage Documents) ในทางปฏิบัติการลงนามในการจำนอง มักจะดำเนินการให้เสร็จสิ้นไปพร้อมกับการลงนามในการทำนิติกรรมซื้อขายที่ดินนั้น ๆ ซึ่งการจำนองจะต้องประกอบขึ้นโดยเอกสารหลัก ๆ 2 ประเภท คือ 1. ตั๋วเงิน (note) และ 2. สัญญาจำนอง โดยผู้รับจำนองก็จะให้เงินกู้หักด้วยค่าใช้จ่ายในการลงนามในสัญญาจำนอง ซึ่งเงินกู้นี้ก็จะนำมาชำระราคาค่าที่ดินที่ซื้อนั่นเอง

แบบของการจำนองคือต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อผู้จำนองจึงจะมีผลบังคับตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามเพื่อให้การจำนองมีผลสมบูรณ์สามารถใช้ยันแก่บุคคลภายนอกได้ว่าทรัพย์ของลูกหนี้มีภาระผูกพันเป็นประกันหนี้ และเพื่อประโยชน์ในการจัด

---

[27] Lawrance S. Clark and Peter D. Kinder, Law and Business The Regulatory Environmental ,3rd ed. , (New York USA: McGrew-Hill INC, 1991),p.847.

ลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้จำนองในทรัพย์หลักประกันอันเดียวกัน จะต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย[28]

(1) สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือ การจำนองในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (Lien Theory) การจำนองเป็นลักษณะของการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้ หรือในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์(Title Theory) การจำนองจะเป็นลักษณะของค่าตอบแทนที่สามารถลบล้างเพิกถอนได้ (defeasible fee) ดังนั้นรูปแบบของสัญญาจำนองหลักใหญ่ที่พบในเบื้องต้นจะเป็นในรูปแบบของเอกสารแสดงสิทธิ หรือโฉนด (deed) การจำนองจึงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุชื่อคู่สัญญา คำบรรยายลักษณะของทรัพย์ที่จำนอง และคำรับรองค้ำประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ระบุให้สิทธิ (words of grant) ในทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนองด้วย โดยในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์(Title Theory) จะต้องระบุคำว่า "โอนกรรมสิทธิ์และให้หลักประกัน" (convey and warrant) โดยในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (Lien Theory) จะระบุคำว่า "จำนองและให้หลักประกัน"(mortgage and warrant) เป็นต้น

(2) การจดแจ้งการจำนอง จะต้องทำขึ้นตามแบบฟอร์มที่กำหนดโดยกฎหมายของแต่ละมลรัฐ และผู้รับจำนองจะต้องจดแจ้งและจดบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการจำนองบนทรัพย์หรือที่ดินดังกล่าวกับเจ้าพนักงานที่ดิน ณ ที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ เพื่อจดบันทึกข้อมูลสู่สาธารณชนและใช้อ้างต่อบุคคลภายนอกผู้ที่ซื้อทรัพย์นั้นต่อไปโดยสุจริต หรือผู้รับจำนองรายถัดไปได้โดยระบุให้แน่ชัดถึงทรัพย์ที่จำนอง ในมลรัฐส่วนใหญ่แล้วการไม่จดแจ้งการจำนองก็เหมือนกับการไม่ได้จดแจ้งเอกสารแสดงสิทธิหรือโฉนด ซึ่งผู้ซื้อทรัพย์นั้นไปโดยสุจริตหรือผู้รับจำนองรายถัดไปย่อมมีสิทธิเหนือกว่าผู้รับจำนองที่ไม่ได้จดแจ้งการจำนองดังกล่าว

(3) ผู้จำนองต้องลงลายมือชื่อ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายของแต่ละมลรัฐมักจะกำหนดให้ผู้จำนองจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง โดยระบุชื่อผู้รับจำนอง (โดยผู้รับจำนองไม่จำต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนองนั้นแต่อย่างไร) ซึ่งในสัญญาจำนองมักจะกล่าวถึงเงื่อนไขข้อตกลงในหนี้และหน้าที่ของผู้จำนองเกี่ยวกับภาระหนี้ การประกันภัย การซ่อมแซมทรัพย์ที่จำนองทั้งนี้ข้อตกลงเหล่านี้บางครั้งก็มักจะไปปรากฏอยู่ในตั๋วเงินซึ่งเป็นหนี้ประธานหรือในสัญญาจำนอง หรือในตั๋วเงินและในสัญญาจำนองทั้งสองอย่างเพื่อเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณชน หรือเพื่อการอ้างถึงหนี้ในตั๋วเงินในสัญญาจำนองด้วย

---

[28] Benjamin N. Henzey and Ronald M. Friedman, Real Estate Law, 2nd ed., (USA.: John Wiley & Sons, 1984),p.165.

(4) ส่งมอบสัญญาจำนอง ผู้จำนองจะต้องส่งมอบสัญญาจำนองซึ่งได้ลงนามเรียบร้อยแล้วให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อเก็บรักษาไว้เป็นเอกสารสำคัญต่อไป โดยไม่ต้องส่งมอบที่ดินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งลักษณะคล้ายคลึงกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยที่ทำการตราทรัพย์ไว้เป็นประกันโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์จำนองกันอย่างไร

2.3.3 ประเภทของสัญญาจำนอง[29]

(1) การจำนอง (Mortgage) เป็นลักษณะที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินมาจำนองให้แก่เจ้าหนี้เพื่อขอสินเชื่อเงินกู้เพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์ เป็นการจำนองแบบธรรมดาทั่วไปมีรูปแบบคล้ายคลึงกับการจำนองตามกฎหมายไทย

(2) หนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์(Deed of Trust) เป็นการจำนองลักษณะที่ลูกหนี้มอบกรรมสิทธิ์และสิทธิต่าง ๆในที่ดินให้แก่ ผู้รับมอบในการจัดการดูแลทรัพย์ (trustee) เป็นผู้จัดการและดูแลผลประโยชน์ในที่ดินนั้น เพื่อประโยชน์และเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ที่มีเงื่อนไขว่าหากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้กรรมสิทธิ์และสิทธิต่าง ๆ ก็จะกลับคืนสู่ลูกหนี้ตามเดิม แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับมอบอำนาจในการจัดการดูแลทรัพย์(trustee) ก็จะดำเนินการบังคับจำนองเพื่อประโยชน์ในนามของผู้รับผลประโยชน์หรือเจ้าหนี้

(3) การจำนองที่ดินเป็นประกันเงินกู้ซื้อที่ดิน (Purchase Money Mortgage) เป็นกรณีที่ลูกหนี้กู้ยืมเงินขายที่ดินเพื่อนำเงินมาซื้อที่ดินและนำเอาที่ดินนั้นกลับไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้ขาย ซึ่งข้อตกลงต่าง ๆ ก็มักจำกัดอยู่ว่า ผู้ขายจะยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายจะรับจำนองที่ดินดังกล่าวจากผู้ซื้อ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ค่าที่ดินที่ตนยังไม่ได้รับชำระจากผู้ซื้อหรือไม่

(4) ธนาคารผู้ให้กู้ตกลงจะรับจำนองบ้านของผู้กู้ (Reverse Annuity Mortgage) โดยเงินต้นและดอกเบี้ยจะยังคงไม่ถึงกำหนดชำระ จนกว่าเจ้าของบ้านผู้กู้จะได้ขายบ้านที่ติดจำนองดังกล่าวหรือผู้กู้นั้นถึงแก่ความตาย ซึ่งหากเงินต้นและดอกเบี้ยที่ถึงกำหนดชำระและมีมูลค่าสูงเกินกว่ามูลค่าของบ้านที่จำนองนั้นเงินที่ยังขาดชำระอยู่นี้ The Federal Housing Administration จะเยียวยาในส่วนที่ยังขาด โดยชำระหนี้ให้แทน

---

[29] George J. Siedel and Janis K. Cheezem, Real Estate law, 4th ed., (USA: South-Western College Publishing,1999),pp. 310-311.

