

บทที่ 3

การพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยาก กรณีฟ้องบังคับจำนอง

หากจะกล่าวถึงการบังคับจำนอง ย่อมจะต้องทำความเข้าใจกับหลักทั่วไปของการจำนองภายใต้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พอสังเขป¹ เสียก่อน เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาถึงสิทธิของผู้รับจำนองในการที่จะใช้สิทธิบังคับเอาทรัพย์จำนองโดยผ่านกระบวนการทางศาลภายใต้วิธีพิจารณาความแพ่งได้ต่อไป ทั้งนี้ ก่อนที่จะกล่าวถึงการ ใช้สิทธิบังคับเอาทรัพย์จำนองนั้นตามกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อศึกษาควบคู่ไปกับหลักกฎหมายของประเทศไทยไปด้วยพร้อมกัน ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงหลักทั่วไปของการจำนองและการบังคับจำนองภายใต้กฎหมายของต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเชิงเปรียบเทียบในเบื้องต้น แต่เนื่องจากข้อจำกัดเกี่ยวกับเอกสารและระยะเวลาอันจำกัดในการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอกล่าวเฉพาะหลักกฎหมายในส่วนที่สำคัญเท่านั้น โดยรายละเอียดในทางปฏิบัติและผลของคำพิพากษาต่าง ๆ ผู้เขียนอาจไม่ได้กล่าวถึงไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1. หลักทั่วไปของการจำนอง

1.1 การจำนองของประเทศอังกฤษ

ในการจำนองที่ดินของประเทศอังกฤษนั้น ภายใต้ Law of Property Act 1925 ของประเทศอังกฤษกล่าวถึงที่ดินที่สามารถนำมาจำนองได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้²

(1) ที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาดและระยะยาว (Fee Simple Absolute)³ ซึ่งเป็นสิทธิที่สามารถตกทอดสู่ทายาทของเจ้าของสิทธิได้ ตลอดอายุของสิทธิดังกล่าว

(2) ที่ดินภายใต้กำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน (Term of years absolute)⁴ ซึ่งเป็นที่ดินที่มีกำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน เป็นการเช่าที่ดินจากเจ้าของที่ดิน (Landlord) อันเป็นสิทธิที่ไม่สามารถตกทอดสู่ทายาทของเจ้าของสิทธิ

¹ รายละเอียดโปรดดูในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ.

² Iris Williams, *Essential Land Law by Iris Williams BA*, (Great Britain : Cavendish Publishing, 1994), pp. 143-145.

³ "FEE SIMPLE" An interest in land that, being the broadest property interest allowed by law, endures until the current holder dies without any heirs, esp., a fee simple absolute. "FEE SIMPLE ABSOLUTE" An interest of indefinite or potentially infinite duration (e.g. "to Albert and his heir"). (Bryan A Garner , *Black's Law Dictionary 7th edition editor in chief*, (St. Paul, Minn. : West Group, 1999), pp.630-631).

⁴ "TERM OF YEARS" See tenancy for the term under TENANCY. "TENANCY FOR A TERM" A tenancy whose duration is known in years, weeks, or days from the moment of its creation.). (Bryan A Garner , *Black's Law Dictionary 7th edition editor in chief*, (St. Paul, Minn. : West Group, 1999), p.1483 and p. 1478).

ประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ยึดหลักในการแบ่งแยกที่ดินในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับของประเทศอังกฤษ นอกจากนั้น ยังมีที่ดินประเภทอื่น ๆ อีกอันเป็นรายละเอียดปลีกย่อยซึ่งไม่ได้กล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.1.1 ลักษณะการจำนอง

MORTGAGE⁵ 1. A conveyance of the 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 terms 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.

กล่าวคือ “การจำนอง” ตามความหมายที่ 1 นั้น หมายถึง สิทธิประโยชน์ในที่ดินที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งหลักในการพิจารณาว่าเป็นการจำนองหรือไม่นั้น กฎหมายให้พิจารณาถึงเพียงเจตนารมณ์ของผู้สัญญาว่าทำขึ้นเพื่อมอบทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เป็นหลัก โดยไม่คำนึงว่านิติกรรมดังกล่าวจะมีชื่ออย่างไร หรือระบุเป็นชื่อสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม⁶ การจำนองจะระงับสิ้นไปต่อเมื่อได้มีการชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ หรือได้มีการไถ่ถอนจำนอง (Redemption)

1.1.2 รูปแบบของการจำนอง

(1) Legal Mortgage กล่าวคือ การจำนองตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการจำนองที่ต้องทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (deed) โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองแบบ legal mortgage นั้นจะต้องเป็นที่ดินที่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาด (fee simple absolute in possession) หรือจะเป็นที่ดินภายใต้สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (a term of years absolute) การจำนองที่ดินแบบ Legal Mortgage นั้น สามารถทำได้โดยการจำนองได้ดังนี้

⁵ Bryan A Garner , Black's Law Dictionary 7th edition editor in chief, (St. Paul, Minn. : West Group, 1999), pp. 1026-1027.

⁶ Patrick J. Dalton, Land Law 4th edition, (London : Pitman Publishing, 1996) p.350.

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

(1.2) ในลักษณะการก่อภาระผูกพันในทรัพย์สินโดยเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (by a charge by way of legal mortgage) ซึ่งการจำนองในรูปแบบ by a charge by way of legal mortgage นี้จะได้รับความนิยมมากในทางปฏิบัติ เพราะเหตุว่าเป็นการจำนองที่ใช้ได้กับการจำนองที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาด (Fee Simple Absolute) และที่ดินภายใต้สิทธิการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (Term of years absolute) ทั้งนี้ เพราะหากเป็นที่ดินภายใต้สิทธิการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเรื่องการเช่าช่วงที่ดินก็ได้ เพราะการจำนองในลักษณะของการก่อภาระผูกพันในทรัพย์สินโดยเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (by a charge by way of legal mortgage) นั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) เช่นเดียวกัน

(2) Equitable Mortgage⁷ เป็นการจำนองตามหลักของอิกวิตี (Equity)

(2.1) Mortgage of Equitable Mortgage หากทรัพย์สินที่จำนองเป็นสิทธิประโยชน์ตามหลักของอิกวิตีแล้ว (Equitable Interest) การจำนองนี้ก็สามารถทำได้ตามหลักของอิกวิตี (Equitable Mortgage) เช่นเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) แต่สามารถตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อผู้จำนองเพื่อโอนสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้รับจำนอง และระบุถึงสิทธิในการไถ่ถอนจำนองและการโอนสิทธิประโยชน์ดังกล่าวกลับคืนมายังผู้จำนอง

(2.2) Agreement of Mortgage เป็นการจำนองภายใต้หลักของมาตรา 2 แห่ง Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989 ซึ่งกำหนดให้การให้สิทธิการเช่าใดที่ทำขึ้นภายหลังจากวันที่ 26 กันยายน 2532 จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อคู่สัญญา ซึ่งเป็น

⁷ "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 7th edition editor in chief*, (St. Paul, Minn. : West Group, 1999), p.1027).

ไปตามหลักของอภินิหารที่กล่าวว่าเรื่องใดเห็นว่าเป็นเรื่องที่จะต้องทำก็สมควรที่จะต้องทำ (Equity regard as done that which ought to be done) ทั้งนี้ ยกเว้นเรื่องการส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) ที่ส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อยึดถือไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ก็ถือว่าเป็นการจำนองตาม Equitable Mortgage ได้เช่นกัน (Russel v Russle (1783) 1 Bro CC 269) แม้ว่าจะได้ทำขึ้นหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 ก็ตามก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อคู่สัญญา (United Bank of Kuwait v Sahib and Others [1995] 2 All ER 973) แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วมักจะส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) นี้ให้แก่ผู้รับจำนองพร้อมกับการทำสัญญาหรือเอกสารสำคัญ (Deed) ที่ระบุข้อตกลงเกี่ยวกับการจำนองไว้ ก็เหมือนกับทำเป็นหนังสือไปด้วยในตัวอยู่แล้ว

(2.3) Equitable Charge เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนาโดยลงนามไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ว่าประสงค์ที่จะให้ที่ดินไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือหนี้กระทำการใดๆ ก็ตาม แม้จะไม่ได้แสดงเจตนาผูกพันทางกฎหมายในการก่อภาระจำนองในที่ดินนั้นก็ตาม การแสดงเจตนาดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการจำนองตามแบบของ Equitable Charge เช่นเดียวกัน (Mathews v Goodday (1861) 31 LJ Ch282)

1.1.3 สิทธิของคู่สัญญา

(ก) สิทธิของผู้จำนอง

(1) สิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สินซึ่งจำนอง แม้จะได้จำนองที่ดินให้แก่ผู้รับจำนองแล้วก็ตาม แต่ผู้จำนองก็มีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์เหนือที่ดินของตนได้ตามเดิม เพียงแต่เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงต่างๆ ของสัญญาจำนอง จนกว่าสัญญาจำนองจะระงับสิ้นไป

(2) สิทธิในการไถ่ถอนที่ดิน (Right to redeem) กล่าวคือ ภายใต้อำนาจสัญญาจำนอง คู่สัญญาสามารถตกลงให้สิทธิผู้จำนองในการไถ่ถอนจำนองที่ดิน (Right to redeem) ภายในหรือหลังจากถึงกำหนดชำระตามสัญญาได้ในระยะเวลาหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่ทั้งนี้ หลักอภินิหารได้ให้สิทธิคุ้มครองแก่ผู้จำนองสามารถใช้สิทธิไถ่ถอนจำนองได้อีกแม้ว่าจะเลยเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้วก็ตาม หรือที่เรียกว่า Equity of Redemption กล่าวคือ ผู้จำนองสามารถไถ่ถอนจำนองได้แม้ว่าจะเลยกำหนดชำระหนี้และกำหนดเวลาไถ่ถอนตามสัญญาไปแล้ว

(3) ได้รับความคุ้มครองภายใต้ The Consumer Credit Act 1974 เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลในการเข้ามาตรวจสอบสัญญาที่ผู้บริโภคเข้าทำรวมไปถึงสัญญาจำนองด้วยว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ ทั้งนี้ โดยศาลจะพิจารณาจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญาและความยุติธรรมเป็นหลัก

(4) สิทธิในการนำเอาที่ดินออกให้เช่า เนื่องจากที่ดินที่จำนองยังคงเป็นสิทธิของผู้จำนองอยู่และผู้จำนองสามารถใช้สอยหาประโยชน์เหนือที่ดินของตนได้ ดังนั้น จึงสามารถนำออกให้เช่าบุคคลภายนอกเช่าได้ ซึ่งกฎหมายปิดปากมิให้ผู้รับจำนองห้ามมิให้ผู้จำนองกระทำการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ การเช่านี้จะไม่เป็นผลผูกพันผู้รับจำนองแต่ประการใด จะผูกพันแต่เฉพาะผู้ให้เช่าและผู้เช่าเท่านั้น เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้ตกลงเรื่องการเช่านี้เป็นลายลักษณ์อักษร และหากผู้รับจำนองประสงค์จะบังคับจำนอง กฎหมายก็ให้สิทธิผู้เช่าที่จะรักษาสิทธิการเช่าของตนไว้โดยผู้เช่ามีสิทธิขอไถ่ถอนจำนองที่ดินดังกล่าวได้

(๗) สิทธิของผู้รับจำนอง

(1) สิทธิที่จะได้รับการส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (Title Deed) ผู้รับจำนองรายแรกมีสิทธิที่จะได้รับการส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) ซึ่งคล้ายกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 65 แห่ง The Land Registration Act 1925 ที่ระบุไว้ให้ทำนองเดียวกันว่าให้ฝากเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนดที่ดินไว้ที่สำนักงานที่ดิน (Land Registry) ซึ่งในการจำนองที่ดินนั้น นอกจากผู้รับจำนองจะได้รับมอบเอกสารสำคัญการจำนอง (Deed) แล้วยังจะได้รับเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (Title Deed) อีกด้วย ซึ่งผู้รับจำนองจะต้องทำการบอกกล่าวไปยังบุคคลผู้รับโอนทรัพย์สินและผู้รับจำนองรายถัดไป (หากมี) ถึงการมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนในที่ดินซึ่งจำนองด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองและหากผู้รับจำนองรายแรกได้รับชำระหนี้จนครบหรือมีการไถ่ถอนจำนองกันแล้ว ผู้รับจำนองรายแรกมีหน้าที่ต้องส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) นี้ให้แก่ผู้รับโอนทรัพย์สินหรือผู้รับจำนองรายถัดไปที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวจากผู้รับจำนองรายแรก หรือคืนให้แก่ผู้จำนองแล้วแต่กรณี

(2) สิทธิในการทำประกันอสังหาริมทรัพย์ ผู้รับจำนองทั้งที่เป็นการจำนองแบบ Legal Mortgage หรือแบบ Equitable Mortgage ซึ่งทำขึ้นโดยเอกสารสำคัญ (Deed) ถ้าในเอกสารสำคัญ (Deed) ระบุไว้ ผู้รับจำนองจะเรียกให้มีการทำประกันอสังหาริมทรัพย์ได้โดยอาจรวมมูลค่าประกันเข้าในจำนวนเงินจำนองได้ ซึ่งต้องไม่เกินจำนวนที่ระบุไว้ในเอกสารสำคัญ (Deed) ดังกล่าว หรือหากไม่ได้ระบุจำนวนเงินประกันอสังหาริมทรัพย์ไว้ก็จะต้องไม่เกินสองในสามของมูลค่าทรัพย์สินที่เอาประกัน

(3) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินซึ่งจำนอง ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองได้แม้ว่าผู้จำนองจะยังไม่ผิดนัดชำระหนี้ก็ตาม⁸ (Four-maids v Dudley Marshall (Properties)(1957) และ Western Bank Ltd v. Schindler

⁸ Philip Walter and James Harris, *Claims to the Possession of Land, the law and practice* 2nd edition, (London : Fourmat Publishing, 1991), p. 458.

(1976) ซึ่งถือเป็นธรรมเนียมในการให้สิทธิผู้จำนองครอบครองทรัพย์สินของตนต่อไปและศาลก็จะคุ้มครองมิให้ผู้รับจำนองเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองหากพบว่าเป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินซึ่งจำนองเพื่อบังคับจำนองโดยไม่สุจริตหรือเป็นการปกป้องหลักประกันโดยไม่สุจริต (Quennell v Maltby (1979)) ทั้งนี้ การที่ผู้รับจำนองเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองหมายความว่าผู้รับจำนองเรียกร้องให้ทำการชำระหนี้ ดังนั้น ผู้จำนองจะต้องชำระหนี้และไถ่ถอนจำนอง อย่างไรก็ตามสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองจะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงในเอกสารสำคัญ (Deed) เกี่ยวกับการจำนองด้วย

1.2 การจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐนั้น ๆ ผู้เขียนจึงขอก้าวถึงเพียงหลักกฎหมายโดยทั่วไปของการจำนองและการบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยจะไม่กล่าวระบุดลงไปกฎหมายของแต่ละรัฐ และจะมุ่งเน้นไปที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำนองที่ดิน เท่านั้น

1.2.1 ลักษณะการจำนอง

MORTGAGE⁹ *An estate created by a conveyance absolute in form, but intended to secure the performance of some act, such as the payment of money, and the like, by the grantor or some other person, and to become void if the act is performed agreeably to the terms prescribed at the time of making such conveyance.*

A conditional conveyance of land, designed as a security for the payment of money, the fulfillment of some contract, or the performance of some act, and to be void upon such payment, fulfillment, or performance.

A debt by specialty, secured by a pledge of lands, of which the legal ownership is vested in the creditor, but of which, in equity, the debtor and those claiming under him remain the actual owners, until debarred by judicial sentence or their own laches.

The foregoing definitions are applicable to the common-law conception of a mortgage. But in most states, in modern times, it is regarded as a mere lien, and not as creating a

⁹ George J. Siedel and Janis K. Cheezem, *Real Estate law 4th edition*, (USA : South – Western College Publishing, 1999), p. 646.

title or estate. It is a pledge or security of particular property for the payment of a debt, or the performance of some other obligation, whatever form the transaction may take, but is not regarded as a conveyance in effect, though it may be cast in the form of a conveyance.

กล่าวคือ การจำนอง หมายถึง การกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรให้นำเอาสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ในที่ดินมาเป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามหน้าที่หรือการชำระหนี้ (An interest in land created by a written instrument providing securities for the performance of a duty or the payment of a debt)

ตามหลักทั่วไปแล้วการจำนองจะประกอบไปด้วยเอกสาร 2 ประเภท คือ (1) ตัวเงิน (note) ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ซึ่งลูกหนี้ตกลงที่จะชำระเงินคืนให้แก่เจ้าหนี้ และ (2) เอกสารที่ลูกหนี้เป็นผู้จำนองมอบภาระผูกพัน (Lien) ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ซึ่งภาระผูกพัน (Lien) นี้เป็นทรัพย์สินซึ่งติดไปกับตัวทรัพย์สินกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้คืนจนครบเสียก่อน โดยในแต่ละรัฐก็จะมีรูปแบบการให้หลักประกันสินเชื่อสำหรับทรัพย์สินแตกต่างกันไป แต่โดยส่วนใหญ่จะมีอยู่ 2 รูปแบบหลัก คือ สัญญาจำนอง (Mortgage) หรือ หนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ (Deed of Trust) อันมีลักษณะคล้ายกับการจำนองประเภทหนึ่ง ซึ่งการจำนองทั้งสองรูปแบบนี้จะแตกต่างกันตามทฤษฎีของกฎหมายในแต่ละรัฐ

ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการจำนอง

(1) การจำนองตามทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (The Title Theory of Mortgage)¹⁰

ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) นี้เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สืบทอดมาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งรัฐที่ยึดถือตามทฤษฎีนี้จะพิจารณาว่าการจำนองนั้นเป็นลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จากผู้จำนอง (Mortgagor) ไปยังผู้รับจำนอง (Mortgagee) ผู้รับจำนองจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ แต่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์แบบมีเงื่อนไข กล่าวคือ ผู้รับจำนองจะบังคับเอาทรัพย์สินหลักประกันนั้นไม่ได้หากว่าตนได้รับชำระหนี้คืนครบถ้วนแล้วกรรมสิทธิ์ดังกล่าวจะหมดสิ้นไปเมื่อผู้จำนองได้ชำระหนี้คืนให้ตามที่ตกลงไว้

¹⁰ D. barlaw Burke, JR., Real Estate Transactions, examples and explanations, (USA : Little, Brown & Company, 1993) pp. 215-216.

(2) การจำนองตามทฤษฎีภาระผูกพัน (The Lien Theory of Mortgage)

ทฤษฎีภาระผูกพัน (Lien Theory) นี้ก็เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สืบทอดมาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกัน แต่มักจะนำมาใช้ในรัฐที่ใช้ระบบศาลอิกวิตี (Equity Courts) ซึ่งรัฐที่ยึดถือตามทฤษฎีนี้จะถือว่าการจำนองเป็นเพียงภาระผูกพัน (lien) ซึ่งลูกหนี้นำทรัพย์สินมาวางไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการขายทรัพย์สินหลักประกันนั้น และนำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้นมาชำระคืนหนี้ให้แก่ตน หนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้เป็นหนี้ตามสัญญาประจักษ์ และสัญญาจำนองเป็นสัญญาหลักประกัน (collateral agreement) เพื่อเป็นหลักประกันหนี้ตามสัญญาประจักษ์ ผู้จำนองจะมีสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนอง (equity of redemption) ซึ่งสิทธินี้จะคิดตามไปกับทรัพย์สินหลักประกัน เว้นแต่มันจะถูกเพิกถอน โดยการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองนั้น ซึ่งเรียกว่า การบังคับจำนอง (foreclosure)

รัฐส่วนใหญ่ก็มักจะรับเอาหลักอิกวิตี และทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) นี้มาใช้กับเรื่องการจำนอง ในปัจจุบันทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (title theory) จะใช้อยู่ในบางรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นก็เป็นเพียงทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งบางรัฐ เช่น รัฐอิลลินอย ก็รับเอาทฤษฎีกฎหมายจำนองทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวนำมาประยุกต์ใช้ปะปนกันไปทั้งสองทฤษฎี เรียกว่า Intermediate Theory ซึ่งเป็นทฤษฎีผสมผสานระหว่างทั้งสองทฤษฎีเข้าด้วยกัน เช่น ระหว่างที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระผู้รับจำนองจะมีเพียงสิทธิตามภาระผูกพัน (lien) หรือแค่เพียงสิทธิเหนือพื้นดิน แต่จะถือว่าได้รับกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เป็นต้น

1.2.2 เอกสารในการจำนอง (The Mortgage Documents)¹¹

ในทางปฏิบัติ การลงนามในการจำนองมักจะดำเนินการให้เสร็จสิ้นไปพร้อมกับการลงนามในการทำนิติกรรมซื้อขายที่ดินนั้น ๆ ซึ่งการจำนองจะต้องประกอบขึ้นโดยเอกสารหลัก ๆ 2 ประเภท คือ 1. ตัวเงิน (note) และ 2. สัญญาจำนอง โดยผู้รับจำนองก็จะให้เงินกู้หักด้วยค่าใช้จ่ายในการลงนามในสัญญาจำนอง ซึ่งเงินกู้นี้ก็จะเป็นมาชำระราคาที่ดินที่ซื้อนั่นเอง

(1) ตัวเงิน (note)

การลงนามในตัวเงินเป็นการที่ผู้จำนองสัญญาว่าจะชำระเงินต้นและดอกเบี้ยที่มีอยู่ก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระให้แก่ผู้รับจำนอง ตัวเงินจึงเป็นตราสารแสดงถึงหนี้ประจักษ์ หากไม่มีหนี้ประจักษ์ หนี้ตามสัญญาจำนองซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ก็จะไม่เกิด เพราะไม่มีหนี้ประจักษ์ที่จะประกันการชำระหนี้นั่นเอง (a mortgage without a note worthless because it would secure nothing)

¹¹ Ibid, pp. 322 – 329.

ตัวเงินดังกล่าว อาจเป็นตัวเงินชนิดเปลี่ยนมือได้ (the negotiable note) หรือชนิดเปลี่ยนมือไม่ได้ (nonnegotiable note) และอาจจะเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยได้ (recourse note) หรือเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ (nonrecourse note) ซึ่งตัวเงินประเภทไล่เบี้ยได้นี้ ลูกหนี้ผู้ออกตัวจะต้องรับผิดชอบชำระเงินตามตัวให้แก่เจ้าหนี้ผู้ทรงตัวเงิน และหากบังคับจำนองแล้ว เงินที่ได้จากการบังคับจำนองไม่พอชำระหนี้ตามตัวเงินให้แก่เจ้าหนี้นั้น ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้เงินส่วนที่ยังขาดชำระอยู่นั้นด้วย แต่หากเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ หากเจ้าหนี้บังคับจำนองเอากับทรัพย์สินจำนอง และได้เงินมาไม่พอชำระหนี้เงินตามตัวเงินนั้น ลูกหนี้ผู้ออกตัวเงินไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้เงินส่วนที่ยังขาดชำระอยู่ เจ้าหนี้จะไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินอื่นๆ ของลูกหนี้ได้อีก

ตัวเงินส่วนใหญ่ที่นำมาใช้เป็นเอกสารในการจำนองนั้นส่วนใหญ่จะเป็นตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) หรือที่เรียกกันในการให้สินเชื่อสังหาริมทรัพย์ว่า ตัวเงินเพื่อภาระผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Lien Promissory)¹² ซึ่งเป็นตัวเงินที่ผู้จำนองออกให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อตกลงชำระหนี้ โดยมีสาระสำคัญเบื้องต้นดังต่อไปนี้

- (1) ผู้จำนองตกลงว่าจะชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง
- (2) จำนวนหนี้เงินต้น
- (3) อัตราดอกเบี้ย
- (4) กำหนดระยะเวลาในการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย
- (5) หลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงิน
- (6) ลายมือชื่อผู้จำนอง

ข้อสังเกต ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อในตัวเงิน เพียงปรากฏชื่อผู้รับจำนองและผู้จำนองลงลายมือชื่อในตัวเงินเพียงฝ่ายเดียวก็เพียงพอแล้ว และสามารถที่จะระบุนายการอื่น ๆ เพิ่มเติมจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ได้ อาทิ การกำหนดอัตราดอกเบี้ยผิดนัด เบี้ยปรับในกรณีที่มีการชำระคืนเงินต้นก่อนหน้านั้นถึงกำหนดชำระ (Penalty Charge for Repayment) เป็นต้น

(2) สัญญาจำนอง

การจำนองเป็นการให้หลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงินให้แก่เจ้าหนี้ (Security for the note : The mortgage) การจำนองภายใต้ทฤษฎีทางกฎหมายที่ต่างกัน ก็จะมีผลทางกฎหมายที่ต่างกันด้วย เช่น รัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) การจำนองก็จะถือเป็นการให้ภาระผูกพันในที่ดินของ

¹² Charles J. Jacobus, Real Estate Law, 2nd ed. Prunice Hall, USA 1998, pp. 213-214.

ถูกหนีเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ในขณะที่รัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (title theory) การจำนองจะเป็นการให้ซึ่งสิ่งตอบแทนที่สามารถปลงเพิกถอนได้ (defeasible fee) กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินจะถูกโอนให้แก่เจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขที่สามารถเพิกถอนการโอนนั้นกลับมายังถูกหนีได้ หากถูกหนีได้ชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้แล้ว

1.2.3 แบบของการจำนอง¹³

(1) สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือ

Statute of Frauds¹⁴ หรือ ข้อกำหนดตามกฎหมายให้สัญญาบางชนิดทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงจะใช้บังคับและฟ้องร้องได้ ได้กำหนดให้สัญญาจำนองจะต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งการจำนองในรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) การจำนองเป็นลักษณะของการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้ หรือในรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (title theory) การจำนองจะเป็นลักษณะของค่าตอบแทนที่สามารถปลงเพิกถอนได้ (defeasible fee) ดังนั้น รูปแบบของสัญญาจำนองหลักใหญ่ที่พบในเบื้องต้นจะเป็นในรูปแบบของเอกสารแสดงสิทธิ หรือ โฉนด (deed) การจำนองจึงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และระบุชื่อคู่สัญญา คำบรรยายลักษณะของทรัพย์สินที่จำนอง และคำรับรองค่าประกันที่ถูกหนีได้ให้ไว้ระบุให้สิทธิ (words of grant) ในทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนองด้วย โดยในรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (title theory) จะต้องระบุคำว่า “โอนกรรมสิทธิ์และให้หลักประกัน” (convey and warrant) โดยในรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) จะระบุคำว่า “จำนองและให้หลักประกัน” (mortgage and warrant) เป็นต้น

(2) ต้องจดทะเบียนจำนอง

การจดทะเบียนจำนองจะต้องทำขึ้นตามแบบฟอร์มที่กำหนดโดยกฎหมายของแต่ละรัฐ และผู้รับจำนองจะต้องจดทะเบียนและจดบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการจำนองบนทรัพย์สินหรือที่ดินดังกล่าวกับเจ้าพนักงานที่ดิน ณ ที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ เพื่อจดบันทึกข้อมูลและเปิดเผยเป็นข้อมูลสู่สาธารณชนและใช้อ้างต่อบุคคลภายนอกผู้ที่ซื้อทรัพย์สินนั้นต่อไปโดยสุจริต หรือผู้รับจำนองรายถัดไปได้ โดยระบุให้แน่ชัดถึงทรัพย์สินที่จำนอง ในรัฐส่วนใหญ่แล้ว การไม่จดทะเบียนจำนองก็เหมือนกับการไม่ได้จดทะเบียนเอกสารแสดงสิทธิหรือโฉนด (deed) ซึ่งผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นไปโดยสุจริตหรือผู้รับจำนองรายถัดไปย่อมมีสิทธิเหนือกว่าผู้รับจำนองที่ไม่ได้จดทะเบียนจำนองดังกล่าว

¹³ Lawrance S. Clark and Peter D. Kinder, “Law and Business” The Regulatory Environmental 3rd edition, New York USA : McGraw-Hill, INC. 1991. p.847.

¹⁴ “STATUTE OF FRAUDS” A statute (based on the English Statute of Frauds) designed to prevent frauds and perjury by requiring certain contracts to be in writing and signed by the party to be charged. Statute of Frauds traditionally apply to the following types of contracts: (1) a contract for the sale or transfer of an interest in land, (2) a contract that cannot be performed within one year of its making, (3) a contract for the sale of goods valued at \$500 or more, (4) a contract of an executor or administrator to answer for a decedent’s debt, (5) a contract to guarantee the debt or duty of another, and (6) a contract made in consideration of marriage. (Bryan A Garner , Black’s Law Dictionary 7th edition editor in chief, (St. Paul, Minn. : West Group, 1999),p. 1088).