(5) การจำนองลำดับที่สอง (Secondary Mortgage) คือการจำนองทรัพย์ในลำดับถัดไปซึ่งมีการจำนองลำดับแรกอยู่ก่อนแล้ว ในการบังคับชำระหนี้และมีการบังคับจำนองลำดับแรก เงินที่ได้จากการบังคับจำนองนี้จะต้องนำมาชำระหนี้แก่จำนองลำดับแรกเสียก่อน เหลือเท่าไรจึงจะนำมาชำระหนี้จำนองลำดับถัดไป แต่หากมีการบังคับจำนองในลำดับที่สองหรือลำดับอื่น ๆ ก่อนการบังคับจำนองลำดับแรก สิทธิของผู้รับจำนองลำดับแรกจะไม่ถูกทำให้เสียไป การจำนองลำดับที่สอง(Secondary mortgage)นี้ หากเปรียบเทียบตามกฎหมายจำนองของประเทศไทย มีความคล้ายกับการจำนองทรัพย์สิ่งเดียวเป็นประกันหนี้หลายราย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 712

(6) การจำนองที่เกิดจากดุลยพินิจของศาลอิควิตี้ (Equitable Mortgage) เป็นการอำนวยความยุติธรรม(equity)ของศาลให้แก่ผู้รับจำนอง โดยดูจากเจตนาของคู่สัญญาว่าเข้าลักษณะของการจำนองเอาทรัพย์มาเป็นหลักประกันเพื่อการชำระหนี้หรือไม่ แม้ว่าจะไม่ปรากฏเอกสารจำนองหรือเอาทรัพย์มาจำนองไว้กับผู้รับจำนองก็ตาม

2.3.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

1. สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนอง[30]

1.1 สิทธิครอบครอง โดยหลักแล้วสิทธิครอบครองเป็นสิทธิที่ติดอยู่กับอสังหาริมทรัพย์โดยในมลรัฐที่ยึดหลักทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) ผู้รับจำนองจะได้รับสิทธิครอบครองในทรัพย์ที่จำนองจนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบ ในขณะที่มลรัฐที่ยึดหลักทฤษฎีภาระผูกพัน(Lien Theory) สิทธิครอบครองนี้จะยังคงอยู่กับผู้จำนองจนกว่าจะได้มีการบังคับจำนอง แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วแม้แต่ในทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) ผู้จำนองก็มีสิทธิครอบครองในทรัพย์จำนองภายใต้กฎหมายของแต่ละมลรัฐ ที่กำหนดให้ผู้จำนองมีสิทธิครอบครองในทรัพย์จำนองนั้นจนกว่าจะมีการผิดนัดชำระหนี้ หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจำนอง

---

[30] Lawrance S. Clark and Peter D. Kinder, Law and Business : The Regulatory Environmental , 3rd ed., pp.849-854.

1.2 สิทธิในค่าเช่าและผลกำไร (Rents and Profits) จากอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อการค้าและการอุตสาหกรรม มีความสามารถในการก่อให้เกิดมูลค่าในค่าเช่าและผลกำไร ค่าเช่านั้นก็จะมาจากการให้เช่าทรัพย์สินโดยอาจแบ่งการเช่าตามทฤษฎีของกฎหมายคือ ถ้าในมลรัฐนั้นใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์(Title Theory) ผู้รับจำนองจะมีสิทธิในการเช่าต่อเมื่อการจำนองได้สิ้นสุดลงแล้ว (the rent upon execution of mortgage) แต่ถ้ามลรัฐนั้นใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน(Lien Theory) ซึ่งผู้รับจำนองจะไม่มีสิทธิในค่าเช่าหรือการครอบครองทรัพย์จำนองจนกว่าจะมีการผิดนัดชำระหนี้ และมีการบังคับจำนองโดยศาลแล้ว แต่ในบางมลรัฐก็ยินยอมให้คู่สัญญามีข้อตกลงในสัญญาจำนอง ให้ผู้รับจำนองมีสิทธิในการครอบครองและสิทธิในค่าเช่าทันทีที่มีการผิดนัดชำระหนี้จากผู้จำนอง (แต่ในบางมลรัฐหากคู่สัญญาได้ทำการตกลงกันเช่นนี้สัญญาก็จะตกเป็นโมฆะ) หากมีการทำสัญญาเช่าก่อนที่จะได้มีการจำนองทรัพย์ การบังคับจำนองมิได้ทำให้การเช่านั้นต้องสิ้นสุดลงแต่อย่างใด ยกเว้นกรณีการเช่าหลังจากที่มีการจำนองทรัพย์แล้ว การเช่าก็ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการจำนองและสิ้นสุดได้โดยการผิดนัดชำระหนี้และการบังคับจำนอง สิทธิในการเช่าและผลกำไรที่ก่อให้เกิดจากอสังหาริมทรัพย์ก็จะตกเป็นของบุคคลที่ได้ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ โดยส่วนมากเกือบจะทั้งหมดจะมีการอนุญาตให้ผู้จำนองเป็นผู้เก็บรักษาค่าเช่าและผลกำไรนี้ ต้องสอดคล้องกับความมุ่งหมายของคู่สัญญาด้วยแต่อย่างไรก็ตามศาล (A court in equity) อาจมีคำสั่งให้ค่าเช่าและผลกำไรจะมีการเก็บรวบรวมเพื่อผลประโยชน์ในการช่วยเหลือผู้รับจำนองได้ โดยการนำมาหักกลบลบหนี้ที่ได้ค้างชำระอยู่ [31]

1.3 สิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนด (Right to Prepay) หากสัญญาจำนองระบุให้สิทธิแก่ผู้จำนองให้สามารถชำระหนี้ในเวลาใดก็ได้ ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระผู้จำนองก็สามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองก่อนที่หนี้นั้นจะถึงกำหนดได้ โดยอาจระบุเพิ่มในสัญญาให้ผู้จำนองต้องจ่ายค่าปรับในการชำระหนี้ก่อนถึงกำหนด (payment penalty)ไว้ด้วยซึ่งการชำระหนี้นั้นจะเป็นการทำให้หนี้จำนองเป็นอันระงับสิ้นไป

1.4 สิทธิในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้จำนองมีสิทธิที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่ตนมีภายใต้สัญญาจำนองไปยังบุคคลภายนอกได้ โดยการสวมสิทธิของบุคคลภายนอก

---

[31] Marianne Moodey Jennings, Real Estate law, 5th ed., (London : Sweet & Maxwell,1999) ,p. 585.