(3) ผู้จำนองต้องลงลายมือชื่อ

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายของแต่ละรัฐมักจะกำหนดให้ผู้จำนองจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง โดยระบุชื่อผู้รับจำนอง (โดยผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนองนั้นแต่อย่างไร) ซึ่งในสัญญาจำนองมักจะกล่าวถึงเงื่อนไข ข้อตกลงในหนี้และหน้าที่ของผู้จำนองเกี่ยวกับภาระหนี้ การประกันภัย การซ่อมแซมทรัพย์สินที่จำนอง ทั้งนี้ข้อตกลงเหล่านี้บางครั้งก็มักจะไปปรากฏอยู่ในตัวเงินซึ่งเป็นหนี้ประจักษ์ หรือในสัญญาจำนอง หรือในตัวเงินและในสัญญาจำนองทั้งสองอย่าง เพื่อเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณชน หรือเพื่อการอ้างถึงหนี้ในตัวเงินในสัญญาจำนองด้วย

(4) ส่งมอบสัญญาจำนอง

ผู้จำนองจะต้องส่งมอบสัญญาจำนองซึ่งได้ลงนามเรียบร้อยแล้วให้แก่ผู้รับจำนอง เพื่อเก็บรักษาไว้เป็นเอกสารสำคัญต่อไป โดยไม่ต้องส่งมอบที่ดินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนองซึ่งลักษณะคล้ายคลึงกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยที่ทำการตราทรัพย์สินไว้เป็นประกัน โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจำนองกันแต่อย่างไร

1.2.4 ประเภทของการจำนอง¹⁵

(1) Mortgage : เป็นการจำนองลักษณะที่ลูกหนีนำทรัพย์สินมาจำนองให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อขอสินเชื่อเงินกู้เพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์ จึงถือว่าเป็นการจำนองแบบธรรมดาทั่วไป อันมีรูปแบบคล้ายคลึงกับการจำนองตามกฎหมายไทย

(2) Deed of Trust : หรือหนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ เป็นการจำนองลักษณะที่ ลูกหนี้ (trustor) มอบกรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ ในที่ดินให้แก่ทรัสต์ตี (trustee) เป็นผู้จัดการและดูแลผลประโยชน์ในที่ดินนั้น เพื่อประโยชน์และเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ที่มีเงื่อนไขว่า หากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ กรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ ก็จะกลับคืนสู่ลูกหนี้ตามเดิม แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ทรัสต์ตี (trustee) ก็จะดำเนินการบังคับจำนองเพื่อประโยชน์ในนามของผู้รับผลประโยชน์หรือเจ้าหนี้ ซึ่งการบังคับจำนองในการจำนองประเภทนี้จะประหยัดค่าใช้จ่ายและใช้ระยะเวลาน้อยกว่าการจำนองแบบธรรมดา

¹⁵ George J. Siedel and Janis K. Cheezem, Real Estate law 4th edition, pp. 310 – 311.

นอกจากนี้ การจำนองก็ยังมีประเภทหรือลักษณะของการจำนองอื่น ๆ แยกย่อยแตกต่างกันไปตามลักษณะของการทำธุรกรรมนั้น ๆ ซึ่งยังคงมีผลทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน อาทิ

Purchase Money Mortgage : เป็นการจำนองที่ลูกหนี้กู้ยืมเงินผู้ขายที่ดินเพื่อนำเงินมาซื้อที่ดิน และนำเอาที่ดินนั้นกลับมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้ขาย ซึ่งข้อตกลงต่าง ๆ ก็มักจำกัดอยู่ว่าผู้ขายจะยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายจะรับจำนองที่ดินดังกล่าวจากผู้ซื้อเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ค่าที่ดินที่ยังตนไม่ได้รับชำระจากผู้ซื้อ

Reverse Annuity Mortgage : เนื่องจากเจ้าของบ้านที่เกษียณอายุจากงานแล้วนั้น ได้รับเงินบำนาญแต่ละเดือนเป็นจำนวนที่น้อยมาก จึงมีคุณสมบัติไม่เพียงพอในการขอกู้ยืมเงินจากธนาคารตามแบบวิธีการขอกู้ยืมเงินกับธนาคารแบบทั่วไป ดังนั้น เมื่อบุคคลเหล่านี้ต้องการเงินในการดำรงชีพ แต่ไม่มีความประสงค์จะขายบ้านที่อยู่อาศัยของตน กฎหมายจึงเปิดช่องให้สามารถกู้ยืมเงินจากธนาคารได้โดยวิธี Reverse Annuity Mortgage คือ ธนาคารผู้ให้กู้ตกลงจะรับจำนองบ้านของผู้กู้ โดยเงินต้นและดอกเบี้ยจะยังคงไม่ถึงกำหนดชำระจนกว่าเจ้าของบ้านผู้กู้จะได้ขายบ้านที่ติดจำนองดังกล่าวหรือผู้กู้นั้นถึงแก่ความตาย ซึ่งหากเงินต้นและดอกเบี้ยถึงกำหนดชำระแล้วตามกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าวข้างต้น และมีมูลค่าสูงเกินกว่ามูลค่าของบ้านที่จำนองนั้น ซึ่งเงินที่ยังขาดชำระอยู่ The Federal Housing Administration จะเยียวยาให้ในส่วนที่ยังขาดชำระนี้ให้แทน

Second Mortgage : หรือการจำนองลำดับสองหรือการจำนองลำดับถัดไปซึ่งเป็นการจำนองที่มีการจำนองลำดับแรกอยู่ก่อนแล้ว และผู้จำนองก็นำทรัพย์สินจำนองเดียวกันนี้ไปทำการจำนองกับผู้รับจำนองลำดับสองและลำดับถัดไป (หากมี) ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้ผิดชำระหนี้และมีการบังคับจำนองลำดับแรก เงินที่ได้จากการบังคับจำนองนี้จะต้องนำมาชำระหนี้จำนองลำดับแรกเสียก่อนเหลือเท่าไรจึงจะนำมาชำระหนี้จำนองลำดับถัดไป แต่หากมีการบังคับจำนองในลำดับที่สองหรือลำดับอื่น ๆ ก่อนการบังคับจำนองลำดับแรก สิทธิของผู้รับจำนองลำดับแรกจะไม่ถูกทำให้เสียไปโดยผู้ที่ซื้อทรัพย์สินจำนองนั้นจากการบังคับจำนองลำดับสองหรือลำดับถัดไปจะซื้อทรัพย์สินนั้นไปโดยมีภาระจำนองลำดับแรกติดไปกับตัวทรัพย์สินจำนองนั้นด้วย

Equitable Mortgage : เป็นลักษณะของการจำนองที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาของศาลอิกวิตี (equity court) เพื่ออำนวยให้เกิดหลักความยุติธรรม (equity) แก่ผู้รับจำนอง โดยดูจากเจตนาของคู่สัญญาว่าเข้าลักษณะของการจำนองเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือไม่ แม้ว่าจะไม่ปรากฏเอกสารจำนองหรือเอาทรัพย์สินนั้นมาตราไว้กับผู้รับจำนองก็ตาม เช่น ลูกหนี้ลงนาม

ในตัวเงิน (note) ซึ่งระบุไว้ว่า ประกันการชำระหนี้โดยการนำเอาสังหาริมทรัพย์มาจำนองไว้ ซึ่งข้อเท็จจริงไม่ได้มีการนำเอาสังหาริมทรัพย์มาจำนองไว้อย่างเป็นทางการแต่อย่างไร ศาลอุทธรณ์ก็พิจารณาว่าเป็นการจำนองแบบ Equitable Mortgage โดยอาศัยจากเจตนารมณ์ของกลุ่มสัญญาที่แสดงออกชัดแจ้งดังที่ระบุไว้ในตัวเงิน (Trustee of Zion Methodist Church v. Smith, 335 Ill. App. 233, 81 N.E. 2d 649 (1998)) โดยในการพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกลุ่มสัญญานั้น ศาลจะมุ่งพิจารณาถึงปัจจัยสำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก ผู้จำนองเป็นหนี้ผู้รับจำนองในขณะที่โอนกรรมสิทธิ์หรือหลังจากการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ประการที่สอง มูลค่าของที่ดินมีมูลค่ามากกว่าจำนวนหนี้ที่ใช้ชำระค่าที่ดินหรือไม่ และประการสุดท้าย หลังจากที่โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นแล้ว ผู้รับจำนองยังคงแสดงความเป็นเจ้าของในที่ดินนั้นต่อไปอีกหรือไม่ เช่น ผู้จำนองได้กู้ยืมเงินจำนวน 10,000 – 24,000 เหรียญสหรัฐฯ จากเพื่อนของตน และได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมูลค่า 40,000 เหรียญสหรัฐฯ ให้แก่เพื่อนของตน ศาลตัดสินว่าการที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นเป็นการจำนองแบบ Equitable Mortgage เพราะเหตุของความแตกต่างกันระหว่างมูลค่าของทรัพย์สินกับจำนวนหนี้เงินกู้ (Leathers v. Peterson, 195 or. 62, 244 P. 2d. 619 (1952))

1.2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา (Rights and Duties after Closing)

(1) สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนอง¹⁶

สิทธิครอบครอง โดยหลักแล้วสิทธิครอบครองเป็นสิทธิที่ติดอยู่กับอสังหาริมทรัพย์ โดยในรัฐที่ยึดหลักทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (title theory) ผู้รับจำนองจะได้รับสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่จำนองจนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบ ในขณะที่รัฐที่ยึดหลักทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) สิทธิครอบครองนี้จะยังคงอยู่กับผู้จำนองจนกว่าจะได้มีการบังคับจำนอง แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วแม้แต่ในทฤษฎีกรรมสิทธิ์ ผู้จำนองก็มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินจำนองภายใต้พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายของแต่ละรัฐที่กำหนดให้ผู้จำนองมีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินจำนองนั้นจนกว่าจะมีการผิคนัดชำระหนี้ หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจำนอง

ผู้รับจำนองที่ได้รับสิทธิครอบครองภายหลังจากมีการผิคนัดชำระหนี้แล้วนั้นจะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินจำนองนั้นด้วยความระมัดระวังดังเช่นเจ้าของพึงดูแลรักษาทรัพย์สินของตน และรับผิดชอบในค่าเสื่อมมูลค่าหรือการด้อยมูลค่าของทรัพย์สินจำนองที่น้อยลงจากหนี้ที่ค้างชำระ ซึ่งผู้รับจำนองมักจะร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินจำนองนั้นในระหว่างที่มีการผิคนัดชำระหนี้และการบังคับจำนอง ซึ่งการแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยศาลนี้จะช่วยป้องกันเจ้าหนี้จาก

¹⁶ Lawrance S.Clark and Peter D. Kinder, "Law and Business" The Regulatory Environment, 3rd edition, New York : McGrew-Hill, INC. 1991. pp.849-854.

ความรับผิดชอบและภาระหน้าที่ต่าง ๆ อันจะเกิดขึ้นในฐานะผู้รับจำนองผู้มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินจำนองนั้น เว้นแต่จะเป็นผู้รับจำนองซึ่งได้รับสิทธิครอบครองอยู่ก่อนผู้จำนองจะผิคนัดชำระหนี้ หรือที่เรียกว่า mortgagee-in-possession ซึ่งจะต้องรับผิดชอบใช้ในบรรดาภาระหน้าที่ต่าง ๆ ในการดูแลครอบครองทรัพย์สินจำนองนั้น

สิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนด (Right to prepay) หากสัญญาจำนองระบุให้สิทธิแก่ผู้จำนองให้สามารถชำระหนี้ในเวลาใดก็ได้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระ ผู้จำนองก็สามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดได้ โดยอาจระบุเพิ่มในสัญญาให้ผู้จำนองต้องจ่ายค่าปรับในการชำระหนี้ก่อนถึงกำหนด (payment penalty) ไว้ด้วยได้ ซึ่งการชำระหนี้เช่นนี้จะเป็นการทำให้หนี้จำนองเป็นอันระงับสิ้นไป ซึ่งจะได้อีกในหัวข้อต่อไป

สิทธิในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้จำนองมีสิทธิที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่ตนมีภายใต้สัญญาจำนองไปยังบุคคลภายนอกได้โดยการรวมสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งผู้จำนองเดิมจะยังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจำนองอยู่ เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้อนุญาตให้มีการเปลี่ยนแปลงใหม่ (Novation) ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้จำนองเดิมหมดความรับผิดชอบตามสัญญาจำนองนั้นไปได้

สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินจำนอง (Right of Redemption) ในกรณีที่มีการผิคนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองสามารถบอกกล่าวบังคับจำนองทรัพย์สินของผู้จำนองได้ ซึ่งกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้จำนองในการติดตามทรัพย์สินจำนองของคนคืนมาดังนี้

-Equity of Redemption คือสิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของผู้จำนองได้ในระหว่างที่มีการผิคนัดชำระหนี้และขั้นตอนการบังคับขายทรัพย์สินจำนอง กล่าวคือ แม้จะล่วงเลยกำหนดเวลาให้ชำระหนี้และเวลาในการไถ่ถอนจำนองภายใต้ข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาจำนองแล้วก็ตาม หลักอภีควิตี (Equity) ได้ให้สิทธิแก่ผู้จำนองให้ไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองได้แม้ว่าจะอยู่ในขั้นตอนของการบังคับขายทรัพย์สินจำนองก็ตาม ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) โดยศาลอภีควิตี (equity court) สิทธินี้ไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นเป็นประการอื่น มิฉะนั้น ข้อตกลงเช่นว่านั้นถือเป็นโมฆะ

-Statutory of Redemption คือสิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของผู้จำนองได้หลังจากที่มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้นไปแล้ว สิทธินี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมาย (statutory) ของแต่ละรัฐ โดยผู้จำนองจะต้องชำระค่าทรัพย์สินนั้นในมูลค่าราคาที่ได้ซื้อขายไปและดอกเบี้ยตามอัตราที่กำหนด ซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายบัญญัติให้ต้องใช้สิทธินี้ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ได้มีการซื้อขายทรัพย์สินจำนองดังกล่าว มิฉะนั้น ถือว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลผู้ซื้อได้ไปจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้น โดยถูกต้องสมบูรณ์

หน้าที่ในการดูแลซ่อมแซมทรัพย์สินจ้าง การปรับปรุงและซ่อมแซมทรัพย์สินจ้าง โดยหลักทั่วไปแล้ว หากทรัพย์สินจ้างเกิดความเสียหายอันไม่อาจโทษได้ว่าเป็นความผิดของผู้จ้าง ผู้จ้างก็ไม่มีหน้าที่ต้องซ่อมแซมทรัพย์สินจ้างนั้น เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมดังกล่าวไม่สามารถนำมาหักลดยอดหนี้ของลูกหนี้ได้ แม้ว่าการซ่อมแซมดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินจ้างอันเป็นประโยชน์แก่ผู้รับจ้างก็ตาม ทั้งนี้ ผู้จ้างและผู้รับจ้างต่างก็มีหน้าที่ต้องสอดส่องดูแลไม่ให้ทรัพย์สินจ้างเกิดความเสียหายสูญหาย

กรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจ้าง ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องดูแลซ่อมแซมทรัพย์สินจ้างตามสมควรและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยผู้รับจ้างสามารถเรียกให้ผู้จ้างชำระคืนเงินค่าใช้จ่ายเฉพาะเท่าที่เป็นค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงดูแลทรัพย์สินจ้างให้แก่ตนหรือนำมาคำนวณเพิ่มเป็นยอดหนี้ของลูกหนี้ได้

ภาระภาษีและการทำประกันภัย ในการชำระภาษี ผู้จ้างซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินที่จ้าง จะต้องเป็นผู้ชำระภาษีให้แก่รัฐบาล และเนื่องจากหนี้ภาษีเป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือกว่าหนี้ตามสัญญาจ้าง ดังนั้น ในสัญญาจ้างจึงมักระบุชัดเจนให้ลูกหนี้ต้องชำระภาษีให้ถูกต้องและครบถ้วน หากลูกหนี้ไม่ชำระภาษีให้ถือว่าเป็นเหตุผิดนัดตามสัญญาคู่และสัญญาจ้าง ซึ่งทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระได้ทันที และนอกจากต้องชำระหนี้เงินกู้และดอกเบี้ยเงินกู้แล้ว ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ต้องชำระภาษีส่งผ่าน ไปให้แก่เจ้าหนี้ทุก ๆ เดือน ในจำนวนเท่ากับ 1/12 ของภาระภาษีในปีนั้นๆ โดยนำเข้าบัญชีสำรอง (escrow account) เพื่อเป็นเงินสำรองไว้เพื่อชำระหนี้ภาษี

นอกจากนี้ ในสัญญาจ้างมักระบุถึงเรื่องประกันภัยไว้ด้วยเช่นกัน โดยระบุให้ลูกหนี้เป็นผู้จัดหาประกันภัยในทรัพย์สินจ้าง มิฉะนั้น เจ้าหนี้จะต้องรับความเสี่ยงภัยทั้งหมดหรือบางส่วน ในความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นกับทรัพย์สินจ้างนั่นเอง

(2) สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจ้าง¹⁷

สิทธิที่จะได้รับชำระเงินคืน สิทธิที่สำคัญของผู้รับจ้างคือสิทธิที่จะได้รับชำระเงินคืนจากลูกหนี้ โดยทั่วไปแล้วจำนวนเงินต้นและอัตราดอกเบี้ยจะระบุอยู่ในตัวเงินและรายการจดแจ้งการจ้าง (Financial Statement)

¹⁷ Lawrance S. Clarke and Peter D. Kinder, Law and Business, The Regulatory Environmental 3rd ed., 1991, pp. 850-851.

สิทธิที่จะปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย ในสัญญาจ้างนองทั่วไปแล้วมักจะระบุให้สิทธิแก่เจ้าหนี้สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยขึ้น-ลงได้เป็นคราว ๆ ไป ตามอัตราดอกเบี้ยที่ประกาศปรับเปลี่ยนไปในแต่ละครั้ง

สิทธิในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้รับจ้างนองมีสิทธิที่จะโอนสิทธิตามสัญญาจ้างนองไปให้แก่บุคคลภายนอกได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้รับจ้างนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่เป็นธนาคารมักจะโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจ้างนองนี้ไปพร้อมกับการขายหนี้ตามสัญญาเงินกู้ไปยังบุคคลอื่นนั่นเอง การโอนสิทธิเรียกร้องของผู้รับจ้างนองนี้ไม่ส่งผลกระทบไปถึงผู้จ้างนองแต่อย่างไร เพราะเป็นการโอนสิทธิที่จะได้รับเงินคืนของเจ้าหนี้หรือผู้รับจ้างนองไปยังบุคคลภายนอก ซึ่งผู้จ้างนองยังคงมีหน้าที่ต้องชำระคืนเงินให้แก่ผู้รับจ้างนองอยู่ตามเดิมเพียงแต่มีการเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างนองต้องไปชำระเงินคืนให้แก่ผู้รับโอนหนี้ตามสัญญาเงินกู้และสัญญาจ้างนองซึ่งถือเป็นผู้รับจ้างนองคนใหม่นั้นเอง ทั้งนี้ จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไปยังผู้จ้างนองให้ทราบด้วย มิฉะนั้น จะยกขึ้นต่อสู้ไม่ได้ หากผู้จ้างนองชำระหนี้ผิดไปยังผู้รับจ้างนองเดิม

สิทธิที่จะเรียกให้ผู้จ้างนองชำระคืนเงินทันที (Right to accelerate payment) ซึ่งในสัญญาจ้างนองส่วนใหญ่จะมีการตกลงกันในส่วนของเงื่อนไขการเรียกให้ชำระคืนเงินทันที หรือที่เรียกว่า Acceleration Clause ซึ่งเป็นข้อตกลงให้สิทธิแก่ผู้รับจ้างนองมีสิทธิบอกกล่าวไปยังผู้จ้างนองให้ชำระคืนเงินทั้งหมดในทันที ในกรณีที่ผู้จ้างนองไม่ชำระเงินคืนในงวดใดงวดหนึ่ง หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือละเมิดข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง เช่น ผู้จ้างนองทะเลาะเพิกเฉยไม่ชำระภาษี เป็นต้น

สิทธิที่จะบังคับจ้างนอง (Right to foreclose) หลังจากที่ผู้รับจ้างนองบอกกล่าวให้ผู้จ้างนองชำระคืนเงินทั้งหมด แต่ผู้จ้างนองไม่สามารถชำระคืนเงินให้แก่ผู้รับจ้างนองได้ ผู้รับจ้างนองมีสิทธิที่จะบังคับจ้างนองเอาแก่ทรัพย์สินจ้างนองนั้นได้ การบังคับจ้างนองสามารถทำได้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างนองหรือตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ ขั้นตอนการดำเนินคดีบังคับจ้างนองของแต่ละรัฐก็จะแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด แต่ก็จะมีหลักใหญ่ๆ ที่คล้ายคลึงกันคือ ผู้รับจ้างนองฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งหากผู้รับจ้างนองพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้จ้างนองผิดนัดไม่ชำระหนี้หรือผิดสัญญาจ้างนอง ศาลก็จะมีการสั่งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์จ้างนองออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจ้างนอง ซึ่งหากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนมากกว่าหนี้ที่ค้างชำระอยู่กับผู้รับจ้างนอง เงินส่วนที่เกินนั้นก็ให้จัดส่งคืนให้แก่ผู้จ้างนองต่อไป แต่หากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนน้อยไม่พอชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจ้างนอง ผู้รับจ้างนองสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้จ้างนองรับผิดชอบใช้เงินในส่วนที่ยังขาดชำระอยู่ได้ (deficiency judgement)

1.2.6 การระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง (Mortgage Termination)

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองตามสัญญาจำนองนั้นสามารถระงับสิ้นไปได้โดย

(1) การชำระหนี้จำนอง (Mortgage Payment)

ผู้จำนองสามารถที่จะปลดภาระจำนองในระหว่างหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระได้โดยการชำระหนี้จำนองให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ในกรณีที่สัญญาจำนองระบุให้สิทธิแก่ลูกหนี้ให้สามารถเลือกที่จะชำระหนี้จำนองทั้งจำนวนก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระตามสัญญาก็ได้ โดยอาจมีค่าปรับในการชำระหนี้ล่วงหน้าก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ (payment penalty) เพราะเป็นเหตุที่ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับดอกเบี้ยอันควรได้รับจากหนี้เงินต้นตามปกติได้

หากกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายของรัฐ ไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ไว้ และสัญญาจำนองก็ไม่ได้ระบุให้สิทธิเช่นนั้นแก่ลูกหนี้เช่นเดียวกัน ศาลจะพิพากษาว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระได้ และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนเมื่อนั้นถึงกำหนดชำระ (perfect tender in time)

หากผู้จำนองได้ทำคำเสนอไปยังผู้รับจำนองเพื่อขอชำระหนี้ทั้งจำนวนในวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หากสัญญาจำนองระบุให้สิทธิไว้และผู้รับจำนองได้ปฏิเสธการขอชำระหนี้ นั้น สัญญาจำนองจะระงับสิ้นลงและการคำนวณดอกเบี้ยก็จะหยุดคำนวณลงด้วยแต่ทั้งนี้ การทำคำเสนอดังกล่าวจะต้องทำขึ้นอย่างถูกต้องเหมาะสมกับทั้งเวลาและสถานที่ด้วย แต่หากผู้รับจำนองตกลงตามคำเสนอให้ผู้จำนองชำระหนี้ได้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระ ประเด็นสำคัญ คือ ผู้จำนองจะต้องร้องขอต่อผู้รับจำนองให้ปลดหนี้เงินกู้ตามตัวเงิน (note) และหนี้จำนองตามสัญญาจำนองให้แก่ตน พร้อมทั้งทำการจดทะเบียนการปลดถอนการจำนองโดยทันที ซึ่งกฎหมายของแต่ละรัฐมักจะกำหนดให้ผู้รับจำนองจะต้องทำการจดทะเบียนการชำระหนี้และปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองหลังจากที่ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้วทันที

(2) การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนอง

การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองของผู้จำนอง

- Sale Subject to Mortgage คือ กรณีขายทรัพย์สินจำนองไปโดยภาระจำนองยังคงติดอยู่กับทรัพย์สินจำนองนั้น เป็นกรณีที่ผู้จำนองขายทรัพย์สินจำนองให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับซื้อทรัพย์สินไป ซึ่งกรณีจะคล้ายคลึงกับการรับภาระจำนองมาพร้อมกับทรัพย์สินที่ซื้อ หรือ Mortgage Assumption แต่กรณีของ Sale Subject to Mortgage ผู้จำนองยังคงต้องผูกพันตามสัญญาจำนองอยู่ โดยหากผู้จำนองผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองสามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่จำนองได้ และผู้ซื้อก็สามารถเรียกเงินคืนพร้อมค่าเสียหายเอาจากผู้จำนองได้

ตัวอย่าง : นาย ก. นำบ้านมูลค่า 200,000 เหรียญสหรัฐฯ ไปจำนองกับธนาคารเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้จำนวน 150,000 เหรียญสหรัฐฯ หลังจากจำนองไปแล้ว นาย ก. ได้ขายบ้านดังกล่าวให้แก่ นาย ข. โดยในวันทำสัญญาซื้อขายบ้าน นาย ข. ตกลงจ่ายเงินสดจำนวน 50,000 เหรียญสหรัฐฯ ให้แก่นาย ก. ไปก่อนและระบุไว้ในสัญญาว่า นาย ก. ตกลงจะไถ่ถอนจำนองและชำระหนี้ให้แก่ธนาคารในวันที่กำหนดไว้ ซึ่งหมายความว่า นาย ข. รับซื้อบ้านมาโดยยังมีภาระจำนองติดมาด้วยกับทรัพย์สิน โดยนาย ก. ยังคงเป็นผู้จำนองอยู่ตามเดิม ซึ่งนาย ข. ไม่ได้สวมสิทธิเข้าเป็นผู้จำนองแต่อย่างใด และหากนาย ก. ผิดนัดชำระหนี้ ธนาคารสามารถบังคับจำนองเอา กับทรัพย์สินจำนองได้ และนาย ข. ก็สามารถเรียกให้นาย ก. ชำระเงินค่าบ้านและค่าเสียหายต่าง ๆ จากนาย ก. ตามสัญญาซื้อขายบ้านที่ได้ตกลงกันไว้

- Wraparound Mortgage คือ กรณีที่ผู้ซื้อบ้านซึ่งมีภาระจำนองติดอยู่ตกลงจ่ายราคาบ้านให้แก่ผู้ขาย โดยส่วนหนึ่งของเงินค่าบ้านนั้นเป็นเงินที่ให้กู้แก่ผู้ขายและอีกส่วนหนึ่งเป็นเงินที่ให้ผู้ขายนำไปชำระคืนให้แก่ผู้รับจำนองและไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองนั้น

ตัวอย่าง : นาย ก. ขายบ้านมูลค่า 200,000 เหรียญสหรัฐฯ ซึ่งติดภาระจำนองอยู่ นั้น ให้แก่นาย ข. โดยนาย ข. ชำระเงินสดให้แก่นาย ก. จำนวน 20,000 เหรียญสหรัฐฯ และสั่งจ่ายตัวสัญญาใช้เงินให้นาย ก. อีกจำนวน 180,000 เหรียญสหรัฐฯ เพื่อนำไปชำระหนี้จำนองจำนวน 150,000 เหรียญสหรัฐฯ ให้แก่ธนาคาร และจำนวน 30,000 เหรียญสหรัฐฯ ที่เหลือเพื่อให้อุ้ม โดยในขณะที่ซื้อขายบ้านนั้น นาย ก. ยังคงมีฐานะเป็นผู้จำนองอยู่

- Mortgage Assumption คือ กรณีที่ผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินจำนองและตกลงชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งคล้ายคลึงกับลักษณะของ Sale Subject to Mortgage แต่ต่างกันตรงที่ Mortgage Assumption นั้นผู้ซื้อจะชำระหนี้ตามสัญญาจำนองให้แก่ผู้จำนองเดิม โดยหากผู้รับจำนองบังคับเอา กับทรัพย์สินจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ ผู้ซื้อจะต้องรับผิดชอบใช้ในเงินส่วนที่ขาดนั้นให้แก่ผู้รับจำนองด้วย ในกรณีนี้ ผู้จำนองเดิมยังคงมีหน้าที่และภาระในฐานะผู้ค้ำประกัน ซึ่งยังคงต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ซื้ออยู่ จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบดังกล่าวต่อเมื่อได้มีการนำเอาทรัพย์สินจำนองนั้นออกขาย การทำ Mortgage Assumption นั้น บางรัฐก็กำหนดว่าต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย รัฐนิวยอร์ก เป็นต้น

- Novation หรือการแปลงหนี้ใหม่ คือ การเปลี่ยนตัวผู้จำนอง โดยที่ผู้ซื้อเข้ามาสวมสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ แทนผู้จำนองเดิม ซึ่งกรณีจะคล้ายกับ Mortgage Assumption แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้น ผู้จำนองเดิมจะหลุดพ้นจากฐานะผู้จำนองและภาระความรับผิดชอบทั้งปวงตามสัญญาจำนอง โดยได้รับความยินยอมจากผู้รับจำนอง

การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจ้างของผู้รับจ้าง

ผู้รับจ้างสามารถขายหรือโอนเปลี่ยนมือซึ่งสิทธิตามสัญญาจ้างไปยังบุคคลภายนอกได้โดยการส่งมอบตัวเงินของลูกหนี้ในกรณีที่เป็นตัวเงินชนิดผู้ถือ หรือหากเป็นตัวเงินชนิดระบุชื่อผู้รับก็สามารถทำได้โดยการสลักหลังและส่งมอบตัวเงินนั้นให้แก่บุคคลภายนอกได้ ซึ่งจะมีผลทำให้สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างของผู้รับจ้างโอนไปยังผู้รับโอนตัวเงินดังกล่าวในทันทีที่ทำการโอนตัวเงินดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจ้างกันอีกเพราะเหตุที่ว่าสัญญาจ้างนั้นถือเป็นสัญญาหลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงินของลูกหนี้ กล่าวคือ สัญญาจ้างนั้นถือเป็นหนี้อุปกรณซึ่งจะตกติดไปกับหนี้ประณานั้นเอง ซึ่งเทียบได้กับหลักการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 305 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจ้างหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย”

อย่างไรก็ตามการโอนสิทธิเรียกร้องตามตัวเงินของผู้รับจ้างนั้นก็ขึ้นอยู่กับประเภทของตัวเงินด้วย เพราะหากเป็นตัวเงินประเภทโอนเปลี่ยนมือไม่ได้ (nonnegotiable note) เช่นนี้ ผู้รับจ้างก็ไม่สามารถโอนตัวเงินดังกล่าวไปยังบุคคลภายนอกได้ แต่หากเป็นตัวเงินประเภทเปลี่ยนมือได้ (negotiable note) และผู้รับจ้างได้โอนไปยังผู้รับโอนโดยสุจริตและปราศจากการโต้แย้งคัดค้านจากลูกหนี้ เช่นนี้ การโอนดังกล่าวก็ถือว่าสมบูรณ์ ซึ่งลูกหนี้อาจมีสิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้านการโอนสิทธิตามตัวเงินได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะได้ตกลงสละสิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้านนี้ไว้ในสัญญา ซึ่งจะเป็นหลักปิดปากให้ลูกหนี้ต้องยอมรับการโอนสิทธิตามตัวเงินดังกล่าว

การโอนสิทธิเรียกร้องนี้ The Real Estate Settlement and Procedures Act กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องเปิดเผยให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการที่ลูกหนี้อาจชำระหนี้คืนให้เจ้าหนี้ผิดคน ดังนั้น เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องตามตัวเงินให้แก่ผู้รับโอนแล้ว ผู้โอนและผู้รับโอนมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนสิทธิตามตัวเงินดังกล่าว มิฉะนั้นหากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนเดิม ไปยอมถือว่าหนี้้นั้นระงับลงเท่าจำนวนที่ลูกหนี้ได้ชำระผิดไป ไม่ว่าผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้คนใหม่จะได้รับชำระเงินนั้นหรือไม่ก็ตาม

(3) การบอกกล่าวบังคับจำนอง (Mortgage Termination by Foreclosure)¹⁸

การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วนั้นถือเป็นเหตุผิดนัดซึ่งเป็นเหตุอย่างหนึ่งที่ก่อสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถบอกกล่าวบังคับจำนอง อันจะส่งผลให้สัญญาจำนองและความสัมพันธ์ระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองระงับสิ้นลง

ในการบังคับจำนอง ผู้รับจำนองสามารถฟ้องขอต่อศาลเป็นคดีเพื่อขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองนั้น หรือสั่งให้เจ้าหนี้สามารถเอาทรัพย์สินจำนองนั้นออกขายได้

นอกจากนี้ ลูกหนี้ผู้จำนองเองก็มีสิทธิระงับซึ่งสัญญาจำนองได้โดยการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองหลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระแล้วได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่วางโดยศาลอิกวิตี (Equity Court) ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายและขยายระยะเวลาให้ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิไถ่ถอน (Equity of Redemption) ทรัพย์สินจำนองนั้นได้ แม้ว่าจะพ้นกำหนดชำระหนี้แล้วก็ตาม ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ถือเป็นสิทธิโดยเด็ดขาดที่ศาลห้ามมิให้ผู้สัญญาตกลงกันยกเว้นเป็นอย่างอื่น

นอกจากสิทธิไถ่ถอนตาม Equity of Redemption แล้วนั้น ลูกหนี้ยังมีสิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติให้ระยะเวลาแก่ลูกหนี้สามารถไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองได้หลังจากที่ได้มีการบังคับจำนองโดยการขายทรัพย์สินจำนองนั้นไปแล้ว (Statutory Redemption) โดยกฎหมายของแต่ละรัฐก็จะกำหนดระยะเวลาให้แก่ลูกหนี้ต่างๆ กันไป โดยกำหนดไว้ตั้งแต่ 6 เดือนจนถึง 1 ปี

1.3 การจำนองของประเทศไทย

1.3.1 ลักษณะของสัญญาจำนอง

มาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติเกี่ยวกับการจำนองไว้ดังนี้ “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

¹⁸ George J. Siedel & Janis K. Chezzem, Real Estate Law, 4th ed., South-Western College Publishing 1999, USA, pp. 338-339.

ดังนั้น ลักษณะของการจำนอง ประการแรก คือ การที่บุคคลหนึ่ง เรียกว่า “ผู้จำนอง” เอาทรัพย์สินไปตราไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ไว้กับเจ้าหนี้ ซึ่งเรียกว่า “ผู้รับจำนอง” ในมาตรานี้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่า จำนองเอาทรัพย์สินไปผูกพันเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน โดยบุคคลเจ้าของทรัพย์สินที่เอาทรัพย์สินมาผูกพันเป็นหลักประกันนั้นจะเป็นตัวลูกหนี้เองหรือจะเป็นบุคคลภายนอกที่เอาทรัพย์สินของตนมาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้อันลูกหนี้ต้องชำระก็ย่อมได้¹⁹ ซึ่งหากบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะเรียกร้องให้บุคคลภายนอกผู้นั้นชำระหนี้ไม่ได้ เพราะเขาไม่ได้ผูกพันเป็นหนี้ด้วย แต่เจ้าหนี้สามารถเรียกบังคับเอาากับทรัพย์สินจำนองของบุคคลภายนอกนั้นได้ เพราะเขาเอาทรัพย์สินมาผูกพันประกันหนี้

ผู้รับจำนองต้องเป็นเจ้าหนี้ เนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาตราไว้แก่ผู้รับจำนองนั้นเป็นประกันการชำระหนี้ และความในมาตรา 702 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดไว้ว่า ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง ถ้าผู้รับจำนองไม่เป็นเจ้าหนี้ ย่อมไม่มีสิทธิที่จะได้รับหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง นอกจากนี้ ผู้จำนองจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ตามมาตรา 705 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติไว้ว่า “การจำนองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่” เนื่องจาก การจำนองเป็นการเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ที่ต้องชำระเป็นเงิน ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นที่จะบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาด ผู้ซื้อมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไป หรือบังคับจำนองหลุดเป็นกรรมสิทธิ์แก่ตนได้ ดังนั้น ถ้าผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนองแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิจะเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาทำสัญญาให้เจ้าหนี้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้นได้ จะเอาทรัพย์สินของเขาไปขายชำระหนี้หรือเอาหลุดเป็นของตนเองหาได้ไม่

ประการที่สอง ทรัพย์สินที่ตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ กล่าวคือ สัญญาจำนอง เป็นสัญญาอุปกรณ ที่มีขึ้นเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ (ซึ่ง “ลูกหนี้” ในที่นี้อาจเป็นผู้จำนองเองหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้จำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ก็ได้) คือ จะต้องมิมีระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งเป็นสัญญาประธานเสียก่อน แล้วจึงเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันหนี้ ซึ่งเรียกว่าเป็นสัญญาอุปกรณ ดังนั้น หากไม่มีสัญญาประธานหรือสัญญาประธานตกเป็น โฆษะใช้บังคับไม่ได้ตามกฎหมาย ก็จะไม่เกิดสัญญาอุปกรณนั่นเอง²⁰

¹⁹ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะคำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 55-58.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

ประการที่สาม ผู้รับจ้างชอบที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้สามัญ ผู้รับจ้างซึ่งจดทะเบียนการรับจ้างย่อมได้รับทรัพย์สิน แม้ทรัพย์จ้างจะโอนไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับจ้างก็สามารถติดตามเอาทรัพย์นั้นขายชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้สามัญของเจ้าของทรัพย์นั้นจะขอแบ่งชำระหนี้ให้คนบ้างไม่ได้ เพราะเจ้าหนี้จ้างมีสิทธิคิดว่าเจ้าหนี้สามัญ แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าเจ้าหนี้จ้างมีสิทธิเอาเจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือไม่ จึงต้องพิเคราะห์ตามบทบัญญัติว่าด้วยบุริมสิทธิเป็นกรณีโดยพิจารณาจากลำดับบุริมสิทธิว่าเป็นมูลหนี้อะไรในทรัพย์จ้างประเภทใดเพราะทรัพย์ที่จ้างมีหลายประเภท²¹

ประการสุดท้าย สิทธิจ้างของเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่จ้าง โดยไม่ต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่

1.3.2 ทรัพย์ที่สามารถจ้างได้

เนื่องจากการจ้างจะต้องจดทะเบียนไว้ในทะเบียนตัวทรัพย์ที่เอามาตราไว้เป็นประกัน เพราะจะต้องเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรู้ว่าทรัพย์นี้ติดจ้างอยู่นั้นเอง เมื่อบุคคลภายนอกรับโอนทรัพย์ไปก็ต้องถูกบังคับชำระหนี้จ้าง มาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงกำหนดทรัพย์ที่จะจ้างได้ไว้ดังนี้

มาตรา 703 “อสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจ้างได้ไม่ว่าประเภทใด ๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจ้างได้คู่กัน หากได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

- (1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
- (2) แพง
- (3) สัตว์พาหนะ
- (4) สังหาริมทรัพย์อื่นใด ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ

ซึ่งคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 100 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินกับทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกันกับที่ดินนั้น อนึ่งคำว่า อสังหาริมทรัพย์ ท่านหมายความรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย”

²¹ พจนี ปุษยามคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จ้าง จ้างนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2540), หน้า 159.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ทรัพย์ที่สามารถนำมาจำนองได้นั้น คือ อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินและทรัพย์ที่เป็นส่วนควบกับที่ดิน รวมถึงสังหาริมทรัพย์เฉพาะที่กฎหมายกำหนด เช่น แพ ศีตว์ พาหนะ และสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ที่ได้มีการจดทะเบียนไว้ เช่น เครื่องจักรซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วตามพระราชบัญญัติเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เหล่านี้ล้วนเป็นทรัพย์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถนำมาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

ในการจำนองนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนไว้กับเจ้าพนักงาน ซึ่งมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดไว้ชัดเจนถึงเจ้าพนักงานที่ดินที่รับผิดชอบในการรับจดทะเบียนสิทธิหรือนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับที่ดิน ดังนี้ “ให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในเขตท้องที่สำนักงานที่ดินจังหวัดหรือสำนักงานที่ดินสาขานั้น”

กรณีจำนองทรัพย์หลายสิ่งให้แก่เจ้าหนี้รายเดียว

มาตรา 710 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิ่งหลายสิ่งมีเจ้าของคนเดียวหรือหลายคน จะจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียว ท่านก็ให้ทำได้

และในการนี้คู่สัญญาจะตกลงกันดังต่อไปนี้ก็ได้ คือว่า

- (1) ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองตามลำดับอันระบุไว้
- (2) ให้ถือเอาทรัพย์สินแต่ละสิ่งเป็นประกันหนี้เฉพาะส่วนหนึ่งส่วนใดที่ระบุไว้”

กรณีทรัพย์หลายสิ่งเป็นประกันหนี้รายเดียว ทั้งนี้ เพราะหนี้ที่เป็นประกันนั้นอาจจะมีจำนวนมาก ทรัพย์สิ่งเพียงอย่างเดียวอาจจะมีมูลค่าไม่เพียงพอที่จะประกันหนี้ดังกล่าวได้ กฎหมายจึงเปิดช่องให้สามารถเอาทรัพย์สินอื่นๆ มาจำนองด้วย เพื่อให้เป็นที่พอใจแก่เจ้าหนี้ว่าเพียงพอที่จะเป็นประกันหนี้จำนวนมาก ๆ ได้ ซึ่งทรัพย์สิ่งเหล่านั้นอาจจะมีเจ้าของคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ดังนั้นเมื่อมีทรัพย์สินที่นำมาจำนองหลายอย่าง มาตรา 710(1) จึงได้กำหนดต่อไปอีกว่า ผู้จำนองและผู้รับจำนองสามารถตกลงกันให้ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินซึ่งจำนองตามลำดับที่ระบุตกลงกัน กล่าวคือ ผู้จำนองและผู้รับจำนองสามารถตกลงระบุลำดับของทรัพย์สินที่จะบังคับจำนองได้ หากผู้รับจำนองบังคับเอาที่ทรัพย์สินจำนองลำดับที่ 1 ไม่พอชำระหนี้ ก็บังคับเอาที่ทรัพย์สินจำนองลำดับที่ 2 ที่ 3 ต่อไปจนครบตามจำนวนหนี้ที่จำนองเป็นประกันไว้ได้ เช่น กู้ยืมเงินจำนวน 3,000,000 บาท โดยจำนองที่ดินเปล่าไร่สี่ปลูกรสร้าง และที่ดินพร้อมบ้านที่อยู่อาศัย มาจำนองเป็นหลักประกัน ผู้จำนองและผู้รับจำนองอาจตกลงกันได้ว่าหากมีกรณีผิดนัดชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองบังคับเอาที่ที่ดินเปล่าไร่สี่ปลูกรสร้างก่อนแล้วค่อยมาบังคับเอาที่ที่ดินพร้อมบ้านที่อยู่อาศัยตามลำดับที่ระบุไว้ได้

และมาตรา 710(2) ได้กำหนดเพิ่มเติมอีกแนวทางหนึ่ง โดยให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะตกลงให้ทรัพย์สินหลายอย่างที่จำนองไว้กับผู้รับจำนองนั้น เป็นประกันการชำระหนี้เฉพาะบางส่วนเท่านั้น มิได้ประกันหนี้ทั้งหมดทั้งจำนวน เช่น กรณีข้างต้น อาจกำหนดให้ที่ดินเปล่าไว้สิ่งปลูกสร้างเป็นประกันหนี้จำนวน 800,000 บาท และที่ดินพร้อมบ้านที่อยู่อาศัยเป็นประกันหนี้จำนวน 1,200,000 บาท

มาตรา 170(1) และ (2) เป็นกรณีที่ผู้จำนองและผู้รับจำนองจะตกลงกันหรือไม่ก็ได้ กฎหมายไม่ได้บังคับว่าจะต้องตกลงกัน ซึ่งหากไม่ได้ตกลงกัน ทรัพย์สินของผู้รับจำนองก็เป็นไปตามมาตรา 716 คือ จำนองครอบไปถึงทรัพย์สินที่จำนองทุกสิ่งแม้จะได้ชำระหนี้บางส่วน

กรณีทรัพย์สินเดียวจำนองให้แก่เจ้าหนี้หลายราย

มาตรา 712 “แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตาม ทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้แก่บุคคลคนหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในระหว่างเวลาที่สัญญาก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้”

กล่าวคือ ทรัพย์สินใดเมื่อนำมาจำนองกับผู้รับจำนองรายใดแล้ว กฎหมายไม่ห้ามที่นำมาจำนองกับผู้รับจำนองรายอื่นได้อีก ซึ่งจำนองรายแรกก็จะติดไปกับตัวทรัพย์สินด้วย คือ ทรัพย์สินหนึ่งสิ่งอาจมีการจำนองให้แก่ผู้รับจำนองหลายรายได้ โดยผู้รับจำนองแต่ละรายก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองเรียงตามลำดับของแต่ละผู้รับจำนองไป ใครจดทะเบียนจำนองก่อนก็ได้รับชำระหนี้ก่อนคนที่จดทะเบียนจำนองทีหลัง เป็นไปตามที่บัญญัติในมาตรา 730 – มาตรา 732

1.3.3 แบบของสัญญาจำนอง

เนื่องจากสิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินที่ติดตามไปกับทรัพย์สินที่จำนอง โดยไม่พิเคราะห์ว่าทรัพย์สินจำนองได้โอนไปยังบุคคลอื่นแล้วหรือไม่ ดังนั้น การแสดงออกซึ่งสิทธิจำนองจึงต้องอาศัยทางทะเบียนซึ่งต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

มาตรา 714 “อันสัญญาจำนองนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

มาตรา 704 “สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง”

มาตรา 708 “สัญญาจำนองนั้นต้องมีจำนวนเงินระบุไว้เป็นเงินไทยเป็นจำนวนแน่ตรงตัว หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราไว้เป็นประกัน”

(ก) สัญญาจ้างต้องทำเป็นหนังสือ

สัญญาจ้างมีคู่สัญญา 2 ฝ่าย คือ ผู้รับจ้างและผู้จ้าง ซึ่งต้องมีการระบุชื่อคู่สัญญาและมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คำว่า “ต้องทำเป็นหนังสือ” ตามมาตรา 714 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีความหมายแตกต่างจากการ “มีหลักฐานเป็นหนังสือ” ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1800/2511 “สัญญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญประการหนึ่งคือ ต้องมีบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นคู่สัญญา มาตรา 572 วรรคสอง บัญญัติให้สัญญาเช่าซื้อต้องทำเป็นหนังสือ มิใช่เพียงมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญเท่านั้น จึงมีความหมายว่าคู่สัญญาต้องได้ทำหนังสือสัญญาเช่าซื้อกันเป็นหนังสือ โดยลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย ถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมิได้ลงลายมือชื่อในสัญญาย่อมจะถือว่าฝ่ายนั้นทำหนังสือสัญญาดังกล่าวด้วยไม่ได้ จึงขาดสาระสำคัญในอันจะต้องมีบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นคู่สัญญาตามแบบที่กฎหมายต้องการและเป็น โฆษะ”

นอกจากสัญญาจ้างจะต้องทำเป็นหนังสือแล้วนั้น ในหนังสือสัญญาจ้างกฎหมายยังกำหนดให้ต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ด้วย มิฉะนั้นจะอ้างว่ามีข้อตกลงหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในหนังสือสัญญาหาได้ไม่ เพราะมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งห้ามมิให้นำสืบเป็นอย่างอื่น²²

(1) ชื่อผู้จ้างและผู้รับจ้าง - ต้องมีการระบุชื่อว่าเป็นใครเข้าทำสัญญากับใครเพราะสัญญาต้องมีบุคคลสองฝ่าย รายละเอียดที่จะประกอบตัวบุคคลให้แน่และความสามารถในการทำนิติกรรมเพศ ชื่อตัว นามสกุล ที่อยู่ อายุ เป็นต้น และยังคงแสดงอีกว่าผู้จ้างเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จ้างตามที่ปรากฏในทะเบียนของทรัพย์สินนั้น อีกทั้งต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาในหนังสือสัญญาด้วย

(2) ต้องระบุทรัพย์สินที่จ้าง - เนื่องจากสัญญาจ้างเป็นสัญญาที่ผู้จ้างเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้นมาตรา 704 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงกำหนดให้ต้องมีการระบุว่าจะเอาทรัพย์สินอะไรมาตราไว้เป็นหลักประกัน ซึ่งผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินก่อนเจ้าหนี้สามัญ และการจดทะเบียนจ้างก็ต้องทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ในเอกสารสำคัญของทรัพย์สินที่จ้างนั้นเพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ว่าทรัพย์สินนั้นติดจ้างอยู่ ผู้ได้รับโอนทรัพย์สินนั้นไปก็ต้องคิดไปซึ่งจ้างด้วย

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 176-180.

(3) ต้องระบุจำนวนเงิน - ต้องระบุจำนวนเงินในหนังสือสัญญาจ้างองตามลักษณะของหนี้ ถ้าเป็นหนี้ที่มีขึ้นแล้วแน่นอน คือจ้างองเป็นประกันเงินกู้ตามจำนวนที่มีการกู้ยืมกัน หรือน้อยกว่าได้ ถ้าจ้างองเป็นประกันน้อยกว่าจำนวนเงินที่กู้ ผู้รับจ้างองก็มีบุริมสิทธิเพียงจำนวนเงินที่ระบุในสัญญาจ้างอง แต่หากจ้างองเป็นประกันหนี้ในอนาคตก็ต้องระบุจำนวนเงินสูงสุดไว้ การระบุจำนวนเงินจ้างองตามมาตรา 708 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น นอกจากจะทำให้ผู้รับจ้างองทราบถึงจำนวนเงินที่เป็นประกันแล้วนั้น ยังช่วยให้บุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินจ้างองไปทราบด้วยว่าทรัพย์สินที่มีการจ้างองไว้เป็นประกันการชำระหนี้ในจำนวนเท่าใด จำนวนเงินที่ระบุไว้แน่นอนเป็นวงเงินจ้างองจะมานำสืบแก้ไขในภายหลังไม่ได้

นอกจากสัญญาจ้างองจะต้องทำเป็นหนังสือและต้องมีสาระสำคัญอย่างน้อยตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวข้างต้นแล้ว โดยปกติแล้วคู่สัญญาก็สามารถที่จะกำหนดข้อความในสัญญารายละเอียดอื่น ๆ ตามที่ตกลงกันได้ภายใต้หลักทั่วไปในเรื่องของการเข้าทำสัญญา ซึ่งในทางปฏิบัติ นั้นมักจะกำหนดรายละเอียดเหล่านี้ไว้ใน “ข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้างอง” เว้นแต่ข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้างองนั้นจะขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่ทั้งนี้ กฎหมายยังได้กำหนดข้อห้ามพิเศษมิให้คู่ความกำหนดข้อตกลงบางประการซึ่งหากฝ่าฝืนข้อห้ามพิเศษนี้ย่อมมีผลทำให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายตามมาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “การที่ตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจ้างองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจ้างอง หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจ้างองไซ้ร้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์”

ซึ่งข้อห้ามพิเศษตามกฎหมายจ้างองนี้ มีองค์ประกอบดังนี้²³

(1) เป็นข้อตกลงให้เจ้าหนี้บังคับเอาจากทรัพย์สินที่จ้างอง ซึ่งเป็นการตกลงบังคับจ้างองให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจ้างอง ตามมาตรา 728 และมาตรา 729 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดวิธีการบังคับจ้างองไว้ 2 วิธี คือ บังคับจ้างองเอาออกขายทอดตลาดหรือบังคับจ้างองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

²³ศุภา (วัชรวัฒนากุล) วิสฤตพิชญ์ ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จ้างอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 59-60.

ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการที่แตกต่างจากหลักการบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้สิทธิคู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องบังคับจำนองไว้ในสัญญาโดยไม่ต้องบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการทางศาล (Strict Foreclosure) ซึ่งเป็นหลักการตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในหลักเรื่องการบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เหตุที่กฎหมายไทยกำหนดห้ามไว้นี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้จำนอง ไม่ให้ถูกเจ้าหนี้เอาเปรียบหรือบีบบังคับในการเจรจาต่อรองขอกู้ยืมหรือเข้าทำสัญญาจำนองกับเจ้าหนี้ อันจะทำให้ผู้จำนองต้องเสียทรัพย์โดยไม่เป็นธรรม

(2) การตกลงระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองนั้นเกิดขึ้นก่อนที่หนี้จำนองนั้นจะถึงกำหนดชำระ

(3) ผลของการตกลงฝ่าฝืนมาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ซึ่งความไม่สมบูรณ์นี้จะไม่สมบูรณ์เฉพาะของข้อตกลงเท่านั้น ไม่ทำให้ส่วนอื่นที่สมบูรณ์อยู่แล้วต้องเสียไปหรือไม่สมบูรณ์ด้วยไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1510/2542) ความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวมีผลเพียงทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น ไม่ได้เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 707/2506)

(ข) สัญญาจำนองต้องทำและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

คำว่า “เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง” นั้น หมายถึง การเอาทรัพย์สินไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันประกันหนี้ โดยมีต้องมีการส่งมอบ ทรัพย์สิน ทั้งนี้ ถึงแม้จะได้มีการส่งมอบทรัพย์สินจำนองไว้ในครอบครองของผู้รับจำนองก็ตาม แต่หากมิได้มีการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน เช่นนี้ก็ไมถือว่าเป็นสัญญาจำนอง

การทำสัญญาจำนองเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม ถ้าคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ย่อมตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ลูกหนี้ได้มอบโฉนดพร้อมด้วยหนังสือมอบอำนาจให้เจ้าหนี้ไว้เพื่อนำไปจดทะเบียนจำนอง ตราบใดที่ยังไม่ได้จดทะเบียนจำนอง สัญญาจำนองก็ยังไม่เกิดขึ้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 546/2512 “ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ข้อเท็จจริงจะฟังว่าจำเลยที่ 2 ยอมผูกพันตนเองเพื่อประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชีของจำเลยที่ 1 ด้วยก็ตาม ก็เป็นเรื่องจำเลยที่ 2 มีเจตนาจะเอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันจึงได้มอบโฉนดและใบมอบอำนาจที่ลงนามแล้วให้แก่ผู้จัดการสาขาของโจทก์ไว้ แต่ไม่ปรากฏว่าได้มีการจดทะเบียนการจำนองให้ถูกต้องตามกฎหมาย สัญญาจำนองจึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 115 และมาตรา 714 จำเลยที่ 2 จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาจำนอง ข้อที่โจทก์ฎีกาว่าจำเลยที่ 2 ทำหนังสือรับสภาพหนี้ให้โจทก์ไว้วันนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า การรับสภาพหนี้คงมีผลแต่เพียงทำให้อายุความสะดุดหยุดลงเท่านั้น หากเป็น

การก่อตั้งสิทธิฟ้องร้องขึ้นใหม่ไม่ ในเมื่อหนี้จำนองซึ่งจำเลยที่ 2 จะต้องรับผิดชอบได้เกิดขึ้นแต่อย่างใด โจทก์ ไม่ได้กล่าวอ้างหนังสือรับสภาพหนี้เป็นหลักฐานแห่งการค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรคสอง ได้จึง ไม่มีประเด็นที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัย”

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานก็เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งสุจริต เพราะทรัพย์สินที่จำนองนั้น ผู้จำนองอาจโอนขายต่อ ๆ ไปได้ หรือจำนองซ้ำได้อีก บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับจะได้ทราบทางทะเบียนว่าทรัพย์สินนั้นติดจำนองอยู่เป็นจำนวนเท่าไร เป็นหลักเปิดเผยเพราะผู้รับจำนองมีสิทธิติดตามบังคับเอากับทรัพย์สินที่จำนองได้ ไม่ว่าจะทรัพย์สินนั้นได้โอนไปยังบุคคลอื่นแล้วก็ตาม

นอกจากกฎหมายจะกำหนดให้คู่สัญญาจะทำหนังสือสัญญาจำนองซึ่งลงลายมือชื่อผู้จำนองและผู้รับจำนองและต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วนั้น มาตรา 746 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังได้กำหนดเพิ่มเติมอีกว่า “การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ดี การระงับหนี้อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้นเป็นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อมีคำร้องขอของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก”

คำพิพากษาฎีกาที่ 177/2521 “ผู้จำนองชำระหนี้ครบถ้วนตามสัญญาจำนองแล้ว ผู้รับจำนองจะยึดโฉนดไว้ไม่จดทะเบียนรับได้และคืนโฉนดแก่ผู้จำนองไม่ได้ การที่ผู้รับจำนองเป็นจำหนึ่เจ้าของร่วมคนอื่นในหนี้รายอื่นไม่ทำให้สิทธิยึดหน่วงโฉนดไว้ได้ ผู้จำนองฟ้องบังคับให้จดทะเบียนโฉนดจำนองและเรียกคืนโฉนดได้”

1.3.4 สิทธิจำนองครอบเพียงใด

ตามมาตรา 715-มาตรา 721 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวถึงอำนาจสิทธิจำนองว่ามีได้มีอยู่เหนือหนี้ที่จำนองเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงอุปกรณ์แห่งหนี้ด้วย และแม้จะได้มีการแบ่งหนี้โดยการผ่อนชำระหรือแบ่งทรัพย์สินที่จำนองออกเป็นส่วน ๆ กลายเป็นทรัพย์สินหลายสิ่ง อำนาจของสิทธิจำนองก็ยังคงมีอยู่เหนือทรัพย์สินที่จำนองตามเดิม อำนาจของสิทธิจำนองยังครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินอื่นซึ่งติดพันอยู่กับทรัพย์สินที่จำนอง ตลอดจนดอกผลของทรัพย์สินนั้นอีกด้วย²⁴

²⁴ โปรดดูรายละเอียดใน ชุมพล จันทราพิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 79-88.