ซึ่งผู้จำนองเดิมจะยังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจำนองอยู่ เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้ยินยอมให้มีการแปลงหนี้ใหม่ (novation) ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้จำนองเดิมหมดความรับผิดตามสัญญาจำนองนั้นไปได้

1.5 สิทธิในการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์จำนองของผู้จำนอง (Transfer and Assignment by Mortgagor) ในการซื้อขายทรัพย์สิน ผู้จำนองไม่มีสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินที่ได้จำนอง ในกรณีของที่อยู่อาศัยและการทำธุรกิจมีความจำเป็นในการที่ผู้จำนองทรัพย์จะทำการขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จำนอง ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงวิธีในการโอนและสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการโอนกรรมสิทธิ์

1.6 ข้อสันนิษฐาน (The Assumption) ในหลาย ๆ กรณี ผู้จำนองทรัพย์จะมีอัตราส่วนของดอกเบี้ยต่ำกว่า ในเวลาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จำนองนั้นไปให้แก่บุคคลภายนอก ดังนั้นถ้าผู้ซื้อทรัพย์สามารถทำการตกลงซื้อทรัพย์และถือเอาความรับผิดชอบในการชำระหนี้ของการจำนองทรัพย์เดิมแล้ว ผู้ขายจะมีโอกาสที่ดีที่สุดในการขายทรัพย์ให้ได้ในราคาดี เช่น นาย ก. ได้ซื้อบ้านในราคา 63,500 เหรียญสหรัฐฯ ในปี ค.ศ.1987 ในปี ค.ศ. 1998 นาย ก. มีความจำเป็นที่จะต้องขายบ้าน โดยนาย ก. มียอดหนี้จำนองอยู่ที่ 50,000 เหรียญสหรัฐฯ และต่อมาได้ประกาศขายบ้านในราคา 95,000 เหรียญสหรัฐฯ นาย ข. ได้เสนอราคาในการรับซื้อบ้านจำนวน 92,000 เหรียญสหรัฐฯ ซึ่งนาย ข. ชำระเงินในการซื้อบ้านให้นาย ก. เพียง 42,000 เหรียญสหรัฐฯ และตกลงในการรับหน้าที่และความรับผิดชอบในการชำระหนี้จำนองจำนวน 50,000 เหรียญสหรัฐฯ ให้แก่ผู้รับจำนอง โดยการทำข้อตกลงเช่นนี้ เป็นการโอนผลประโยชน์ของสัญญาและการตั้งตัวแทนพื้นฐาน นาย ข. ผู้ซื้อทรัพย์จำนองยินดีในผลประโยชน์ในการเข้าอยู่อาศัยในบ้าน แต่ต้องเข้าไปรับหน้าที่ความรับผิดชอบในการชำระหนี้จำนอง

โดยในการตกลงทำสัญญาข้างต้นนี้ นาย ข. ผู้ซื้อหรือผู้รับโอนทรัพย์จำนองได้เข้ามามีความรับผิดชอบในการชำระหนี้จำนอง โดยการบังคับตามข้อตกลงที่สันนิษฐานได้ (assumption agreement) ซึ่งจะระบุจำนวนเงินในหนี้จำนอง ชื่อของผู้รับจำนองและผู้ซื้อที่ตกลงในการรับหน้าที่รับผิดชอบการในชำระหนี้จำนอง อย่างไรก็ตามถ้าหากไม่มีข้อตกลงเช่นนี้ก็ยังเป็นการบรรเทาความรับผิดในหนี้ของผู้จำนองภายใต้การจำนอง ผู้จำนองก็ยังคงมีความรับผิดในการชำระหนี้ ถ้าผู้ซื้อได้ผิดนัดชำระหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิในการบังคับหนี้จำนองกับคู่สัญญาคนใดคนหนึ่งก็ได้และคงเหลือสิทธิในการบังคับจำนองอยู่เสมอ ในกรณีที่ทั้งผู้จำนองและผู้ซื้อทรัพย์ได้ผิดนัด ผู้ซื้อมีความรับผิดพื้นฐานในการจำนองและผู้ขายมีความรับผิดเป็นลำดับที่สอง ดังนั้นผู้ให้กู้จึงต้องการดำเนินการทางกฎหมายที่มีความแน่นอน

1.7 สิทธิไถ่ถอนทรัพย์จำนอง (Right of Redemption) ในกรณีที่มีการผิดนัดชำระหนี้ผู้รับจำนองสามารถบอกกล่าวบังคับจำนองทรัพย์ของผู้จำนองได้ ซึ่งกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้จำนองในการติดตามทรัพย์จำนองของตนคืนมา

1.8 สิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์แม้ได้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว (Equity of Redemption) คือ สิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์จำนองของผู้จำนองได้ในระหว่างที่มีการผิดนัดชำระหนี้และขั้นตอนการบังคับขายทรัพย์จำนอง กล่าวคือแม้จะล่วงเลยกำหนดเวลาให้ชำระหนี้และเวลาในการไถ่ถอนจำนองภายใต้ข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาจำนองแล้วก็ตาม หลักอิควิตี้ (Equity) ได้ให้สิทธิแก่ผู้จำนองให้ไถ่ถอนทรัพย์จำนองได้ แม้ว่าจะอยู่ในขั้นตอนของการบังคับขายทรัพย์จำนองก็ตาม ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยศาลอิควิตี้ (equity court) สิทธินี้ไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นเป็นประการอื่น มิฉะนั้นข้อตกลงเช่นว่านั้นถือเป็นโมฆะ

1.9 สิทธิไถ่ถอนทรัพย์หลังการขายทอดตลาด (Statutory of Redemption) คือ สิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์จำนองของผู้จำนองได้ หลังจากที่มีการขายทอดตลาดทรัพย์จำนองนั้นไปแล้วสิทธินี้เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยผู้จำนองจะต้องชำระค่าทรัพย์นั้นในมูลค่าราคาที่ได้ซื้อขายไปและดอกเบี้ยตามอัตราที่กำหนด โดยปกติแล้วกฎหมายบัญญัติให้ต้องใช้สิทธินี้ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ได้มีการซื้อขายทรัพย์จำนองดังกล่าว มิฉะนั้นถือว่าทรัพย์นั้นเป็นของบุคคลผู้ซื้อได้ไปจากการขายทอดตลาดทรัพย์จำนองนั้นโดยถูกต้องสมบูรณ์