มาตรา 715 กล่าวว่า อำนาจของสิทธิจำนองนั้นครอบคลุมไปถึงอุปกรณ์แห่งหนึ่งที่เป็นประกันด้วย กล่าวคือ นอกจากเจ้าหนี้จะมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินต้นจากทรัพย์สินซึ่งจำนองก่อน เจ้าหนี้สามัญแล้วนั้น ยังมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้อุปกรณ์ได้แก่ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ และค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าขายทอดตลาด

นอกจากนั้นแล้ว อำนาจสิทธิจำนองยังครอบคลุมถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่ง แม้ว่าจะได้รับชำระหนี้บางส่วนแล้ว ตามมาตรา 716 หมายความว่า ทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นจะต้องติดภาระจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้ทั้งหมดจนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้คืนจนหมด แม้ว่าลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ไปบางส่วนหรือเกือบหมดก็ตาม ลูกหนี้ก็ยังไม่มียุติสิทธิที่จะขอให้ถอนทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดออกจากจำนองได้ ตราบใดที่หนี้จำนองยังไม่ระงับสิ้นไป เพราะสิทธิจำนองนั้นแบ่งแยกมิได้ เว้นแต่จะตัดตกลงกันได้เป็นอย่างอื่นในสัญญาจำนองตามมาตรา 710 ตามที่กล่าวมาข้างต้น

1.3.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนองและผู้จำนองนั้น กฎหมายไม่ได้แบ่งแยกไว้อย่างชัดเจน แต่ในการศึกษาสามารถทราบได้จากหากบทบัญญัติใดเป็นหน้าที่ของผู้รับจำนองก็ถือเป็นสิทธิของผู้จำนอง และหากบทบัญญัติใดเป็นหน้าที่ของผู้จำนองก็ถือว่าเป็นสิทธิของผู้รับจำนองได้ในทางกลับกันนั่นเอง

ผู้จำนองต้องไม่ทำเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนอง

ตามมาตรา 722 กล่าวคือ ภายหลังจากที่จดทะเบียนจำนองทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองแล้ว ผู้จำนองต้องห้ามมิให้กระทำการใดเป็นการเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนอง อาทิ จดทะเบียนก่อภาระจำยอม หรือทรัพย์สินใด ๆ ผูกพันในทรัพย์สินจำนองอันทำให้ทรัพย์สินจำนองดังกล่าวเสื่อมมูลค่าลง เพราะภาระจำยอมและทรัพย์สินเหล่านี้เป็นการตัดทอนอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ เพราะหากจะขายทอดตลาดไปโดยยังติดภาระจำยอมหรือทรัพย์สินใด ๆ ไปด้วยย่อมทำให้ได้มูลค่าน้อยลง เช่นนี้ ผู้รับจำนองมีสิทธิขอให้ลบภาระจำยอมหรือทรัพย์สินดังกล่าวออกจากทะเบียนได้ เมื่อลบทะเบียนสิทธิแล้วสิทธิดังกล่าวก็หมดไปไม่เป็นการขัดขวางในการบังคับจำนองอีกต่อไป

ผู้จำนองจะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินซึ่งจำนองไม่ให้สูญหายหรือเสียหาย

ตามมาตรา 723 เป็นกรณีจำนองแบบกำหนดระยะเวลา และในระหว่างที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หากผู้จำนองทำให้ทรัพย์สินซึ่งจำนองเสียหายหรือสูญหายจนถึงขนาดไม่เพียงพอแก่การประกันหนี้ กฎหมายได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้ทันที เว้นแต่การเสียหายหรือสูญหายนั้นมีได้เป็นความผิดของผู้จำนอง

สิทธิและหน้าที่กรณีจ้างงานเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ

ตามมาตรา 724 – มาตรา 726 นั้นเป็นกรณีของผู้จ้างงานซึ่งไม่ได้เป็นลูกหนี้ แต่เป็นบุคคลอื่นที่เอาทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยบัญญัติให้สิทธิไถ่เบี่ยแก่ผู้จ้างงานให้สามารถไถ่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ที่ตนประกันหนี้ไว้ ในกรณีที่ผู้จ้างงานได้ชำระหนี้หนี้เองแทนลูกหนี้เพื่อไม่ให้มีการบังคับจ้างงาน เมื่อผู้จ้างงานชำระหนี้แทนไปแล้ว กฎหมายก็ให้สิทธิแก่ผู้จ้างงานในอันที่จะไถ่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ได้ และเนื่องจากหลักในการจ้างงานโดยบุคคลผู้ไม่ใช่ลูกหนี้ก็คือคล้ายคลึงกับการค้าประกัน มาตรา 727 จึงกำหนดให้นำเอามาตรา 697 มาตรา 700 และมาตรา 701 เกี่ยวกับเรื่องค้าประกันมาใช้บังคับโดยอนุโลม

สิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างงาน

ตามมาตรา 736 ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างงานนั้นมีสิทธิที่จะไถ่ถอนจ้างงานก็ได้ แต่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างงานนั้นมีได้เป็นตัวลูกหนี้ หรือผู้ค้าประกัน หรือเป็นทายาทของลูกหนี้หรือผู้ค้าประกัน

1.3.6 การระงับสินไปแห่งสัญญาจ้างงาน

มาตรา 744 “อันจ้างงานย่อมระงับสินไป

- (1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสินไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ
- (2) เมื่อปลดจ้างงานให้แก่ผู้จ้างงานด้วยหนังสือเป็นสำคัญ
- (3) เมื่อผู้จ้างงานหลุดพ้น
- (4) เมื่อถอนจ้างงาน
- (5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจ้างงานตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาจากการ

บังคับจ้างงานหรือถอนจ้างงาน

- (6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจ้างงานหลุด

เนื่องจากสัญญาจ้างงานเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาประธาน กล่าวคือ จะต้องมิหนี้ต่อกันเสียก่อน จึงจะสามารถเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ได้ เมื่อหนี้ประธานระงับหนี้อุปกรณ์ย่อมระงับสินไปเพราะเหตุไม่มีมูลหนี้ให้ต้องประกันแล้ว แต่อาจบางกรณีที่มีสัญญาจ้างงานระงับโดยหนี้ประธานยังคงมีอยู่ได้ โดยเจ้าหน้าที่สละสิทธิประโยชน์ตามสัญญาจ้างงานแล้วไปเรียกร้องชำระหนี้เอากับลูกหนี้ตามสัญญาประธานที่ยังคงมีอยู่ได้ต่อไป

มาตรา 744 บัญญัติถึงการระงับสิ้นไปของสัญญาจ้างองไว้ ดังนี้

(1) เมื่อหน้าที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ หมายความว่า หน้าที่ประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ระงับลงไม่ว่าด้วยเหตุใด เช่น ชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบหนี้ หนี้เคลื่อนกลืนกัน อันมิใช่เหตุอายุความ ก็จะมีผลทำให้สัญญาจ้างองเป็นอันระงับสิ้นลงด้วย ยกเว้น หนี้ขาดอายุความซึ่งไม่เป็นเหตุให้สัญญาจ้างองระงับ ทั้งนี้ หนี้ขาดอายุความนั้นถือเป็นข้อต่อสู้ของ ลูกหนี้ที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อบอกปิดการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หากลูกหนี้ไม่ยกขึ้นกล่าวอ้าง ศาลก็ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นมูลยกฟ้องได้ ตามมาตรา 193/29 ฉะนั้น แม้หนี้ประกันจะขาดอายุความไปแล้ว ผู้รับจ้างองก็ยังสามารถฟ้องบังคับจ้างองได้ ตามมาตรา 745 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้รับจ้างองจะบังคับ จ้างองแม้เมื่อหน้าที่เป็นประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการ จ้างองเกินกว่าห้าปีไม่ได้”

(2) เมื่อปลดจ้างองให้แก่ผู้จ้างองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ หมายความว่าเจ้าหนี้ ได้ปลดจ้างองให้แก่ผู้จ้างอง แต่อาจจะไม่ได้ปลดหนี้ให้ก็เป็นได้ เพราะหากเป็นการปลดหนี้ สัญญา จ้างองจะระงับสิ้นไปตามข้อ (1) ที่กล่าวข้างต้น การปลดจ้างองนั้นเป็นการที่เจ้าหนี้สละซึ่งสิทธิ ประโยชน์และหลักประกันภายใต้สัญญาจ้างองโดยการปลดจ้างองให้แก่ผู้จ้างอง โดยเหลือเพียงสิทธิ ตามสัญญาประกันหรือสัญญากู้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญที่มีอยู่กับลูกหนี้ (ซึ่งลูกหนี้อาจจะมีฐานะเป็น ผู้จ้างองด้วยหรือไม่แล้วแต่กรณี) ทั้งนี้ การปลดจ้างองนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน เช่นเดียวกับตอนจดทะเบียนจ้างอง ซึ่งหากเป็นการจดจ้างองที่ดินจะต้องไปจดทะเบียนปลดจ้างองที่ดิน ต่อเจ้าพนักงานที่ดินที่สำนักงานที่ดินที่ไปจดทะเบียนจ้างองในตอนต้นนั่นเอง เพื่อเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ทางทะเบียน และเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกให้ได้ทราบด้วย

(3) เมื่อผู้จ้างองหลุดพ้น หมายความว่าถึง กรณีที่ผู้จ้างองคนเดียวจ้างองทรัพย์ สินของตนไว้เป็นประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ และเป็นกรณีที่มาตรา 727 ให้นำมาตราต่าง ๆ ใน ลักษณะคำประกัน มาตรา 697 มาตรา 700 และมาตรา 701 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าการกระทำใด ๆ ของเจ้าหนี้เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันไม่สามารถจะเข้ารับช่วงสิทธิได้ทั้งหมด ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นเท่าที่ ตนเสียหาย เมื่ออนุโลมใช้กรณีจ้างอง การกระทำนั้นๆของเจ้าหนี้จ้างองยอมทำให้ผู้จ้างองหลุดพ้น เช่นกัน แต่ถ้าไม่สามารถรับช่วงสิทธิได้เพียงบางส่วนก็จะหลุดพ้นเพียงส่วนนั้น หรือกรณีที่เจ้าหนี้ผ่อน เวลาให้แก่ลูกหนี้โดยผู้จ้างองมิได้ยินยอมด้วย หากถึงเวลาชำระหนี้ ผู้จ้างองขอชำระหนี้ เจ้าหนี้ปฏิเสธ ไม่รับชำระหนี้ เช่นนี้ ผู้จ้างองก็หลุดพ้นจากความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง

(4) **เมื่อถอนจำนอง** การถอนจำนอง ก็คือ การไถ่ถอนจำนองโดยผู้รับโอน เพราะผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้น ไม่ได้มีส่วนรับผิดชอบในหนี้จึงไม่เรียกว่าการชำระหนี้ ผู้รับโอนเสนอขอไถ่ถอนจำนองเท่าราคาอันสมควรกับทรัพย์สิน ซึ่งถ้าเจ้าหนี้รับคำเสนอจำนองก็เป็นอันไถ่ถอนไปด้วย

(5) **การขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง** การบังคับจำนองนั้นมีขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนองก็ฟ้องเป็นคดีและขอให้ศาลยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด ผู้ที่ซื้อทรัพย์สินไปจากการขายทอดตลาดก็จะได้ทรัพย์สินไปโดยปราศจากจำนอง ถ้ามีผู้รับจำนองหลายราย รายหลังๆ จำนองก็เป็นอันระงับไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2485) ขอคำสั่งศาลให้เจ้าพนักงานถอนการจำนองออกจากทางทะเบียนได้ ซึ่งต่างจากการขายทอดตลาดโดยเจ้าหนี้สามัญที่ขอให้ศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์สินแล้วขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาผู้จำนองจะไม่ระงับไป เพราะต้องขายโดยติดจำนองไปด้วย เว้นแต่ ผู้รับจำนองจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้เอาเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินมาชำระหนี้ให้เจ้าหนี้จำนองก่อน ตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งก็ถือว่าเป็นการบังคับจำนองโดยคำสั่งศาลเช่นเดียวกัน จำนองย่อมระงับสิ้นไป

(6) **เมื่อเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุดตามมาตรา 729** กล่าวคือ เจ้าหนี้ได้ทรัพย์สินซึ่งมีภาระจำนองติดอยู่มาเป็นของตน หนี้จึงเคลื่อนกลิ้งกันไป จำนองก็เป็นอันระงับไปตามมาตรา 353

2. การบังคับจำนอง

2.1 ความหมายของการบังคับจำนอง (Foreclosure)

“FORECLOSURE²⁵. To shut out, to destroy an equity of redemption. A termination of all the a mortgagor or his grantee in the property covered by the mortgage. The process by which a mortgagor of real or personal property, or other owner of property subject to a lien, is deprived of his interest therein. Procedure by which mortgaged property is sold on default of mortgagor in satisfaction of mortgage debt....”

กล่าวคือ การบังคับจำนอง (Foreclosure) การระงับ หรือทำลายไปซึ่งสิทธิในการไถ่ถอน (equity of redemption) การยกเลิกสิทธิที่พึงประสงค์ของผู้จำนองในทรัพย์สินซึ่งจำนอง การครอบครอง

²⁵ Ballentine's Law Dictionary, 3rd edition, (USA : The Lawyer Co-operative Publishing Company., New York, 1969), p.486.

อสังหาริมทรัพย์ หรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งมีภาระผูกพัน (lien) อันเป็นประโยชน์ของผู้จำนองในทรัพย์สินนั้น โดยทรัพย์สินซึ่งจำนองจะถูกนำออกขายในกรณีผิดนัดชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองเพื่อนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองตามสัญญาจำนอง

2.2 การบังคับจำนองของประเทศอังกฤษ²⁶

การบังคับเอาหลักประกันของผู้รับจำนองในที่นี้ จะขอล่าถึงการใช้สิทธิบังคับเอาหลักประกันของผู้รับจำนองในลักษณะของ Legal Mortgage และ Equitable Mortgage เฉพาะที่สร้างขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) เกี่ยวกับการจำนองเท่านั้น²⁷ ทั้งนี้ เพราะการจำนองในลักษณะของ Equitable Mortgage ที่ไม่ได้สร้างขึ้นเป็นเอกสารสำคัญนั้นจะเป็นไปตามหลักของอิคิวิตี้ส์ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งไม่มีบังคับใช้ตามกฎหมายไทย

(1) Power of Sale

เมื่อผู้จำนองผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองส่วนใหญ่มักจะใช้สิทธิบังคับเอาหลักประกันเพื่อเข้าครอบครองและนำทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นออกขาย เพื่อนำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินมาชำระหนี้เงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ โดยส่วนที่เหลือจะต้องคืนให้แก่ผู้จำนอง หรือหากมีผู้รับจำนองรายถัดไปก็จะต้องนำเงินส่วนที่เหลือดังกล่าวจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองแต่ละรายไปตามลำดับ

ตามหลักทั่วไปแล้ว ผู้รับจำนองสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินซึ่งจำนองได้แม้ว่าผู้จำนองจะยังไม่ได้ผิดนัดชำระหนี้ก็ตามดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินซึ่งจำนองของผู้รับจำนองนี้มีข้อยกเว้นบางประการภายใต้กฎหมายเฉพาะบางฉบับ อาทิ การเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองซึ่งเป็นบ้านที่อยู่อาศัยภายใต้มาตรา 36 ของ Administration of Justice Act 1970 และ การจำนองซึ่งเข้าข่ายเป็นสัญญาตามคำนิยาม “Regulated Agreement” ภายใต้ The Consumer Credit Act 1974

หากเป็นการจำนองซึ่งสร้างขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) แล้วนั้น ภายใต้มาตรา 101 (1)(i) แห่ง Law of Property Act 1925 ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองที่เรียกว่า Power of Sale กล่าวคือ เป็นการให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้โดยเอาทรัพย์สินจำนองออกขาย

²⁶ Philip Walter and James Harris, *Claims to the Possession of Land, the law and practice* 2nd edition, pp. 461-462, 470-472.

²⁷ ส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับจำนองในการจำนองรูปแบบ Equitable Mortgage และรูปแบบอื่นที่ไม่ได้ทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) นั้น โปรดดูรายละเอียดในหนังสือ *Claims to the Possession of Land, the law and practice* 2nd edition ของ Philip Walter and James Harris ต่อไป

ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลแต่อย่างไร ซึ่งการบังคับจำนองแบบ Power of Sale นี้ ตามมาตรา 103 แห่ง Law of Property Act 1925 กำหนดให้ทำได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และสามารถใช้สิทธิบังคับเอาหลักประกันได้เมื่อ

(1) ได้มีการผิคนัดชำระหนี้เกิดขึ้น หลังจากที่ผู้รับจำนองได้บอกกล่าวทวงถามให้ชำระหนี้แล้วไม่น้อยกว่า 3 เดือน ตามมาตรา 103(i) อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงไว้เป็นอย่างอื่นในเอกสารสำคัญ (Deed) เกี่ยวกับการจำนองเพื่อยกเว้นมาตรานี้ได้ หรือ

(2) มีดอกเบี้ยค้างชำระอยู่ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระไม่น้อยกว่า 2 เดือน หรือ

(3) ผู้รับจำนองผิดข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในเอกสารสำคัญการจำนอง(Deed)

ในการใช้สิทธิบังคับจำนองแบบ Power of Sale ผู้รับจำนองสามารถทำการขายทรัพย์สินจำนองได้โดยการขายตามปกติหรือโดยการขายทอดตลาดก็ได้ ผู้รับจำนองมีหน้าที่เพียงจะต้องทำการขายโดยสุจริตและเอาใจใส่เพื่อให้ได้ราคาที่เหมาะสม (Cuckmere Brick Co Ltd v Mutual Finance Ltd (1971))

เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สิน จะต้องจัดสรรเพื่อชำระหนี้ดังต่อไปนี้

(1) ชำระหนี้และปลดจำนองจากผู้รับจำนองคนก่อน ๆ (หากมี)

(2) ชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการขายทรัพย์สินจำนอง

(3) ชำระหนี้เงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายค้างจ่ายต่าง ๆ ของผู้รับจำนองผู้ทำการบังคับจำนอง

(4) ชำระเงินส่วนที่เหลือให้แก่ผู้จำนอง หรือหากมีผู้รับจำนองรายถัดไปก็ให้ชำระให้แก่ผู้รับจำนองรายถัดไปก่อนจนครบทุกราย หากมีเงินเหลือจึงคืนให้แก่ผู้จำนอง

นอกจากวิธีการบังคับจำนองแบบ Power of Sale ตามที่กล่าวมาแล้วนั้น ผู้รับจำนองยังสามารถใช้สิทธิประการอื่นได้อีก อาทิ

(2) Possession without Sale

ภายใต้มาตรา 99 แห่ง Law of Property Act 1925 ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนองและนำทรัพย์สินที่จำนองนั้นออกให้เช่าได้ โดยไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินนั้นออกขาย และสามารถนำทรัพย์สินออกให้เช่าได้เป็นเวลานานมากกว่า 21 ปี ซึ่งถือเป็นทางเลือกที่คืออย่างหนึ่งเพราะเป็นการได้เงิน ได้จากการให้เช่าทรัพย์สินจำนองซึ่งอาจมีจำนวนมากกว่าดอกเบี้ยเงินฝากที่จะได้รับการฝากเงินที่ได้รับชำระหนี้มาจากการขายทรัพย์สินนั้น

(3) Appointing a Receiver

ภายใต้มาตรา 101(1)(i) แห่ง Law of Property Act 1925 กำหนดให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองทั้งที่เป็นการจำนองแบบ Legal Mortgage และ Equitable Mortgage ซึ่งได้ทำการจำนองขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) สามารถแต่งตั้งผู้รักษาททรัพย์ (Receiver) เพื่อดูแลรักษาททรัพย์ซึ่งจำนองได้ทันทีที่หนี้จำนองถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตต่อศาลแต่ประการใด แต่ทั้งนี้จะต้องแต่งตั้งหลังจากที่ผู้รับจำนองได้ใช้สิทธิบังคับจำนองแบบ Power of Sale แล้วเท่านั้น ซึ่งผู้รักษาททรัพย์นี้จะมีอำนาจเสมือนหนึ่งผู้รับจำนองมีหน้าที่รับเงินค่าเช่าหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อมาจัดสรรชำระให้แก่ผู้รับจำนองต่อไป ในการแต่งตั้งผู้รักษาททรัพย์นี้จะเป็นประโยชน์ในแง่ที่ผู้รับจำนองเองไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนองของผู้จำนอง

(4) Foreclosure

เป็นการบังคับจำนองที่ผู้รับจำนองจะได้สิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินที่จำนองนั้นมาเป็นของตน โดยต้องผ่านกระบวนการทางศาล ในกรณีที่ผู้รับจำนองเห็นว่าทรัพย์สินที่จำนองนั้นมีมูลค่าต่ำกว่ามูลหนี้จำนองไว้ ผู้รับจำนองอาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินนั้นตกเป็นของผู้รับจำนองได้ แต่หากผู้จำนองเห็นว่าทรัพย์สินจำนองของตนมีมูลค่าเพียงพอกับมูลหนี้ที่จำนอง ผู้จำนองอาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทำการขายทรัพย์สินซึ่งจำนองดังกล่าวแทนการยึดทรัพย์สิน (to order judicial sale in lieu of foreclosure) ได้ การบังคับจำนองลักษณะ Foreclosure นี้มีกำหนดอายุความ 20 ปี โดยจะเริ่มนับอายุความตั้งแต่วันที่หนี้ถึงกำหนดชำระเป็นต้นไป ภายใต้ มาตรา 20(4) แห่ง Limitation Act 1980

2.3 การบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา

เข้าหนี้สามารถบังคับจำนองได้หลายวิธี โดยอาจเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของตนหรือโดยการขายสู่สาธารณชนก็ได้ ดังนี้²⁸

(1) **Strict Foreclosure** ได้แก่ การบังคับจำนองเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง โดยการขอให้ศาลมีคำสั่งระงับสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของลูกหนี้เสีย และให้ตนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองแทนลูกหนี้

Strict Foreclosure เป็นการบังคับจำนองโดยอาศัยกระบวนการพิจารณาและคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดให้ทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิโดยเด็ดขาดแก่ผู้รับจำนอง ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดโดยไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินจำนองนั้นออกขายแต่อย่างใด ซึ่งเป็นการตัดสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของลูกหนี้ด้วย (A judicial procedure that, by terminating the mortgagor's equity to redemption, gives the mortgagee absolute title to mortgaged real estate without a sale of the property)

²⁸ Restatement of Property-Security (Mortgages) 3.1 § 3.1 comment (Tent. draft No. 1, 1991).

การบังคับจำนองโดยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายสู่สาธารณะ ซึ่งมี 2 วิธี คือ

(2) **Judicial Foreclosure** ได้แก่ การบังคับจำนองโดยการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ขายทรัพย์สินจำนองนั้นหลังจากที่ได้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาทุกฝ่ายที่มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินจำนองนั้น และศาลได้มีการรับฟังพยานหลักฐานของทุกฝ่ายแล้ว ซึ่งกฎหมายของหลาย ๆ รัฐจะกำหนดวิธีการบังคับจำนองลักษณะนี้ไว้

Judicial Foreclosure เป็นการบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการพิจารณาทางศาล ซึ่งศาลจะมีคำสั่งชี้ขาดให้บังคับจำนองตามสิทธิของผู้รับจำนองตามสัญญาจำนองโดยนำทรัพย์สินจำนองนั้นออกขาย (A legal procedure in which a court orders real estate sold to enforce the mortgagee's rights under the mortgage)

ขั้นตอนการบังคับจำนองแบบ Judicial Foreclosure

1) ต้องมีการดำเนินกระบวนการทางศาล (Due Process) ผู้จำนองหรือบุคคลภายนอกย่อมต้องมีสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวและมีสิทธิต่อสู้โต้แย้งได้ก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

2) ต้องมีหนังสือบอกกล่าว ในกรณีที่ลูกหนี้อยู่ในกระบวนการพิจารณา ลูกหนี้นี้มักจะได้รับการบอกกล่าวด้วยตนเอง แต่อย่างไรก็ตามการบังคับจำนองถือเป็นทรัพย์สิน (in rem) ซึ่งการบอกกล่าวโดยการโฆษณาถือเป็นการบอกกล่าวที่เพียงพอแล้ว หรืออาจกำหนดให้ส่งสำเนาหมายเรียก (summons) โดยทางไปรษณีย์และประกาศในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นด้วยก็ได้

3) การขายทรัพย์สินจำนองโดยหลักจะต้องได้รับคำสั่งศาลให้นำทรัพย์สินหลักประกันออกขายสู่สาธารณะ ซึ่งการขายนี้จะระงับซึ่งสิทธิในการไถ่ถอนของคู่สัญญาทุกฝ่ายภายใต้สัญญาจำนองเงินที่ได้จากการขายจะถูกจัดสรรเพื่อชำระค่าใช้จ่ายและหนี้จำนองทั้งหลาย ซึ่งการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้นแต่ละรัฐมักจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน แต่โดยทั่วไปแล้วมักกำหนดให้เป็นหน้าที่ของนายอำเภอในท้องถิ่นนั้น ๆ เป็นผู้ดำเนินการขาย หรือไม่ก็เป็นเจ้าหน้าที่ที่ศาลกำหนดขึ้นเป็นผู้ดำเนินการขายให้

รัฐส่วนใหญ่พยายามที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าราคาขายทรัพย์สินจำนองนั้นเป็นราคาที่พอสมควรแล้ว หลักโดยทั่วไปก็คือ มักจะกำหนดให้มีการประเมินราคาโดยบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียก่อนที่จะนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ราคาขายขั้นต่ำอย่างน้อยควรอยู่ในอัตราร้อยละ 50-60 ของราคาที่ประเมินได้ มิฉะนั้น การขายนั้นจะไม่สมบูรณ์ ในบางรัฐอนุญาตให้ทำการประมูลซื้อไว้ล่วงหน้าได้ซึ่งราคาขายในการขายทอดตลาดจริงนั้นจะต้องมีราคาสูงเท่าหรือสูงกว่าในราคาที่ประมูลนั้น มิฉะนั้น ผู้ที่ใ้ราคาสูงสุดในการประมูลล่วงหน้าจะเป็นผู้ได้ทรัพย์สินจำนองนั้นไปแทน

4) ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบหนี้ในส่วนที่ขาดจากการขายทรัพย์สินได้ไม่พอชำระหนี้ ซึ่งรัฐส่วนใหญ่อนุญาตให้ผู้รับจำนองสามารถร้องขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ได้ ซึ่งผู้รับจำนองสามารถร้องขอต่อศาลเดียวกันกับที่มีคำสั่งให้บังคับจำนองนั่นเอง

(3) Power of Sale Foreclosure ซึ่งเป็นวิธีที่ได้รับความนิยมจากบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย เพราะเหตุว่าเป็นวิธีที่ใช้เวลาและค่าใช้จ่ายน้อยกว่าวิธีการบังคับจำนองแบบ Judicial Foreclosure ที่ต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายสูง Power of Sale Foreclosure เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาระบุไว้ในสัญญาเป็นการให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองสามารถนำทรัพย์สินจำนองออกขายสู่สาธารณชนได้ หากว่าลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการทางศาลแต่อย่างไร

Power of Sale Foreclosure เป็นการบังคับจำนองตามเงื่อนไขและข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาจำนองที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ โดยให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองหรือบุคคลอื่นใดมีอำนาจขายทรัพย์สินจำนองได้เมื่อมีกรณีผิดนัดชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการพิจารณาหรือคำสั่งของศาลแต่อย่างไร (Foreclosure based upon terms in a mortgage, giving a mortgagee or third party the power to sell mortgaged property upon default without resorting to judicial foreclosures)

การบังคับจำนองโดยวิธี Power of Sale Foreclosure นั้น เป็นวิธีที่มีขึ้นเพื่อเยียวยาความล่าช้าของกระบวนการพิจารณาและค่าใช้จ่ายสูงในกรณีที่บังคับจำนองแบบวิธี Judicial Foreclosure ซึ่งเป็นวิธีที่ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการพิจารณาและคำสั่งของศาล โดยเป็นไปตามเงื่อนไขและข้อตกลงที่กำหนดอยู่ในสัญญาจำนองที่ให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองหรือบุคคลอื่นใดให้สามารถบังคับจำนองได้ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล และจะไม่ถูกแทรกแซงโดยศาล (ซึ่งบางรัฐอาจจะกำหนดให้ต้องมีคำสั่งศาลยืนยันการขายทอดตลาดนั้นอีกที หรือบางรัฐก็ห้ามมิให้บังคับจำนองโดยวิธีนี้อย่างเด็ดขาด)

ทั้งนี้ การบังคับจำนองแบบ Judicial Foreclosure และ Power of Sale Foreclosure นั้น ตามพระราชบัญญัติและจารีตประเพณีนั้นกำหนดให้ต้องมีการบอกกล่าว โดยประกาศในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นและตีประกาศนั้นไว้ ณ ที่ที่ดินตั้งอยู่ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะเป็นผู้ดำเนินการขาย โดยในสัญญาสามารถกำหนดในข้อ Power of Sale Clause ระบุให้ผู้รับจำนองสามารถเข้าร่วมการประมูลราคาทรัพย์สินจำนองนั้นได้โดยไม่ต้องชำระราคาขายเป็นเงินสดก็ได้ เมื่อการขายเสร็จสมบูรณ์พนักงานเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้ลงนามในเอกสารสิทธิ ถึงแม้ว่าผู้จำนองจะยังคงมีสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินตามกฎหมาย (Statutory Redemption) ภายหลังจากที่ได้มีการบังคับจำนองโดยขายทรัพย์สินนั้นแล้วก็ตาม

2.4 การบังคับจำนองของประเทศไทย

2.4.1 การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ แล้วลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ นั้น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องอย่างเจ้าหนี้สามัญเพื่อบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ ตามมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือจะบังคับจำนองเอาที่ทรัพย์สินที่จำนองจากผู้จำนองอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ (ซึ่งผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรืออาจเป็นบุคคลอื่นที่เอาทรัพย์สินมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ แล้วแต่กรณี) การจำนองไม่ได้ผูกพันผู้รับจำนองให้ต้องบังคับจำนองเฉพาะแต่ทางเดียว เพราะมาตรา 728 บัญญัติว่าจะบังคับจำนองก็ได้ ซึ่งหมายความว่า เจ้าหนี้สามารถเลือกที่จะไม่ฟ้องบังคับจำนอง แล้วมาฟ้องบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ หรือเลือกที่จะฟ้องบังคับจำนองเอาที่ทรัพย์สินจำนองอย่างผู้รับจำนอง โดยไม่ฟ้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญก็ได้²⁹

คำพิพากษาฎีกาที่ 2044/2526 “จำเลยฎีกาว่า โจทก์มีสิทธิฟ้องจำเลยที่ 1 เพื่อบังคับจำนองเพียงทางเดียว จะฟ้องบังคับตามสัญญากู้ไม่ได้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าหนี้ตามสัญญากู้เป็นสัญญาประธาน และหนี้ตามสัญญาจำนองเป็นเพียงหนี้อุปกรณณ์ หนี้ทั้งสองประเภทอาจแยกเป็นส่วนออกต่างหากจากกันได้ ฉะนั้น โดยอำนาจแห่งมูลหนี้ โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องร้องบังคับชำระหนี้จากจำเลยที่ 1 ตามสัญญากู้หรือสัญญาจำนองก็ได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 มิได้บังคับว่าโจทก์มีสิทธิฟ้องบังคับจำนองได้แต่ทางเดียว”

การฟ้องบังคับจำนองต่างกับฟ้องอย่างเจ้าหนี้สามัญอย่างไร

ปรากฏตามมาตรา 728 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้”

การฟ้องบังคับจำนองจะต้องอ้างหลักแห่งข้อหาว่าจำเลยจำนองทรัพย์สินอะไรเป็นประกันหนี้ที่ผู้จำนองเองต้องชำระ หรือประกันหนี้ของบุคคลใด และหนี้นั้นมีจำนวนเท่าไร จำเลยละเลยเสียไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว และโจทก์บอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว จำเลยไม่นำเงินมาไถ่ถอน มีคำขอให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงินต้นเท่าไร ดอกเบี้ยเท่าไร ถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ศาลสั่งยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดชำระหนี้

²⁹ พจน ฤษชบาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วงและปริมสิทธิ, หน้า 214.

ต่างกับการฟ้องอย่างเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งจะต้องอ้างว่าจำเลยเป็นลูกหนี้ โจทก์ในมูลหนี้
อะไร จำเลยผิดนัดหรือละเลยไม่ชำระหนี้ ขอให้จำเลยใช้หนี้นั้น โดยไม่มีคำขอให้ยึดทรัพย์สินที่จำนอง
ขายทอดตลาดชำระหนี้ เพราะเมื่อศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้แล้ว โจทก์ย่อมดำเนินการบังคับคดียึด
ทรัพย์สินของจำเลยได้ทั่วไป รวมทั้งทรัพย์สินที่จำนองด้วย โดยมีได้จำกัดให้ส่งยึดทรัพย์สินที่จำนองในค่าขอ

ข้อพิจารณาสำหรับเจ้าหนี้ในการเลือกวิธีบังคับชำระหนี้

(1) การฟ้องบังคับจำนอง หากเจ้าหนี้บังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่
ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ยังขาดอยู่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 “ถ้าเอาทรัพย์สิน
จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สิน
สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี
เงินยังขาดอยู่จำนวนเท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้
เป็นอย่างอื่น ยกเว้นหลักกฎหมายมาตรานี้ได้ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี
ของประชาชนแต่อย่างไร ไม่ถือว่าเป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480, 474/2502 และ 168/2510)

แต่ถ้าฟ้องอย่างเจ้าหนี้สามัญ เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ยึดทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ เพื่อ
การชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา
733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้เงินสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สิน
อื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย”

(2) การฟ้องบังคับจำนอง หากมีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นของผู้จำนองจะบังคับ
คดีเอาที่ทรัพย์สินจำนอง เจ้าหนี้ผู้รับจำนองยังคงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ตามประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 287 และมาตรา 289 ดังนี้

มาตรา 287 “ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 288 และ 289 บทบัญญัติแห่ง
ประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นย่อมไม่กระทบ
กระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตาม
กฎหมาย”

ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้จำนองในมาตรา
289 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลใดชอบที่จะบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่
เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ หรือชอบที่จะได้เงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้นได้โดยอำนาจ
แห่งการจำนองที่อาจบังคับได้ก็ดี หรืออาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิก็ดี บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาล
ที่ออกหมายบังคับคดีให้อำนาจที่ได้มานั้นชำระหนี้ต้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่อาจบังคับเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุด ผู้รับจำนองจะมีคำขอดังกล่าวข้างต้นให้
เอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุดก็ได้”

ในกรณีจำนองอสังหาริมทรัพย์ หรือบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ อันได้ไปจดทะเบียนไว้แล้ว ให้ยื่นคำร้องขอถอนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ส่วนในกรณีอื่น ๆ ให้ยื่นคำร้องขอเสียก่อนส่งคำบอกกล่าว ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 319

ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุด การยึดทรัพย์สินที่จำนองนั้นเป็นอันเพิกถอนไปในตัว ในกรณีอื่นๆ ที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะได้รับแต่เงินที่เหลือ ถ้าหากมี ภายหลังที่หักชำระค่าธรรมเนียมการบังคับจำนองและชำระหนี้ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้อบรมสิทธิแล้ว”

ซึ่งหากผู้รับจำนองไม่ได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 วรรคสอง ก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นจะต้องซื้อทรัพย์สินนั้นไปโดยคิดจำนองไปด้วย ไม่ถือเป็นเหตุให้สิทธิของผู้รับจำนองหมดไปไม่ บังคับคดีแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจึงไม่กระทบสิทธิของผู้รับจำนองซึ่งอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินที่จำนองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1779-1780/2509)

แต่หากฟ้องคดีอย่างเจ้าหนี้สามัญ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นอาจเฉลี่ยหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290 “ส่วนการชำระหนี้เป็นการอันจะแบ่งกันชำระได้ และมีบุคคลหลายคนเป็นลูกหนี้ก็ดี มีบุคคลหลายคนเป็นเจ้าหนี้ก็ดี เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านว่าลูกหนี้แต่ละคนจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน และเจ้าหนี้แต่ละคนก็ชอบที่จะได้รับเพียงเป็นส่วนเท่า ๆ กัน”

(1) การบังคับจำนองต้องยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาล

การบังคับจำนองจะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองจะต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและขายทอดตลาดก็ได้”

ประกอบกับมาตรา 729 ซึ่งได้บัญญัติทางแก้ตามมาตรา 728 ไว้ว่าผู้รับจำนองสามารถที่จะเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของตนได้โดยจะต้องมีลักษณะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 729 ซึ่งการบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดหรือการบังคับโดยยึดหลุดเอาเป็นสิทธิก็จะต้องมีการบอกกล่าวและต้องฟ้องคดีต่อศาลเช่นเดียวกัน

โดยในการใช้สิทธิทางศาลของเจ้านั้น เจ้านี้จะต้องยื่นเป็นคำฟ้องต่อศาลซึ่งต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าคำฟ้องฉบับใดเป็นคำฟ้องบังคับจำนองหรือเป็นคำฟ้องบังคับชำระหนี้ในฐานะเจ้านี้สามัญ ซึ่งสามารถสังเกตได้จากคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ กล่าวคือ หากคำขอท้ายฟ้องมีข้อความขอให้ศาลสั่งให้เอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิหรือขอให้ศาลสั่งยึดทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดย่อมเป็นการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728, 729 แต่หากไม่มีข้อความดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นฟ้องบังคับจำนอง นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติให้คำฟ้องต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้อหาที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น ในกรณีฟ้องบังคับในฐานะเจ้านี้สามัญ คำฟ้องจะต้องบรรยายถึงสัญญาประณามว่าเกิดขึ้นเมื่อใด มีสาระสำคัญอย่างไร จำเลยประพฤติผิดข้อสัญญาอย่างไร โจทก์เสียหายอะไร และมีคำขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้พร้อมค่าเสียหาย ซึ่งสำหรับคำฟ้องบังคับจำนองนั้นจะเริ่มแต่ว่ามีสัญญาจำนองกันอย่างไร ข้อสัญญานั้นกล่าวโดยสรุปแล้วมีประการใด มีการประพฤติปฏิบัติผิดสัญญากันเพียงใด ผิดสัญญาเมื่อไร ค่าเสียหายเท่าไร และควรระบุได้ว่าได้มีการบอกกล่าวทวงถามให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้วหรือไม่ด้วย ส่วนคำขอท้ายฟ้องจะขอให้ศาลพิพากษาให้บังคับเอาทรัพย์สินจำนองโดยอาจขอให้เอาทรัพย์สินนั้นหลุดเป็นสิทธิ หรือให้ยึดขายทอดตลาดอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้

ตัวอย่าง : คำขอท้ายคำฟ้องแพ่ง³⁰ (ฟ้องกู้ยืม บังคับจำนอง)

เพราะฉะนั้นขอศาลออกหมายเรียกตัวจำเลยมาพิจารณาพิพากษา และบังคับจำเลยตามคำขอต่อไปนี้

1. ให้จำเลยชำระเงินจำนวน.....บาทให้แก่โจทก์ พร้อมด้วยดอกเบี้ยร้อยละ....ต่อปี ในต้นเงินจำนวน.....บาท นับแต่วันถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จเพื่อไถ่ถอนจำนอง
2. หากจำเลยไม่ยอมชำระ ขอให้ยึดทรัพย์จำนองของจำเลยออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ให้โจทก์ หากได้เงินจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไม่พอชำระหนี้ ให้โจทก์ทั้งต้นเงินและดอกเบี้ย ขอให้ยึดทรัพย์สินอื่นของจำเลยชำระหนี้ โจทก์จนครบ
3. ให้จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความแทนโจทก์ด้วย
ข้าพเจ้าได้ยื่นสำนวนคำฟ้องโดยข้อความถูกต้องเป็นอย่างเดียวกันมาด้วยหนึ่งฉบับและรอฟังคำสั่งอยู่ ถ้าไม่รอให้ถือว่าทราบแล้ว

..... โจทก์

³⁰ สุพิศ ปราณิตพลกรัง, ตัวอย่างคำฟ้องคดีแพ่ง (เรียงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์), (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจรัสการพิมพ์, 2541), หน้า 349.

(2) ต้องมีจดหมายบอกกล่าว

การจ้างงานไม่ว่ามีกำหนดชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน หรือไม่กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ก็ตามจะต้องมีจดหมายบอกกล่าวล่วงหน้า ไปยังลูกหนี้ก่อนฟ้องบังคับจ้างงานให้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดให้ ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระภายในเวลาที่กำหนดตามจดหมายบอกกล่าวจึงจะฟ้องบังคับจ้างงานได้ ถ้าฟ้องบังคับจ้างงานโดยไม่บอกกล่าวเป็นหนังสือจะต้องถูกยกฟ้อง³¹ เพราะมาตรา 728 บังคับให้กระทำก่อนฟ้อง เมื่อไม่ทำก็ฟ้องไม่ได้ และถึงแม้จะบอกกล่าวแล้วแต่ถ้าบอกกล่าวไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายบังคับ เช่น ต้องกำหนดเวลาให้ชำระหนี้ในคำบอกกล่าวนั้นด้วย ถ้าไม่กำหนดก็ไม่ถือว่าเป็นการบอกกล่าวที่ชอบ ฟ้องบังคับจ้างงานยังไม่ได้

การบอกกล่าวบังคับจ้างงานมีข้อควรพิจารณาดังนี้

วิธีการบอกกล่าว การบอกกล่าวกฎหมายกำหนดว่าต้องมีจดหมายบอกกล่าวซึ่งหมายความว่า จะต้องทำเป็นหนังสือ จะบอกกล่าวด้วยวาจาไม่ได้ การทำเป็นหนังสือไม่มีแบบเพียงแต่เขียนข้อความถึงผู้จ้างงานหรือผู้รับ โอนทรัพย์สินซึ่งจ้างงานแล้วแต่กรณีให้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด

หากจะมอบอำนาจให้บอกกล่าวบังคับจ้างงานแทนก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย ทั้งนี้ กรณีผู้รับจ้างงานตั้งทนายความผู้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทนบอกกล่าวบังคับจ้างงานโดยไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ซึ่งไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 แล้ว ต่อมาทนายความมีหนังสือบอกกล่าวบังคับจ้างงาน ไปยังผู้จ้างงาน ผู้จ้างงานได้รับแล้วไม่ชำระหนี้แก่ผู้รับจ้างงาน ผู้รับจ้างงานจึงนำเอาคดีมาฟ้อง กรณีเช่นนี้ ถือว่าผู้รับจ้างงานยอมรับเอาการบอกกล่าวบังคับจ้างงานของทนายความ ถือได้ว่าผู้รับจ้างงานซึ่งเป็นตัวการ ได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำของทนายความ ซึ่งเป็นตัวแทนที่บอกกล่าวบังคับจ้างงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 ซึ่งการตั้งตัวแทนในลักษณะนี้ไม่ต้องทำเป็นหนังสือถือว่าผู้รับจ้างงานบอกกล่าวบังคับจ้างงานแก่ผู้จ้างงานโดยชอบแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1237/2535, 2551/2524 และ 2427/2518)

ระยะเวลาที่กำหนดในการบอกกล่าว ระยะเวลาที่กำหนดในหนังสือบอกกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 บัญญัติว่า “ภายในเวลาอันสมควร” ซึ่งกรณีเพียงใดถึงจะถือว่าในเวลาอันสมควรคงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำนวนหนี้และพฤติการณ์ระหว่างคู่กรณีเป็นเรื่องๆ ไป โดยคำนึงถึงจำนวนเงินที่เป็นหนี้กันอยู่ว่ามากน้อยเพียงใด คู่สัญญาอยู่ไกลกันเพียงใด รวมทั้งการให้เวลาเพียงพอกับการที่ลูกหนี้จะหาเงินมาชำระหนี้ได้

³¹ ผู้พิทักษ์, “บอกกล่าวบังคับจ้างงาน”, วารสารสภาพทนายความ ปีที่ 3 ฉบับที่ 16 (สิงหาคม, 2536), หน้า 104-108.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2274/2523 “โจทก์มีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้ 100,000 บาท กับดอกเบี้ย ภายใน 15 วัน นับแต่วันรับหนังสือ จำเลยไม่ชำระ โจทก์จึงฟ้องหลังจาก จำเลยได้รับหนังสือ 27 วัน ประกอบกับจำเลยผิดนัดชำระดอกเบี้ยเป็นเวลาพิเศษแล้วถือได้ว่าเป็นการ บอกกล่าวในเวลาอันสมควรแล้ว”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2220/2535 “การบอกกล่าวบังคับจำนองกำหนดเวลาให้ชำระหนี้ ภายในกำหนด 30 วัน เป็นเวลาอันสมควรแล้ว

ถ้าหนังสือบอกกล่าวมิได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ จะถือว่าการบอกกล่าวไม่ชอบ เช่น ในหนังสือบอกกล่าวกำหนดว่าให้จำเลยชำระเงินและไถ่ถอนจำนองเสียในเร็ววันที่สุด เห็นได้ว่าไม่ได้ กำหนดให้ไถ่ถอนเมื่อใด เอาความแน่นอนในการที่จะพิเคราะห์ว่าภายในเวลาอันสมควรหรือไม่ไม่ได้ จึงเป็นการบอกกล่าวไม่ชอบ”

ต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ คำว่า “ลูกหนี้” ในมาตรา 728 นี้ หมายถึงผู้จำนอง เนื่องจากการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามหนี้ประธาน ซึ่งหากลูกหนี้กู้เงินและทำ การจำนองเป็นประกันไว้เองนั้นลูกหนี้ก็มีฐานะเป็นผู้จำนองด้วยก็จะไม่มีปัญหาในการบอกกล่าวแต่ใน กรณีที่บุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้จำนองประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ เช่นนี้จะบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ที่มีได้ จำนองทรัพย์สินของตนเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองเช่นนี้ย่อมไม่ใช่การ บอกกล่าวบังคับจำนอง เพราะลูกหนี้นั้นเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วละเลยไม่ชำระตามวันแห่งปฏิทิน ลูกหนี้ก็ตกเป็นผู้ผิดนัด โดยไม่ต้องเตือนอีกเลย เจ้าหนี้ย่อมฟ้องให้บังคับชำระหนี้ได้อยู่แล้ว

นอกจากการบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองยังต้อง บอกกล่าวบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนซึ่งทรัพย์สินซึ่งจำนองตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 735 ด้วย ซึ่งกรณีที่ทรัพย์สินที่จำนองได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้ว เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองก็ต้อง บอกกล่าวบังคับจำนองให้ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองทราบด้วยตามมาตรา 735 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อ ผู้รับจำนองคนใดจำนองจะบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองท่านว่าต้องมีจดหมายบอก กล่าวแก่ผู้รับโอนล่วงหน้าเดือนหนึ่งก่อนแล้วจึงจะบังคับจำนองได้”

คำพิพากษาฎีกาที่ 5553/2542 “ในกรณีที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองประสงค์จะฟ้องบังคับ จำนอง กฎหมายบังคับให้เจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ และต้องกำหนด เวลาอันสมควรเพื่อให้โอกาสผู้จำนองชำระหนี้จำนอง การบอกกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขที่ผู้รับจำนองจะต้อง กระทำให้ถูกต้องก่อน จึงจะฟ้องบังคับจำนองได้ การบอกกล่าวดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับ การแสดงเจตนา ซึ่งกฎหมายกำหนดคือผู้จำนอง ดังนั้น เมื่อ ส. ผู้จำนองถึงแก่กรรมก่อนโจทก์มีหนังสือ บอกกล่าว แม้จะมีผู้รับหนังสือนั้นไว้ ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการบอกกล่าวบังคับจำนองที่ชอบด้วย กฎหมาย

เมื่อ ส. ผู้จ้างจนถึงแก่กรรม มรดกรวมถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตกทอดแก่ทายาทของ ส. ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1599, 1600 ถ้ามีผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างแล้ว หากโจทก์ประสงค์จะบังคับจ้างต้องมีจดหมายบอกกล่าวแก่ผู้รับโอนล่วงหน้า 1 เดือนก่อนตาม ป.พ.พ. มาตรา 735 ถ้ายังไม่ปรากฏว่าผู้ใดเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้าง แต่ ส. ผู้จ้างมีทายาทหรือผู้จัดการมรดก โจทก์ต้องบอกกล่าวเป็นจดหมายหรือหนังสือล่วงหน้าอย่างน้อย 1 เดือน แก่บุคคลดังกล่าวซึ่งเป็นเสมือนผู้รับโอนทรัพย์สินที่จ้างจึงจะฟ้องบังคับจ้างได้ เมื่อโจทก์มิได้บอกกล่าวบังคับจ้างแก่จำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 4 ซึ่งเป็นทายาทของผู้จ้างก่อนฟ้อง และการที่โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 4 ถือไม่ได้ว่าเป็นการบอกกล่าวบังคับจ้างตามกฎหมาย โจทก์จึง ไม่มีอำนาจฟ้องบังคับจ้าง”

การที่เจ้าหน้าที่จะต้องบอกกล่าวแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างตามมาตรา 735 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเหตุว่าผู้รับโอนมีสิทธิที่จะไถ่ถอนจ้างตามวิธีการที่กำหนดไว้ในหมวด 5 ลักษณะการจ้างเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้าผู้รับจ้างบอกกล่าวว่าจะบังคับจ้างแล้ว ผู้รับโอนจะต้องไถ่ถอนจ้างภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันรับคำบอกกล่าว มิฉะนั้น ผู้รับจ้างสามารถฟ้องบังคับจ้างแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างได้ เพราะหากผู้รับจ้างฟ้องแต่ลูกหนี้และผู้จ้างโดยไม่ฟ้องผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างก็จะไม่มีสิทธิยึดทรัพย์ซึ่งจ้าง แม้มาตรา 702 วรรคสองจะกล่าวไว้ให้สิทธิผู้รับจ้างได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหน้าที่สามัญโดยมีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้สามารถบังคับคดีได้เฉพาะแต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ดังนั้น จึงต้องฟ้องผู้รับโอนทรัพย์สินจ้างให้เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาเสียก่อนจึงจะบังคับคดียึดทรัพย์ซึ่งจ้างอันได้โอนกรรมสิทธิไปเป็นของผู้รับโอนแล้วได้

2.4.2 วิธีบังคับจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

วิธีบังคับจ้างตามบทบัญญัติว่าด้วยบังคับจ้างมี 2 วิธี คือ

วิธีที่ 1 ยึดทรัพย์สินที่จ้างออกขายทอดตลาด ตามมาตรา 728

วิธีที่ 2 เอาทรัพย์สินที่จ้างหลุดเป็นสิทธิ ตามมาตรา 729

หลังจากที่ผู้รับจ้างมีหนังสือบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวแล้วนั้น ลูกหนี้ยังคงละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าวผู้รับจ้างอาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งยึดทรัพย์สินซึ่งจ้างและให้ขายทอดตลาด หรือจะฟ้องขอให้เอาทรัพย์สินจ้างหลุดเป็นสิทธิก็ได้

วิธีที่ 1 ยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด ตามมาตรา 728

การบังคับจำนองตามมาตรา 728 นั้น คือ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้เสียก่อน ซึ่งคำว่า “ลูกหนี้” ในที่นี้กินความหมายรวมไปถึงบุคคลอื่นที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ และหากทรัพย์สินนั้นโอนไปยังบุคคลภายนอก ก็จะต้องบอกกล่าวไปยังบุคคลผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองนั้นล่วงหน้าหนึ่งเดือนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 725 การบอกกล่าวบังคับจำนองนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ จะบอกกล่าวด้วยวาจาไม่ได้ โดยในหนังสือบอกกล่าวจะต้องกำหนดเวลาอันสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

หน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ผู้รับจำนองจะต้องทำคือ จะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลขอให้ศาลพิพากษายึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ การบังคับจำนองจะต้องฟ้องเป็นคดีเสมอ จะบังคับโดยวิธีอื่น เช่น ขายกันเองแบบบังคับจำนองไม่ได้ เพราะว่าทรัพย์สินจำนองนั้นยังอยู่ในความครอบครองของผู้จำนองหรือผู้รับโอนทรัพย์สินจำนอง การบังคับจำนองจึงต้องใช้อำนาจศาล โดยการฟ้องคดีอาจฟ้องลูกหนี้ ผู้จำนอง ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนอง แล้วแต่กรณี

ในการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้น เจ้าพนักงานต้องระบุในประกาศขายว่าจะขายโดยปลอดจำนองหรือให้คิดจำนองไปด้วย ซึ่งการขายโดยปลอดจำนอง คือ ผู้ซื้อจะได้ทรัพย์สินไปโดยปลอดภาระจำนองและไม่มีข้อผูกพันใด ๆ ในกรณีต่อไปนี้

- (1) ทรัพย์สินจำนองรายเดียว ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับจำนอง
- (2) ทรัพย์สินจำนองหลายราย ผู้รับจำนองรายแรกใช้สิทธิบังคับจำนอง
- (3) ทรัพย์สินจำนองหลายราย ผู้รับจำนองรายหลังใช้สิทธิบังคับจำนอง และผู้รับ

จำนองรายแรกแสดงความจำนงขอให้ขายโดยปลอดจำนอง โดยตนขอให้เอาเงินที่ขายได้ชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้รายอื่น

(4) ในกรณีเจ้าหนี้สามัญนำเจ้าพนักงานยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด และเจ้าหนี้จำนองร้องขอให้ขายโดยปลอดจำนองและขอรับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น

การขายทอดตลาดโดยติดภาระจำนองไปด้วยนั้น คือ ผู้ซื้อได้รับทรัพย์สินไปโดยมีภาระจำนองติดไปด้วย ผู้ซื้อจะต้องไถ่ถอนภาระจำนองเองในภายหลังจึงจะได้ทรัพย์สินนั้นโดยปลอดจากภาระผูกพันใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งสามารถทำได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีทรัพย์สินจำนองหลายราย และผู้รับจำนองรายหลังใช้สิทธิบังคับจำนอง แต่หนี้รายแรกยังไม่ถึงกำหนด หรือถึงกำหนดแล้ว แต่เจ้าหนี้รายแรกประสงค์จะให้ขายโดยติดภาระจำนองไปด้วย

(2) ในกรณีที่เจ้าหนี้สามัญยึดทรัพย์สินที่จำนอง เจ้าหนี้ผู้รับจำนองแสดงความประสงค์ให้ขายทรัพย์สินนั้นโดยติดจำนองไปด้วย

วิธีที่ 2 เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ ตามมาตรา 729

มาตรา 729 “นอกจากทางแก้ค้ำบัญชีไว้^๑ในมาตราก่อนนั้น ผู้รับจำนองยังชอบที่จะเรียกเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดได้ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปนี้

- (1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี
- (2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ
- (3) ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่น ได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง

ในการบังคับจำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิตามมาตรา^๑นี้ นอกจากจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวและฟ้องเป็นคดีต่อศาลเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์การบังคับจำนองตามมาตรา 728 แล้วนั้น ยังจะต้องมีสาระสำคัญครบทั้ง 3 ประการ ขาดข้อหนึ่งข้อใดมิได้ ดังนี้

ประการแรก ลูกหนี้จะต้องขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึง 5 ปี ซึ่งวิธีการบังคับจำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดนี้^๑น่าที่จะใช้ได้เฉพาะกับกรณีจำนองธรรมดา คือลูกหนี้เอาทรัพย์สินของตนมาจำนองประกันหนี้กู้ยืมเงินของตนเอง เพราะหากเป็นกรณีประกันหนี้อย่างอื่นไม่ว่าที่จะต้องมีการจ่ายดอกเบี้ยและหากเป็นกรณีบุคคลอื่นจำนองเป็นประกันหนี้ของลูกหนี้^๑นั้น มาตรา 724 วรรคสอง กล่าวไว้ว่าถ้าต้องบังคับจำนอง ท่านว่าผู้จำนองนั้นชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับหนี้จากการบังคับจำนองนั้น ซึ่งเห็นว่าจะเป็นการขายทอดตลาดเพียงวิธีเดียวเท่านั้น

ประการที่สอง ราคาทรัพย์สินที่จำนองไม่ท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ ซึ่งเป็นภาระหน้าที่ของผู้จำนองที่ต้องพิสูจน์หักล้างให้ศาลเห็นให้ได้ว่าราคาทรัพย์สินที่จำนองนั้นท่วมจำนวนเงินที่ลูกหนี้ค้างชำระ

ประการสุดท้าย ทรัพย์สินที่จำนองนั้นจะต้องไม่มีจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่น^๑ได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินเดียวกันนี้ เพราะหากมีจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นเหนือทรัพย์สินที่จำนองอันเดียวกันนั้น ผู้รับจำนองรายหนึ่งรายใดจะบังคับเอาทรัพย์สินนั้นหลุดเป็นสิทธิของตนแต่เพียงผู้เดียวไม่ได้

2.4.3 การบังคับจำนองกรณีทรัพย์สินสิ่งเดียวกันนำไปเป็นประกันหนี้แก่เจ้าหนี้หลายราย

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าทรัพย์สินสิ่งเดียวกันสามารถจำนองให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้หลายราย หรือที่เรียกว่า จำนองซ้อน ตามมาตรา 712 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อมีการบังคับจำนองทรัพย์สินซึ่งจำนองซ้อนอยู่กับผู้รับจำนองหลายรายนั้น กฎหมายจึงมีหลักเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการบังคับจำนองที่จำนองซ้อนดังนี้

(1) ผู้รับจ้างอรรถที่จดทะเบียนจ้างก่อนย่อมได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินซึ่งจ้างก่อนผู้รับจ้างอรรถที่จดทะเบียนจ้างรายถัดมา โดยถือตามวันและเวลาจดทะเบียน ไม่ถือเอาวันทำสัญญาหรือเวลาก่อนหรือเวลาหนึ่งถึงกำหนดก่อนหลังเป็นสำคัญ แต่ถือเอาวันและเวลาจดทะเบียน กล่าวคือ ผู้จดทะเบียนก่อนย่อมมีสิทธิคิดว่าผู้จดทะเบียนทีหลัง เพราะการจดทะเบียนเท่านั้นที่เป็นจุดประสงค์ของกฎหมายเพื่อจะเปิดเผยให้เป็นที่ทราบแก่บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาติดต่อซื้อขายหรือผู้ที่เข้ามารับจ้างคนหลัง ๆ จะได้ทราบภาระของทรัพย์สินนั้น ๆ ว่าติดจ้างอยู่เป็นจำนวนมากน้อยเพียงใด

มาตรา 730 “เมื่อทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวได้จ้างแก่ผู้รับจ้างหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจ้างเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียน และผู้รับจ้างคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจ้างคนหลัง”

มาตรา 732 “ทรัพย์สินซึ่งจ้างขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจ้างเรียงตามลำดับ และถ้ายังมีเงินเหลืออยู่อีกก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จ้าง”