1.10 หน้าที่ในการดูแลซ่อมแซมทรัพย์จำนอง การปรับปรุงและซ่อมแซมทรัพย์จำนองโดยหลักทั่วไปแล้ว หากทรัพย์จำนองเกิดความเสียหายอันไม่อาจโทษได้ว่าเป็นความผิดของผู้จำนอง ผู้จำนองก็ไม่มีหน้าที่ต้องซ่อมแซมทรัพย์จำนองนั้นเนื่องจากค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมดังกล่าวไม่สามารถนำมาหักลดยอดหนี้ของลูกหนี้ลงได้ แม้ว่าการซ่อมแซมดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์จำนองอันเป็นประโยชน์แก่ผู้รับจำนองก็ตาม ทั้งนี้ผู้จำนองและผู้รับจำนองต่างก็มีหน้าที่ต้องสอดส่องดูแล ไม่ให้ทรัพย์จำนองเกิดความเสียหายสูญหาย

กรณีที่ผู้รับจำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์จำนอง ผู้รับจำนองมีหน้าที่ต้องดูแลซ่อมแซมทรัพย์จำนองตามสมควรและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยผู้รับจำนองสามารถเรียกให้ผู้จำนองชำระคืนเงินค่าใช้จ่ายเฉพาะเท่าที่เป็นค่าใช้จ่าย ในการปรับปรุงดูแลทรัพย์จำนองให้แก่ตนหรือนำมาคำนวณเพิ่มเป็นยอดหนี้ของลูกหนี้ได้

1.11 ภาระภาษีและการทำประกันภัยในการชำระภาษี ผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินที่จำนองจะต้องเป็นผู้ชำระภาษีให้แก่รัฐบาล และเนื่องจากหนี้ภาษีเป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือกว่าหนี้ตามสัญญาจำนอง ดังนั้นในสัญญาจำนองจึงมักระบุชัดเจนให้ลูกหนี้ต้องชำระภาษีให้ถูกต้องและครบถ้วน หากลูกหนี้ไม่ชำระภาษีให้ถือว่าเป็นเหตุผิดนัดตามสัญญากู้และสัญญาจำนอง ซึ่งทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระได้ทันที และนอกจากต้องชำระหนี้เงินกู้และดอกเบี้ยเงินกู้แล้ว ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ต้องชำระภาษีส่งผ่านไปให้แก่เจ้าหนี้ทุก ๆ เดือน ในจำนวนเท่ากับ 1/12 ของภาระภาษีในปีนั้น ๆ โดยนำเข้าบัญชีสำรอง (escrow account) เพื่อเป็นเงินสำรองไว้เพื่อชำระหนี้ภาษี

นอกจากนี้ในสัญญาจำนองมักระบุถึงเรื่องประกันภัยไว้ด้วยเช่นกัน โดยระบุให้ลูกหนี้เป็นผู้จัดหาประกันภัยในทรัพย์จำนอง มิฉะนั้นเจ้าหนี้จะต้องรับความเสี่ยงภัยทั้งหมดหรือบางส่วนในความเสียหายอันอาจจะเกิดขึ้นกับทรัพย์จำนองนั้นเอง

2. สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนอง[32]

2.1 สิทธิที่จะได้รับชำระเงินคืน สิทธิที่สำคัญของผู้รับจำนองคือสิทธิที่จะได้รับชำระเงินคืนจากลูกหนี้ โดยทั่วไปแล้วจำนวนเงินต้นและอัตราดอกเบี้ยจะระบุอยู่ในตั๋วเงินและรายการจดแจ้งการจำนอง (Financial Statement)

2.2 สิทธิที่จะปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย ในสัญญาจำนองทั่วไปแล้วมักจะระบุให้สิทธิแก่เจ้าหนี้สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยขึ้น ลงเป็นคราว ๆ ไปได้ ตามอัตราดอกเบี้ยที่ประกาศปรับเปลี่ยนไปในแต่ละครั้ง

2.3 สิทธิในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะโอนสิทธิตามสัญญาจำนองไปให้แก่บุคคลภายนอกได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่เป็นธนาคารมักจะโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองนี้ไปพร้อมกับการขายหนี้ตามสัญญาเงินกู้ ไปยังบุคคลภายนอกนั่นเอง การโอนสิทธิเรียกร้องของผู้รับจำนองนี้ไม่ส่งผลกระทบไปถึงผู้จำนองเพราะเป็นการโอนสิทธิที่จะได้รับเงินคืนของเจ้าหนี้หรือผู้รับจำนอง ไปยังบุคคลภายนอกซึ่งผู้จำนองยังคงมีหน้าที่ต้องชำระเงินคืนให้แก่ผู้รับจำนองอยู่ตามเดิม เพียงแต่มีการเปลี่ยนตัวผู้รับจำนองต้องชำระ

---

[32] Lawrance S. Clark and Peter D. Kinder, Law and Business : The Regulatory Environmental ,3rd ed., pp.850-851.

เงินคืนให้แก่ผู้รับโอนหนี้ตามสัญญาเงินกู้ และสัญญาจำนองซึ่งถือเป็นผู้รับจำนองคนใหม่นั่นเอง ทั้งนี้จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไปยังผู้จำนองให้ทราบด้วย มิฉะนั้นจะยกขึ้นต่อสู้ไม่ได้หากผู้จำนองชำระหนี้ผิดไปยังผู้รับจำนองเดิม

2.4 สิทธิในการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (Appointing a Receiver) โดยทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกา การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver)จะมีได้ต่อเมื่อ ผู้รับจำนองที่ได้รับสิทธิครอบครองภายหลังจากมีการผิดนัดชำระหนี้แล้ว จะต้องดูแลรักษาทรัพย์จำนองนั้นด้วยความระมัดระวังดั่งเช่นเจ้าของพึงดูแลรักษาทรัพย์สินของตน และรับผิดชอบในค่าเสื่อมมูลค่าหรือการด้อยมูลค่าของทรัพย์จำนองที่น้อยลงจากหนี้ที่ค้างชำระ รวมไปถึงความรับผิดชอบในเรื่องของมูลค่าของค่าเช่าทรัพย์สินที่จำนอง ซึ่งค่าเช่าของทรัพย์สินที่จำนองของบุคคลภายนอกสามารถนำมาหักกลบหนี้บางส่วนกับจำนวนหนี้เงินที่ได้ค้างชำระได้ โดยผู้รับจำนองมักจะร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver) เป็นผู้มีสิทธิครอบครองและดูแลจัดการทรัพย์จำนองนั้นในระหว่างที่มีการผิดนัดชำระหนี้และการบังคับจำนอง ซึ่งการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver)โดยศาลนี้จะช่วยป้องกันเจ้าหนี้จากความรับผิดและภาระหน้าที่ต่าง ๆ อันจะเกิดขึ้นในฐานะผู้รับจำนองผู้มีสิทธิครอบครองทรัพย์จำนองนั้น เว้นแต่จะเป็นผู้รับจำนองซึ่งได้รับสิทธิครอบครองอยู่ก่อนผู้จำนองจะผิดนัดชำระหนี้ หรือที่เรียกว่า mortgage in possession* ซึ่งจะต้องรับผิดชดใช้ในบรรดาภาระหน้าที่ต่าง ๆ ในการดูแลครอบครองทรัพย์จำนองนั้น[33]

มาตรฐานที่ใช้ในการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(standard of appointment)[34]จะมีความแตกต่างกันออกไปเพียงเล็กน้อยในระหว่างมลรัฐที่ใช้ ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) และมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน(Lien Theory) หรือในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีทั้งสองอย่างแบบผสมผสาน(Intermediate Theory) แต่พื้นฐานแล้วผู้รับจำนองต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าผู้จำนองได้ตกเป็นบุคคลล้มละลายหรือไม่อาจชำระหนี้ได้ และหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ (The mortgagee must show that the mortgagor is insolvent and that the security is inadequate.) ศาลส่วนใหญ่มักจะพิจารณาไปถึงหลักความเป็นธรรมพื้นฐาน เช่น ความเสี่ยงต่อการสูญเสีย และความเสียหายหรือความยากต่อการที่จะซ่อมแซมทรัพย์ให้เหมือนเดิม

---

* " Mortgage - in - possession" A lender who takes possession of the real property securing the debt prior to foreclosure.

[33] George J. Siedel and Janis K. Cheezem, Real Estate law ,4th ed.,p.330.

[34] Grant. Nelson & Dale A. Whitman, Land Transactions and Finance ,2nd ed., pp.188-189.

เพื่อการพิจารณาในการตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (Grether v. Nick, 213 N.W.304, 306 (Wis. 1927)) ในทางทฤษฎีดูเหมือนว่าผู้ดูแลทรัพย์สิน (receiver) ในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์(Title Theory) ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล ได้ง่ายกว่าในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน(Lien Theory) เพราะผู้รับจำนองจะดำเนินการฟ้องร้องเพื่อสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver) อันเป็นบุคคลภายนอกก็จะได้รับการแต่งตั้งได้ไม่ยากนัก ในความจริงแล้วมีศาลจำนวนน้อยมากที่อนุญาตให้แต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver) เนื่องจากศาลเห็นว่าสิทธิของผู้รับจำนองในการครอบครองทรัพย์นั้น มีเพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายแล้ว

ตัวอย่างเช่น ธนาคารเป็นผู้รับจำนองบ้านในวงเงินจำนวน 200,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อมาผู้จำนองได้หยุดการชำระหนี้ในเงินต้นและดอกเบี้ยอีกทั้งไม่สามารถชำระหนี้ได้หมด และผู้จำนองได้นำเงินค่าเช่าจากทรัพย์จำนอง เพื่อการใช้ส่วนตัว มูลค่าของทรัพย์จำนองในราคาตลาดได้มีมูลค่า 300,000 เหรียญสหรัฐฯ โดยที่ธนาคารก็ต้องการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (receiver) แต่ผลลัพธ์คือการขอแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver)ได้รับการปฏิเสธโดยศาล ความไม่สามารถในการชำระหนี้และการนำเงินค่าเช่าไปใช้ของผู้จำนอง ไม่เพียงพอต่อการที่ศาลจะได้แต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน(receiver) เนื่องจากขณะนี้มูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ ได้สูงเกินกว่าหนี้จำนองถึง 100,000 เหรียญสหรัฐฯ ซึ่งเป็นการห่างไกลจากการพิจารณาของศาลถึงหลักความยุติธรรมพื้นฐาน (equitable ground) เช่นการไม่อาจชำระหนี้ภาษีได้ (Dart v. Western avings & Loan Association, 438 P.2d 407 (Ariz.1968)).

ตัวอย่างที่สอง หากเป็นข้อเท็จจริงแบบเดียวกันกับข้างต้นแต่มูลค่าทรัพย์ คือ 205,000 เหรียญสหรัฐฯ และผู้จำนองไม่ได้ดำเนินการซ่อมแซมทรัพย์จำนองที่ได้ชำรุดบกพร่อง ผลลัพธ์คือ ผู้ดูแลทรัพย์สิน (receiver) จะได้รับการแต่งตั้ง เพราะหลักประกันทรัพย์ได้เสื่อมถอยลดมูลค่าลง

2.5 สิทธิที่จะเรียกให้ผู้จำนองชำระคืนเงินทันที (Right to Accelerate Payment) ซึ่งในสัญญาจำนองส่วนใหญ่มักจะมีการตกลงกันในส่วนของการเรียกให้ชำระเงินคืนทันที หรือที่เรียกว่า Acceleration Clause ซึ่งเป็นข้อตกลงให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองมีสิทธิบอกกล่าวไปยังผู้จำนองให้ชำระเงินคืนทั้งหมดในทันที ในกรณีที่ผู้จำนองไม่ชำระเงินคืนทั้งหมดในทันที หรือกรณีผู้จำนองไม่ชำระเงินคืนในงวดใดงวดหนึ่ง เช่นผู้จำนองละเลยเพิกเฉยไม่ชำระภาษี เป็นต้น

2.6 สิทธิในทรัพย์สินที่การจำนองครอบคลุมถึง[35] เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นการจำนองให้รวมถึงทรัพย์ที่ปลูกอยู่บนที่ดินที่ได้ตกลงจำนองไว้ ดังนั้นการจำนองจึงครอบคลุมไปถึง อาคาร(building) ส่วนควบ (fixture) ภาระจำยอม (easement) และทรัพย์สินอื่น ๆ ที่แบ่งประเภทแล้วยังคงเป็นประเภทอสังหาริมทรัพย์(real property)

การพิจารณาว่าทรัพย์จำนองครอบไปถึงสิ่งใดบ้าง ผู้เขียนขอพิจารณาในความหมาย ว่า fixture ซึ่งตามความหมายและคำอธิบายของหนังสือกฎหมายนั้นทำให้เข้าใจได้ว่า fixture นั้นหมายความว่าเป็นส่วนควบ (component part) เช่นเดียวกับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144 ของประเทศไทย โดยคำนิยามมีดังนี้

Fixture is real property that was once personal property.It becomes attached to the real property and becomes a part of it.

ส่วนควบ คือ อสังหาริมทรัพย์ที่ในอดีตได้เป็นสังหาริมทรัพย์ส่วนบุคคลแต่มีการนำมาติดตั้งกับอสังหาริมทรัพย์จนกลายเป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์

การที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นส่วนควบ (fixture) พิจารณาได้ดังนี้[36]

(1) ระดับของการนำไปยึดติด (Degree of Annexation) เป็นองค์ประกอบแรกที่ใช้ในการพิจารณาตัดสินว่าสิ่งใดเป็นส่วนควบหรือไม่ กฎหมายของประเทศอังกฤษส่วนควบ (fixtures) คือ สิ่งที่ได้เพิ่มขึ้นมาเป็นสิ่งที่คอยควบคุม และสิ่งใด ๆ ก็ตามที่ถูกยึดติดโดย การฉาบปูน ,การตอกตะปู,การสลักเกลียว,การติดตรึงเป็นเกลียว ได้ถูกแบ่งแยกว่าเป็นทรัพย์ส่วนควบ ระดับของการนำทรัพย์ไปติดตั้งนั้นให้ดูที่ประโยชน์ในการใช้งานของอสังหาริมทรัพย์ ไม่ใช่ดูเพียงว่ามีการเพิ่มขึ้นของทรัพย์เท่านั้น

ในปัจจุบันนี้ การนำทรัพย์ไปยึดติดกับอสังหาริมทรัพย์ต้องดูถึงวัตถุประสงค์ของการนำไปใช้ ตัวอย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา เตาผิงในบ้านเป็นสิ่งสำคัญเพราะบ้านไม่อาจใช้งานได้หากไม่มีเตาผิง (ซึ่งครั้งหนึ่งเตาผิงก็เป็นสังหาริมทรัพย์)ในอีกทางหนึ่ง แต่เรือไม่ใช่ส่วนหนึ่งของอู่ต่อเรือ แต่สมอเรือเป็นส่วนหนึ่งของเรือเนื่องจากเรือจะเทียบจอดไม่ได้ถ้าไม่มีสมอเรือ หรืองานประติมากรรมเช่นรูปปั้นตามเสาอาคารเป็นส่วนหนึ่งของอาคาร หรือว่าอ่างล้างหน้าในห้องน้ำก็เป็นส่วนหนึ่งของบ้านเป็น ส่วนควบ (fixture)

---

[35] Marianne Moodey Jennings, Real Estate law ,5th ed., pp.588-589.

[36] William L. Atteberry , Real Estate Law , 2nd ed.,(n.p.1978) ,pp.74-76.

(2) คุณสมบัติของทรัพย์และการนำทรัพย์ที่ได้ติดตั้งไปใช้ประโยชน์ (Nature and Use of the Property) เช่น หน้าต่างที่ติดตั้งไว้อีกบานเพื่อป้องกันความเย็นหรือฝน (storm door) เป็นการทำขึ้นมาเป็นพิเศษให้เป็นส่วนหนึ่งของบ้านช่วยในการให้รักษาความอบอุ่นภายในตัวบ้าน ต่อมาเมื่อมีการขายบ้าน หน้าต่างดังกล่าวก็ตกเป็นส่วนหนึ่งของบ้านให้กับผู้ซื้อทรัพย์ หรือชั้นวางหนังสือ(book case) ที่ได้ทำการติดตั้งยึดอยู่กับผนังอาคารอย่างแน่นหนาก็เป็นส่วนหนึ่งของอาคารด้วย

(3) วิธีการนำไปยึดติดกับอสังหาริมทรัพย์ (The method or manner of annexation to the realty) ถ้าการนำทรัพย์ไปยึดติดกับอสังหาริมทรัพย์ เมื่อต้องการเคลื่อนย้ายออกไม่สามารถทำได้จนกว่าจะทำให้ทรัพย์นั้นต้องเสียหาย สิ่งนั้นก็มักจะเป็นทรัพย์ส่วนควบ (fixture) เช่น ไม้ที่อัดอยู่กับบ้านหน้าต่าง (wood panelling) ถ้าจะทำการเคลื่อนย้ายก็ต้องมีการทำความเสียหายกับผนังที่ได้ยึดติดไว้อย่างแน่นอน

(4) เจตนาของคู่สัญญา (The intention of the party) เช่น ตู้เย็นที่สามารถเคลื่อนย้ายได้โดยง่ายอาจเป็นส่วนหนึ่งในการขายที่อยู่อาศัย หรือ อพาร์ทเมนท์ ถ้าคู่สัญญาได้ทำความตกลงไว้ หรือตามจารีตประเพณีและเจตนาของคู่สัญญาทำให้ เตาหุงต้ม (stove) หรือผ้าม่าน(drapery) ที่ไม่ได้ประกอบติดตั้งยึดติดกับตัวอาคารตกเป็นส่วนควบในถิ่นใดถิ่นหนึ่งได้ โดยทั่วไปในโรงแรมต้องมีการประดับตกแต่งห้องของโรงแรมอย่างเต็มที่ ดังนั้นเวลามีการขายโรงแรมเจตนาของการขายก็ต้องรวมไปถึงเฟอร์นิเจอร์ที่ได้ประดับตกแต่งนั้นด้วย

ในปัจจุบันนี้ศาลได้พิจารณาถึงเจตนาของผู้ที่นำทรัพย์ไปติดตั้ง เพื่อเป็นแนวทางในการตัดสินถึงเจตนาที่แท้จริง ดังนั้นหากวิญญูชนได้เห็นว่าสิ่งนั้นเป็นส่วนควบโดยทั่วไปศาลก็จะเห็นด้วยว่าเป็นส่วนควบด้วยเช่นกัน

(5) ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในธุรกิจ (Relationship of the party in transaction) กฎหมายสนับสนุนให้ผู้ซื้อ ผู้รับจำนอง และผู้เช่า ดังนั้นในการทำธุรกรรมใด ๆ ที่มีคู่สัญญาดังกล่าวเกี่ยวข้องด้วย ศาลมักจะพิพากษาว่าอะไรใช้หรือไม่ใช่ทรัพย์จำนองไปด้วย เช่น ถ้าผู้จำนองได้ติดตั้งเครื่องปรับอากาศในทรัพย์จำนอง ศาลมักถือว่าผู้รับจำนองมีสิทธิในเครื่องปรับอากาศนั้นด้วย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมักจะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นส่วนควบ(fixture) หรือไม่จากข้อตกลงของคู่สัญญา และเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่จะเกิดขึ้นคู่สัญญามักทำข้อตกลงไว้ในสัญญาอย่างชัดแจ้งว่าสิ่งใดเป็นส่วนควบบ้าง โดยผู้รับจำนองในประเทศสหรัฐอเมริกามักมีข้อตกลงในสัญญาจำนองเรื่องทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในภายหลัง(after-acquired property clause)

โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อกำหนดให้ทรัพย์จำนองรวมไปถึงสิ่งปลูกสร้างใด ๆ , ส่วนควบ และสิ่งใด ๆ ที่ได้มีการสร้างบนที่ดินภายหลังจากการจำนองทรัพย์ ซึ่งข้อความต่าง ๆ นี้ ได้ปกป้องผู้รับจำนองจากการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสิ่งปลูกสร้างที่ได้จำนองไว้ให้ยังคงมีอยู่ในที่ดิน หรือการสร้างสิ่งปลูกสร้างเพิ่มเติมผู้รับจำนองก็จะได้รับการปกป้องจากผลกระทบจากการใช้สิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น

ในการจำนองทรัพย์การแบ่งแยกให้ชัดแจ้งในทรัพย์สิน ว่าเป็นส่วนควบหรือไม่ ผู้รับจำนองเลือกที่จะระบุทรัพย์ที่อาจเป็นปัญหาในการตีความไว้ โดยยกตัวอย่างในข้อตกลงในสัญญาจำนองทั้งหมด(ซึ่งสามารถครอบคลุมทรัพย์สินที่ได้มาในภายหลัง) ได้ดังนี้ "...รวมถึงสิ่งของและอุปกรณ์ที่ใช้ประโยชน์ในการครอบครอง,ใช้ในการดำเนินงาน หรือ ใช้ในการเช่าอาคาร ให้รวมไปถึง เชื้อเพลิง(gas) และอุปกรณ์ที่ใช้ไฟฟ้า(electric fixtures) เครื่องทำความร้อน (radiators, heaters) เครื่องซักผ้า(washers) เครื่องอบผ้า(driers) เครื่องจักรกล(engines and machinery) ลิฟท์(elevators) บันไดเลื่อน(escalators) เครื่องเผาขยะ(incinerators) เครื่องจักรกล(motors) อ่างอาบน้ำ(bathtubes) อ่างล้างมือ(sinks) ท่อน้ำ(pipes) หัวก๊อกน้ำ (faucets) และสิ่งทำความร้อนอื่น ๆ และระบบการติดตั้งท่อประปาท่อน้ำในอาคาร(plumbing fixtures) เครื่องปรับอากาศ(air conditioners) กระจก(mirror) ตู้(cabinets) ตู้เย็น (refrigerators) เตาหุงต้มอาหาร (stoves) เครื่องดับเพลิง (fire prevention) และ เฟอร์นิเจอร์ (furniture) โป๊ะโคมไฟ(shades) มู่ลี่ (blinds) ผ้าม่าน(curtains) รางผ้าม่าน(drapery and curtain rods) พรม(rugs) พรมและสิ่งที่ครอบคลุมพื้น(carpets and all other floor coverings) หลอดไฟ(lamps) สิ่งที่ยื่นมาจากกำแพงและรูปภาพ(wall hangings and pictures) และรวมไปถึงสิ่งของที่มาแทนที่ทรัพย์เหล่านี้และสิ่งที่ได้เพิ่มเติมเข้าไปในสิ่งเหล่านี้ และอะไรก็ตามที่ได้มีการเพิ่มเติมขึ้น และมีการแทนที่ซึ่งดูประหนึ่งว่าเป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์นั้น ฉะนั้นเมื่อมีการอายัดทรัพย์สินของการจำนองจึงครอบไปถึงทรัพย์เหล่านี้ด้วย[37]

อย่างไรก็ตามในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายกลางที่เรียกว่า Uniform Commercial Code (UCC) มาตรา 9 ได้ครอบคลุมไปถึงสิทธิของเจ้าหนี้และความรับผิดชอบในทรัพย์ที่ใช้เป็นหลักประกันเงินกู้ของลูกหนี้ โดยทุก ๆ มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำบางส่วนของ มาตรา 9 ไปปรับใช้

---

[37] Marianne Moodey Jennings, Real Estate law, 5th ed., pp.588-589.

ขอบเขตของ มาตรา 9 Uniform Commercial Code (UCC) ได้ควบคุมดูแลการใช้สังหาริมทรัพย์หรือการใช้ ส่วนควบ (fixture) เสมือนทรัพย์ที่เป็นหลักประกันเงินกู้ และอนุญาตให้เจ้าหนี้ได้รับสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน(security interest) ในทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในการจัดเตรียมให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่แน่นอน พร้อมทั้งมีโอกาสและบุริมสิทธิโดยภายใต้กฎหมายนี้ คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ในสัญญา security agreement ซึ่งได้มอบอำนาจให้เจ้าหนี้มีสิทธิในสังหาริมทรัพย์และทรัพย์ส่วนควบของลูกหนี้ โดยในมาตรา 9 นี้ได้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้างของทรัพย์จำนอง คือ ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิเหนือส่วนควบ(fixture) แต่ทั้งนี้เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิในทรัพย์ที่สามารถทำการเคลื่อนย้ายได้ เช่น เครื่องจักรในโรงงาน หรือสินค้าอุปโภคบริโภคและเครื่องมือเครื่องใช้ไฟฟ้า(เช่น แฟกซ์ เครื่องถ่ายเอกสาร และคอมพิวเตอร์) สิทธิประโยชน์ในสังหาริมทรัพย์ไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นจึงไม่ตกอยู่ภายใต้การจำนอง

จากหลักกฎหมายข้างต้นเห็นได้ว่าทรัพย์สินที่การจำนองครอบไปถึง ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การจำนองอาจครอบได้ไปถึงทั้งทรัพย์ที่เป็นอุปกรณ์และสิ่งอำนวยความสะดวกซึ่งมิใช่เป็นส่วนควบหรืออุปกรณ์แต่อย่างใด แต่สำหรับในประเทศไทยแล้วโดยจากหลักคำพิพากษาฎีกาที่ผ่านมา หากจะมีการยึดทรัพย์จำนองการยึดทรัพย์จะครอบคลุมไปถึงสิ่งที่เป็นส่วนควบที่มีความสำคัญกับทรัพย์จำนอง ซึ่งหากมีการแยกออกจากกันแล้วจะทำให้เกิดการเสียสภาพทรัพย์ขึ้นได้ ในประเด็นปัญหาของการยึดทรัพย์จำนองควรจะครอบไปถึงทรัพย์สิ่งใดบ้างผู้เขียนขออนุญาตที่จะกล่าวในบทต่อไป

2.6 สิทธิที่จะบังคับจำนอง (Right to Foreclose) หลังจากที่ผู้รับจำนองได้ทำการบอกกล่าวให้ผู้จำนองชำระคืนเงินทั้งหมด แต่ผู้จำนองไม่สามารถชำระเงินคืนให้แก่ผู้รับจำนองได้ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์จำนองนั้นได้ การบังคับจำนองสามารถทำได้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาจำนองหรือตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ ขั้นตอนการดำเนินคดีบังคับจำนองของแต่ละมลรัฐก็จะแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด แต่ก็มีหลักใหญ่ ๆ ที่คล้ายคลึงกันคือ ผู้รับจำนองฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งหากผู้รับจำนองพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าผู้จำนองผิดนัดไม่ชำระหนี้หรือผิดสัญญาจำนอง ศาลก็จะมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งหากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนมากกว่าหนี้ที่ค้างชำระอยู่กับผู้รับจำนอง เงินส่วนที่เกินนั้นก็ให้จัดส่งคืนให้แก่ผู้จำนองต่อไปแต่หากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์จำนอง มีจำนวนน้อยไม่พอชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้จำนองรับผิดชดใช้เงินในส่วนที่ยังขาดชำระอยู่ได้ (deficiency judgement)

2.3.5 การระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง (Mortgage Termination)

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับจำนองและผู้จำนอง ตามสัญญาจำนองระงับสิ้นไปโดยเหตุดังต่อไปนี้

1. การชำระหนี้จำนอง (Mortgage Payment)

ผู้จำนองสามารถที่จะปลดภาระจำนองในระหว่างหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระได้โดยการชำระหนี้จำนองให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ในกรณีที่สัญญาจำนองระบุให้สิทธิแก่ลูกหนี้ให้สามารถเลือกที่จะชำระหนี้จำนองทั้งจำนวนก่อนที่หนี้นั้นจะถึงกำหนดชำระตามสัญญาก็ได้ โดยอาจมีค่าปรับในการชำระหนี้ล่วงหน้าก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ (payment penalty) เพราะเป็นเหตุที่ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับดอกเบี้ยอันควรได้รับจากหนี้เงินต้นตามปกติได้

หากกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายของมลรัฐ ไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ไว้และสัญญาจำนองก็ไม่ได้ระบุให้สิทธิเช่นว่านั้นแก่ลูกหนี้เช่นเดียวกัน ศาลจะพิพากษาว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนที่หนี้นั้นจะถึงกำหนดชำระได้ และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนเมื่อหนี้นั้นถึงกำหนดชำระ (perfect tender in time)

หากผู้จำนองได้ทำคำเสนอไปยังผู้รับจำนองเพื่อขอชำระหนี้ทั้งจำนวนในวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระหากสัญญาจำนองระบุให้สิทธิไว้และผู้รับจำนองได้ปฏิเสธการขอชำระหนี้นั้น สัญญาจำนองจะระงับลงและการคำนวณดอกเบี้ยเงินกู้ก็จะหยุดคำนวณลงด้วยแต่ทั้งนี้ การทำคำเสนอดังกล่าวจะต้องทำขึ้นอย่างถูกต้องเหมาะสมกับทั้งเวลาและสถานที่ด้วยแต่หากผู้รับจำนองตกลงตามคำเสนอ ให้ผู้จำนองชำระหนี้ได้ก่อนที่หนี้ถึงกำหนดชำระ ประเด็นสำคัญ คือผู้จำนองจะต้องร้องขอต่อผู้รับจำนองให้ปลดหนี้เงินกู้ตามตั๋วเงิน (note) และหนี้จำนองตามสัญญาจำนองให้แก่ตน พร้อมกับทำการจดแจ้งการเพิกถอนการจำนองโดยทันที ซึ่งกฎหมายของแต่ละมลรัฐมักจะกำหนดให้ผู้รับจำนองจะต้องทำการจดแจ้งการชำระหนี้และปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองหลังจากที่ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้วทันที

2. การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองกรณีการขายทรัพย์จำนองไป โดยติดภาระจำนอง (Sale Subject to Mortgage) เป็นกรณีที่ผู้จำนองขายทรัพย์จำนองให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับซื้อทรัพย์ไป ซึ่งกรณีจะคล้ายคลึงกับการรับภาระจำนองมาพร้อมกับทรัพย์ ที่ซื้อมา หรือ Mortgage Assumption แต่กรณีของ Sale Subject to Mortgage ผู้จำนองยังคงต้องผูกพันตามสัญญาจำนองอยู่โดยหากผู้จำนองผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองสามารถบังคับเอากับทรัพย์ที่จำนองได้ และผู้ซื้อก็สามารถเรียกเงินคืนพร้อมค่าเสียหายเอาจากผู้จำนองได้

ตัวอย่าง นาย ก. นำบ้านมูลค่า 200,000 เหรียญสหรัฐฯ ไปจำนองกับธนาคารเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้จำนวน 150,000 เหรียญสหรัฐฯ หลังจากจำนองไปแล้ว นาย ก. ได้ขายบ้านดังกล่าวให้แก่นาย ข. โดยในวันทำสัญญาซื้อขายบ้าน นาย ข. ตกลงจ่ายเงินสดจำนวน 50,000 เหรียญสหรัฐฯ ให้แก่นาย ก. ไปก่อนและระบุไว้ในสัญญาว่า นาย ก. ตกลงจะ ไถ่ถอนจำนองและชำระหนี้ให้แก่ธนาคารในวันที่กำหนดไว้ ซึ่งหมายความว่านาย ข. รับซื้อบ้านมาโดยยังมี ภาระจำนองติดมาด้วยกับทรัพย์ โดยนาย ก. ยังคงเป็นผู้จำนองอยู่ตามเดิม ซึ่งนาย ข. ไม่ได้สวมสิทธิเข้าเป็นผู้จำนองแต่อย่างไร และหากนาย ก. ผิดนัดชำระหนี้ ธนาคาร สามารถบังคับจำนองเอากับทรัพย์จำนองได้ และนาย ข. ก็สามารถเรียกให้นาย ก. ชำระเงินค่าบ้านและ ค่าเสียหายต่าง ๆ จากนาย ก. ตามสัญญาซื้อขายบ้านที่ได้ตกลงกันไว้

3. Wraparound Mortgage คือ กรณีที่ผู้ซื้อบ้านซึ่งมีภาระจำนองติดอยู่ตกลงจ่ายราคาบ้านให้แก่ผู้ขาย โดยส่วนหนึ่งของเงินค่าบ้านนั้นเป็นเงินที่ให้กู้แก่ผู้ขายและอีกส่วนหนึ่งเป็นเงินที่ให้ผู้ขายนำไปชำระคืนให้แก่ผู้รับจำนองและไถ่ถอนทรัพย์จำนองนั้น

ตัวอย่าง นาย ก. ขายบ้านมูลค่า 200,000 เหรียญสหรัฐฯ ซึ่งติดภาระจำนองอยู่นั้นให้แก่นาย ข . โดยนาย ข. ชำระเงินสดให้แก่นาย ก. จำนวน 20,000 เหรียญสหรัฐฯ และสั่งจ่ายตั๋วสัญญาใช้เงินให้นาย ก. อีกจำนวน 180,000 เหรียญสหรัฐฯ เพื่อนำไปชำระหนี้จำนองจำนวน 150,000 เหรียญสหรัฐฯ ให้แก่ธนาคาร และจำนวน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ที่เหลือเพื่อให้กู้ยืม โดยในขณะซื้อขายบ้านนั้น นาย ก. ยังคงมีฐานะเป็นผู้จำนองอยู่

4. Mortgage Assumption คือ กรณีที่ผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์จำนองและตกลงชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งคล้ายคลึงกับลักษณะของ Sale Subject to Mortgage แต่ต่างกันตรงที่ Mortgage Assumption นั้น ผู้ซื้อจะชำระหนี้ตามสัญญาจำนองให้แก่ผู้จำนองเดิม โดยหากผู้รับจำนองบังคับเอากับทรัพย์จำนองได้ไม่พอชำระหนี้ ผู้ซื้อจะต้องรับผิดชดใช้ในเงินส่วนที่ขาดนั้นให้แก่ผู้รับจำนองด้วยในกรณีนี้ ผู้จำนองเดิมยังคงมีหน้าที่และภาระในฐานะผู้ค้ำประกันซึ่งยังคงต้องรับผิดร่วมกับผู้ซื้ออยู่จะหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าวต่อเมื่อได้มีการนำเอาทรัพย์จำนองนั้นออกขาย การทำ Mortgage Assumption นั้น บางมลรัฐก็กำหนดว่าต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) มลรัฐนิวยอร์ค (New York) เป็นต้น

5. การแปลงหนี้ใหม่ (Novation) คือ การเปลี่ยนตัวผู้จำนอง โดยที่ผู้ซื้อเข้ามาสวมสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ แทนผู้จำนองเดิม ซึ่งกรณีจะคล้ายกับ Mortgage Assumption แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้น ผู้จำนองเดิมจะหลุดพ้นจากฐานะผู้จำนองและภาระความรับผิดทั้งปวงตามสัญญาจำนองโดยได้รับความยินยอมจากผู้รับจำนอง