(2) ผู้รับจ้างลำดับหลังจะบังคับสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจ้างลำดับก่อนไม่ได้ ตามมาตรา 731 ซึ่งบัญญัติว่า “อันผู้รับจ้างคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจ้างคนก่อนนั้นท่านว่าหาอาจทำได้ไม่”

2.4.4 การบังคับจ้างอรรถหลายสิ่ง

มาตรา 734 “ถ้าจ้างอรรถหลายสิ่งเพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียวและมีได้ระบุลำดับไว้ไซ้ ท่านว่าผู้รับจ้างจะใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินนั้น ๆ ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางสิ่งก็ได้ แต่ท่านห้ามมิให้ทำเช่นนั้นแก่ทรัพย์สินมากกว่าที่จำเป็นเพื่อใช้หนี้ตามสิทธิแห่งตน

ถ้าผู้รับจ้างใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินทั้งหมดพร้อมกัน ท่านให้แบ่งภาระแห่งหนี้นั้นกระจายไปตามส่วนราคาแห่งทรัพย์สินนั้น ๆ เว้นแต่กรณีที่ได้ระบุจำนวนเงินจ้างอรรถไว้เฉพาะทรัพย์สินแต่ละสิ่ง ๆ เป็นจำนวนเท่าใด ท่านให้แบ่งกระจายไปตามจำนวนเงินจ้างอรรถที่ระบุไว้เฉพาะทรัพย์สินนั้น ๆ

แต่ถ้าผู้รับจ้างใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งเพียงสิ่งเดียวไซ้ผู้รับจ้างจะให้ชำระหนี้อันเป็นส่วนของตนทั้งหมดจากทรัพย์สินอันนั้นก็ได้อีก ในกรณีเช่นนั้นท่านให้ถือว่าผู้รับจ้างคนถัดไปโดยลำดับย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับจ้างคนก่อน และจะเข้าบังคับจ้างแทนที่คนก่อนก็ได้แต่เพียงจำนวนซึ่งผู้รับจ้างคนก่อนจะพึงได้รับจากทรัพย์สินอื่น ๆ ตามบทบัญญัติดังกล่าวมาวรรคก่อน”

จากมาตรา 734 จะเห็นได้ว่า ถ้ามีทรัพย์จำนวนหลายสิ่งประกกันหนึ่งรายเดียวโดยไม่ได้ระบุลำดับ ผู้รับจำนวนจะบังคับเอาแก่ทรัพย์ใดก่อนก็ได้ จะบังคับเอาแก่ทรัพย์ทั้งหมดหรือแต่บางสิ่งก็ได้ ถ้าผู้รับจำนวนเลือกที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์ใด ผู้รับจำนวนจะปฏิเสธเกี่ยงให้ไปบังคับเอาแก่ทรัพย์จำนวนอื่นก่อนไม่ได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายห้ามมิให้ผู้รับจำนวนบังคับเอาแก่ทรัพย์จำนวนเกินกว่าจำนวนหนึ่งที่เป็นประกกัน

ในกรณีที่ผู้รับจำนวนใช้สิทธิบังคับจำนวนเอาแก่ทรัพย์จำนวนทั้งหมดพร้อมกัน ตามมาตรา 734 วรรคสอง จะต้องมีกรกระจายภาระแห่งหนี้ ซึ่งในทางปฏิบัติจะมีการกระจายภาระหนี้เมื่อราคาทรัพย์ที่จำนวนรวมกันทั้งหมดหรือจำนวนเงินที่ระบุให้ทรัพย์แต่ละสิ่งเป็นประกกันหนึ่งรวมกันทั้งหมดท่วมจำนวนหนี้ที่ทรัพย์เหล่านั้นจำนวนเป็นประกกันเท่านั้น ประเด็นแรกที่ต้องพิจารณาคือทรัพย์หลายสิ่งซึ่งจำนวนนั้นหากไม่ได้ระบุจำนวนเงินจำนวนประกกันไว้ ให้กระจายภาระแห่งหนี้ไปตามส่วนราคาของทรัพย์สินซึ่งจำนวนแต่ละสิ่งนั้น ทรัพย์ใดขายได้ราคาต่ำก็รับผิคน้อย ทรัพย์ใดขายได้ราคาสูงก็ให้รับผิคนอกตามอัตราส่วน เช่น ก. กู้เงิน ข. จำนวน 300,000 บาท โดยมี ค. ง. และ จ. ต่างเอาที่ดินของตนมาจำนวนเป็นประกกัน โดยไม่ได้ระบุลำดับและจำนวนเงินจำนวนไว้ ดังนี้ เมื่อบังคับจำนวน ข. มีสิทธิบังคับจำนวนเอาแก่ที่ดินทั้ง 3 แปลงได้ โดยหากขาย ที่ดินของ ค. ง. และ จ. ได้ราคา 160,000 บาท 140,000 บาท และ 100,000 บาท ตามลำดับ รวมเป็นเงิน 400,000 บาท ดังนี้ จะต้องกระจายความรับผิดชอบให้แก่ ค. ง. และ จ. ตามสัดส่วนราคาทรัพย์ที่ขายได้ (กล่าวคือ จำนวนหนี้ คุณ ราคาขายของทรัพย์หารด้วย ราคาขายทรัพย์ทั้งหมด) สรุปได้ว่า ค. รับผิดชอบ 120,000 บาท ง. รับผิดชอบ 105,000 บาท และ จ. รับผิดชอบ 75,000 บาท เพื่อชำระหนี้ให้แก่ ข. รวมจำนวน 300,000 บาท ส่วนเงินที่เหลือหลังจากหักออกจากราคาขายทรัพย์จำนวนแต่ละสิ่ง ก็คืนให้แก่เจ้าของทรัพย์ คือ ค. ง. และ จ. จำนวน 40,000 บาท 35,000 บาท และ 25,000 บาท ตามลำดับ

แต่หากทรัพย์จำนวนแต่ละสิ่งได้ระบุจำนวนเงินจำนวนประกกันไว้ ก็ให้กระจายความรับผิดชอบตามสัดส่วนของจำนวนเงินจำนวนที่ระบุไว้ โดยไม่คำนึงถึงราคาขายของทรัพย์จำนวนไม่ว่าทรัพย์นั้นจะขายได้ราคาสูงหรือต่ำกว่าจำนวนเงินจำนวนที่ระบุ เช่น ตามที่ยกตัวอย่างข้างต้น หาก ค. ง. และ จ. ระบุจำนวนเงินจำนวนเป็นประกกันไว้จำนวน 200,000 บาท 100,000 บาท และ 100,000 บาท ตามลำดับ เมื่อบังคับจำนวนได้เงินมา 400,000 บาท เช่นนี้ กระจายความรับผิดชอบตามสัดส่วนของจำนวนเงินจำนวนที่ระบุไว้ (จำนวนหนี้ คุณ จำนวนเงินจำนวนที่ระบุ หารด้วย ราคาขายทรัพย์ทั้งหมด) กล่าวคือ ค. รับผิดชอบจำนวน 150,000 บาท ง. รับผิดชอบจำนวน 75,000 บาท และ จ. รับผิดชอบจำนวน 75,000 บาท ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงว่าที่ดินของแต่ละคนจะขายได้ราคาสูงหรือต่ำกว่าจำนวนเงินจำนวนที่ระบุไว้หรือไม่ ส่วนที่เกินจากจำนวนเงินจำนวนที่ระบุก็ต้องคืนให้แก่เจ้าของทรัพย์นั้นไป

และสำหรับกรณีที่ทรัพย์จำนองหลายสิ่งเป็นประกันหนี้รายเดียวและมีได้ระบุลำดับไว้ ทรัพย์จำนองบางสิ่งระบุจำนวนเงินจำนองไว้ บางสิ่งไม่ได้ระบุ เช่นนี้ ให้กระจายไปตามจำนวนเงินจำนองประกันที่ระบุสำหรับทรัพย์ที่จำนองแต่ละสิ่ง หรือตามราคาทรัพย์นั้นในกรณีที่ทรัพย์จำนองนั้นไม่ได้ระบุจำนวนเงินจำนอง แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่ผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาทรัพย์หลายสิ่งซึ่งมีทรัพย์ที่มีจำนองซ้อนอยู่ด้วย ตามมาตรา 734 วรรคสาม ถ้าผู้รับจำนองบังคับเอาทรัพย์สิ่งหนึ่งที่มีจำนองซ้อน กฎหมายให้สิทธิผู้รับจำนองคนถัดไปโดยลำดับของทรัพย์สิ่งนั้นเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับจำนองคนก่อนและเข้าบังคับจำนองแทนคนก่อนได้ เท่ากับที่ผู้รับจำนองคนก่อนจะมีสิทธิบังคับจำนองจากทรัพย์สิ่งอื่น ๆ ตามความรับผิดชอบของทรัพย์จำนองแต่ละสิ่งภายหลังจากมีการกระจายภาระแห่งหนี้ในกรณีบังคับจำนองเอาทรัพย์จำนองทั้งหมดพร้อมกันแล้ว เช่น ก. กู้เงินจาก ข. จำนวน 400,000 บาท โดยมี ค. เอาบ้านราคา 500,000 บาทมาจำนอง ง. เอาสวนราคา 200,000 บาทมาจำนอง และ จ. เอาที่ดินราคา 100,000 บาทมาจำนอง ต่อมา ง. กู้เงินจากแดงจำนวน 350,000 บาท ต่อมา ก. ผิดนัดชำระหนี้ ข. สามารถบังคับจำนองได้จากทรัพย์จำนองทั้งหมดอันใดก่อนหลังก็ได้ ถ้า ข. บังคับจำนองจากทรัพย์ของ ง. ซึ่งติดจำนองซ้อนอยู่กับแดงแล้วไม่มีเงินพอชำระหนี้ให้แดง เช่นนี้ กฎหมายให้สิทธิแก่แดงเข้ารับช่วงสิทธิของ ข. ที่จะบังคับจำนองเอาทรัพย์จำนองของ ค. และ จ. ที่เหลือ ในจำนวนที่ ข. พึงจะได้รับ หรือหาก ข. บังคับจำนองเอาทรัพย์จำนองทุกอย่าง ความรับผิดชอบในหนี้ประกันก็จะกระจายตามส่วนที่ผู้จำนองแต่ละคนเข้าเป็นประกันหนี้ นั้น ตามมาตรา 734 วรรคสอง ดังนั้น แแดงที่รับช่วงสิทธิมาจาก ข. ก็จะบังคับจำนองได้ตามสัดส่วนความรับผิดชอบของผู้จำนองแต่ละราย

2.4.5 ผลของการบังคับจำนอง

มาตรา 733 “ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น”

หลังจากที่เจ้าพนักงานบังคับคดีขายทอดตลาดทรัพย์ซึ่งจำนองแล้วได้เงินมาแล้วหักค่าฤชาธรรมเนียมในการขายทอดตลาดเหลือเป็นเงินจำนวนสุทธิเท่าไรจะต้องจัดสรรชำระให้แก่เจ้าหนี้เป็นลำดับไปให้ครบถ้วนทุกคน เหลือเงินเท่าไรจึงคืนให้แก่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกซึ่งเอาทรัพย์มาจำนองเป็นประกันหนี้ของลูกหนี้ แล้วแต่กรณี แต่ถ้าเงินที่ได้มาไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินส่วนที่ขาดอยู่นั้นอีก อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นยกเว้นหลักกฎหมายมาตรานี้ได้ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างไร ไม่ถือว่าเป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480, 474/2502 และ 168/2510)

2.4.6 การให้สิทธิของผู้รับจ้างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289

นอกจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับจ้างซึ่งถือเป็นสิทธิของผู้รับจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ผู้รับจ้างยังได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายวิธีสบัญญัติอีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจากทรัพย์จ้างนั้นยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ ดังนั้นทรัพย์ของลูกหนี้จึงอาจตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีโดยเจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้ได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 จึงบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้รับจ้างไว้ดังนี้ “ถ้าบุคคลใดชอบที่จะบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ หรือชอบที่จะได้เงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้นได้โดยอาศัยอำนาจแห่งการจ้างที่อาจบังคับคดีได้ก็ดี หรืออาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิก็ดี บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้เอาเงินที่ได้มานั้นชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่อาจบังคับเอาทรัพย์สินซึ่งจ้างของลูก ผู้รับจ้างจะมีคำขอดังกล่าวข้างต้นให้เอาทรัพย์สินซึ่งจ้างของนั้นหลุดก็ได้

ในกรณีจ้างอสังหาริมทรัพย์ หรือบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์อันได้ไปจดทะเบียนไว้แล้ว ให้ยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ส่วนในกรณีอื่น ๆ ให้ยื่นคำร้องขอเสียก่อนส่งคำบอกกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 319

ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เอาทรัพย์ที่จ้างของหลุด การยึดทรัพย์ที่จ้างของนั้นเป็นอันเพิกถอนไปในตัว ในกรณีอื่น ๆ ที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะได้รับแต่เงินที่เหลือ ถ้าหากมี ภายหลังจากที่หักชำระหนี้ค่าธรรมเนียมการบังคับจ้างและชำระหนี้ผู้รับจ้าง หรือเจ้าหนี้อุบัติแล้ว”

โดยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อที่จะคุ้มครองเจ้าหนี้ผู้รับจ้าง แตกต่างจากการบังคับจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวบังคับจ้าง

เนื่องจากการใช้สิทธิของผู้รับจ้างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 นี้ ถือว่าเป็นวิธีพิเศษโดยทรัพย์สินซึ่งจ้างของถูกเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นยึดเพื่อขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้ ผู้รับจ้างจะปล่อยให้เขาขายไปโดยไม่ร้องเข้าไปในคดีก็ได้ การขายทอดตลาดก็จะขายไปโดยดีการะจำนองไปด้วย แต่หากผู้รับจ้างอาศัยอำนาจบุริมสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อเอาเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจ้างมาชำระหนี้จ้างของให้แก่ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น ผู้รับจ้างจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดี คือ ศาลที่โจทก์ (เจ้าหนี้สามัญ) ฟ้องคดีและศาลได้ออกหมายบังคับคดีให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระหนี้โดยเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาด ดังนี้ เมื่อศาลอนุญาตตามคำร้องขอของผู้รับจ้าง การขายทอดตลาดดังกล่าวก็จะปลอดจ้าง และแม้จะได้เงินจากการขายทอดตลาดมาไม่พอชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจ้างก็ตาม จ้างนั้นก็ป็นอันระงับสิ้นไป ตามมาตรา 744(5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวบังคับจ้างแต่ประการใด (คำพิพากษาฎีกาที่ 474/2524)

(2) ผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของที่ดินตามคำพิพากษา แต่หนี้จ้างนั้นจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว

ผู้รับจ้างตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของที่ดินตามคำพิพากษา แต่ทั้งนี้ หนี้จ้างนั้นจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1758/2530 “โจทก์นำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดที่ดินของภรรยาจำเลยที่ 2 เพื่อขายทอดตลาดชำระหนี้ตามคำพิพากษา ผู้ร้องคัดค้านว่าจำเลยที่ 2 เป็นหนี้ผู้ร้องตามสัญญา คู่โดยภรรยาที่ 2 จ้างงานที่ดินแปลงที่โจทก์นำยึดเป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้ ขอให้เอาเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดที่ดินดังกล่าวชำระหนี้ผู้ร้องก่อนเจ้าหนี้คนอื่น ดังนั้น เมื่อหนี้ที่จำเลยที่ 2 จะต้องรับผิดชอบแก่ผู้ร้องยังไม่ถึงกำหนดชำระ ผู้ร้องจะอาศัยอำนาจแห่งการจ้างมาบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของภรรยาจำเลยที่ 2 ที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 หาได้ไม่ และการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่กระทบกระทั่งสิทธิของผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับจ้างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 287”

(3) ผู้รับจ้างจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนที่จะมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจ้าง มีฉะนั้นศาลขอที่จะยกคำร้องขอได้

นอกจากนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจ้างอสังหาริมทรัพย์ หรือเจ้าหนี้ทรงบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์อื่น ได้จดทะเบียนไว้จะต้องร้องขอเข้ามายังศาลก่อนที่จะมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจ้างนั้น มีฉะนั้น ศาลจะยกคำร้องขอ³² ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 684/2513 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1785/2520

คำพิพากษาฎีกาที่ 684/2513 “ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 ในการยื่นคำร้องขอเช่นว่านี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรานี้กำหนดไว้ว่าให้ผู้ร้องยื่นคำร้องขอก่อนเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาด แต่ปรากฏว่าผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลเมื่อได้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้เสร็จสิ้นแล้ว โดยผู้ร้องเองเป็นผู้ประมูลซื้อทรัพย์สินนี้จากการขายทอดตลาดของศาลได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิร้องขอตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนี้ ขอที่ศาลจะยกคำร้องของผู้ร้องเสีย”

³² ประเสริฐ เสียงสุทริวงศ์, การกันส่วน การขอรับชำระหนี้จ้างหรือบุริมสิทธิ การขอเฉลี่ยทรัพย์ การร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด ร้องจัดทรัพย์ พร้อมตัวอย่างประกอบ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2534), หน้า 13-15.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2520 “ผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจ้างของชอบที่จะบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้หรือชอบที่จะได้เงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้น โดยอาศัยอำนาจแห่งการจ้างได้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ ตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2518 ก่อนเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดตามที่กฎหมายบัญญัติให้ไว้ในกรณีแล้วจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติอีกกรณีหนึ่งสำหรับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะขอเข้าเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งถูกเจ้าพนักงานบังคับคดียึดหรืออายัดไว้ และหนี้จ้างซึ่งผู้ร้องมีสิทธิขอให้เอาชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ นั้น รวมถึงดอกเบี้ยและค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจ้างด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 715”

(4) ถ้าผู้รับจ้างไม่ยื่นคำร้องขอ ทรัพย์สินที่ขายไปจะต้องคิดจ้างไปด้วย

แม้ว่าผู้รับจ้างจะไม่ได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนที่จะเอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดตามที่กล่าวข้างต้น ก็ทำให้ผู้รับจ้างหมดสิทธิกันไปไม่ การบังคับคดีแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจึงไม่กระทบถึงสิทธิของผู้รับจ้างซึ่งอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินซึ่งคิดจ้างนั้นไปด้วย ตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1779-1780/2509)

3. **การนำหลักเกณฑ์คดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับบังคับใช้กับคดีบังคับจ้าง**

3.1 **การฟ้องคดีบังคับจ้าง**

จากหลักกฎหมายจ้างจะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิฟ้องบังคับจ้างได้โดยแบ่งออกได้ ดังนี้

(1) กรณีฟ้องบังคับจ้าง ตามมาตรา 728 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้ได้มีหนังสือบอกกล่าวทวงถามให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจ้างจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจ้างและขายทอดตลาดได้ ตามมาตรา 728 หรือขอให้ทรัพย์สินจ้างหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ โดยต้องเข้าตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 729 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะฟ้องคดีเพื่อบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญาคู่หรือสัญญาประจักษ์แก่เจ้าหนี้สามัญหรือจะฟ้องบังคับจ้างอย่างผู้รับจ้างซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจ้างก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น และจะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลตามหลักเกณฑ์การบังคับจ้างที่กล่าวมาข้างต้น

ซึ่งในการใช้สิทธิทางศาลฟ้องคดีของเจ้าหนี้ นั้น เจ้าหนี้จะต้องยื่นเป็นคำฟ้องต่อศาล ซึ่งคำฟ้องฉบับใดเป็นคำฟ้องบังคับจ้างหรือเป็นคำฟ้องบังคับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญนั้นพิจารณาได้จากคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ คือ ถ้าคำขอท้ายฟ้องมีข้อความขอให้ศาลสั่งให้เอาทรัพย์สิน

จำนองหลุดเป็นสิทธิหรือขอให้ศาลสั่งยึดทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาด ย่อมเป็นการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728, 729 แต่หากไม่มีข้อความดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นฟ้องบังคับจำนอง เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติให้คำฟ้องต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้อหาที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเท่านั้น (รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ 2.4.1 เรื่องการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังกล่าวไว้ข้างต้น)

โดยในการยื่นคำฟ้องขอบังคับจำนองของโจทก์นี้เอง ที่ศาลจะต้องพิจารณาจากคำฟ้องประกอบกับเอกสารแนบท้ายคำฟ้องของโจทก์ว่ามีประเด็นข้อยุ่งยากหรือไม่อย่างไร สมควรสั่งให้พิจารณาคดีโดยรวบรัดอย่างคดีไม่มีข้อยุ่งยากตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 196 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือไม่ต่อไป

(2) การใช้สิทธิของผู้รับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 ซึ่งเป็นการใช้สิทธิของผู้รับจำนองที่ต่างไปจากหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวบังคับจำนองและไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่เป็นกรณีที่เจ้าหนี้รายอื่นได้มีการฟ้องบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งได้จำนองไว้กับผู้รับจำนองแล้วซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้แล้วนั้น ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ เพียงแต่ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับก่อนที่จะมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ให้เอาเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งได้จำนองไว้กับผู้รับจำนองให้เอามาชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้รายอื่น เมื่อศาลพิจารณาอนุญาตตามคำร้องขอของผู้รับจำนองแล้วนั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่ชอบที่จะได้รับเงินที่เหลือหลังจากหักชำระค่าธรรมเนียมการบังคับจำนองและชำระหนี้ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้อื่นที่บริบูรณ์เสร็จเรียบร้อยแล้ว (รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ 2.4.6 การใช้สิทธิของผู้รับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289)

กรณีนี้จึงเป็นการใช้สิทธิของผู้รับจำนองตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 กล่าวคือ เป็นกรณีที่กระบวนการดำเนินคดีบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้โดยเจ้าหนี้สามัญนั้นได้เสร็จสิ้นไปแล้ว และศาลได้มีคำพิพากษาให้เจ้าหนี้นั้นเป็นผู้ชนะคดีแล้ว มีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ต่อมาผู้รับจำนองก็ยื่นคำร้องขอต่อศาลเข้ามาเพื่อขอให้เอาเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้มาชำระหนี้ให้ตนก่อน จึงไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงว่าควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบไม่มีข้อยุ่งยากหรือไม่ เพราะไม่ใช่การเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดี แต่เป็นการร้องขอให้ชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ถูกยึดขายทอดตลาดหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาให้เจ้าหนี้อื่นชนะคดีไปแล้ว

3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับบังคับใช้กับคดีบังคับจำนอง

ทั้งนี้ เนื่องจากการบังคับจำนองตามวิธีพิจารณาคดีแบบสามัญภายใต้ประมวลวิธีพิจารณาคดีความแพ่งนั้น มีขั้นตอนหลายขั้นตอน ทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนและความล่าช้าในการดำเนินคดี เห็นได้ชัดเจนจากขั้นตอนในการดำเนินคดี เริ่มตั้งแต่การยื่นฟ้อง-รับฟ้อง การแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง-คำให้การ การไต่สวนมูลฟ้อง การชี้สองสถานกำหนดหน้าที่นำสืบของคู่ความแต่ละฝ่าย การยื่นบัญชีระบุพยาน การสืบพยาน คำสั่งและคำพิพากษาของศาล และขั้นตอนอื่น ๆ ซึ่งในการดำเนินคดีศาลจะทำหน้าที่เพียงเป็นคนกลางคอยตัดสินชี้ขาดคดีและดำเนินคดีตามระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ไม่ได้มีอำนาจหน้าที่หรือบทบาทที่กฎหมายกำหนดให้เข้าไปมีส่วนช่วยคู่ความได้เหมือนอย่างคดีมโนสารและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก ซึ่งทำให้คู่ความบางรายใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการประวิงคดีได้ ซึ่งหากเทียบกับขั้นตอนของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีมโนสารและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของศาลในการดำเนินคดีในระบบไต่สวน (Inquisition System) จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีมโนสารและคดีไม่มีข้อยุ่งยากนั้นรวบรัด กระชับ และอำนวยความสะดวก รวดเร็วในการดำเนินคดีได้มากกว่าการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีความแบบสามัญ อันจะเป็นประโยชน์แก่คู่ความทั้งสองฝ่าย โดยเจ้าหนี้ก็สามารถนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้โดยเร็ว ส่วนลูกหนี้และผู้รับจำนองก็หลุดพ้นจากความรับผิดชอบในหนี้ที่ประกันนั้นเร็วขึ้น โดยหากได้ระบุไว้ในสัญญา ก็อาจจะต้องรับผิดชอบในหนี้ที่ยังขาดชำระอยู่เท่านั้น และรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีก็มีจำนวนไม่สูงมากนักเพราะคดีความตัดสินชี้ขาดไปด้วยความรวดเร็ว ทั้งนี้ แม้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้นไปด้วยความรวดเร็วก็ตาม แต่ศาลก็ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วยความเป็นกลางเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายมากที่สุด โดยยังได้ให้ความคุ้มครองจําเลยในการให้การต่อสู้คดี โดยจําเลยสามารถให้การต่อสู้คดีด้วยวาจาก็ได้ ตามมาตรา 193 และคุ้มครองสิทธิของจําเลยในการเตรียมการและต่อสู้คดีอีกด้วย โดยพิจารณาได้จากหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 196 (1) เรื่องการส่งหมายเรียกไปยังจําเลย ศาลจะกำหนดให้จําเลยมาศาลและให้การในวันใดวันหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควรได้โดยมิให้เป็นการเสียหายต่อการต่อสู้คดีของจําเลยตามมาตรา 196 (1)

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าหากนำเอากระบวนการวิธีพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับบังคับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนองแล้วนั้น จะอำนวยความสะดวก รวดเร็ว ลดขั้นตอนยุ่งยาก และอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความในการบังคับจำนองได้เป็นอย่างดี

เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากนั้น กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดหรือแบ่งแยกประเภทของคดีที่ควรดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยรวบรัดไว้อย่างชัดเจน โดยมอบหมายให้เป็นการใช้ดุลพินิจของศาลจากการพิจารณาคำฟ้องและเอกสารประกอบท้ายฟ้องของโจทก์ที่ได้ยื่นต่อศาล ซึ่งจากหลักเกณฑ์ในมาตรา 196 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าคดีนั้นปรากฏในเบื้องต้นว่าเป็น “คดีไม่มีข้อยุ่งยาก” ซึ่งวางหลักไว้คือ

1. เป็นคดีสามัญซึ่งโจทก์ฟ้องขอให้ชำระเงินจำนวนแน่นอนตามตัวเงิน ซึ่งการรับรองหรือการชำระเงินตามตัวนั้นได้ถูกปฏิเสธ หรือ
2. เป็นคดีสามัญที่โจทก์ฟ้องขอให้ชำระเงินจำนวนแน่นอนตามสัญญาเป็นหนังสือซึ่งปรากฏในเบื้องต้นว่าเป็นสัญญาอันแท้จริงมีความสมบูรณ์ และบังคับได้ตามกฎหมาย

ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งให้ดำเนินคดีอย่างคดีไม่มีข้อยุ่งยากได้ ไม่ว่าโจทก์จะได้อื่นคำขอ โดยทำเป็นคำร้องต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องขอให้พิจารณาคดีนั้น โดยรวบรัดหรือไม่ก็ตาม

จากหลักดังกล่าวนี้เอง จะเห็นได้ว่าคดีบังคับจำนองสามารถปรับเข้าได้กับหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากในกรณีที่ เป็นคดีสามัญที่โจทก์ฟ้องขอให้ชำระเงินจำนวนแน่นอนตามสัญญาเป็นหนังสือซึ่งปรากฏในเบื้องต้นว่าเป็นสัญญาอันแท้จริงมีความสมบูรณ์ และบังคับได้ตามกฎหมาย ซึ่งแยกพิจารณาองค์ประกอบได้ดังนี้

(ก) เป็นคดีฟ้องขอให้ชำระเงินจำนวนแน่นอนตามสัญญา ตามหลักกฎหมาย จำนองกำหนดให้สัญญาจำนองจะต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง (มาตรา 704) และระบุจำนวนเงินจำนองเป็นเงินไทยเป็นจำนวนแน่นอน หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันนั้น (มาตรา 708) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของแบบของสัญญาจำนอง ถ้าไม่ได้ระบุไว้ทั้งสองอย่างหรือขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ถือว่าไม่ครบถ้วนตามแบบ

ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดว่าหากฟ้องบังคับตามสัญญาจำนองนั้นย่อมเป็นการฟ้องขอให้ชำระเงินจำนวนแน่นอนตามสัญญา เพราะแบบของสัญญาจำนองจะต้องมีการระบุจำนวนเงินเป็นเงินไทยเป็นจำนวนแน่นอนตามที่กฎหมายจำนองกำหนดอยู่แล้ว

หรือหากเป็นกรณีฟ้องตามสัญญาคู่และฟ้องบังคับจำนองมาพร้อมกันนั้น พิจารณาจากสัญญาคู่ตามมาตรา 653 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “การกู้ยืมเงินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

ในการกู้ยืมเงินมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ท่านว่าจะนำสืบการใช้เงินได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ให้ยืมมาแสดง หรือเอกสารสำคัญอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้น ได้เวียนคืนแล้ว หรือ ได้แทงเพิกถอนลงในเอกสารนั้นแล้ว”

กล่าวคือ การให้กู้ยืมเงินมากกว่า 50 บาทนั้น กฎหมายกำหนดให้จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้กู้ โดยมีการระบุข้อตกลงต่างๆ ในการกู้ยืม จำนวนเงินที่ของกู้ การคิดดอกเบี้ย การชำระหนี้ รวมถึงอาจกล่าวถึงการค้ำประกัน ซึ่งอาจค้ำประกันด้วยบุคคลหรือด้วยทรัพย์สินของตนเองหรือจําตามแต่กรณี ซึ่งหากไม่ทำเป็นหนังสือจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ จึงเห็นได้ว่าการนี้ฟ้องชำระหนี้เงินกู้มาพร้อมกับการฟ้องบังคับจําเองก็ถือว่าเข้าหลักเกณฑ์ประการแรกที่ต้องเป็นการฟ้องคดีสามัญที่ขอให้ชำระหนี้เงินเป็นจำนวนแน่นอนและเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นหนังสือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2106/2543 “ป.พ.มาตรา 653 บังคับให้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้กู้จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้โดยมิได้บังคับว่าต้องระบุชื่อผู้ให้กู้และผู้กู้ต้องลงลายมือชื่อด้วย จำเลยเป็นผู้เขียนหนังสือสัญญาเงินและลงลายมือชื่อเป็นผู้กู้กับได้รับเงินกู้ไปจากโจทก์แล้ว แต่สัญญาเงินได้เว้นช่องให้ผู้ให้กู้และกำหนดเวลาชำระหนี้คืนไว้เมื่อโจทก์เป็นผู้ให้กู้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะลงชื่อเพื่อเป็นหลักฐานในการนำคดีมาฟ้องร้องได้ ส่วนการที่โจทก์รอกข้อความกำหนดชำระหนี้คืนนั้น ข้อความดังกล่าวจะระบุไว้หรือไม่ก็ตาม ก็หาไม่ผลให้หลักฐานการฟ้องร้องที่สมบูรณ์อยู่แล้วและบังคับแก่จำเลยได้เสียไปไม่”

หรือกรณีฟ้องบังคับจําเองซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงิน ไม่ว่าจะเป็นตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือเช็ค ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 908 , 982 , 987 ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า “ตัวเงิน คือหนังสือตราสารอันเกิดจากสัญญาซึ่งผู้ทำตราสารนั้นผูกพันตนต่อผู้ทรงสิทธิในตราสารนั้นว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งให้ด้วยตนเองหรือจะใช้เงินให้เมื่อผู้ชำระไว้ในตราสารไม่ใช้เงินตามคำสั่ง หรือเมื่อไม่มีการใช้เงินตามข้อผูกพันของตน”³³ ซึ่งวัตถุแห่งหนี้ตามตัวเงินนั้นจะต้องเป็นการชำระหนี้ด้วยเงินสดเท่านั้น ซึ่งจะต้องมีการกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอน โดยจะกำหนดเป็นเงินไทยหรือสกุลเงินต่างประเทศก็ได้ แต่ต้องเป็นเงินตราที่สามารถชำระได้ตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ บทบัญญัติเรื่องตัวเงินยังได้กำหนดให้ผู้ที่ยกเลิกลายมือชื่อในตัวเงินให้ต้องเป็นผู้รับผิดชอบตัวเงินนั้น ตามมาตรา 900 “บุคคลผู้ลงลายมือชื่อของตนในตัวเงินย่อมต้องรับผิดชอบเนื้อความในตัวเงินนั้น”³⁴ ดังนั้น หากกรณีเป็นการฟ้องบังคับจําเองตามหนี้ตัวเงินนั้นก็สามารปรับเข้ากับหลักเกณฑ์ของคดีไม่มีข้อยุ่งยากได้ เพราะมูลหนี้ตามตัวเงินนั้นจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือและกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอน เช่นเดียวกับมูลหนี้ตามสัญญา หรือสัญญาจําเอง

³³ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวเงิน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 8.

³⁴ รายละเอียดโปรดศึกษาจากคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวเงิน.

(ข) สัญญานั้นต้องทำเป็นหนังสือ ตามที่กล่าวข้างต้นว่าทั้งสัญญาจำนองนั้น กฎหมายจำนองกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (มาตรา 714) มิฉะนั้น ตกเป็นโมฆะ สัญญากู้ยืมเงินกฎหมายก็กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้ มิฉะนั้นจะฟ้องร้อง บังคับคดีไม่ได้ (มาตรา 683) หรือตัวเงินก็จะต้องจัดทำขึ้นเป็นหนังสือตราสาร ตามมาตรา 908 , 982 , 987 ดังนั้น คดีฟ้องร้องบังคับจำนองตามสัญญาจำนองซึ่งฟ้องร้องชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินหรือตามตัวเงิน และขอให้บังคับจำนองด้วยนั้นย่อมจะต้องมีการจัดทำขึ้นเป็นหนังสืออย่างแน่นอน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2286/2538 “สัญญาจะจำนองไม่มีตาม ป.พ.พ. ไม่เหมือนสัญญาจะซื้อ จะขายทรัพย์สิน สัญญาจะแลกเปลี่ยนและค้ำประกันจะให้ตามมาตรา 456 วรรคสอง 519, 526 การที่จำเลยมอบ โฉนดที่ดินพร้อมใบมอบอำนาจและเอกสารอื่นให้โจทก์เพื่อจดทะเบียนจำนองประกันหนี้การขายลดเช็ค โดยมีข้อกำหนดให้จดทะเบียนจำนองได้ หลังจากเรียกเก็บเงินตามเช็ค โดยมีข้อกำหนดให้จดทะเบียน จำนองได้ หลักจากเรียกเก็บเงินตามเช็ค ไม่ได้เป็นเรื่องจำเลยเจตนาเอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกัน เมื่อไม่ได้จดทะเบียนจำนองให้ถูกต้องสัญญาจำนองจึงเป็นโมฆะ”

(ค) หนังสือสัญญานั้นต้องแท้จริง กล่าวคือหนังสือสัญญาที่อ้างเป็นพยานหลักฐาน ในการฟ้องร้องต้องไม่ใช่เอกสารปลอม ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญาจำนองนั้นเป็นแบบที่กฎหมาย กำหนดให้ต้องมีรายการและแบบตามที่กฎหมายกำหนดรวมทั้งต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งหากเป็นการจำนองที่ดินจะต้องไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานที่ดินที่สำนักงานที่ดิน ซึ่งจะมีแบบฟอร์ม ของสัญญาจำนองและมีเจ้าพนักงานดำเนินการอยู่ด้วยจึงถือได้ว่าเป็นเอกสารสำคัญที่ออกโดยราชการซึ่ง ถือว่าเป็นพยานเอกสารสำคัญที่เป็นคุณประโยชน์ต่อโจทก์ และเป็นการยากที่จำเลยจะนำสืบหักล้าง เป็นประการอื่นได้ ในส่วนของการต่อสู้เรื่องของความถูกต้องแท้จริงของสัญญาประธานหรือสัญญา กู้ นั้น ผู้เขียนขอยกไปกล่าวในหัวข้อเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของจำเลยต่อไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2506 “สัญญาจำนองเป็นการทำหนังสือจดทะเบียนไว้ต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่ตราทรัพย์สินของตนไว้เป็นประกันการชำระหนี้ สารสำคัญแห่งการจำนองจึงอยู่ที่ ข้อความในหนังสือสัญญาจำนองที่จดทะเบียนไว้ สิ่งที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานหลักฐานเอกสาร มาแสดง ก็คือสัญญาจำนองที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว เมื่อสัญญาจำนองระบุไว้ชัดเจนแล้วว่าจำเลยจำนอง ที่ดินเต็มทั้งโฉนดและสิ่งปลูกสร้างจำนองด้วยทั้งสิ้น จำเลยจะนำสืบว่าได้ตกลงจำนองกันเพียงที่ดิน และห้องแถวเพียง 16 ห้อง ในจำนวน 22 ห้องที่มีอยู่ในเวลาทำสัญญานั้นหาได้ไม่ ต้องห้ามตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94

แม้ในสัญญาจ้างจะ ได้กล่าวไว้ว่า ข้อสำคัญอื่น ๆ เป็นไปตามสัญญาที่ลูกหนี้ทำไว้ กับโจทก์ และตามสัญญาที่กล่าวไว้ว่าจ้าง 16 ห้อง แต่เมื่อสัญญาจ้างระบุไว้ชัดเจนแล้วว่าจำนวนที่ดิน ทั้งโฉนดพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างมากน้อยเพียงใด จึงไม่ใช่ข้อสัญญาอื่น ๆ นอกสัญญาจ้าง ดังนั้น จะตีความว่าจ้างเพียง 16 ห้อง ตามที่กล่าวในสัญญาหาได้ไม่”

(ง) สัญญานั้นต้องสมบูรณ์ คือ สัญญาจะต้องเกิดจากการแสดงเจตนา สัญญา ที่นำมาฟ้องอาจไม่สมบูรณ์หากมีวัตถุประสงค์หรือข้อตกลงเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการแสดงเจตนาบกพร่องอันเนื่องมาจากความสำคัญผิดซึ่งเป็นโมฆะ หรือกลฉ้อฉลซึ่งถูกบอก ล้างแล้ว หรือการข่มขู่ซึ่งถูกบอกล้างแล้ว หรือบกพร่องด้วยความสามารถ ซึ่งล้วนแต่เป็นประเด็นที่ จำเลยสามารถยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อต่อสู้คดีของโจทก์ถึงความสมบูรณ์ถึงข้อตกลงในสัญญาและ สัญญาจ้างซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

(จ) สัญญานั้นต้องบังคับได้ตามกฎหมาย เช่น หนังสือสัญญาที่ยืมเงินจำนวน มากกว่า 50 บาทขึ้นไป หากมิได้ลงลายมือชื่อ แต่ลงลายมือชื่อผู้ให้กู้เพียงฝ่ายเดียว ย่อมฟ้องร้อง บังคับคดีไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 หรือหนังสือสัญญาใด ๆ ที่ทำขึ้น นั้นหากเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องติดอากรแสตมป์ หากไม่ได้ปิดอากรแสตมป์ให้ครบถ้วน ย่อมอ้างเป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 118

เมื่อนำเอาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งมาปรับเข้ากับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุศาสตร์ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการดำเนินคดีบังคับจ้างอนั้นสามารถที่ปรับนำเอา กระบวนวิธีพิจารณาคดีแบบคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาบังคับใช้ได้ และเพื่อให้ทุกศาลมีหลักเกณฑ์และ บรรทัดฐานร่วมกันในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีบังคับจ้างอน เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความ ผู้เขียนใคร่ขอเสนอให้ศาลกำหนดวางหลักเกณฑ์ร่วมกันเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดีบังคับ จ้างอน ซึ่งในปัจจุบันศาลแพ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์เพื่อช่วยให้ศาลมีแนวทางในการกำหนดประเภท ของคดีที่ให้นำเอากระบวนวิธีพิจารณาคดีมีโนสาร่และคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาบังคับใช้ได้ โดยได้ กำหนดรวมถึงคดีบังคับจ้างอนไว้ด้วย ตามประกาศของศาลแพ่ง เรื่อง ข้อเสนอในการปฏิบัติสำหรับ คดีมีโนสาร่และคดีไม่มีข้อยุ่งยาก ซึ่งได้ประกาศไว้ ณ วันที่ 18 มิถุนายน 2544 แต่ทั้งนี้ เนื่องจากความ เข้าใจคลาดเคลื่อนประกอบกับความกังวลในทุนทรัพย์ของคดีที่พิพาท จึงได้มีการกำหนดจำนวนทุน ทรัพย์ของคดีไม่มีข้อยุ่งยากไว้ด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในบทที่ 4 ต่อไป

3.3 การพิจารณาข้อต่อสู้ในคำให้การของจำเลย

ในการยื่นคำให้การของจำเลยนั้น มาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติไว้ดังนี้ “เมื่อได้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องให้จำเลยแล้ว ให้จำเลยทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายใน 15 วัน

ให้จำเลยแสดงโดยชัดแจ้งในคำให้การว่าจำเลยยอมรับหรือปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้นหรือแต่บางส่วน รวมทั้งเหตุแห่งการนั้น

จำเลยจะฟ้องแย้งมาในคำให้การก็ได้แต่ถ้าฟ้องแย้งนั้นเป็นเรื่องอื่น ไม่เกี่ยวกับคำฟ้องเดิมแล้ว ให้ศาลสั่งให้จำเลยฟ้องเป็นคดีต่างหาก

ให้ศาลตรวจดูคำให้การนั้นแล้วสั่งให้รับไว้หรือให้คืนไปหรือสั่งไม่รับตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ ให้ใช้บังคับแก่บุคคลภายนอกที่ถูกเรียกเข้ามาเป็นผู้ร้องสอดตามมาตรา 57(3) โดยอนุโลม”

จากมาตรา 177 นี้ กล่าวได้ว่าเมื่อจำเลยได้รับสำเนาคำฟ้องและหมายเรียกจากโจทก์แล้ว จำเลยมีหน้าที่จะต้องทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายใน 15 วัน แต่ทั้งนี้ หากเป็นกรณีดำเนินคดีบังคับจำนองตามกระบวนการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากนั้น มาตรา 196 วรรคสอง(1) กำหนดให้อำนาจศาลออกหมายเรียกและกำหนดวันให้จำเลยมาศาลและให้การในวันใดวันหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควรได้ ดังนั้น ศาลอาจกำหนดวันที่ให้จำเลยมาให้การต่อศาลได้ตามที่เห็นสมควรซึ่งอาจจะน้อยกว่า 15 วันก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องมิให้เป็นการเสียหายแก่การต่อสู้คดีของจำเลย ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงระยะเวลาเพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสเตรียมตัวเข้าสู่คดีได้ตามสมควรด้วย มาตรา 196 วรรคสาม จึงเปิดโอกาสให้จำเลยขอเลื่อนยื่นคำให้การได้หากจำเลยมีเหตุผลสมควรทำให้ศาลเชื่อได้ว่าเป็นการพ้นวิสัยที่จำเลยจะยื่นคำให้การก่อนหรือภายในวันที่ศาลกำหนด

อีกประการหนึ่ง ในกระบวนการพิจารณาคดีแบบไม่มีข้อยุ่งยากนั้น จำเลยสามารถให้การด้วยวาจาได้ ตามมาตรา 193 วรรคสาม ซึ่งหากจำเลยไม่สามารถทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลก่อนหรือภายในที่ศาลกำหนดได้ ในวันนัดพิจารณา จำเลยสามารถที่จะให้การต่อศาลด้วยวาจาได้

หลักในการให้การของจำเลยนั้น มาตรา 177 กล่าวไว้ชัดเจนแล้วว่าจำเลยจะต้องแสดงโดยชัดแจ้งในคำให้การของตนว่าจำเลยยอมรับหรือปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้นหรือแต่บางส่วน รวมทั้งเหตุแห่งการนั้นด้วยว่าปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์เพราะอะไร เป็นการยกข้อต่อสู้ของจำเลยให้ศาลทราบ ซึ่งหากจำเลยจะฟ้องแย้งเข้ามาในคดีพร้อมกับคำให้การของตนก็ได้ ในการให้การของจำเลยนั้น หากจำเลยให้การยอมรับข้อกล่าวอ้างของโจทก์คดีก็ไม่มีประเด็นพิพาทอะไรต้อง

พิจารณาอีก ศาลสามารถสั่งพิพากษาคดีไปได้ แต่หากจำเลยให้การปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธข้ออ้างทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ตาม ศาลย่อมต้องพิจารณาและดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ซึ่งจำเลยอาจยกข้อต่อสู้ที่อาจเป็นประเด็นพิพาทที่มีความยุ่งยากซับซ้อนอันจะทำให้เป็นคดีที่มีข้อยุ่งยากได้ หรือข้อต่อสู้บางข้ออาจเป็นเพียงข้อต่อสู้เพื่อประวิงคดีเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อต่อสู้ของจำเลยดังนี้

(1) ข้อต่อสู้เรื่องสัญญาประณาน

เนื่องจากสัญญาจำนองนั้นลักษณะเป็นสัญญาอุปกรรม ซึ่งทำขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาประณาน เช่น สัญญากู้เงิน ซึ่งสัญญาประณานนี้จะต้องมีความสมบูรณ์และบังคับได้ กล่าวคือ จะต้องมิมีระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งเป็นสัญญาประณานเสียก่อน แล้วจึงทำสัญญาจำนอง ซึ่งเรียกว่าเป็นสัญญาอุปกรรม เพื่อเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันหนี้ได้ เพราะหากไม่มีสัญญาประณานหรือสัญญาประณานตกเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ตามกฎหมาย ก็จะไม่เกิดสัญญาอุปกรรมนั่นเอง จากหลักกฎหมายจำนองนี้เองที่จำเลยมักนำขึ้นมากล่าวอ้างในคำให้การเพื่อต่อสู้คดีถึงความเป็นจำนอง อาทิ ต่อสู้ว่าสัญญาประณานไม่เกิดขึ้น โจทก์และจำเลยไม่มีหนี้ต่อกัน ไม่เคยมีการทำสัญญากัน จำเลยไม่เคยรับเงินกู้จากโจทก์ จำเลยไม่ได้เป็นผู้ลงลายมือชื่อในสัญญา เป็นลายมือชื่อปลอม เอกสารโจทก์ทำที่จื่นมาเอง เอกสารแนบท้ายคำฟ้องเป็นเพียงสำเนาเอกสารที่พิสูจน์ความถูกต้องไม่ได้ไม่น่าเชื่อถือ ผู้ลงนามในสัญญาไม่ผูกพันบริษัท (กรณีเป็นนิติบุคคล) ผู้ลงนามในสัญญาเป็นผู้เยาว์ ไร้ความสามารถ เสมือนไร้ความสามารถ เป็นบุคคลล้มละลาย หรือเป็นนิติกรรมอำพราง ก่อฉ้อฉล หรือการแสดงเจตนาบกร่องอันเนื่องมาจากความสำคัญผิดซึ่งเป็นโมฆะ หรือการข่มขู่ ซึ่งถูกบอกล้างแล้ว เป็นต้น เป็นข้อต่อสู้ที่จำเลยกล่าวอ้างถึงความบกพร่องไม่สมบูรณ์ของสัญญาประณานเพื่อสืบไปถึงความไม่มีอยู่จริงของมูลหนี้ที่เอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกัน กล่าวคือ ไม่มีหนี้ให้ต้องมาประกันการชำระหนี้แต่อย่างไร ไม่มีสัญญาประณาน สัญญาอุปกรรมไม่เกิดเช่นกัน จำเลยไม่มีหนี้ที่ต้องชำระคืนให้แก่โจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 287/2506 “ศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้บิดาของผู้เยาว์ทำนิติกรรมจำนองที่ดินแทนผู้เยาว์และเปิดร้านขายผ้าเพื่อผลประโยชน์แก่ผู้เยาว์ แต่บิดาไปจำนองที่ดินของผู้เยาว์เพื่อประกันหนี้บุคคลอื่นไม่ใช่เพื่อประโยชน์แก่ผู้เยาว์และมีได้นำเงินไปใช้จ่ายตามที่ศาลสั่งอนุญาตเลย การทำนิติกรรมจำนองเช่นนี้ย่อมไม่ผูกพันผู้เยาว์และทรัพย์สินที่จำนอง”

นอกจากนี้ หากสัญญาจำนองมิได้ระบุชัดเจนว่าเป็นประกันหนี้ประเภทใดประเภทหนึ่ง ลูกหนี้อาจต่อสู้ในเรื่องของมูลหนี้หรือความเป็นหนี้ที่ได้เอาทรัพย์สินมาจำนองไว้เป็นประกัน ซึ่งเป็นประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงมูลหนี้ด้วย เพราะหากมูลหนี้ที่โจทก์ฟ้องร้องมานั้นมิได้เป็นหนี้ที่

ผู้จ้างเองเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ นั้น โจทก์ยอมไม่มีสิทธิฟ้องบังคับจำนองในมูลหนี้ นั้น ๆ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2205/2535³⁵ “หนังสือสัญญาต่อท้ายหนังสือจำนองมีข้อความว่า ผู้จ้างเองได้จำนองที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นประกันเงินซึ่งผู้จ้างเองเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่ในเวลานี้หรือในเวลาใดเวลาหนึ่งต่อไปในภายหน้าเป็นจำนวนเงิน 160,000 บาท หรือในเรื่องเงินในจำนวนใดจำนวนหนึ่งซึ่งผู้จ้างเองเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่ในเวลานี้หรือจะเป็นหนี้ต่อไปในภายหน้า ผู้จ้างเองยอมรับผิดชอบทั้งสิ้น ข้อความในสัญญาดังกล่าวในตอนแรกระบุว่า การจำนองรายนี้เป็นประกันหนี้เงินจำนวน 160,000 บาท ซึ่งเท่ากับจำนวนเงินที่โจทก์กู้ไปจากจำเลย ส่วนข้อความในตอนหลังที่ระบุให้การจำนองเป็นประกันหนี้จำนวนใดจำนวนหนึ่งซึ่งผู้จ้างเองเป็นหนี้ผู้รับจำนองอยู่ในเวลานี้หรือจะเป็นหนี้ต่อไปในภายหน้านั้น ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าให้เป็นประกันถึงหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดหรือหนี้อย่างอื่นคนละประเภทกันที่จะเกิดขึ้นในภายหน้า กรณีจึงมีข้อสงสัย ดังนั้น การตีความถึงเจตนาของผู้จ้างเองในกรณีที่มิใช่ข้อสงสัยเช่นนี้ ต้องตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้รับจำนองที่ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น ต้องฟังว่าสัญญาจำนองรายนี้ไม่ได้ประกันถึงหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดซึ่งโจทก์จะต้องรับผิดชอบต่อจำเลยอีกประการหนึ่ง”

(2) ข้อต่อสู้เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา

ในการต่อสู้คดี จำเลยอาจให้การต่อสู้ถึงความไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะของสัญญาได้ ทั้งของสัญญาประธานและสัญญาจำนองว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ซึ่งส่วนที่ขัดต่อกฎหมายหรือตกเป็นโมฆะนั้นจะไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ ซึ่งหากหนี้ตามสัญญาประธานที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะใช้ไม่ได้เลยนั้น เจ้าหนี้อย่อมไม่สามารถมาบังคับเอากับหลักประกันตามสัญญาอุปกรรมได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้ หากตกเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์บางส่วนนั้นกฎหมายบัญญัติชัดเจนว่าส่วนที่เป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์นั้นไม่ทำให้ส่วนอื่นที่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ไปด้วยไม่ ตามหลักกฎหมายจำนองมาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติห้ามมิให้ผู้จ้างเองและผู้รับจำนองตกลงกันในเรื่องดังนี้ “การที่ตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลานี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองเจ้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองไว้ ข้อตกลงเช่นนั้นไม่สมบูรณ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2065/2527 “โจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้จากจำเลยโดยอาศัยหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือ จำเลยให้การว่าหลักฐานการกู้ยืมที่ทำขึ้นนั้นเป็นนิติกรรมอำพรางในการที่สามีโจทก์มอบให้จำเลยไว้เป็นค่าใช้จ่ายในการจัดหาหญิงส่งไปเป็นนางบำเรอพวกเศรษฐีในฮ่องกง เป็นมูลหนี้ที่

³⁵ สมชาย พวงภู และศิริจิต รัตนคารา, คู่มือนักกฎหมาย รวมคดีอุทธรณ์ชั้นศาลฎีกา เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกฎหมายธุรกิจบัณฑิตพัฒนาและการบัญชี, 2543), หน้า 209.

ไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โจทก์ไม่อาจฟ้องร้อง บังคับคดีเอาแก่จำเลยได้ ดังนี้ เท่ากับจำเลยยอมรับว่าได้ทำเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานที่จำเลยกู้ยืมเงินโจทก์ ไปตามฟ้องแล้ว แต่จำเลยกล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ถือได้ว่าจำเลยกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อ สนับสนุนคำให้การของตน หน้าที่น่าสืบต้องตกอยู่แก่จำเลยซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1510/2542 “การที่จำเลยผู้จำนองและโจทก์ผู้รับจำนองได้ทำ หนังสือมอบอำนาจโดยจำเลยยอม โอนที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นทรัพย์สินของให้แก่โจทก์เมื่อ จำเลยผิดนัดไม่ชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติตาม ป.พ.พ. มาตรา 711 นั้น ย่อมส่งผลเพียงทำให้ ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์โดยโจทก์จะบังคับหรือปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้เท่านั้น ห้ามมิผลทำ ให้นิติกรรมการจดทะเบียนจำนองระหว่างโจทก์กับจำเลยในส่วนอื่นที่กระทำโดยชอบต้องเสียไปหรือไม่ สมบูรณ์แต่อย่างใด เมื่อปรากฏว่าจำเลยยังมีได้ชำระหนี้และจดทะเบียนไถ่ถอนจำนอง สัญญาจำนอง ระหว่างโจทก์กับจำเลยยังมีผลบังคับใช้ได้ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องจำเลย”

(3) ข้อต่อสู้เรื่องอำนาจในการฟ้องบังคับจำนอง

ในการฟ้องบังคับจำนองนั้น เจ้าหนี้สามารถฟ้องบังคับจำนองได้ต่อเมื่อลูกหนี้ ได้มีการผิดนัดชำระหนี้และเจ้าหนี้ได้มีหนังสือบอกกล่าวทวงถามไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้ภายในเวลา อันสมควร หากลูกหนี้ละเลยเพิกเฉยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าวของเจ้าหนี้ เช่นนี้ กฎหมายให้สิทธิ แก่ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนอง ออกขายทอดตลาดได้ ตามหลักในมาตรา 728 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจากหลักนี้ จำเลยสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้โจทก์ถึงอำนาจในการบังคับจำนองของโจทก์ได้ว่าโจทก์ไม่มีอำนาจ ฟ้องบังคับจำนอง อาทิ จำเลยไม่เคยผิดนัดชำระหนี้โจทก์จึง ไม่มีสิทธิบอกกล่าวทวงถามให้ตนชำระหนี้ โจทก์ไม่เคยบอกกล่าวทวงถามให้จำเลยชำระหนี้และจำเลยไม่เคยได้รับหนังสือบอกกล่าวทวงถาม ดังกล่าวจากโจทก์เลย เป็นต้น เช่นนี้ ถือว่าจำเลยให้การรับว่ามีมูลหนี้ต้องชำระให้แก่โจทก์อยู่จริง แต่มูลหนี้ดังกล่าวยังไม่เกิดเหตุผิดนัดเกิดขึ้น และโจทก์ไม่เคยบอกกล่าวทวงถามให้ตนชำระหนี้ หรือ หากส่งหนังสือบอกกล่าวทวงถามมายังจำเลย จำเลยก็สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยชำระหนี้ตรงตามกำหนด ไม่เคยผิดนัดชำระหนี้แต่อย่างใด การบอกกล่าวทวงถามให้ชำระหนี้ของโจทก์จึงเป็นการบอกกล่าว ทวงถามให้ชำระหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยยังไม่ถือว่าผิดนัดผิดสัญญาแต่อย่างใด โจทก์ไม่มี อำนาจบอกกล่าวบังคับจำนองตนได้

(4) ข้อต่อสู้เรื่องการบอกกล่าวบังคับจำนองไม่ชอบ

สืบเนื่องจากมาตรา 728 ดังกล่าวข้างต้น นอกจากประเด็นข้อต่อสู้เรื่องโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องบังคับจำนองแล้วนั้น ยังมีประเด็นที่จำเลยมักให้การต่อสู้คือ โจทก์บอกกล่าวบังคับจำนองโดยไม่ชอบ อาทิ บุคคลผู้รับมอบอำนาจจากโจทก์ไม่มีอำนาจในการบอกกล่าวบังคับจำนองแทนโจทก์ ซึ่งอาจกล่าวอ้างถึงความบกพร่องของตัวผู้มอบอำนาจ หรือผู้รับมอบอำนาจ เช่น ความเป็นผู้เยาว์ ความวิกลจริต ไร้ความสามารถ ฯลฯ อันเป็นเหตุให้การมอบอำนาจดังกล่าวไม่สมบูรณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และส่งผลให้หนังสือบอกกล่าวทวงถามที่ผู้รับมอบอำนาจดำเนินการแทนโจทก์นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน หรือกรณีการบอกกล่าวไปยังผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหนึ่งเดือน หากโจทก์ส่งคำบอกกล่าวไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองล่วงหน้าไม่ถึงหนึ่งเดือน เช่นนี้ ก็ถือได้ว่าเป็นการบอกกล่าวจำนองไม่ชอบ หรือข้อต่อสู้เรื่องกำหนดเวลาในการชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร ซึ่งปัญหาการกำหนดเวลาอันสมควรที่ต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป ทั้งนี้ เพราะไม่สามารถกำหนดตายตัวได้ว่าเวลาแค่ไหนเพียงไรถึงจะเป็นเวลาอันสมควรเพียงพอแก่ลูกหนี้ในการนำเงินมาชำระคืนให้แก่เจ้าหนี้ได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากจำนวนหนี้ ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ สภาพเศรษฐกิจ และปัจจัยอื่นประกอบกันว่าเวลาที่กำหนดนั้นถือเป็นเวลาอันสมควรแล้วหรือไม่อย่างไร ซึ่งถือเป็นเรื่องต่อสู้ได้ว่าโจทก์ไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดจึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1608/2506³⁶ “โจทก์มีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังจำเลยเพียงว่า ให้จำเลยชำระเงินและไถ่ถอนการจำนองเสียภายในเร็ววันที่สุดนั้น เห็นได้ว่าไม่ได้กำหนดให้ไถ่ถอนการจำนองเมื่อใด เอาความแน่นอนในการที่จะพิเคราะห์ว่าภายในเวลาอันสมควรหรือไม่ไม่ได้ จึงไม่เป็นการบอกกล่าวบังคับจำนองที่ชอบ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5553/2542 “ในกรณีเจ้าหนี้เป็นผู้รับจำนองประสงค์จะฟ้องบังคับจำนองกฎหมายบังคับให้เจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้และต้องกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อให้โอกาสผู้จำนองชำระหนี้จำนอง การบอกกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขที่ผู้รับจำนองจะต้องกระทำให้ถูกต้องก่อน จึงจะฟ้องบังคับจำนองได้ การบอกกล่าวดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาซึ่งกฎหมายกำหนดคือ ผู้จำนอง ฉะนั้นเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ส. ผู้จำนองถึงแก่กรรมก่อน โจทก์มีหนังสือบอกกล่าวแม้จะมีผู้อื่นรับหนังสือนั้นไว้ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการบอกกล่าวบังคับจำนองที่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 268.

เมื่อ ส. ผู้จ้างจนถึงแก่กรรม มรดกกรมตลอดถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตกทอดแก่ทายาทของ ส. ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1599 , 1600 ถ้ามีผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างแล้ว หากโจทก์ประสงค์จะบังคับจ้างต้องมีจดหมายบอกกล่าวแก่ผู้รับ โอนล่วงหน้าอย่างน้อยหนึ่งเดือนแก่บุคคลดังกล่าวซึ่งเป็นเสมือนผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจ้างจึงจะฟ้องบังคับจ้างได้ เมื่อโจทก์มิได้บอกกล่าวบังคับจ้างแก่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ซึ่งเป็นทายาทผู้จ้างก่อนฟ้อง และการที่โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 3 และที่ 4 ถือไม่ได้ว่าเป็นการบอกกล่าวบังคับจ้างตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับจ้าง

(5) ข้อต่อสู้เรื่องอายุความ

อายุความในการบังคับจ้างนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 745 บัญญัติไว้ดังนี้ “ผู้รับจ้างจะบังคับจ้างแม่เมื่อหนี้ที่เป็นประจักษ์นั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจ้างเกินกว่าห้าปีไม่ได้” ประกอบกับมาตรา 193/27 ซึ่งบัญญัติเป็นหลักการเดียวกันว่า “ผู้รับจ้าง ผู้รับจำนำ ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง หรือผู้ทรงบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ของตนได้ยึดถือไว้ ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จ้าง จำนำ หรือที่ไต่ยึดถือไว้ แม้ว่าสิทธิเรียกร้องส่วนที่เป็นประจักษ์จะขาดอายุความแล้วก็ตาม แต่จะใช้สิทธินั้นบังคับให้ชำระดอกเบี้ยที่ค้างย้อนหลังเกินห้าปีขึ้นไปไม่ได้”

กล่าวคือ แม้ว่าหนี้ประจักษ์จะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม ผู้รับจ้างก็สามารถใช้สิทธิบังคับจ้างเอาทรัพย์สินที่จ้างนั้นได้ เพียงแต่จะบังคับให้ผู้จ้างต้องชำระดอกเบี้ยที่ค้างชำระอยู่เกินกว่าห้าปีไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนเล็งเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ทั้งผู้รับจ้างและผู้จ้าง คุ้มครองผู้รับจ้างเพราะให้สิทธิแก่ผู้รับจ้างที่จะฟ้องบังคับจ้างได้แม้ว่าหนี้ประจักษ์จะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม และคุ้มครองผู้จ้างเพราะเหตุว่าห้ามไม่ให้ผู้รับจ้างมาบังคับตนต้องชำระดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่าห้าปี เพราะมิฉะนั้น รวมเงินต้นและดอกเบี้ยที่ค้างชำระแล้วอาจสูงท่วมเกินมูลหนี้ที่เป็นประจักษ์ ซึ่งจะเป็นผลให้ผู้รับจ้างขอบังคับจ้างเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิของตนได้ จึงเป็นการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้จ้างได้ในเบื้องต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1416/2525 “การจ้างทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันหนี้ ป.พ.พ. มาตรา 193/27 และมาตรา 745 บัญญัติเป็นข้อยกเว้นว่า แม้หนี้ที่ประกันหรือหนี้ประจักษ์จะขาดอายุความแล้วก็ยังบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จ้างได้ แต่ดอกเบี้ยที่ค้างให้คิดย้อนหลังขึ้นไปได้เพียงห้าปี หากหนี้ประจักษ์ไม่ขาดอายุความ สิทธิเรียกร้องดอกเบี้ยที่ค้างชำระก็มีกำหนดอายุความห้าปีเช่นกันตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/33(1)”

ดังนั้น แม้จำเลยจะต่อสู้เรื่องของการขาดอายุความของหนี้ประธาน ก็จะไม่เป็นการตัดสิทธิในการฟ้องบังคับจำนองของโจทก์ เพราะกฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนทั้งสองมาตราดังกล่าวข้างต้นว่าแม้อายุความของหนี้ประธานจะได้ขาดอายุความไปแล้วก็ตาม ผู้รับจำนองก็ยังใช้สิทธิบังคับจำนองได้

นอกจากนี้ สัญญาจำนองไม่มีกำหนดอายุความ เพราะสัญญาจำนองถือเป็นทรัพย์สินซึ่งติดไปกับตัวทรัพย์สิน ไม่ว่าทรัพย์สินซึ่งจำนองจะได้จำหน่าย จ่าย โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ผู้รับจำนองก็ยังคงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(6) ข้อต่อสู้เรื่องความสมบูรณ์คำฟ้องและเอกสารแนบท้ายคำฟ้องของโจทก์

เนื่องจากศาลยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของคำฟ้องและเอกสารแนบท้ายคำฟ้องของโจทก์ ดังนั้น จำเลยจึงมักต่อสู้ถึงความจริงเท็จของคำฟ้องและเอกสารแนบท้ายคำฟ้องของโจทก์ว่าเป็นเอกสารที่โจทก์จัดทำขึ้น ไม่มีมูลความจริง เป็นเอกสารเท็จ โจทก์กล่าวอ้างเป็นเท็จ เป็นลายมือชื่อปลอม เป็นต้น ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาจากต้นฉบับของเอกสารที่กล่าวอ้าง หรืออาจต้องใช้การวิเคราะห์จากผู้เชี่ยวชาญ หรือตรวจสอบจากแหล่งข้อมูลที่เชื่อถือได้ หรือมีเช่นนั้น จำเลยอาจกล่าวอ้างถึงเอกสารแนบท้ายคำฟ้องรับฟังไม่ได้ เช่น ไม่ได้ติดอากรแสตมป์ หรือไม่ได้ขีดฆ่าอากรแสตมป์ ซึ่งก็เป็นเหตุให้ไม่สามารถนำเอาเอกสารหลักฐานนั้นมาเป็นพยานหลักฐานในคดีได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 609/2537 “จำเลยให้การปฏิเสธลายมือชื่อในสัญญาถือว่าไม่ใช่ของจำเลยเท่ากับเป็นการปฏิเสธความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร และกล่าวอ้างว่าหนี้นั้นไม่สมบูรณ์ ศาลจึงจำเป็นต้องใช้สัญญาถือว่าเป็นพยานหลักฐานในคดี เมื่อสัญญาไม่ได้ขีดฆ่าอากรแสตมป์ถือว่าสัญญาไม่ปิดแสตมป์บริบูรณ์ จึงไม่อาจรับฟังสัญญาเป็นพยานหลักฐานในคดีแห่งได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 118 แม้จำเลยจะเบิกความรับว่าลายมือชื่อในสัญญาเป็นของจำเลยก็เป็นเรื่องในชั้นพิจารณาว่าข้อเท็จจริงในประเด็นที่จำเลยต่อสู้ไว้ฟังได้เพียงใด ไม่ใช่กรณีที่ไม่ต้องใช้เอกสารสัญญาเป็นพยานหลักฐาน”

ซึ่งในการพิจารณาข้อต่อสู้ของจำเลยในคดีไม่มีข้อยุ่งยากนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลควรพิจารณาข้อต่อสู้ของจำเลยในคำให้การเป็นการต่อสู้คดีที่จำต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่ชักช้า ตามหลักในมาตรา 196 (2) วางหลักไว้ว่าหากจำเลยมาศาลและยื่นคำให้การต่อศาลโดยมีข้อต่อสู้อันสมควร ก็ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปโดยไม่ชักช้า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลควรบังคับใช้มาตรานี้โดยเคร่งครัด ทั้งนี้ โดยหลักการยื่นคำให้การของจำเลยแล้วหากไม่รับตามฟ้องของโจทก์ ก็ต้องปฏิเสธตามฟ้องของโจทก์ทั้งหมด หรือ ไม่ก็ ไม่ยื่นคำให้การเลย ซึ่งประเด็นนี้เอง ในกรณีที่จำเลยไม่ยื่นคำให้การหรือยื่นคำให้การรับตามที่โจทก์ฟ้องทั้งหมดก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่หากเป็นกรณีจำเลย

ปฏิเสธตามข้อกล่าวอ้างของโจทก์ทั้งหมดหรืออาจฟ้องแย้งมาเช่นนี้ ผู้เขียนมีความเป็นห่วงว่าหากศาลไม่นำเอาหลักในมาตรา 196 (2) มาบังคับใช้โดยเคร่งครัด ศาลอาจพิจารณาไปได้ว่าข้อต่อสู้ของจำเลย เช่น ข้อต่อสู้เรื่องความเป็นจำนอง กล่าวคือ ข้อต่อสู้เรื่องความถูกต้องสมบูรณ์ของหนี้ประธาน การบอกกล่าวบังคับจำนอง จะถือเป็นประเด็นข้อพิพาทที่ยู่ยกอันจะนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งให้ดำเนินคดีอย่างคดีไม่มีข้อยุ่งยากและดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปตามข้อบังคับแห่งคดีสามัญ ตามมาตรา 196 วรรคท้าย ได้ และหากจำเลยเป็นผู้ใช้สิทธิไม่สุจริตยื่นคำให้การต่อสู้คดีเพื่อประวิงคดีแล้วนั้น ย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล่าช้าออกไปได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลควรนำเอามาตรา 196 (2) มาใช้บังคับโดยเคร่งครัด กล่าวคือ แม้จำเลยจะยื่นคำให้การต่อสู้คดีของโจทก์ก็ตามก็ให้ศาลดำเนินการพิจารณาคดีตามกระบวนการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากต่อไปโดยไม่ชักช้า ตามมาตรา 196 (2) เพราะโดยเนื้อแท้ของคดีไม่มีข้อยุ่งยากนั้นคำให้การของจำเลยไม่ควรที่จะถือเป็นเหตุให้คดีที่ไม่มีข้อยุ่งยากกลับมาเป็นคดีที่มีข้อยุ่งยากได้อีกประการใด เพราะกฎหมายให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจแก่ศาลแล้วที่จะพิจารณาข้อต่อสู้จากคำให้การของจำเลยแล้วดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปโดยไม่ชักช้า ซึ่งต่างจากหลักของคดีมีข้อพิพาท ตามมาตรา 188(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบังคับให้คดีที่ดำเนินคดีอย่างคดีไม่มีข้อพิพาทต้องกลับมาเป็นคดีมีข้อพิพาทหากมีบุคคลอื่นใดเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ให้ดำเนินคดีต่อไปอย่างคดีมีข้อพิพาท

3.4 การพิจารณาคดี

ตามหลักในมาตรา 196 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติ ไว้ว่า “ถ้าจำเลยมาศาล ให้ศาลจดคำแถลงของจำเลยลงในรายงานพิสดาร และถ้าศาลได้พิจารณาคำแถลงและคำให้การของจำเลยแล้วเห็นว่าจำเลยไม่มีเหตุต่อสู้คดีนั้น ก็ให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีนั้นโดยเร็วเท่าที่พึงกระทำได้ แต่ถ้าปรากฏต่อศาลว่าจำเลยอาจมีข้อต่อสู้อันสมควรก็ให้ศาลดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่ชักช้าและฟังพยานทั้งสองฝ่ายก่อนพิพากษา”

จากมาตราดังกล่าว หลังจากศาลพิจารณาจากคำแถลงและคำให้การของจำเลยแล้ว หากเห็นว่าจำเลยไม่มีเหตุต่อสู้คดีนั้น กฎหมายกำหนด ให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีนั้นโดยเร็วเท่าที่พึงกระทำได้ ซึ่งต่างจากกรณีที่ศาลพิจารณาคำให้การของจำเลยแล้วเห็นว่าจำเลยมีเหตุต่อสู้คดีอันสมควร กฎหมายกำหนด ให้ศาลดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่ชักช้าและฟังพยานทั้งสองฝ่ายก่อนพิพากษา ดังนี้

1. กรณีจำเลยไม่มีข้อต่อสู้คดี ศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยเร็วเท่าที่พึงกระทำได้ เป็นกรณีที่ศาลพิจารณาจากคำแถลงและคำให้การของจำเลยแล้วเห็นว่าจำเลยไม่มีข้อต่อสู้ เช่น กรณีที่จำเลยให้การรับตามข้อกล่าวอ้างในคำฟ้องของโจทก์ โดยไม่มีข้อต่อสู้ใด ๆ ซึ่งเมื่อจำเลยไม่มีข้อโต้แย้งหรือข้อต่อสู้คดีที่โจทก์กล่าวอ้างในคำฟ้องแล้วนั้น ศาลก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณา

หรือสืบถามพยานอะไรเพิ่มเติมแต่อย่างไร สมควรดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็ว ดังนั้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องสืบพยาน โจทก์และจำเลยเพิ่มเติมอีก ศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปได้เลย โดยเร็วเท่าที่พึงกระทำได้ ซึ่งอาจเป็นวันนัดพิจารณาวันเดียวกันที่จำเลยมาศาลและให้การด้วยวาจาหรือยื่นคำให้การเป็นหนังสือต่อศาลก็ได้ ซึ่งคำพิพากษาของศาลนั้นอาจทำด้วยวาจาได้ ตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2. กรณีที่จำเลยมีข้อต่อสู้อันสมควร ศาลต้องดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่ชักช้าและฟังพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายก่อนพิพากษา

เป็นกรณีที่จำเลยให้การต่อสู้คดี ซึ่งจำเลยอาจยื่นคำให้การเป็นหนังสือก่อนหรือภายในวันนัดพิจารณา หรืออาจเป็นการให้การต่อศาลในวันนัดพิจารณาก็ได้ ซึ่งหลังจากศาลพิจารณาคำแถลงและคำให้การของจำเลยแล้วเห็นว่าจำเลยมีข้อต่อสู้อันสมควร กฎหมายก็กำหนดให้ศาลจะต้องดำเนินการพิจารณาคดีไปโดยไม่ชักช้าและฟังพยานหลักฐานของคู่ความทั้งสองฝ่ายก่อนที่จะพิพากษาคดี

เมื่อจำเลยกล่าวอ้างข้อต่อสู้มานั้น เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าข้อต่อสู้ในคำให้การของจำเลยนั้นเป็นข้อต่อสู้ที่สมควรแล้วหรือไม่ ซึ่งทางปฏิบัติของทนายความในการร่างคำให้การต่อสู้คดีแทนจำเลย หากจำเลยใช้สิทธิต่อสู้คดีโดยไม่สุจริตโดยประสงค์จะประวิงคดี คำให้การของจำเลยก็จะกล่าวอ้างปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของโจทก์ทุกข้อ อันจะทำให้คดีต้องดำเนินการล่าช้าออกไปได้ ซึ่งบางข้ออ้างอาจเป็นการให้การเท็จได้ ซึ่งเป็นการยากที่พิชิตจนถึงความถูกต้องของคำให้การได้ในชั้นพิจารณาคำให้การ เป็นเหตุให้ต้องมีการตรวจสอบโดยการสืบพยานต่อไป ทั้งนี้ เนื่องจากศาลไทยยังไม่มีมาตรการในการตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของคำคู่ความดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการพิจารณาจากคำแถลงและคำให้การของศาลว่าข้อต่อสู้ของจำเลยนั้นถือเป็นข้อต่อสู้คดีอันสมควรแล้วหรือไม่โดยพิจารณาจากคำคู่ความและพยานหลักฐานทั้งหลาย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าหากไม่เป็นข้อต่อสู้อันสมควรแล้ว ศาลก็สมควรที่จะพิจารณาพิพากษาคดีโดยเร็วเท่าที่พึงกระทำตามที่กล่าวมาข้างต้น เสมือนหนึ่งว่าจำเลยไม่มีข้อต่อสู้คดี อย่างไรก็ตามคงเป็นเรื่องยากในทางปฏิบัติ เพราะหากศาลพิจารณาเพียงจากคำให้การและเอกสารแนบท้ายคำให้การของจำเลยโดยตั้งสืบพยาน ย่อมเป็นเหตุให้จำเลยสามารถยกเรื่องขึ้นร้องเรียนว่าศาลวางตัวไม่เป็นกลางได้ ดังนั้น เมื่อจำเลยกล่าวอ้างข้อต่อสู้ในคำให้การของตนแล้วนั้น ศาลก็มักจะรับไว้พิจารณาและสืบพยานเพื่อตรวจสอบหาข้อเท็จจริงต่อไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 2668/2528 “แม้ในสัญญาจ้างองระบุว่าผู้จ้างคือจำเลยได้รับเงินเป็นการเสร็จแล้ว ก็หาอาจฟังเป็นหลักฐานว่ามีกรจ่ายเงินกันจริงหรือไม่ การนำสืบของจำเลยที่ว่าไม่มีการมอบเงินกัน เท่ากับเป็นการนำสืบว่าไม่มีมูลหนี้ ไม่มีหนี้ประธาน หนี้ตามสัญญาจ้างซึ่งเป็นหนี้อุปกรรมจึงไม่เกิดขึ้นนั้น ห้ามข้อห้ามมิให้นำสืบไม่”

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี กรณีที่จำเลยมีข้อต่อสู้นี้ กฎหมายบัญญัติให้ศาลต้องดำเนินการพิจารณาต่อไปโดยไม่ชักช้า คำว่า “ไม่ชักช้า” นั้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยากว่า จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรวบรัด รวดเร็ว ไม่ชักช้า ไม่ยืดเยื้อ และเสร็จสิ้นลงเร็วกว่าการพิจารณาแบบสามัญ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยาก ซึ่งเอากระบวนการพิจารณาคดีมโนสาเร่มาใช้บังคับ อาทิ

-การไต่ถามคดี ตามมาตรา 193 วรรคสอง เมื่อโจทก์และจำเลยมาศาล ให้ศาลทำการไต่ถามคดีให้คู่ความได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้นก่อน ซึ่งเป็นบทบาทที่สำคัญของศาล หากศาลสามารถไต่ถามคดีให้คู่ความสามารถประนีประนอมยอมความกันได้ คดีก็จะเสร็จสิ้นลงด้วยความรวดเร็ว แต่หากคู่ความไม่สามารถตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ และจำเลยได้ให้การแล้วและศาลเห็นว่าประเด็นข้อต่อสู้อันสมควรก็ให้ศาลดำเนินกระบวนการคดีต่อไปโดยไม่ชักช้า ตามมาตรา 196(2)

-การสอบถามคู่ความ ในการดำเนินคดีไม่มีข้อยุ่งยาก แม้กฎหมายกำหนดให้ศาลไม่ต้องทำการชี้สองสถานก็ตาม แต่หากจำเลยมีข้อต่อสู้ข้ออ้างของโจทก์ ศาลก็ควรเข้ามามีบทบาทในการสอบถามคู่ความเสมือนการชี้สองสถานแต่เป็นการสอบถามเพื่อถามคู่ความว่ารับหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงในคำฟ้องและคำให้การในประเด็นใดบ้าง เพื่อเป็นการยุติประเด็นที่ไม่สำคัญออกเสีย เพื่อให้เหลือประเด็นที่พิพาทกันจริง ๆ เท่านั้น ตามมาตรา 193 จัตวา วรรคสาม แม้คู่ความจะไม่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างเองก็ตาม และศาลจะต้องจัดการรับข้อเท็จจริงดังกล่าวลงในรายงานกระบวนการพิจารณา พร้อมกับให้โจทก์และจำเลยส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวต่อศาลต่อไป

-การสืบพยาน ในการสืบพยาน ศาลควรเข้ามามีบทบาทในการควบคุมให้การสืบพยานหลักฐานเป็นไปเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาทเท่านั้น และศาลควรที่จะควบคุมและกำชับคู่ความให้นำเอาเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องเข้ามาในสำนวนให้ครบถ้วน โดยเร็ว เพื่อมิให้คู่ความกล่าวอ้างถึงความไม่พร้อมของเอกสารมาเพื่อประวิงคดี อาศัยหลักในมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ก็ดี หรือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้แต่ได้ยื่นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ศาลปฏิเสธไม่รับพยานหลักฐานนั้นไว้

เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดฟุ่มเฟือยเกินสมควรหรือประวิงคดีให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวข้องประเด็น ให้ศาลมีอำนาจการสืบพยานหลักฐานเช่นว่านั้นหรือพยานหลักฐานอื่นต่อไป

เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม ให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไปซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ”

ซึ่งในการสืบพยานคดีไม่มีข้อยุ่งยากนั้น มาตรา 193 จัตวา กำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม เหมือนอย่างมาตรา 86 วรรคท้าย แต่หากนอกเหนือจากที่มาตรา 193 จัตวา บัญญัติไว้ มาตรา 195 ก็บัญญัติให้นำเอาบททั่วไปแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและบทบัญญัติในคดีสามัญมาใช้บังคับแก่การพิจารณา และการชี้ขาดในคดีมโนสารและคดีไม่มีข้อยุ่งยากด้วย ดังนั้น ศาลก็มีอำนาจที่จะพิจารณาพยานหลักฐานได้ว่าพยานหลักฐานใดจำเป็นต่อการพิจารณาคดี พยานหลักฐานใดไม่เกี่ยวข้องกับคดีเป็นการประวิงคดี และฟุ่มเฟือย ซึ่งศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ ตามหลักในมาตรา 86 นอกจากนี้ มาตรา 193 จัตวา วรรคสอง ศาลยังมีอำนาจที่จะซักถามพยานก่อนตัวความก็ได้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้การดำเนินคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 3283/2524 “จำเลยให้การว่าจำเลยขอปฏิเสธฟ้องโจทก์โดยสิ้นเชิง เพราะสัญญาที่โจทก์ทำขึ้นเป็นการฉ้อฉล และแถลงต่อศาลในวันชี้สองสถานว่าหมายความว่าโจทก์ใช้อุบายหลอกลวงให้จำเลยลงชื่อในสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องนั้น ดังนี้ ไม่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าโจทก์กระทำการอย่างไรบ้างอันจะแสดงว่าเป็นการฉ้อฉลหรือใช้อุบายหลอกลวงจำเลย และเป็นเหตุให้จำเลยไม่ได้รับเงินไปตามสัญญาที่นั้น เหตุแห่งคำให้การปฏิเสธของจำเลยมิได้แสดงโดยชัดแจ้งตาม ป.ว.พ. 177 วรรคสอง จำเลยจึงไม่มีประเด็นที่จะนำสืบตามคำให้การ

จำเลยมีภาระการพิสูจน์ว่าเหตุใดจำเลยจึงจะไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่โจทก์ฟ้อง เมื่อคำให้การของจำเลยไม่มีประเด็นที่จำเลยจะนำสืบพยาน คดีก็ไม่จำเป็นต้องทำการสืบพยานโจทก์ต่อไป”

คำพิพากษาฎีกาที่ 3742/2538 “เมื่อศาลชั้นต้นเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานอื่นเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม จะเรียกอะไรมาเป็นพยานหลักฐานเพื่อประกอบคดีอีกก็ได้ แม้จะเป็นพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบก่อนซึ่งศาลสั่งงดสืบพยานโจทก์ไปแล้วก็ตาม”

-การกำหนดหน้าที่นำสืบ ปรากฏตามหลักในมาตรา 193 ตรี เมื่อศาลได้รับคำให้การจากจำเลยแล้ว ศาลจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปโดยเร็ว โดยที่ศาลสามารถที่จะกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานมาสืบก่อนหรือหลังก็ได้ และให้ศาลสอบถามคู่ความฝ่ายที่จะต้องนำพยานเข้าสืบว่าประสงค์จะอ้างอิงพยานหลักฐานอะไรแล้วบันทึกไว้หรือจะให้ยื่นบัญชีระบุพยานต่อศาลภายในเวลาอันสมควรได้ ซึ่งในการกำหนดฝ่ายคู่ความที่ต้องนำสืบนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายในมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตนให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้น ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง แต่ว่า (1) คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปหรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว (2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

คำพิพากษาฎีกาที่ 4054/2533 “โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้ตามสัญญาจำเลยต่อสู้ไม่เคยกู้เงิน โจทก์ สัญญากู้เป็นสัญญาปลอม เช่นนี้ เมื่อโจทก์อ้างว่าสัญญากู้มีมูลหนี้สืบเนื่องมาจากการซื้อขายหุ้นแทนจำเลยแล้วเกิดขาดทุน โจทก์ชอบที่จะนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับการซื้อขายหุ้นที่เกิดความขาดทุนนั้นให้ปรากฏในรายละเอียดเป็นการสนับสนุนข้ออ้างของโจทก์ และการนำสืบถึงที่มาของมูลหนี้ย่อมเป็นพยานหลักฐานสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้เชื่อว่าได้มีหนี้เดิมต่อกันตามจำนวนที่ระบุในสัญญากู้จริง”

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบในประเด็นใดคู่ความฝ่ายนั้นก็จะมีหน้าที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้ามาสืบเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน หากไม่นำสืบหรือไม่มีสิทธินำพยานเข้าสืบ เช่นในกรณีที่คู่ความไม่ยื่นบัญชีระบุพยานภายในเวลาที่กำหนดหรือศาลงดสืบพยานเพราะเหตุประวิงคดี เช่นนี้ คู่ความฝ่ายนั้นก็ตกเป็นฝ่ายแพ้ในประเด็นนั้น ๆ ซึ่งคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องนำพยานเข้าสืบเพื่อหักล้างหรือสืบแก้ในประเด็นดังกล่าวซึ่งสามารถสืบหักล้างในทางปฏิเสธโดยตรงหรือนำสืบยืนยันข้อเท็จจริงอันเป็นผลให้เป็นการหักล้างข้อเท็จจริงในประเด็นที่พิพาทก็ได้ ซึ่งหากศาลใช้อำนาจตามมาตรา 193 ตรี แล้วนั้น ศาลสามารถที่จะกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานมาสืบก่อนหรือหลังก็ได้ ซึ่งหากเป็นศาลที่มีความรู้และเชี่ยวชาญในคดีบังคับจำนองแล้วนั้น ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำพยานมาสืบก่อนหลังได้ ซึ่งจะทำให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็วมากยิ่งขึ้น มิใช่ว่าคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างประเด็นใดก่อนฝ่ายนั้นต้องเป็นผู้นำสืบและอีกฝ่ายหนึ่งนำสืบหักล้างทีหลังซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรให้ฝ่ายใดนำสืบและอีกฝ่ายสืบหักล้างไปพร้อมกันเลยได้เพื่อกระชับขั้นตอนให้เกิดความรวดเร็วยิ่งขึ้น

จากการศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีมโนสำเนาและคดีไม่มีข้อ
 ชุ่ยยากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจำนองและการบังคับ
 จำนองตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนั้น จะเห็นได้ว่าหากนำเอากระบวนการวิธี
 พิจารณาคดีไม่มีข้อชุ่ยยากมาบังคับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนองโดยเคร่งครัดนั้น ย่อมที่จะทำให้
 การดำเนินคดีบังคับเป็นไปด้วยความรวบรัด กระชับ ลดขั้นตอนชุ่ยยากได้มากกว่าการดำเนินคดีบังคับ
 จำนองตามกระบวนการวิธีพิจารณาคดีแบบสามัญได้อย่างมาก แต่ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับ
 กระบวนการพิจารณาคดีมโนสำเนาและคดีไม่มีข้อชุ่ยยากนั้นเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจหน้าที่และบทบาท
 ของศาลในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นลักษณะของระบบไต่สวน ซึ่งแตกต่างไปจากอำนาจหน้าที่ของศาล
 ในระบบกล่าวหาซึ่งเป็นระบบที่ศาลและทนายความ คู่ความที่เกี่ยวข้องคุ้นเคยมากกว่า จึงยังทำให้การ
 นำเอากระบวนการวิธีพิจารณาคดีไม่มีข้อชุ่ยยากมาบังคับใช้กับคดีบังคับจำนองยังไม่บรรลุตามเจตนารมณ์
 ของกฎหมายได้อย่างเต็มที่นัก ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงปัญหาข้อกฎหมาย ปัญหาการตีความกฎหมาย
 และข้อขัดข้องในการนำเอากฎหมายมาปฏิบัติจริงในบทที่ 4 ต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย