ปัญหาทางกฎหมายในการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนอง

น.ส.ชลลดา เสรีสมนึก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2565
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL ISSUES ON MORTGAGE OF RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSET

Miss Chonlada Sereesomnuek

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2022

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายในการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนอง
โดย	น.ส.ชลลดา เสรีสมนึก
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ชลลดา เสรีสมนึก : ปัญหาทางกฎหมายในการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนอง. (LEGAL ISSUES ON MORTGAGE OF RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSET) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

“ทรัพย์อิงสิทธิ” ถูกสร้างและรับรองขึ้นโดยพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มีผลบังคับใช้ในวันที่ 27 ตุลาคม 2562 โดยมีหลักการสำคัญคือ เป็นสิทธิที่ให้บุคคลหนึ่งสามารถใช้สอยประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นได้เสมือนตนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 กำหนดให้สามารถนำสิทธิดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ตามมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทรัพย์สินที่จำนองได้แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์จดทะเบียนที่กฎหมายกำหนดให้จำนองได้ ซึ่งคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามมาตรา 139 นอกจากจะหมายถึงที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น ยังหมายความรวมถึงทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินนั้นด้วย แต่ในทางปฏิบัติทรัพย์สินที่นำมาจำนองเป็นการทั่วไปมักอยู่ในรูปแบบของวัตถุซึ่งมีรูปร่างทั้งสิ้น ดังนั้นจึงต้องศึกษาว่า “ทรัพย์อิงสิทธิ” เป็นทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้จริงหรือไม่ หากจำนองได้จะมีรูปแบบและวิธีการในการจำนองอย่างไร และจะนำกฎหมายว่าด้วยเรื่องจำนองมาปรับใช้กับทรัพย์อิงสิทธิอย่างไร นอกจากนี้จะมีประเด็นปัญหาใดๆ ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่อย่างไร

จากการศึกษาพบว่าทรัพย์อิงสิทธิยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องเนื้อหาแห่งสิทธิ สถานะทางกฎหมายและการกำหนดมูลค่า อาจทำให้มีปัญหาในการนำไปจำนองตามกฎหมาย จึงเสนอแนะว่าหน่วยงานผู้ร่างกฎหมายควรจัดทำคำอธิบายหลักเกณฑ์และวิธีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ รวมถึงแนวทางการนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองมาปรับใช้กับทรัพย์อิงสิทธิ นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังเสนอให้มีการปรับแก้ไขกฎหมายทรัพย์อิงสิทธิในบางมาตราอีกด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2565 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

6185977034 : MAJOR LAWS
KEYWORD: Rights over leasehold asset the mortgage on the rights over leasehold asset

Chonlada Sereesomnuek : LEGAL ISSUES ON MORTGAGE OF RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSET. Advisor: Asst. Prof. KANSAK BEJRANANDA, Ph.D.

Rights over leasehold asset was created and recognized by Rights over Leasehold Asset Act B.E. 2562 (2019) with effect from 27th of October 2019. A holder of the rights over leasehold asset has a right to utilize the immovable property as if he/she is a property owner within a specific period. According to the Act, the rights over leasehold asset can be used as collateral for a mortgage under the Civil and Commercial Code.

Under Section 703 of the Civil and Commercial Code, a mortgaged property can be classified into two categories which are immovable property and movable property with regard to which the law may provide registration for that purpose. Following to Section 139, “Immovable property” means land and things fixed permanently to land, and includes real rights connected with the land. Practically, properties which usually being mortgaged are things or corporeal objects. Thus, it is necessary to study whether the “rights over leasehold asset” can be mortgaged or not. If yes, how can it be mortgaged? How can we apply legal provisions in respect of the mortgage on the rights over leasehold asset? Will there be any legal problems regarding mortgage on the rights over leasehold asset?

According to this study, the rights over leasehold asset still has unclear substance, legal status, and valuation. These could lead to legal problems regarding mortgage according to the laws. Thus, the legislator should prepare an explanation on principles and methods of mortgage on the rights over leasehold asset, including how to apply legal provisions of the mortgage on the rights over leasehold asset. In addition, this thesis proposed changes to a provision with respect to the rights over leasehold asset.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws Student's Signature .....

Academic Year: 2022 Advisor's Signature .....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงมิได้หากปราศจากกำลังใจ ความรัก ความเมตตากรุณา และความเอื้อเฟื้อจากบุคคลทั้งหลายที่มีพระคุณกับผู้เขียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ และตรวจแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ซึ่งเป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา ตลอดจนคอยให้ความรู้และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนอย่างสม่ำเสมอ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านทั้งสามได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนอย่างมาก ทำให้ผู้เขียนได้ขบคิดและได้เห็นถึงมุมมองที่หลากหลายในการเขียนงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา น้า และพี่ชายของผู้เขียนที่คอยเป็นกำลังใจและให้การสนับสนุนแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด รวมถึงขอขอบคุณเพื่อน พี่ น้องทุกท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณจิรัฐ ศิริธรรมรักษ์ ที่คอยให้กำลังใจและผลักดันผู้เขียนตลอดระยะเวลาการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ทั้งนี้ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นผลงานทางวิชาการที่มีประโยชน์ต่อผู้ที่ศึกษาและต่อวงการกฎหมายไทยไม่มากก็น้อย อย่างไรก็ตามหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ชลลดา เสรีสมนึก

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ค

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... ง

กิตติกรรมประกาศ ..... จ

สารบัญ ..... ฉ

สารบัญตาราง ..... ฌ

บทที่ 1 บทนำ 1

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา 3
3. สมมติฐานของการศึกษา 3
4. ขอบเขตของการศึกษา 3
5. วิธีดำเนินการศึกษา 4
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา 4

บทที่ 2 ความหมาย แนวคิดเบื้องต้น และสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ 5

1. ที่มาและแนวคิดเบื้องต้นของทรัพย์อิงสิทธิ 5
2. ความคิดพื้นฐานและสาระสำคัญของทรัพย์อิงสิทธิ 7
3. สถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ 21
4. เปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิที่ใกล้เคียงทรัพย์อิงสิทธิ 36
5. สรุป 51

บทที่ 3 การนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองตามกฎหมายไทย 52

1. ความเป็นมาและความสำคัญของการประกันหนี้ 52
2. ความหมายของการจำนอง 55

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3. องค์ประกอบและลักษณะของการจำนอง 56
4. ทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้ 58
5. การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ 59
6. สรุป 76
บทที่ 4 การนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ตามกฎหมายต่างประเทศ 77
1. กฎหมายประเทศอังกฤษ 77
2. กฎหมายเยอรมัน 114
3. กฎหมายฝรั่งเศส 144
4. สรุป 171
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาในการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนอง 173
1. ความนำ 173
2. ปัญหาอันเนื่องมาจากลักษณะทรัพย์อิงสิทธิที่ไม่มั่นคงและแน่นอน 174
3. ปัญหาว่าการจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ 176
4. ปัญหาว่าค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า ถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้จำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงเมื่อมีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 721 หรือไม่ 180
5. ปัญหากรณีการลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นที่จดทะเบียนภายหลังจำนองตามมาตรา 722 186
6. ปัญหากรณีมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนอันเป็นการกระทบสิทธิผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ 189
7. สรุป 195
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 196
1. บทสรุป 196

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2. ข้อเสนอแนะ 202

บรรณานุกรม 208

ประวัติผู้เขียน 213

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ 41

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับทรัพยสิทธิอื่นที่ใกล้เคียง..... 50

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1
บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ทรัพย์สินเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญในการดำรงชีวิตของบุคคลทั้งหลายอีกทั้งยังแสดงถึงความมั่งคั่งของบุคคลแต่ละคนและความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศอีกด้วย และเมื่อทรัพย์สินมีความสำคัญและเป็นที่ต้องการของบุคคลทั้งหลายเป็นอย่างมากจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเหล่านี้ ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 138 ได้กำหนดนิยามของ “ทรัพย์สิน” ไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” อันมีผลทำให้สิทธิบางประเภทที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้แก่บุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่มีราคา กล่าวคือ มีมูลค่า และอาจถือเอาได้ กล่าวคือ การถือเอาเป็นสิทธิ (appropriated) ของบุคคลจัดเป็น “ทรัพย์สิน” ตามนิยามมาตราดังกล่าวด้วย[1]

“ทรัพย์อิงสิทธิ” ถูกสร้างและรับรองขึ้นโดยพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2562 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 27 ตุลาคม 2562 โดยมีหลักการสำคัญคือ เป็นสิทธิที่ให้บุคคลหนึ่งสามารถใช้สอยประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นได้เสมือนตนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยสิทธิดังกล่าวจะก่อตั้งหรือมีขึ้นก็ต่อเมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในที่ดินที่มีโฉนด หรือที่ดินที่มีโฉนดพร้อมสิ่งปลูกสร้างหรือห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมกับโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดเพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ นอกจากนี้ทรัพย์อิงสิทธิอาจโอนให้แก่กันได้ไม่ว่าจะโอนโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ตาม อีกทั้งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 ยังได้กำหนดให้สามารถนำทรัพย์อิงสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อีกด้วย

อนึ่งทรัพย์สินที่อาจจำนองได้ตามมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มี 2 ประเภท ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์จดทะเบียนที่กฎหมายกำหนดให้จำนองได้ โดยคำ

---

[1] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562).หน้า 144-148.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามมาตรา 139 นอกจากจะหมายถึงที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น ยังหมายความรวมถึงทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วทรัพย์สินที่มักจะถูกนำมาจำนองเป็นการทั่วไป ได้แก่ วัตถุซึ่งมีรูปร่างทั้งสิ้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน บ้าน ส่วนกรณีสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ รถยนต์ เรือ สัตว์พาหนะ เป็นต้น ดังนั้นจึงมีกรณีต้องศึกษาว่า “ทรัพย์อิงสิทธิ” เป็นทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้จริงหรือไม่ หากนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองได้จะมีรูปแบบและวิธีการในการจำนองอย่างไร และจะนำกฎหมายว่าด้วยเรื่องจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับทรัพย์อิงสิทธิอย่างไร นอกจากนี้จะมีประเด็นปัญหาหรือข้อติดขัดใดๆ ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่

เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิรูปแบบใหม่ที่กฎหมายรับรองขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขข้อจำกัดบางประการในกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ จึงทำให้เกิดความสับสนว่าทรัพย์อิงสิทธิเป็นเรื่องของการเช่าอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ ทรัพย์อิงสิทธิกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์มีความแตกต่างกันอย่างไร นอกจากนี้ในเรื่องของสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่มีความไม่ชัดเจนว่าเป็นสิทธิประเภทใด เป็นทรัพยสิทธิหรือบุคคลสิทธิ โดยหน่วยงานของผู้ร่างกฎหมายมีความตั้งใจจะให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นบุคคลสิทธิแบบพิเศษ ส่วนนักวิชาการและนักกฎหมายก็มีความคิดเห็นไม่ตรงกัน โดยส่วนมากเห็นว่าเป็นทรัพยสิทธิ และก็มีบางส่วนเห็นว่าเป็นเพียงบุคคลสิทธิ ซึ่งสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิถือเป็นประเด็นที่มีความสำคัญซึ่งจะนำไปพิจารณาปัญหาที่ว่าทรัพย์อิงสิทธิสามารถนำมาจำนองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

นอกจากนี้ผู้ร่างกฎหมายทรัพย์อิงสิทธิได้มีการนำแนวความคิดของกฎหมายต่างประเทศในเรื่องสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นมาใช้ประกอบการร่างกฎหมายดังกล่าวด้วย อันได้แก่ กฎหมายในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ กล่าวคือ กฎหมายอังกฤษ และกฎหมายในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ กล่าวคือ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดสถานะทางกฎหมายของสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เอาไว้ค่อนข้างชัดเจน ทั้งยังมีการวางข้อกำหนดหรือหลักการพิเศษกรณีนำสิทธิดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้เอาไว้เป็นการเพิ่มเติมจากบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยเรื่องของการประกันการชำระหนี้ ซึ่งส่งผลให้ไม่เกิดปัญหาการตีความอันมีสาเหตุมาจากความสับสนในเรื่องสถานะของสิทธิมากนักอีกทั้งส่งผลให้การประกันหนี้ด้วยสิทธิดังกล่าวมีความชัดเจนอีกด้วย

ด้วยเหตุที่สถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิยังไม่ชัดเจนในทางวิชาการ และยังไม่มีบรรทัดฐานการตีความของศาลว่าด้วยเรื่องของการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ดังนั้น ผู้เขียนจึงประสงค์จะทำการศึกษาถึงความหมาย แนวคิดเบื้องต้น และสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ เพื่อนำไปศึกษาในส่วนของการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ รวมทั้งศึกษาถึงรูปแบบและวิธีการในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ การปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยเรื่องจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับทรัพย์อิงสิทธิ และประเด็นปัญหาหรือข้อติดขัดใดๆ ในทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อเข้าใจหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญตามพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
2. เพื่อเข้าใจความคิดพื้นฐานในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
3. เพื่อเข้าใจวิธีการและข้อจำกัดในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
4. เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
5. เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

3. สมมติฐานของการศึกษา

ตามที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 บัญญัติให้ทรัพย์อิงสิทธิสามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นการรับรองให้มีการจำนองสิทธิได้ ดังนั้นกรณีจึงเกิดปัญหาว่าจะนำบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการจำนองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับการจำนองทรัพยอิงสิทธิได้หรือไม่ อย่างไร เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิยังคงเป็นสิทธิที่มีความไม่ชัดเจนในเรื่องเนื้อหาแห่งสิทธิ สถานะทางกฎหมาย และการกำหนดมูลค่า

4. ขอบเขตของการศึกษา

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจะศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญตามพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 ความคิดพื้นฐานในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พร้อมศึกษาแนวทางการนำทรัพย์อิงสิทธิมาเป็นหลักประกันโดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งศึกษาปัญหาการจำนองทรัพย์อิงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับ

ความไม่ชัดเจนในเรื่องเนื้อหาแห่งสิทธิ สถานะทางกฎหมาย และการกำหนดมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิ โดยผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย อันได้แก่ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน

5. วิธีดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยการรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย หนังสือคำบรรยายกฎหมาย บทความเอกสาร วิทยานิพนธ์ แหล่งข้อมูลทางอินเตอร์เน็ต แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้น อีกทั้งหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ความเข้าใจในหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญตามพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
2. ความเข้าใจในความคิดพื้นฐานในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
3. ความเข้าใจในวิธีการและข้อจำกัดในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
4. การตระหนักถึงปัญหาในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ
5. แนวทางแก้ไขปัญหาในการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 2
ความหมาย แนวคิดเบื้องต้น และสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ

การจะพิจารณาเรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้นั้นจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจในส่วนของความหมาย แนวคิดเบื้องต้น ลักษณะสำคัญ และสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิเสียก่อน โดยจะได้อธิบายดังนี้

1. ที่มาและแนวคิดเบื้องต้นของทรัพย์อิงสิทธิ

พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ” ได้รับการผลักดันโดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (สศค.) โดยผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 ถูกประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2562 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2562 ซึ่งมีเหตุผลและความจำเป็นในการร่างพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ดังนี้ “เนื่องจากการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นสิทธิตามสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาโดยเฉพาะ ซึ่งมีข้อจำกัดบางประการในการนำไปใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ประกอบกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมมีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัดทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าวในหลายกรณี จึงเห็นควรที่จะกำหนดให้มีทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้อันจะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม”[2]

พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จึงถูกบัญญัติขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขข้อจำกัดของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม และเพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม จึงกำหนดให้มีทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้

[2] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

ทั้งนี้ในขั้นตอนการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา นายวิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรีตั้งข้อสังเกตเรื่องความเหมาะสมของชื่อร่างพระราชบัญญัติและความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับกฎหมายว่าด้วยการเช่าทรัพย์ว่า หากอสังหาริมทรัพย์มีการทำสัญญาเช่าอยู่ก่อนแล้วจะนำมาจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิได้อีกหรือไม่ และหากจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิไปแล้วผลกระทบในทางกฎหมายต่อสัญญาเช่านั้นจะเป็นเช่นไร เนื่องจากสิทธิการเช่าและทรัพย์อิงสิทธิมีความคล้ายคลึงและทับซ้อนกันอยู่มาก ประกอบกับเห็นด้วยกับกระทรวงพาณิชย์และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติว่าการนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกัน การให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่า สามารถกระทำได้อยู่แล้วตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[3]

แม้ทรัพย์อิงสิทธิจะเป็นสิทธิที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อแก้ไขข้อจำกัดของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายมิได้มีความประสงค์ให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นเรื่องของสิทธิการเช่าแต่อย่างใด เพียงแต่นำลักษณะของกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมมาเทียบเคียงในการวางหลักเกณฑ์และแนวทางในการกำหนดเนื้อหาและการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิเท่านั้น ดังนั้น ทรัพย์อิงสิทธิ การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม จึงเป็นคนละเรื่องกัน ยกตัวอย่างเช่น บริษัท ก. ทำสัญญาเช่าที่ดินมีโฉนดกับนาย ข. เจ้าของที่ดิน เพื่อนำมาก่อสร้างห้างสรรพสินค้า มีระยะเวลา 30 ปี ค่าเช่าปีละ 10 ล้านบาท ในกรณีนี้หากพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บริษัท ก. และ นาย ข. จะผูกพันกันในลักษณะของบุคคลสิทธิเท่านั้น กล่าวคือ บริษัท ก. และนาย ข. มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน เช่น นาย ข. มีหน้าที่ส่งมอบที่ดินอันเป็นทรัพย์สินที่ให้เช่าแก่บริษัท ก. ส่วนบริษัท ก. ก็มีสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดินที่เช่าและมีหน้าที่ชำระค่าเช่าเพื่อการนั้น และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เช่า

[3] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ,"(กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2562).หน้า 14.

หรือบริษัท ก. ก็จะมีเพียงสิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าว แต่หากนาย ข. ได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิขึ้นในที่ดินดังกล่าวและโอนทรัพย์อิงสิทธินั้นให้แก่บริษัท ก. บริษัท ก. ก็จะมีสถานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิและมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินของนาย ข. เสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ภายในระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิที่กำหนด (ไม่เกิน 30 ปี) ดังนั้นจะเห็นได้ว่าผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีสิทธิเหนือที่ดินดีกว่ากรณีของผู้เช่า กล่าวคือ มีสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างอาคารหรือโรงเรือนบนที่ดิน มีสิทธินำที่ดินไปให้บุคคลอื่นเช่า มีสิทธิโอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่น โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินก่อน นอกจากนี้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจนำทรัพย์อิงสิทธิในที่ดินนั้นไปประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้อีกด้วย

2. ความคิดพื้นฐานและสาระสำคัญของทรัพย์อิงสิทธิ

2.1 ความหมายของทรัพย์อิงสิทธิ

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ “ทรัพย์อิงสิทธิ” หมายถึง ทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ หมายถึง ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด[4]

อย่างไรก็ตามเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ และหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ได้ให้ความหมายทรัพย์อิงสิทธิว่าหมายถึง สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในระยะเวลาตามที่กำหนด[5]

ทั้งนี้ไม่ว่าจะพิจารณาบทนิยามของทรัพย์อิงสิทธิ เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ และหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ก็ไม่อาจเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าแท้ที่จริงแล้วทรัพย์อิงสิทธิหมายถึงสิทธิประเภทใด และมีเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างไร โดย

---

[4] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิ” หมายความว่า ทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่ บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“อสังหาริมทรัพย์” หมายความว่า ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มี โฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

[5] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 49.

ผู้เขียนจะได้ศึกษาเนื้อหาและสาระสำคัญของทรัพย์อิงสิทธิในหัวข้อถัดไปเพื่อที่จะได้ทำความเข้าใจลักษณะของทรัพย์อิงสิทธิมากขึ้น

2.2 การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ

การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิสามารถกระทำได้บนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เท่านั้น อันได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่จำต้องมีการก่อตั้งสิทธิขึ้นเสียก่อนจึงจะสามารถจำหน่าย จ่าย โอน หรือทำให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิได้ โดยการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ซึ่งกำหนดให้อำนาจเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะสามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวพร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในห้องชุดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้[6] โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ยื่นคำขอต้องเสียค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเป็นเงินจำนวนครั้งละ 20,000 บาท[7] ในกรณีนี้มีข้อสังเกตว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถนำอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของตนมาจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้โดยไม่จำต้องคำนึงว่าจะมีคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะมาเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของตนหรือไม่

กรณีอสังหาริมทรัพย์ที่จะก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิมีการจำนอง หรือมีการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ หรือมีสิทธิใดๆ ที่จดทะเบียนอยู่ในโฉนดที่ดินหรือกรรมสิทธิ์ห้องชุดอยู่ก่อนแล้ว การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับจำนองหรือผู้รับหลักประกัน หรือผู้มีสิทธินั้นก่อน[8] เนื่องจากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจใช้สิทธิในทางที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่อสังหาริมทรัพย์ในอนาคตก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีการพัฒนาปรับปรุงอสังหาริมทรัพย์จนทำให้อสังหาริมทรัพย์มีมูลค่าที่สูงขึ้นก็ย่อมเป็นผลดีกับผู้รับจำนอง

---

[6] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคแรก บัญญัติว่า “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ใดประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด แล้วแต่กรณี ...”

[7] กฎกระทรวงเรื่องกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 ข้อ 1.

[8] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่มีการจำนองหรือการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ หรือมีสิทธิใดๆ ที่จดทะเบียนอยู่ในโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดให้กระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับจำนองหรือผู้รับหลักประกัน หรือผู้มีสิทธินั้น แล้วแต่กรณี”.

กรณีกลับกันหากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิกระทำการใดๆ อันเป็นการทำให้อสังหาริมทรัพย์มีมูลค่าน้อยลง ย่อมเป็นผลเสียกับผู้รับจำนอง ดังนั้นผู้รับจำนอง ผู้รับหลักประกัน หรือผู้มีสิทธิอื่นใดซึ่งได้มีการจดทะเบียนในอสังหาริมทรัพย์อยู่ก่อนแล้วจึงถือเป็นผู้ที่อาจบังคับชำระหนี้เอาจากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นและย่อมได้รับผลกระทบโดยตรงจากการที่มีบุคคลอื่นมาใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ดังนั้นจึงต้องรับรู้และให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย[9]

อนึ่งการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ตามโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดจะกระทำไม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 4 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ[10]

ทั้งนี้เมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ยื่นคำขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะสอบถามเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ถึงกำหนดเวลาของทรัพย์อิงสิทธิและข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์[11] หลังจากนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิโดย (ก) จดทะเบียนในโฉนดที่ดิน หรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด แล้วแต่กรณี และ (ข) ออกหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิโดยทำเป็นคู่ฉบับรวมสองฉบับ มอบให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิฉบับหนึ่งและอีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ ณ สำนักงานที่ดิน[12] ทั้งนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในขณะนั้นอาจโอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่นต่อไปด้วยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมส่งมอบหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิให้ผู้รับโอนก็ได้

เมื่อได้มีการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิแล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจจดทะเบียนทรัพยสิทธิอื่นใดในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้อีก เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก่อน อย่างไรก็ตามหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่น หรือใช้

---

[9] เรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต, "ทรัพย์อิงสิทธิ" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า.หน้า 50.

[10] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติว่า “การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ตามโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดจะกระทำมิได้”

[11] กฎกระทรวงเรื่องการขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 ข้อ 4.

[12] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 5 บัญญัติว่า “เมื่อได้รับคำขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามมาตรา 4 ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิในโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด แล้วแต่กรณี พร้อมทั้งออกหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ

หนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิให้ทำเป็นคู่ฉบับรวมสองฉบับ มอบให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฉบับหนึ่งและอีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่สำนักงานของพนักงานเจ้าหน้าที่”

กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หรือใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ ก็สามารถกระทำได้โดยไม่จำต้องอาศัยความยินยอมจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิแต่อย่างใด[13]

2.3 ระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 4 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดให้การจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิอาจมีระยะเวลาได้ไม่เกิน 30 ปี กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อดำเนินการขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิกับพนักงานเจ้าหน้าที่อาจกำหนดระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิไว้เพียงใดก็ได้ แต่ต้องไม่เกิน 30 ปี[14] โดยหากครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวก็จะส่งผลให้ทรัพย์อิงสิทธินั้นระงับสิ้นไปตามผลของกฎหมาย

ทั้งนี้การต่ออายุของทรัพย์อิงสิทธิสามารถกระทำได้หรือไม่นั้น พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้ระบุเอาไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่กำหนดว่าทรัพย์อิงสิทธิมีกำหนดเวลาได้ไม่เกิน 30 ปีเท่านั้น นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่ากฎกระทรวงเรื่องการขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 และกฎกระทรวงเรื่องกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 ก็ไม่ได้มีการระบุถึงการต่ออายุทรัพย์อิงสิทธิ หรือการชำระค่าธรรมเนียมในการต่ออายุทรัพย์อิงสิทธิแต่อย่างใด การต่ออายุทรัพย์อิงสิทธิจึงไม่น่าจะกระทำได้ ดังนั้นเมื่อครบกำหนดเวลาทรัพย์อิงสิทธิย่อมสิ้นสุดลงทันที หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ประสงค์จะใช้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นเครื่องมือในการลงทุนหรือแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ของตนอีกก็จำต้องจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิขึ้นมาใหม่

2.4 สิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ

---

[13] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 9 บัญญัติว่า “เมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ใด เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะก่อตั้งทรัพยสิทธิใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมิได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ

ความในวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่น หรือการใช้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ”

[14] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิมีกำหนดเวลาได้ไม่เกินสามสิบปี”

เมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิขึ้นฝ่ายเดียวแล้ว เขาก็จะยังคงสถานะความเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่และมีสถานะเป็น “**ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนแรก**” โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนแรกจะโอนความเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต่อไปยังบุคคลอื่นหรือไม่ก็ได้ ตามแต่ที่จะได้ตกลงกันระหว่างผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนแรกและผู้ที่ประสงค์จะรับโอนทรัพย์อิงสิทธิ อย่างไรก็ตามเมื่อได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิแล้วแม้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มิได้โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดก็หาเป็นเหตุให้ทรัพย์อิงสิทธิระงับหรือสิ้นไปไม่

กรณีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนแรกได้ทำการโอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่น ความเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็จะหมดสิ้นไป โดยผู้รับโอนก็จะมีสถานะเป็น “**ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนถัดไป**”

ทั้งนี้ สิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิแบ่งเป็น 2 ประเภทหลักๆ ดังนี้

2.4.1 สิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ และตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ[15]

ก. สิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในอสังหาริมทรัพย์นั้นเช่นไร ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็จะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดเช่นเดียวกัน โดยมาตรา 11 ได้กำหนดยกเว้นให้สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้อง

---

[15] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 10 บัญญัติว่า “ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ และตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ

ทั้งนี้ การใช้ประโยชน์ในทรัพย์อิงสิทธิต้องด าเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นด้วย”

กับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน[16]

ทั้งนี้ ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิของเจ้าของหรือผู้มีกรรมสิทธิ์มีดังนี้

(1) สิทธิใช้สอย ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า “เจ้าของมีสิทธิใช้สอย ซึ่งตรงกับ jus utendi ซึ่งในกฎหมายโรมัน สิทธิใช้สอยนี้ หมายความถึงอำนาจที่จะทำประโยชน์ ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินตามความต้องการ โดยไม่เป็นการทำลายภาวะแห่งทรัพย์สินนั้น”[17] เช่น เจ้าของบ้านมีสิทธิใช้บ้านเป็นที่อยู่อาศัย เจ้าของที่ดินมีสิทธิปลูกผัก ต้นไม้ โรงเรือน อาคารพาณิชย์ในที่ดินของตนได้ เป็นต้น[18] อย่างไรก็ตามสิทธิใช้สอยของเจ้าของกรรมสิทธิ์อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายอื่นได้ กล่าวคือ กฎหมายเอกชน เช่น การทำเป็นสัญญาเช่า หรือโดยการก่อให้เกิดทรัพยสิทธิแก่บุคคลอื่นเหนืออสังหาริมทรัพย์ของตน เช่น ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน เป็นต้น[19]

(2) สิทธิจำหน่าย เจ้าของมีสิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินของตน ซึ่งคำว่า “จำหน่าย” นั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีจำหน่ายโอนขายไปให้คนอื่นเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการจำหน่ายอันเป็นการทำลายภาวะของทรัพย์สินนั้นด้วย เช่น การทำลายบ้านที่อยู่อาศัยของตนให้สูญสิ้นไป เป็นต้น อีกทั้งยังหมายความรวมถึงการเปลี่ยนแปลงภาวะของทรัพย์สินให้เป็นอื่นด้วย เช่น เอาข้าวมาหมักทำเป็นเหล้า เป็นต้น นอกจากนี้การแบ่งแยกโอนสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในกรรมสิทธิ์นั้นไปก็ถือเป็นการจำหน่ายเช่นกัน เช่น โอนสิทธิเก็บกินในที่ดินให้คนอื่น เป็นต้น[20]

---

[16] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน”

[17] เสนีย์ ปราโมทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551). หน้า 284.

[18] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562). หน้า 123.

[19] เรื่องเดียวกัน.

[20] เสนีย์ ปราโมทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์.หน้า 285.

(3) สิทธิได้ดอกผล เจ้าของมีสิทธิได้มาซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินของตน ไม่ว่าจะเป็นดอกผลธรรมดาหรือดอกผลนิตินัย[21]

(4) สิทธิขัดขวาง เจ้าของมีสิทธิขัดขวางมิให้บุคคลอื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของจะมีสิทธิขัดขวางก็ต่อเมื่อได้มีการครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ โดยเจ้าของสามารถใช้กำลังของตนบังคับสิทธิเช่นนี้ได้โดยพลการ ไม่จำต้องอาศัยอำนาจศาลในการบังคับแต่อย่างใด[22]

(5) สิทธิติดตามเอาคืน เจ้าของมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิ โดยการติดตามเอาคืนต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในการครอบครองของผู้อื่น การใช้สิทธิติดตามเอาคืนนี้เจ้าของกรรมสิทธิ์จะใช้กำลังของตนโดยพลการเพื่อติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนไม่ได้ ต้องอาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาล[23]

เมื่อผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวภายในระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิ ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ดังนั้นสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมเป็นเช่นเดียวกันกับกรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

อย่างไรก็ดีแม้มาตรา 11 จะไม่ได้บัญญัติยกเว้นสิทธิจำหน่ายเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในเมื่อผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจึงไม่มีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิให้บุคคลอื่น เนื่องจากสิทธิจำหน่ายย่อมเป็นสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

---

[21] เรื่องเดียวกัน, หน้า 287.

[22] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 125.

[23] เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นย่อมมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิดังต่อไปนี้

(1) สิทธิใช้สอย ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีสิทธิในการใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้อย่างเต็มที่ เช่น ใช้เพื่อการอยู่อาศัย ใช้เพื่อการพาณิชย์ ดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ นำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น กรณีอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดซึ่งมีห้างสรรพสินค้าตั้งอยู่ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจใช้พื้นที่บริเวณชั้นหนึ่งเพื่อทำเป็นร้านขายของขนาดใหญ่ พื้นที่บริเวณชั้นสองและชั้นสามอาจนำไปให้บุคคลอื่นเช่าเพื่อใช้สอยประโยชน์อย่างอื่น ส่วนพื้นที่บริเวณชั้นบนสุดอาจก่อสร้างเป็นโรงแรมเพื่อให้คนมาพักอาศัย

(2) สิทธิได้มาซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เมื่อผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีสิทธิในดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิมีผลอยู่ โดยดอกผลเช่นว่านี้จะเป็นดอกผลธรรมดา หรือดอกผลนิตินัยก็ได้ แล้วแต่กรณี

ยกตัวอย่างกรณีดอกผลธรรมดาเช่น อสังหาริมทรัพย์ซึ่งก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเป็นดินที่มีโฉนดมีต้นมะม่วงจำนวน 20 ต้น โดยหากต้นมะม่วงออกผล ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีสิทธิในผลมะม่วงซึ่งเป็นดอกผลแห่งต้นมะม่วงอันเป็นส่วนควบของที่ดินนั้น

ยกตัวอย่างกรณีดอกผลนิตินัยเช่น อสังหาริมทรัพย์ซึ่งก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเป็นดินที่มีโฉนด กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีสิทธิในค่าเช่าซึ่งเป็นดอกผลแห่งที่ดินนั้น

ทั้งนี้ กรณีที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีสิทธิเด็ดขาดเหนืออสังหาริมทรัพย์ของตนตามหลักกรรมสิทธิ์ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว ไม่จำต้องพิจารณาสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ แต่อย่างใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ข. สิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ

ในการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจระบุข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไว้เป็นการเพิ่มเติมหรือแตกต่างจากที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดได้ โดยหากระบุเพิ่มเติมไว้ในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็จะเป็นไปตามที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์กำหนดไว้เป็นการเฉพาะนั้น

2.4.2 สิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเหนือทรัพย์อิงสิทธิ

ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเหนือทรัพย์อิงสิทธิดังต่อไปนี้

ก. โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลภายนอก

ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจโอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลภายนอกได้โดยไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์[24] โดยการโอนทรัพย์อิงสิทธินั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่[25] เมื่อจดทะเบียนแล้วผู้รับโอนก็จะกลายเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิและมีสิทธิที่จะโอนทรัพย์อิงสิทธินั้นต่อไปได้อีกเช่นกัน ทั้งนี้การโอนทรัพย์อิงสิทธินั้นจะโอนโดยมีค่าตอบแทน หรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้[26]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ข. ใช้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง

---

[24] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 12 วรรคแรก บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้”

[25] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 12 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเภทนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง”

[26] กฎกระทรวง เรื่อง การขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 ข้อ 12.

ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจนำทรัพย์อิงสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้[27] โดยต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่[28] ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประกันการชำระหนี้ตามสัญญาเงินกู้หรือสัญญาอื่นใดที่ก่อหนี้เป็นการชำระเงิน หรือตามมูลหนี้ละเมิด และจะเป็นการประกันหนี้ของตนเอง หรือประกันหนี้ที่บุคคลอื่นจะต้องชำระก็ได้

2.5 สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

เมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ และโอนทรัพย์อิงสิทธิไปยังบุคคลอื่นแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็จะถูกจำกัดอำนาจในการใช้สอยอสังหาริมทรัพย์นั้น โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีหน้าที่ในการจัดการให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามกฎหมายหรือตามที่ระบุไว้ในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิได้อย่างเต็มที่ และยังมีหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิดังกล่าวของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอีกด้วย

ในกรณีที่มีบุคคลอื่นเข้าขัดขวางหรือเข้าสอดมิให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ หรือแย่งการครอบครองซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีหน้าที่ในการจัดการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้สิทธิขัดขวางและสิทธิติดตามเอาคืนยังคงเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์[29]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

นอกจากนี้ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องไม่ก่อตั้งทรัพยสิทธิใดๆ ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นอีก เช่น สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระจำยอม ภาระติดพันใน

---

[27] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 12 วรรคแรก บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้”

[28] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 12 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเภทนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง”

[29] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน”

อสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 9 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ[30]

อย่างไรก็ดีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการจำหน่าย จ่าย โอนซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในการใช้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 9 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ[31]

2.6 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ

ตามมาตรา 11 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ บัญญัติว่า “ให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ในอสังหาริมทรัพย์ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น” ดังนั้นตราบเท่าที่ทรัพย์อิงสิทธิยังดำรงอยู่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิตามนัยมาตรา 11 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ[32] ดังนั้นในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผล ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจนำโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไปใช้ประโยชน์เองหรือนำไปให้บุคคลอื่นเช่าก็ได้ นอกจากนี้ยังอาจนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้อีกด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้น ย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์

---

[30] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 9 วรรคแรก บัญญัติว่า “เมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ใด เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะก่อตั้งทรัพยสิทธิใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมิได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ”

[31] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติว่า “ความในวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่น หรือการใช้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ”

[32] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ในอสังหาริมทรัพย์ ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น”

ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะได้ตกลงเป็นอย่างอื่น[33]

2.7 การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ

การทำนิติกรรมใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิจำต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินพร้อมชำระค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน โดยเมื่อจดทะเบียนแล้วพนักงานเจ้าหน้าที่จะมีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 12 วรรคท้ายแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ[34]

ตามกฎกระทรวงเรื่องการขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิให้กระทำได้เฉพาะประเภทนิติกรรมดังต่อไปนี้

(1) การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยมีค่าตอบแทน

(2) การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยไม่มีค่าตอบแทน

(3) การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ[35]

โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิใดประสงค์จะจดทะเบียนนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ ให้ยื่นคำขอตามแบบที่อธิบดีกำหนดพร้อมทั้งนำหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิและเอกสารหลักฐานมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินท้องที่ที่อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นตั้งอยู่ เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียนให้[36]

---

[33] เรื่องเดียวกัน.

[34] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 12 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเภทนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง”

[35] กฎกระทรวงเรื่องการขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 ข้อ 12.

[36] กฎกระทรวงเรื่องการขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2563 ข้อ 13.

2.8 การระงับไปหรือการสิ้นไปของทรัพย์อิงสิทธิ

ทรัพย์อิงสิทธิโดยหลักเป็นสิทธิที่อิงอยู่กับตัวอสังหาริมทรัพย์ภายใต้กำหนดระยะเวลาที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้จดทะเบียนไว้ และจะคงอยู่ภายในกำหนดระยะเวลานั้นตราบเท่าที่อสังหาริมทรัพย์ยังอยู่ โดยในประเด็นการสิ้นไปหรือระงับไปของทรัพย์อิงสิทธินี้ผู้เขียนจะขอแบ่งออกเป็น 3 ประการดังนี้

2.8.1 กรณีครบระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิ

จากที่ผู้เขียนกล่าวไปในหัวข้อก่อน ระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธินั้นเป็นไปตามที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์กำหนดในขณะที่มีการจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 30 ปี และเมื่อระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง ย่อมมีผลให้ทรัพย์อิงสิทธินั้นสิ้นหรือระงับไปโดยผลของกฎหมาย

2.8.2 กรณีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา

มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่กรณีที่การยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว[37]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

กรณีนี้กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการใช้สิทธิยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิได้ โดยมีเงื่อนไขคือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ในฐานะของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิด้วย โดยประการแรกในขณะที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมอยู่ในสถานะของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ซึ่งหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ประสงค์ที่จะยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก็สามารถกระทำได้ในทันที ประการที่สองกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ทำนิติกรรมโอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่น และต่อมามีการโอนทรัพย์อิงสิทธิกลับมายังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถใช้สิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิได้ แต่อย่างไรก็ตามหากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอก

---

[37] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 14 บัญญัติว่า “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว”

ผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้

2.8.3 กรณีอสังหาริมทรัพย์นั้นสูญสิ้นไป

เมื่อพิเคราะห์จากลักษณะทั่วไปของทรัพย์อิงสิทธิแล้ว จะเห็นได้ว่าทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิประเภทที่ให้อำนาจผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในการจัดการ ดูแล หรือใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นตามที่กฎหมายกำหนด และถืออสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นสาระสำคัญหรือเป็นวัตถุแห่งสิทธิ จึงอาจกล่าวได้ว่า ความคงอยู่ของทรัพย์อิงสิทธิย่อมขึ้นอยู่กับการดำรงอยู่ของอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย โดยหากอสังหาริมทรัพย์สูญสิ้นไปไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม ทรัพย์อิงสิทธิก็จะระงับหรือสิ้นไปด้วย เนื่องจากไม่มีซึ่งวัตถุที่เป็นฐานแห่งสิทธิในการแสดงออกถึงความคงอยู่ของทรัพย์อิงสิทธิอีกต่อไป[38] ยกตัวอย่าง เช่น กรณีห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดพังทลายอันเนื่องมาจากเหตุแผ่นดินไหว ทรัพย์อิงสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นเหนือห้องชุดดังกล่าวก็จะระงับไปด้วย เป็นต้น

2.9 ผลของการระงับซึ่งทรัพย์อิงสิทธิ

เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีหน้าที่ในการส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562[39]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ส่วนกรณีที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือก่อสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลงกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดัดแปลง ต่อเติม และก่อสร้างย่อมตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้น

---

[38] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 66.

[39] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 15 บัญญัติว่า “เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง ให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น”

แต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562[40]

3. สถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ

จากที่ได้ศึกษาความหมายและแนวคิดพื้นฐานของทรัพย์อิงสิทธิในหัวข้อก่อน อาจกล่าวได้ว่าทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในหนังสือรับรองการจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้ทรัพย์อิงสิทธิอาจโอนให้แก่กัน อาจเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง และอาจตกทอดทางมรดกได้ โดยในหัวข้อนี้จะพิจารณาว่าทรัพย์อิงสิทธิมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร เป็นทรัพย์หรือทรัพย์สิน เป็นทรัพยสิทธิ บุคคลสิทธิ หรือเป็นสิทธิอื่นใดตามกฎหมาย

แม้กฎหมายจะเรียกว่า “*ทรัพย์*อิงสิทธิ” แต่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่ “ทรัพย์” ตามมาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[41] เพราะไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่งซึ่งกฎหมายกำหนดขึ้นมาเพื่อให้เป็นสิทธิที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ สามารถจำหน่าย จ่าย โอน นำไปเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และสามารถตกทอดทางมรดกได้ อีกทั้งยังเป็นสิทธิที่บุคคลสามารถถือเอาเป็นสิทธิได้ ทรัพย์อิงสิทธิจึงถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามนิยามความหมายของทรัพย์สินซึ่งปรากฏในมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[42]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

เมื่อทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามกฎหมาย มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสิทธิประเภทนี้มีสถานะเป็นทรัพยสิทธิ บุคคลสิทธิ หรือเป็นสิทธิอื่นใดตามกฎหมาย

โดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (สศค.) ในฐานะหน่วยงานที่ผลักดันกฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิมีความประสงค์ให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นเพียงบุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว

---

[40] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ในอสังหาริมทรัพย์ ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น”

[41] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 บัญญัติว่า “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง”

[42] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิชนิดใหม่ โดยให้เหตุผลว่าการสร้างทรัพยสิทธิจำต้องมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าสิทธินั้นเป็นทรัพยสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1298 แต่การสร้างบุคคลสิทธินั้นไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจน[43] อย่างไรก็ตาม สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (สศค.) กลับให้ความเห็นขัดแย้งกันเองว่า ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิที่จะต้องมีการจดทะเบียนและออกใบรับรองสิทธิ[44] ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าหน่วยงานผู้ร่างและผลักดันกฎหมายดังกล่าวยังมีความสับสนในสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ

ในส่วนของนักกฎหมายภาควิชาการ หลายท่านมีความคิดเห็นว่า ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่ง ดังนี้

- รองศาสตราจารย์ ดร. สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ มีความเห็นว่า ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์บางประเภท ได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดและห้องชุด โดยลักษณะการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะคล้ายคลึงกับสิทธิการเช่าประเภทหนึ่งที่เรียกว่า Emphyteusis ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอันเป็นลักษณะของทรัพยสิทธิโดยแท้[45]

- รองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้ให้ความคิดเห็นในงานเสวนาวิชาการหัวข้อ “ทรัพย์อิงสิทธิ : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ” เมื่อวันศุกร์ที่ 21 มิถุนายน 2562 เวลา 13.30-16.30 น. ณ ห้องจิ๊ด เศรษฐบุตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ ว่าลักษณะการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิมีการให้สิทธิแก่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งถือเป็นอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน ประกอบกับมีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพยสิทธิจำพวกจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[46]

- รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า มีความเห็นว่า ทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพยสิทธิอีกชนิดหนึ่งในระบบกฎหมายไทยเพราะเป็นสิทธิที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย และเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์ อีกทั้งยังมีลักษณะทำนองเดียวกันกับภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

---

[43] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 61-62.

[44] เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

[45] เพลินตา ตันรังสรรค์, "สรุปการสัมมนาวิชาการ ทรัพย์อิงสิทธิ... เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุนอสังหาฯ," จุลนิติ (2562).หน้า 10.

[46] กิตติศักดิ์ ปรกติ, "งานเสวนาวิชาการ หัวข้อ "ทรัพย์อิงสิทธิ : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ","(กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562). https://www.facebook.com/Thammasatlaw/videos/453447515444065

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากผู้ทรงสิทธิมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่น โดยทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ และสามารถตกติดไปกับอสังหาริมทรัพย์ได้[47]

อย่างไรก็ตามวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย” เขียนโดยนางสาวอธิชา หลิมจานนท์ (น.ม ภาควิชานิติศาสตร์ (จุฬาฯ)) ปีพุทธศักราช 2562 ได้ให้ความคิดเห็นว่า ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่งตามกฎหมายพิเศษ โดยทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะใกล้เคียงความเป็นบุคคลสิทธิมากกว่าทรัพยสิทธิ ซึ่งอาจได้ชื่อว่ามีสถานะเป็น “บุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะใกล้เคียงทรัพยสิทธิ”[48] ด้วยเหตุผลตามตัวอย่างดังต่อไปนี้

1) กฎหมายพิเศษของไทยทั้งสามฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2559 และพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 ล้วนเป็นกฎหมายที่พัฒนาต่อยอดมาจากกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงแต่มีลักษณะบางประการที่กำหนดขึ้นใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับเหตุผลในการร่างกฎหมายเท่านั้น[49]

2) กรณีทรัพย์อิงสิทธิมีวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกับสัญญาเช่าทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงแต่ได้แก้ไขข้อจำกัดในบางเรื่องโดยให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่ไม่มีความเฉพาะตัวโดยสามารถให้เช่า โอนเปลี่ยนมือ และตกทอดทางมรดกได้เท่านั้น ดังนั้นนิติสัมพันธ์ของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ในกฎหมายพิเศษไทยรวมถึงเรื่องทรัพย์อิงสิทธิด้วยก็คงให้ความสำคัญกับสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่สัญญาเหมือนกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ธรรมดาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งไม่ได้มีทรัพย์หรือทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิในอันที่คู่สัญญาสามารถบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์นั้นโดยตรงได้แต่อย่างใด[50]

---

[47] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 198.

[48] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย" (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า.หน้า 177.

[49] เรื่องเดียวกัน, หน้า 162.

[50] เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

3) พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ มาตรา 9 กำหนดกรณีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลภายนอก ไม่ทำให้ทรัพย์อิงสิทธิระงับไป เนื่องจากพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ มีแนวคิดพื้นฐานมาจากสัญญาเช่าทรัพย์ธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นเมื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเพียงบทยกเว้นจากกฎหมายบทหลักแล้ว ในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ก็อาจมีลักษณะเป็นบทยกเว้นให้ทรัพย์อิงสิทธิตกติดไปกับอสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกัน[51]

4) การที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ อนุญาตให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองเป็นประกันหนี้ได้นั้น เป็นการกำหนดให้สิทธิดังกล่าวไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว ซึ่งสามารถโอนเปลี่ยนมือได้อย่างคล่องตัวมากขึ้น เมื่อนำไปประกันหนี้โดยการจำนองก็สามารถนำออกขายทอดตลาดได้โดยง่าย ซึ่งการกำหนดให้ทรัพย์อิงสิทธิไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัวนี้ทำให้ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะใกล้เคียงทรัพยสิทธิมากขึ้นเท่านั้น แต่ไม่ถึงขนาดส่งผลให้ความเป็นบุคคลสิทธิในทรัพย์อิงสิทธิเปลี่ยนกลายเป็นทรัพยสิทธิ[52]

5) เนื่องจากสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์อิงสิทธิในกฎหมายพิเศษของไทยมีหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกับสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงมีแนวคิดเรื่องสิทธิครอบครองเช่นเดียวกับผู้เช่าในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้ผู้เช่าหรือผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในกฎหมายพิเศษนี้จะมีอำนาจเหนือตัวทรัพย์มากขึ้นกว่าเดิม แต่ผู้เช่าหรือผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็ยังคงต้องเคารพสิทธิของผู้ให้เช่าหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์อยู่ จึงน่าจะเป็นได้เพียงผู้ยึดถือทรัพย์แทนผู้ให้เช่าหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1368 เท่านั้น หาใช่เป็นผู้มีสิทธิครอบครองอันมีลักษณะเป็นผู้ทรงทรัพยสิทธิไม่ ส่วนผู้ที่มีสิทธิครอบครองอย่างแท้จริงคือผู้ให้เช่าหรือเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์แล้วแต่กรณี[53]

6) ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะของทรัพยสิทธิปะปนอยู่ด้วย กล่าวคือ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เช่น สิทธิใช้สอย สิทธิในการนำอสังหาริมทรัพย์ออก

---

[51] เรื่องเดียวกัน, หน้า 139

[52] เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

[53] เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

ให้เช่า เป็นต้น อันเป็นสิทธิที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย อันถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดของทรัพยสิทธิตามมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[54]

นอกจากนี้วิทยานิพนธ์เรื่อง “ทรัพย์อิงสิทธิ” เขียนโดยเรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต (น.ม ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2565 ได้ให้ความคิดเห็นว่า “กฎหมายกำหนดให้ทรัพย์อิงสิทธิสามารถที่จะโอนให้แก่กัน นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง และสามารถตกทอดทางมรดกได้ ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ประกอบกับได้บัญญัติให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนผู้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะก่อตั้งทรัพยสิทธิใดๆ มิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามบทกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังสามารถที่จะจำหน่าย จ่าย โอนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่นได้ และสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไปเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หรือใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ อีกทั้งการทำนิติกรรมใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิจำต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ ซึ่งถือเป็นการใช้ระบบการแสดงออกซึ่งสิทธิโดยทางทะเบียน เฉกเช่นเดียวกับที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 1299 ประมวลของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นเมื่อพิจารณาสิทธิดังกล่าว ทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีอำนาจที่จะบังคับใช้สิทธิของตนได้เองโดยลำพัง”[55]

โดยหากพิจารณาในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า ทรัพย์อิงสิทธิอาจมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ เนื่องจากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิทำให้ผู้ทรงมีสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และได้มาซึ่งสิทธิบางอย่างเหนืออสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่น เช่น สิทธิในการใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ สิทธิในการนำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลอื่นเช่า สิทธิในการได้มาซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีเห็นว่าการจะพิจารณาได้ว่าทรัพย์อิงสิทธิมีสถานะอย่างไร เป็นทรัพยสิทธิ บุคคลสิทธิ หรือบุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะใกล้เคียงทรัพยสิทธิ จำต้องมีการศึกษาทำความเข้าใจแนวความคิดและลักษณะของทรัพยสิทธิและบุคคลสิทธิให้ถ่องแท้เสียก่อน เพื่อนำข้อมูลดังกล่าวมาเป็นรากฐานในการวิเคราะห์ลักษณะของทรัพย์อิงสิทธิผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงความคิดพื้นฐานของทรัพยสิทธิและบุคคลสิทธิดังนี้

---

[54] เรื่องเดียวกัน, หน้า 168.

[55] เรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต, "ทรัพย์อิงสิทธิ," หน้า. 82.

3.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพยสิทธิ

3.1.1 แนวคิดของทรัพยสิทธิ

แนวคิดที่ใช้ในการกำหนดความเป็นทรัพยสิทธิพัฒนามาจากระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีจุดเริ่มต้นมาจากกฎหมายโรมัน และสืบทอดต่อกันมาในประเทศที่จัดทำประมวลกฎหมาย เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพนธรัฐเยอรมนี เป็นต้น ทั้งนี้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวความคิดดังกล่าวมี 3 ประการดังต่อไปนี้[56]

(1) ข้อพิจารณาว่าด้วยการแบ่งขั้นสูงสุด

แนวคิดว่าด้วยการแบ่งขั้นสุด (summa division) ถือกำเนิดจากระบบกฎหมายซิวิลลอว์ โดยแนวคิดนี้แบ่งแยกระหว่างทรัพยสิทธิ (real right, ius in rem) และบุคคลสิทธิ (personal right, ius in personam) ออกจากกัน[57] โดยสาระสำคัญของการแบ่งระหว่างทรัพยสิทธิและบุคคลสิทธิคือการให้ความหมายที่แตกต่างกันระหว่างสิทธิทั้งสอง ทั้งนี้จุดเด่นของแนวความคิดนี้คือ การมุ่งพิจารณาผลผูกพันของสิทธิต่อบุคคล กล่าวคือ ทรัพยสิทธิ ผลผูกพันของสิทธิมีลักษณะเป็นสิทธิสัมบูรณ์ หรือสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ในขณะที่บุคคลสิทธิ ผลผูกพันของสิทธิมีลักษณะเป็นสิทธิสัมพัทธ์ (relative right)[58]

สิทธิสัมบูรณ์ เป็นเอกลักษณ์สำคัญของทรัพยสิทธิ โดยเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันบุคคลทั้งหลาย หรือเป็นสิทธิที่ยกยันบุคคลได้ทั้งโลก (a right against the world) หรือเผชิญหน้ากับบุคคลใดๆ ก็ได้ในสาธารณะ (to be public vis-à-vis everyone)[59] ลักษณะผลผูกพันในลักษณะเป็นการทั่วไปดังกล่าวเรียกในภาษาละตินว่า “erga omnes” (towards everyone) ทั้งนี้ กฎหมายเอกชนสาขาที่ว่าด้วยสิทธิสัมบูรณ์นั้นก็คือ กฎหมายทรัพย์สิน[60] ในขณะที่สิทธิสัมพัทธ์เป็นสิทธิที่เกิดผลผูกพันต่อ

---

[56] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 103.

[57] Sjef Van Erp, The Oxford Handbook of Comparative Law, ed. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (Hamburg: Oxford University Press, 2007).p. 1051. ; อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. หน้า 103.

[58] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 103.

[59] Peter Benson, The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law, ed. Jules Coleman and Scott Shapiro (Oxford: Oxford University Press, 2002).p. 778. ; อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. หน้า 103.

[60] Erp, S. V., The Oxford Handbook of Comparative Law.p. 1051-1052. ; อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. หน้า 103.

บุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจง นิติสัมพันธ์ในสิทธิประเภทนี้จึงจำกัดวงหรือขอบเขตอย่างแคบ โดยบ่อเกิดแห่งสิทธิสัมพัทธ์ที่สำคัญและพบเห็นได้ทั่วไปได้แก่ สัญญา (contract) ละเมิด (tort)[61]

นอกจากนี้เมื่อทรัพยสิทธิเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันบุคคลเป็นการทั่วไป จึงย่อมเกิดหน้าที่ของบุคคลที่มีต่อทรัพยสิทธิด้วย กล่าวคือ บุคคลทั่วไปมีหน้าที่งดเว้นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อทรัพยสิทธิ หากบุคคลใดกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนทรัพยสิทธิ ผู้ทรงย่อมสามารถใช้สิทธิทางกฎหมายเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามทรัพยสิทธิหรือให้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะมีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่[62]

(2) ข้อพิจารณาว่าด้วยจำนวนจำกัด

แนวคิดว่าด้วยจำนวนจำกัดของทรัพยสิทธิ (numerus clausus) เป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายทรัพย์สินของซิวิลลอว์ โดยมีหลักการว่าจำนวน (number) และเนื้อหา (content) ของทรัพยสิทธิถูกจำกัดโดยกฎหมาย[63] กล่าวคือ ทรัพยสิทธิจะมีจำนวนกี่ประเภทและมีเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับการที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองหรืออนุญาตไว้ ทรัพยสิทธิไม่อาจมีชนิดจำนวนหรือเนื้อหานอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดหรือรับรองไว้ได้[64]

เนื่องจากทรัพยสิทธิมีลักษณะผูกพันบุคคลเป็นการทั่วไป (erga omnes) และก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั้งหลายในการงดเว้นการขัดหรือรบกวนการใช้สิทธิโดยชอบของผู้ทรงทรัพยสิทธิ ดังนั้นจึงจำต้องบัญญัติหรือรับรองเนื้อหาแห่งทรัพยสิทธินั้นให้ชัดเจนไว้ในกฎหมาย เนื่องจากบุคคลจะอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายไม่ได้ (ignorantia iuris non excusat) ฉะนั้นเมื่อการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของทรัพยสิทธิเป็นไปตามกฎหมาย บุคคลจึงไม่อาจปฏิเสธการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของทรัพยสิทธินั้นได้[65]

---

[61] Benson, P., The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law.p. 778. ; อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. หน้า 103.

[62] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 104.

[63] Erp, S. V., The Oxford Handbook of Comparative Law.p. 1053. ; อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. หน้า 104.

[64] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 106.

[65] เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

เมื่อพิจารณาทรัพยสิทธิในระบบกฎหมายไทยโดยอาศัยแนวคิดของหลักว่าด้วยจำนวนจำกัด (numerus clausus) แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีการกล่าวถึง “ทรัพยสิทธิ” โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบรรพ 4 แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้มีนิยามชัดแจ้งว่า “ทรัพยสิทธิ” มีความหมายอย่างไร และสิทธิใดบ้างถือเป็นทรัพยสิทธิ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในบรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สินก็สะท้อนให้เห็นถึงทรัพยสิทธิภายในบรรพนั้นว่า มีทรัพยสิทธิจำนวน 7 ประเภท ได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ โดยทรัพยสิทธิทั้ง 7 ประเภทดังกล่าวเป็นทรัพยสิทธิที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นสิทธิเหนือทรัพย์ในกฎหมายทรัพย์สิน[66]

นอกจากนี้ สิทธิจำนองและสิทธิจำนำซึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาก็มีลักณะเป็นทรัพยสิทธิเนื่องจากเป็นสิทธิในทรัพย์ ทั้งนี้แม้ว่าสิทธิจำนองและสิทธิจำนำจะเกิดขึ้นโดยฐานของสัญญา แต่สัญญาที่ก่อให้เกิดจำนองและจำนำก็มีลักษณะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพยสิทธิ[67]

ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพยสิทธิคือสิทธิลักษณะใดหรือสิทธิใดบ้างที่ถือเป็นทรัพยสิทธิ ดังนั้นการให้ความหมายหรือการระบุว่าสิทธิใดเป็นทรัพยสิทธิจึงต้องอาศัยการตีความในทางปฏิบัติและในทางตำราซึ่งนักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ก็อาจมีความคิดเห็นและการตีความที่แตกต่างกันออกไป[68]

(3) ข้อพิจารณาว่าด้วยการมีทรัพย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ลักษณะสำคัญของการเป็นทรัพยสิทธิคือ การมีทรัพย์ (thing) เป็นวัตถุแห่งสิทธิ (object of rights) ความสำคัญของวัตถุแห่งสิทธิในกรณีทรัพยสิทธินั้นคือการมีทรัพย์เป็นฐานรองรับทรัพยสิทธิ ดังนั้นประเด็นที่ต้องพิจารณาคือสิ่งใดเป็นทรัพย์ในระบบกฎหมายนั้นๆ ซึ่งโดยทั่วไปในทางทฤษฎีกฎหมายทรัพย์สิน ทรัพย์ หมายถึง วัตถุมีรูปร่างซึ่งมีตัวตน (in rem, physical object) ทรัพยสิทธิจึงเป็นสิทธิที่มีวัตถุมีรูปร่างเป็นวัตถุแห่งสิทธิ โดยวัตถุมีรูปร่างนั้นจะเป็นสิ่งที่เคลื่อนที่ได้ (movable) หรือเคลื่อนที่ไม่ได้ (immovable) ก็ได้ ฉะนั้นสิ่งอื่นใดที่ไม่ได้มีสถานะเป็นทรัพย์ก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งทรัพยสิทธิได้[69]

---

[66] เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

[67] เรื่องเดียวกัน, หน้า 109.

[68] เรื่องเดียวกัน.

[69] เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

3.1.2 ประเภทของทรัพยสิทธิ

ทรัพยสิทธิในระบบกฎหมายไทยอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) กรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ถือเป็นทรัพยสิทธิที่มีความสำคัญที่สุด เพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ใดย่อมมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผลแห่งทรัพย์สิ่งนั้น มีสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์นั้นจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์ของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ว่าทรัพย์นั้นจะตกอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด เจ้าของกรรมสิทธิ์ก็สามารถติดตามเอาทรัพย์คืนได้เสมอ[70]

2) ทรัพยสิทธิในการได้ใช้

ทรัพยสิทธิในการได้ใช้มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพย์ของเจ้าของ และให้สิทธิในการใช้ทรัพย์นั้นแก่ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งผู้ทรงสิทธิจะมีสิทธิลักษณะใดและมีขอบเขตเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับประเภทของสิทธินั้นๆ ได้แก่ สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย ภาระจำยอม และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์[71]

3) ทรัพยสิทธิในการประกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ทรัพยสิทธิในการประกัน ได้แก่ จำนำ จำนอง ซึ่งเป็นกรณีการนำทรัพย์มาประกันหนี้ โดยทรัพย์ที่จะนำมาจำนำได้ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์และต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นไว้แก่ผู้รับจำนำด้วย เมื่อตัวทรัพย์อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำเท่ากับอำนาจเหนือตัวทรัพย์อยู่ที่ผู้รับจำนำ ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำก็จะมีสิทธิบังคับกับตัวทรัพย์ได้ตามกฎหมาย ส่วนจำนองเป็นการประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบตัวทรัพย์ให้ผู้รับจำนอง เพราะทรัพย์ที่จำนองส่วนใหญ่โดยสภาพไม่อาจส่งมอบกันได้ กฎหมายจึงกำหนดให้การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน

---

[70] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559).หน้า 100.

[71] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย," หน้า.หน้า 11

เจ้าหน้าที่ และไม่ว่าเจ้าของจะโอนทรัพย์ที่จำนองไปให้ผู้ใด จำนองก็จะตกติดไปกับตัวทรัพย์ด้วยเสมอ จนกว่าหนี้ที่จำนองจะระงับสิ้นไป[72]

3.1.3 การแสดงออกซึ่งทรัพยสิทธิ

การแสดงออกซึ่งทรัพยสิทธิ หมายถึงการปรากฏของทรัพยสิทธิให้เป็นที่รับรู้ของบุคคลโดยทั่วไป กรณีอสังหาริมทรัพย์ การแสดงออกซึ่งทรัพยสิทธิใช้ระบบการแสดงออกทางทะเบียนตามมาตรา 1299[73] กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการได้มาซึ่งทรัพยสิทธิโดยทางนิติกรรม หรือโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม ต้องมีการจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ มิเช่นนั้นการได้มาซึ่งทรัพยสิทธิย่อมไม่บริบูรณ์ หรือจะนำทรัพยสิทธนั้นไปเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ แล้วแต่กรณี ส่วนกรณีสังหาริมทรัพย์ การแสดงออกซึ่งทรัพยสิทธิใช้ระบบการแสดงออกโดยการครอบครอง เว้นแต่สังหาริมทรัพย์บางชนิดใช้ระบบทะเบียนอย่างอสังหาริมทรัพย์โดยอนุโลม เช่น เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ เป็นต้น[74]

3.1.4 การสิ้นไปซึ่งทรัพยสิทธิ

(1) การสิ้นไปโดยสภาพ

การสิ้นไปโดยสภาพ ได้แก่ กรณีทรัพย์สิ้นไป กล่าวคือ ทรัพยสิทธิเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์ ทรัพยสิทธิจึงไม่อาจดำรงอยู่ได้หากปราศจากทรัพย์อันเป็นฐานที่ตั้งแห่งสิทธิ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทรัพยสิทธิดำรงอยู่ตราบเท่าที่ทรัพย์ยังคงอยู่ (to exist only so long so as the res itself does) เมื่อทรัพย์สิ้นไปจึงย่อมทำให้ทรัพยสิทธิแห่งทรัพย์นั้นสิ้นไปในทันที[75]

---

[72] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน.หน้า 102.

[73] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะได้ทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่

ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมิได้จดทะเบียนไซร้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมิได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว”

[74] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 116-117.

[75] เรื่องเดียวกัน, หน้า 118-119.

(2) การสิ้นไปโดยผลแห่งเจตนา

การสิ้นไปโดยผลแห่งเจตนา หมายถึง กรณีบุคคลแสดงเจตนาและมีผลทำให้ทรัพยสิทธิสิ้นสภาพไป เช่น การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเพื่อระงับภาระจำยอม หรือการที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เลิกครอบครองทรัพย์ด้วยเจตนาสละกรรมสิทธิ์[76]

(3) การสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย

การสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย หมายถึง กรณีที่กฎหมายกำหนดผลให้ทรัพยสิทธิสิ้นไป ตัวอย่างทรัพยสิทธิที่สิ้นไปโดยผลของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย เช่น กรณีภาระจำยอมหากมิได้ใช้สิบปีย่อมสิ้นไปตามผลของมาตรา 1399 เป็นต้น[77]

3.2 ความคิดพื้นฐานของบุคคลสิทธิ

3.2.1 แนวคิดของบุคคลสิทธิ

บุคคลสิทธิ (right in personam) เป็นเรื่องของสิทธิเหนือบุคคลที่เกี่ยวกับหนี้หรือหน้าที่เฉพาะบุคคลจึงเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะหนี้[78] ไม่ใช่กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน บุคคลสิทธิมีบ่อเกิดมาตั้งแต่ในสมัยโรมันโดยปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมันที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีในส่วนของคดีที่เกี่ยวกับบุคคล (action in personam) ในสมัยโรมันการฟ้องคดีในรูปแบบของ action in personam เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำของจำเลยโดยตรงโดยเป็นการกล่าวอ้างถึงความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลยว่ามีความสัมพันธ์กันในทางกฎหมายและจำเลยมีสิทธิในการเรียกร้องต่อโจทก์ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในทางละเมิดหรือความสัมพันธ์ในทางสัญญาก็ตาม[79]

---

[76] เรื่องเดียวกัน, หน้า 120.

[77] เรื่องเดียวกัน.

[78] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 120.

[79] เรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต, "ทรัพย์อิงสิทธิ," หน้า.หน้า 37.

3.2.1 ความหมายของบุคคลสิทธิ

บุคคลสิทธิ หรือสิทธิเรียกร้อง เป็นสิทธิที่บุคคลหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น สิทธิของเจ้าหนี้ตามสัญญากู้ สิทธิตามสัญญาเช่า สิทธิตามสัญญาจะซื้อขาย สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด เป็นต้น สิทธิเหล่านี้ล้วนเป็นสิทธิที่บังคับเอากับตัวบุคคลไม่ใช่บังคับเอากับทรัพย์สิน แต่แม้จะไม่ได้บังคับเอากับตัวทรัพย์สินโดยตรง แต่จุดมุ่งหมายของสิทธิประเภทนี้ก็คือให้บุคคลทำประโยชน์ในทางทรัพย์สินให้แก่ตน จึงอาจเรียกได้ว่าบุคคลสิทธิเป็นสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วยอย่างหนึ่ง สำหรับสิทธิประเภทนี้ผู้ทรงสิทธิไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนโดยพลการ แต่ต้องใช้สิทธิทางศาลให้เป็นไปตามสิทธิของตน[80]

3.3 ความแตกต่างระหว่างทรัพยสิทธิและบุคคลสิทธิ

3.3.1 การก่อตั้งสิทธิ

ทรัพยสิทธิอาจก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น บุคคลใดจะตกลงก่อตั้งทรัพยสิทธิกันขึ้นเองนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนบุคคลสิทธิอาจเกิดขึ้นโดยนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้[81] กล่าวคือ บุคคลอาจก่อบุคคลสิทธิโดยตกลงทำเป็นสัญญาได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย[82] และนิติเหตุอาจก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ เช่น ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ เป็นต้น[83]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.3.2 วัตถุแห่งสิทธิ

ทรัพยสิทธิเป็นสิทธิที่มีตัวทรัพย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิ ดังนั้นผู้ทรงสิทธิอาจบังคับเอากับตัวทรัพย์นั้นได้โดยตรง ทรัพย์จึงเป็นสาระสำคัญในการดำรงอยู่ของทรัพยสิทธิ หากไม่มีทรัพย์รองรับ ย่อม

---

[80] มานิตย์ จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562).หน้า 149.

[81] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 121.

[82] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

[83] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย," หน้า.หน้า 12.

ปราศจากซึ่งทรัพยสิทธิ ส่วนวัตถุแห่งสิทธิของบุคคลสิทธิ ได้แก่ สิทธิเรียกร้องต่อบุคคลให้กระทำการงดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์[84]

3.3.3 ผลต่อบุคคล

ทรัพยสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลเป็นการทั่วไป กล่าวคือ บุคคลทั่วไปมีหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นการรบกวนการใช้ทรัพย์ของผู้ทรงทรัพยสิทธิ ทรัพยสิทธิจึงมีลักษณะเป็นสิทธิสัมบูรณ์ หรือสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) ส่วนบุคคลสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง เช่น คู่สัญญา ผู้ทำละเมิด ผู้สืบสิทธิ ทายาท เป็นต้น บุคคลสิทธิจึงมีลักษณะเป็นเพียงสิทธิสัมพัทธ์ (relative rights)[85]

3.3.4 การแสดงออกซึ่งสิทธิ

กรณีอสังหาริมทรัพย์ทรัพยสิทธิย่อมแสดงออกทางทะเบียน อนึ่งมีความเห็นทางวิชาการว่าสังหาริมทรัพย์แสดงออกทางการครอบครอง ในขณะที่บุคคลสิทธิไม่จำต้องมีการแสดงออกซึ่งสิทธิเพราะเป็นเรื่องที่รับรู้กันได้ระหว่างคู่กรณี[86]

3.3.5 การบังคับใช้สิทธิ

ผู้ทรงทรัพยสิทธิมีอำนาจบังคับตามสิทธิเอากับทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นได้โดยตรง ในขณะที่ผู้ทรงบุคคลสิทธิไม่อาจใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนโดยพลการ หากแต่ต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับคดีให้เป็นไปตามสิทธิของตน[87]

3.3.6 การสิ้นสุดแห่งสิทธิ

---

[84] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 121.

[85] เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

[86] เรื่องเดียวกัน.

[87] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย," หน้า.หน้า 13.

ทรัพยสิทธิจะคงอยู่ตราบเท่าที่ทรัพย์ยังอยู่ ทรัพยสิทธิไม่สิ้นไปเพราะเหตุแห่งการไม่ได้ใช้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทรัพยสิทธิไม่มีอายุความเสียสิทธิ (extinctive prescription) เว้นแต่ ทรัพยสิทธิ 2 ประเภท ซึ่งถ้าไม่ได้ใช้ภายใน 10 ปีย่อมสิ้นไป ได้แก่ ภาระจำยอม[88] ภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์[89] อนึ่งทรัพยสิทธิมีอายุความได้สิทธิ (acquisitive prescription) ซึ่งหมายถึงการที่บุคคลกระทำการบางอย่างต่อทรัพย์ในระยะเวลาหนึ่งแล้วกฎหมายกำหนดให้บุคคลได้ทรัพยสิทธิในทรัพย์นั้น มี 2 กรณี คือ (1) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางอายุความ[90] และ (2) การได้มาซึ่งภาระจำยอมทางอายุความ[91] บุคคลสิทธิมีอายุความฟ้องร้อง กล่าวคือ หากเจ้าหนี้ไม่ใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับคดีให้เป็นไปตามบุคคลสิทธิของตนภายในอายุความที่กฎหมายกำหนด และลูกหนี้ยกอายุความขึ้นต่อสู้ เจ้าหนี้ย่อมหมดอำนาจในการบังคับทางศาลเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 193/9[92] ประกอบกับมาตรา 193/10[93]

3.4 บทวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ

แม้ผู้ร่างกฎหมายจะมีความประสงค์ให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นเพียงบุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว แต่จากการศึกษาแนวความคิดและหลักการสำคัญของทรัพยสิทธิและบุคคลสิทธิประกอบกับการพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิ ผู้เขียนมีความเห็นว่าทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่ง โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

ประการที่ 1 ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติและรับรองขึ้นมาให้เป็นสิทธิที่ผู้ทรงมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น อันได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มี

---

[88] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1399 บัญญัติว่า “ภาระจำยอมนั้น ถ้ามิได้ใช้สิบปี ท่านว่าย่อมสิ้นไป”

[89] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1434 บัญญัติว่า “ท่านให้นำมาตรา 1388 ถึง 1395 และมาตรา 1397 ถึง 1400 มาใช้บังคับถึงภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์โดยอนุโลม”

[90] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 บัญญัติว่า “บุคคลใดครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปีไซร้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์”

[91] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1401 บัญญัติว่า “ภาระจำยอมอาจได้มาโดยอายุความ ท่านให้นำบทบัญญัติว่าด้วยอายุความได้สิทธิอันกล่าวไว้ในลักษณะ 3 แห่งบรรพนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

[92] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/9 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องใดๆ ถ้ามิได้บังคับภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด สิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ”

[93] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/10 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องที่ขาดอายุความ ลูกหนี้มีสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องนั้นได้”

โฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิยังได้กำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิของทรัพยอิงสิทธิไว้อีกด้วย กล่าวคือ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ สามารถใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างเต็มที่ สามารถดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้น และอาจนำทรัพย์อิงสิทธิไปประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ อันเป็นไปตามแนวคิดว่าด้วยจำนวนจำกัดของทรัพยสิทธิ (numerus clausus) และแม้ว่าพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จะไม่ได้ระบุชัดแจ้งให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพยสิทธิก็ตาม แต่ทรัพย์อิงสิทธิถูกบัญญัติขึ้นโดยกฎหมายและมีเนื้อหาแห่งสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ทรัพย์อิงสิทธิจะก่อตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเองได้โดยปราศจากการรับรองตามกฎหมาย

ประการที่ 2 ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่มีอสังหาริมทรัพย์ อันได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด เป็นวัตถุแห่งสิทธิจึงเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์ ดังนั้น หากปราศจากอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นฐานรองรับทรัพย์อิงสิทธิ ทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้

ประการที่ 3 การแสดงออกหรือปรากฏของทรัพย์อิงสิทธิใช้ระบบการแสดงออกทางทะเบียนเช่นเดียวกับทรัพยสิทธิกรณีอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิกระทำได้โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยื่นคำขอพร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในห้องชุดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการจดทะเบียนและออกหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิมอบให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ กล่าวคือ การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยมีค่าตอบแทน การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยไม่มีค่าตอบแทน การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ประการที่ 4 ทรัพย์อิงสิทธิก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ทรงในการใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผลอยู่ บุคคลใดๆ จะมากระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้ ดังนั้นบุคคลทั้งหลายจึงมีหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำดังกล่าวอันจะขัดต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ อย่างไรก็ตามแม้มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จะกำหนดให้สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์โดยมิชอบด้วยกฎหมายยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ก็ไม่ได้ทำให้หน้าที่

ของบุคคลทั้งหลายในการงดเว้นการกระทำต่างๆ อันเป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิสิ้นไปแต่อย่างใด

4. เปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิที่ใกล้เคียงทรัพย์อิงสิทธิ

4.1 ทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การที่หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ระบุว่าทรัพย์อิงสิทธิถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม จึงอาจทำให้มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าทรัพย์อิงสิทธิคือสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง โดยเมื่อพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิในหัวข้อก่อน ทรัพย์อิงสิทธิหาใช่เรื่องของสิทธิการเช่าแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1.1.1 การเช่าอสังหาริมทรัพย์มีบ่อเกิดมาจากฐานของสัญญาเช่าโดยผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น[94] ในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้มีที่มาหรือบ่อเกิดจากสัญญา แต่มีที่มาจากการบัญญัติและรับรองโดยกฎหมาย ทั้งนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฝ่ายเดียวอาจยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีคู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

1.1.2 การเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้เช่าจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ให้เช่า ดังนั้นแม้ผู้ให้เช่าจะไม่ใช่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็อาจทำสัญญาให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ได้ แต่กรณีทรัพย์อิงสิทธินั้นผู้ที่จะมายื่นคำขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้จะต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

1.1.3 การเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินที่ให้เช่าไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นผู้ให้เช่าและผู้เช่าจะตกลงกันเพื่อเอาอสังหาริมทรัพย์

---

[94] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 บัญญัติว่า “อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่าตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่า ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น”

ชนิดหรือประเภทใดเป็นทรัพย์สินที่เช่าก็ได้ ในขณะที่การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจะจำกัดเฉพาะบนอสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เท่านั้น ได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนด ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนด และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

1.1.4 การเช่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องให้ผู้เช่าใช้สอยหรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า และผู้เช่าก็มีหน้าที่ในการใช้ค่าเช่าแก่ผู้ให้เช่าจากการใช้สอยหรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าเช่นว่านั้น[95] ในขณะที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้กำหนดหรือบังคับว่าจะต้องมีการใช้ค่าตอบแทนในการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิแต่อย่างใด กรณีจึงแล้วแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนแรกและผู้ที่ประสงค์จะรับโอนทรัพย์อิงสิทธิต่อจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะได้ตกลงกัน

1.1.5 ระยะเวลาในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ห้ามไม่ให้เช่ากันเป็นกำหนดเวลาเกินกว่า 30 ปี โดยหากครบกำหนดระยะเวลา 30 ปีแล้ว คู่สัญญาก็อาจต่อระยะเวลาของสัญญาเช่าได้อีกแต่ต้องไม่เกิน 30 ปี[96] ส่วนกรณีทรัพย์อิงสิทธิมีกำหนดเวลาได้ไม่เกิน 30 ปีเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ และกฎกระทรวงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องไม่ได้เปิดช่องให้ในการต่อระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิเอาไว้ จึงไม่อาจกระทำการต่อระยะเวลาทรัพย์อิงสิทธิได้[97]

1.1.6 การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เช่าจะมีสิทธิและหน้าที่อย่างไรในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่านั้นก็ต้องเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาเช่า ส่วนกรณีทรัพย์อิงสิทธิ สิทธิและหน้าที่ของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิย่อมเป็นไปตามที่ได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ และหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ[98]

---

[95] ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2537).หน้า 23.

[96] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 บัญญัติว่า “อันอสังหาริมทรัพย์ ท่านห้ามมิให้เช่ากันเป็นกำหนดเวลาเกินกว่าสามสิบปี ถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้น ท่านก็ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี อนึ่ง กำหนดเวลาเช่าดังกล่าวมานี้ เมื่อสิ้นลงแล้วจะต่อสัญญาอีกก็ได้ แต่ต้องอย่าให้เกินสามสิบปีนับแต่วันต่อสัญญา”

[97] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิมีกำหนดเวลาได้ไม่เกินสามสิบปี”

[98] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 10 บัญญัติว่า “ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ และตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ”

1.1.7 ผู้เช่าไม่มีสิทธิดัดแปลงหรือต่อเติมอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าหากไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่าก่อน[99] ในขณะที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิในการใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้อย่างเต็มที่ซึ่งรวมถึงการดัดแปลง ต่อเติม สร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก่อน และยังได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผลอีกด้วย[100]

1.1.8 ผู้เช่าไม่มีสิทธิให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีในอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า[101] ในขณะที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลภายนอกเช่าได้[102] และอาจโอนทรัพย์อิงสิทธิของตนบนอสังหาริมทรัพย์นั้นให้แก่บุคคลอื่นได้[103] โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด

1.1.9 ผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจนำสิทธิการเช่าของตนไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามหลักเกณฑ์ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ในขณะที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามหลักเกณฑ์ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้[104]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[99] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 558 บัญญัติว่า “อันทรัพย์สินที่เช่านั้น ถ้ามิได้รับอนุญาตของผู้ให้เช่าก่อน ผู้เช่าจะทำการดัดแปลงหรือต่อเติมอย่างหนึ่งอย่างใดหาได้ไม่ ถ้าและผู้เช่าทำไปโดยมิได้รับอนุญาตของผู้ให้เช่าเช่นนั้นไซร้ เมื่อผู้ให้เช่าเรียกร้อง ผู้เช่าจะต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนคงสภาพเดิม ทั้งจะต้องรับผิดต่อผู้ให้เช่าในความสูญหายหรือบุบสลายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การดัดแปลงต่อเติมนั้นด้วย”

[100] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ในอสังหาริมทรัพย์ ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น”

[101] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งเช่านั้น ผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีในทรัพย์สินนั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า ถ้าผู้เช่าประพฤติฝ่าฝืนบทบัญญัติอันนี้ ผู้ให้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้”

[102] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์...”

[103] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 12 บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้...”

[104] เรื่องเดียวกัน.

4.2 ทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 จำกัดไว้เพียงกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเท่านั้น[105] หากเป็นการเช่ากรณีอื่น เช่น เพื่อการอาศัย เป็นต้น ก็ไม่ถือเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมต้องมีกำหนดระยะเวลาในการเช่าเกินกว่า 30 ปี แต่ไม่เกิน 50 ปี[106] หากมีกำหนดเวลาเพียง 30 ปี หรือน้อยกว่านั้น ก็ไม่ถือเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้

นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมมีลักษณะที่ไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว ซึ่งแตกต่างจากสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมสามารถตกทอดแก่ทายาทได้ ผู้เช่าอาจนำอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงได้ และอาจโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ เว้นแต่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า[107] นอกจากนี้ผู้เช่าอาจนำสิทธิการเช่าไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้[108] และยังอาจนำสิทธิการเช่าดังกล่าวไปจดทะเบียนเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้อีกด้วย[109]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[105] พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “การเช่า หมายความว่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี ...”

[106] เรื่องเดียวกัน.

[107] พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาตรา 7 บัญญัติว่า “สิทธิและหน้าที่ตามการเช่าให้ตกทอดแก่ทายาทได้และผู้เช่าจะให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า”

[108] พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาตรา 6 บัญญัติว่า “สิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ให้สามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้และให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

[109] พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 8 บัญญัติว่า “หลักประกันได้แก่ทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

(1) กิจการ

(2) สิทธิเรียกร้อง

(3) สังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า

(4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง

(5) ทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อพิจารณาเนื้อหาข้างต้นแล้ว แม้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม และทรัพย์อิงสิทธิจะมีลักษณะแห่งสิทธิบางประการที่คล้ายกัน เช่น เป็นสิทธิที่อาจตกทอดแก่ทายาทได้ อาจโอนให้แก่กันได้ อาจนำไปจำนองได้ เป็นต้น แต่สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเป็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่งซึ่งมีฐานมาจากสัญญาเช่า จึงมีลักษณะเป็นเพียงบุคคลสิทธิที่มีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ส่วนทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้มีฐานมาจากสัญญาแต่อย่างใด แต่เกิดขึ้นจากการบัญญัติและรับรองโดยกฎหมายจึงเป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่ง โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฝ่ายเดียวอาจยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เมื่อได้มีการจดทะเบียนแล้วทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีผลผูกพันต่อบุคคลเป็นการทั่วไป

จากที่ได้กล่าวไปในข้อ 4.1 และ 4.2 สามารถแสดงเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(6) ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์

	การเช่า ตาม ป.พ.พ.	**การเช่า ตาม พ.ร.บ. เช่า ปี 42**	**ทรัพย์อิงสิทธิ**
การก่อตั้งสิทธิ	ก่อตั้งขึ้นโดยนิติกรรม	ก่อตั้งขึ้นโดยนิติกรรม	ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย
การได้มาซึ่งสิทธิ	โดยนิติกรรม	โดยนิติกรรม	- โดยกฎหมาย (กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนแรก) - โดยนิติกรรม (กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนถัดไป) - โดยทางมรดก
การกำหนดกรอบวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์	ไม่มีการกำหนดกรอบวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์	เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม	ไม่มีการกำหนดกรอบวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์
กรอบระยะเวลา	ไม่เกิน 30 ปี (ต่อระยะเวลาของสัญญาได้แต่ต้องไม่เกิน 30 ปี)	มากกว่า 30 ปี แต่ไม่เกิน 50 ปี (ต่อระยะเวลาของสัญญาได้แต่ต้องไม่เกิน 50 ปี)	ไม่เกิน 30 ปี
การดัดแปลงต่อเติมอสังหาริมทรัพย์	ไม่สามารถทำได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า	ไม่สามารถทำได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า	ดัดแปลง ต่อเติม ปลูกสร้างได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม
การโอนสิทธิ/ให้เช่าช่วง	ให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า	ให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ให้เช่า	ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ หรือโอนทรัพย์อิงสิทธิได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์
การตกทอดเป็นมรดก	ไม่ตกทอดทางมรดก เนื่องจากเป็นสิทธิเฉพาะตัว ผู้เช่าตายสัญญาเช่าระงับ	ตกทอดทางมรดกได้	ตกทอดทางมรดกได้
การนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้	ไม่สามารถนำสิทธิไปจำนำหรือจำนองได้ แต่อาจนำไปเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้	นำสิทธิไปจำนองหรือเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้	นำสิทธิไปจำนองหรือเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

4.3 ทรัพย์อิงสิทธิกับภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1429 มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในภาระติดพันอันเป็นเหตุให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นคราวๆ จากอสังหาริมทรัพย์นั้น หรือได้ใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์นั้นตามที่ระบุไว้[110] เช่น อนุญาตให้เพื่อนสามารถเข้าอาศัยในบ้านพักตากอากาศชายทะเลได้ในเดือนเมษายนของทุกปีเป็นเวลาสามสิบปี หรืออนุญาตให้เพื่อนได้รับเงินหนึ่งล้านบาทจากค่าเช่าที่ดินที่ตนเก็บมาทุกครั้งเป็นเวลาสามสิบปี เป็นต้น ทั้งนี้การได้มาซึ่งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์จะได้มาก็แต่โดยทางนิติกรรมเท่านั้น ไม่อาจได้มาโดยผลของกฎหมาย เมื่อภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเรียบร้อยแล้วย่อมบริบูรณ์เป็นทรัพยสิทธิ[111]

ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้นจะก่อให้เกิดขึ้นโดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดชีวิตแห่งผู้รับประโยชน์ก็ได้ หากไม่ได้กำหนดเวลากันไว้กฎหมายให้สันนิษฐานว่ากำหนดเวลานั้น คือ ชั่วชีวิตของผู้รับประโยชน์ แต่หากมีการกำหนดเวลากันไว้กฎหมายห้ามกำหนดเกิน 30 ปี หากกำหนดไว้นานกว่านั้นให้ลดลงมาเป็น 30 ปี และจะต่ออายุก็ได้แต่ต้องไม่เกิน 30 ปีนับแต่วันต่ออายุ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1430[112] และ มาตรา 1403 วรรคสาม[113]

ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยหลักถือเป็นสิทธิเฉพาะตัว[114] เนื่องจากภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจโอนให้กันได้แม้แต่ทางมรดก เว้นแต่กรณีที่มีการกำหนดไว้ในนิติกรรมอันก่อตั้ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[110] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1429 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในภาระติดพันอันเป็นเหตุให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับการชำระหนี้เป็นคราว ๆ จากทรัพย์สินนั้น หรือได้ใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งทรัพย์สินตามที่ระบุไว้”

[111] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 374.

[112] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1430 บัญญัติว่า “ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้น จะก่อให้เกิดโดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดชีวิตแห่งผู้รับประโยชน์ก็ได้

ถ้าไม่มีกำหนดเวลา ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์มีอยู่ตลอดชีวิตผู้รับประโยชน์

ถ้ามีกำหนดเวลา ท่านให้นำบทบัญญัติมาตรา 1403 วรรค 3 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

[113] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1403 วรรค 3 บัญญัติว่า “ถ้าให้สิทธิอาศัยโดยมีกำหนดเวลา กำหนดนั้นท่านมิให้เกินสามสิบปี ถ้ากำหนดไว้นานกว่านั้น ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี การให้สิทธิอาศัยจะต่ออายุก็ได้ แต่ต้องกำหนดเวลาไม่เกินสามสิบปีนับแต่วันทำต่อ”

[114] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 373.

ภาระติดพันว่าให้สามารถโอนได้ ก็สามารถกระทำได้ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1431[115]

การระงับสิ้นไปของภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์แบ่งออกเป็น (1) การระงับสิ้นไปโดยนิติกรรม เช่น เมื่อครบกำหนดเวลาตามที่กำหนดไว้ในนิติกรรมก่อตั้งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เมื่อเงื่อนไขที่กำหนดให้ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ระงับเกิดขึ้น เมื่อผู้รับประโยชน์หรือเจ้าของทรัพย์สินทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ เป็นต้น และ (2) การระงับสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย เช่น เมื่อผู้รับประโยชน์ถึงแก่ความตาย เมื่อทรัพย์สินสลายไปทั้งหมด เมื่อผู้รับประโยชน์ได้มาเป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง เมื่อผู้รับประโยชน์ไม่ได้ใช้และถือเอาประโยชน์ติดต่อกันถึง 10 ปี เมื่อทรัพย์สินหมดประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์แล้ว เป็นต้น[116]

เมื่อพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิของภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เห็นว่าแม้ทรัพย์อิงสิทธิอาจมีลักษณะบางประการที่คล้ายคลึงกับภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ สิทธิทั้งสองประเภทต่างเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ และผู้ทรงสิทธิทั้งสองก็ต่างมีสิทธิในการใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่น เพียงแต่บทบัญญัติเรื่องภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิผู้รับประโยชน์ไว้อย่างกว้างๆ ให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้โดยอิสระตามหลักความอิสระทางแพ่ง กล่าวคือ สิทธิผู้รับประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นจะเป็นเช่นใด จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นคราวๆ จากอสังหาริมทรัพย์ หรือจะได้ใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น ย่อมเป็นไปตามที่ระบุไว้ในนิติกรรมก่อตั้งภาระติดพัน ส่วนสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินั้นกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ทรงมีสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ สามารถใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างเต็มที่ โดยอาจนำอสังหาริมทรัพย์ให้บุคคลอื่นเช่า และได้มาซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น

ทั้งนี้ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์โดยหลักเป็นสิทธิเฉพาะตัว เนื่องจากภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจโอนให้กันได้แม้แต่ทางมรดก เว้นแต่กรณีที่มีการกำหนดไว้ในนิติกรรมอันก่อตั้งภาระติดพันว่าให้สามารถโอนได้ ก็สามารถกระทำได้ ในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัว อาจโอนให้และรับเป็นมรดกได้

---

[115] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1431 บัญญัติว่า “ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในนิติกรรมอันก่อให้เกิดภาระติดพันไซร้ ท่านว่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้นจะโอนกันไม่ได้แม้โดยทางมรดก”

[116] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 375.

นอกจากนี้ในการก่อตั้งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องได้แสดงเจตนาตกลงให้อสังหาริมทรัพย์ของตนต้องตกอยู่ในภาระติดพันอันเป็นเหตุให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งจากอสังหาริมทรัพย์นั้น ส่วนการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นอาจตั้งขึ้นโดยไม่จำต้องพิจารณาว่ามีคู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ และเมื่อได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิขึ้นมาแล้ว หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่น ตนก็จะมีฐานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินั้นเอง

ส่วนในประเด็นเรื่องการประกันการชำระหนี้นั้น แม้ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์จะอยู่ในความหมายของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามความในมาตรา 139 ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินที่อาจนำมาจำนองได้ตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ประเด็นดังกล่าวยังเป็นที่ถกเถียงกันในกลุ่มนักกฎหมายวิชาการว่าสามารถนำมาจำนองได้หรือไม่ โดยในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายเพิ่มเติมในบทที่ 3 ในขณะที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

4.4 ทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิเหนือพื้นดิน

สิทธิเหนือพื้นดินถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1410 หมายถึงสิทธิในการเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูก บนดินหรือใต้ดินในที่ดินของผู้อื่น[117] โดยจะเสียค่าเช่า ค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของที่ดินด้วยหรือไม่ก็ได้[118] สิทธิเหนือพื้นดินจึงเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์อย่างหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. เจ้าของที่ดิน ยินยอมให้ นาย ข. ปลูกบ้านในที่ดินของตน โดยตราบใดที่สิทธิเหนือพื้นดินยังดำรงอยู่บ้านย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของนาย ข. ทั้งนี้การได้มาซึ่งสิทธิเหนือพื้นดินจะได้มาก็แต่โดยทางนิติกรรมเท่านั้น ไม่อาจได้มาโดยผลของกฎหมาย เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเรียบร้อยแล้วย่อมบริบูรณ์เป็นทรัพยสิทธิ

เมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูก บนดินหรือใต้ดิน ก็ย่อมมีสิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินเหล่านั้นได้ นอกจากนี้มาตรา 1411 ยัง

---

[117] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1410 บัญญัติว่า “เจ้าของที่ดินอาจก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินเป็นคุณแก่บุคคลอื่น โดยให้บุคคลนั้นมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูก บนดินหรือใต้ดินนั้น”

[118] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 343.

กำหนดให้สิทธิเหนือพื้นดินอาจโอนได้ และรับมรดกกันได้[119] เช่นนี้ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินซึ่งต้องการขายโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกของตนให้บุคคลอื่น สามารถโอนสิทธิเหนือพื้นดินไปพร้อมกันด้วย หรือผู้มีสิทธิรับมรดกในโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกของผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินก็มีสิทธิรับมรดกสิทธิเหนือพื้นดินไปด้วย[120] สิทธิเหนือพื้นดินจึงไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัว อย่างไรก็ตามเจ้าของที่ดินและผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะตกลงกันห้ามโอนหรือห้ามรับมรดกสิทธิเหนือพื้นดินก็ได้ หากคู่สัญญามีความประสงค์ให้สิทธิเหนือพื้นดินเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ทรงเท่านั้น[121]

สิทธิเหนือพื้นดินนั้นจะก่อให้เกิดขึ้นโดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดชีวิตเจ้าของที่ดินหรือตลอดชีวิตผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินนั้นก็ได้ หากมีการกำหนดเวลากันไว้กฎหมายห้ามกำหนดเกิน 30 ปี หากกำหนดไว้นานกว่านั้นให้ลดลงมาเป็น 30 ปี และจะต่ออายุก็ได้แต่ต้องไม่เกิน 30 ปีนับแต่วันต่ออายุ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1412[122] และ มาตรา 1403 วรรคสาม[123] แต่หากสิทธิเหนือพื้นดินนั้นไม่มีกำหนดเวลา คู่กรณีฝ่ายใดจะบอกเลิกเสียในเวลาใดก็ได้ แต่ต้องบอกล่วงหน้าแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร โดยหากมีค่าเช่าซึ่งต้องให้แก่กัน ต้องบอกล่วงหน้าปีหนึ่ง หรือให้ค่าเช่าปีหนึ่ง[124]

การระงับสิ้นไปของสิทธิเหนือพื้นดินแบ่งออกเป็น (1) การระงับสิ้นไปโดยนิติกรรม เช่น เมื่อครบกำหนดเวลาตามที่กำหนดไว้ในนิติกรรมก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน เมื่อเงื่อนไขที่กำหนดให้สิทธิเหนือพื้นดินระงับเกิดขึ้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกกรณีสิทธิเหนือพื้นดินไม่มีกำหนดเวลา หรือเมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ เป็นต้น และ (2) การระงับสิ้นไปโดยผลของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[119] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1411 บัญญัติว่า “ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในนิติกรรมอันก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินไซร้ ท่านว่าสิทธินั้นอาจโอนได้ และรับมรดกกันได้”

[120] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 344.

[121] เรื่องดียวกัน.

[122] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1412 บัญญัติว่า “สิทธิเหนือพื้นดินนั้นจะก่อให้เกิดโดยมีกำหนดเวลา หรือตลอดชีวิตเจ้าของที่ดิน หรือตลอดชีวิตผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินนั้นก็ได้

ถ้าก่อให้เกิดสิทธิพื้นดินโดยมีกำหนดเวลาไซร้ ท่านให้นำบทบัญญัติมาตรา 1403 วรรค 3 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

[123] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1403 วรรค 3 บัญญัติว่า “ถ้าให้สิทธิอาศัยโดยมีกำหนดเวลา กำหนดนั้นท่านมิให้เกินสามสิบปี ถ้ากำหนดไว้นานกว่านั้น ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี การให้สิทธิอาศัยจะต่ออายุก็ได้ แต่ต้องกำหนดเวลาไม่เกินสามสิบปีนับแต่วันทำต่อ”

[124] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1413 บัญญัติว่า “ถ้าสิทธิเหนือพื้นดินนั้นไม่มีกำหนดเวลาไซร้ ท่านว่าคู่กรณีฝ่ายใดจะบอกเลิกเสียในเวลาใดก็ได้ แต่ต้องบอกล่วงหน้าแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร ถ้ามีค่าเช่าซึ่งจำต้องให้แก่กันไซร้ ท่านว่าต้องบอกล่วงหน้าปีหนึ่ง หรือให้ค่าเช่าปีหนึ่ง”

กฎหมาย เช่น เมื่อที่ดินสลายไปทั้งหมด หรือเมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินและเจ้าของที่ดินเป็นคนเดียวกัน เป็นต้น[125]

จากที่ได้พิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิของสิทธิเหนือพื้นดิน เห็นว่าทรัพย์อิงสิทธิและสิทธิเหนือพื้นดินมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิทั้งสองประเภทต่างมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นภายในกำหนดระยะเวลาของสิทธินั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามกรณีทรัพย์อิงสิทธินั้นผู้ทรงจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างได้ก็ต่อเมื่อตนได้ดัดแปลงต่อเติม หรือปลูกสร้างขึ้น ส่วนกรณีสิทธิเหนือพื้นดินผู้ทรงย่อมเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกบนดินหรือใต้ดินในที่ดินของผู้อื่นในทันทีที่มีการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน นอกจากนี้ วัตถุแห่งสิทธิของสิทธิเหนือพื้นดินและทรัพย์อิงสิทธิมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สิทธิพื้นเหนือดินอาจตั้งขึ้นได้แต่บนหรือใต้ที่ดินเท่านั้น ในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิอาจก่อตั้งขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ อันได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

อนึ่งเมื่อสิทธิเหนือพื้นดินสิ้นไปผู้ทรงสิทธิมีสิทธิในการรื้อถอนโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกของตนบนดินหรือใต้ดินในที่ดินของผู้อื่นไปก็ได้ แต่ต้องทำให้ที่ดินเป็นตามเดิม[126] ในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิเมื่อระงับไป กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิย่อมตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น [127]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

อีกทั้งในการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน เจ้าของที่ดินต้องได้แสดงเจตนาตกลงให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกบนดินหรือใต้ดินในที่ดินของตน ส่วนการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นอาจตั้งขึ้นโดยไม่จำต้องพิจารณาว่ามีคู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวกับพนักงาน

---

[125] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 367-369.

[126] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1416 บัญญัติว่า “เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินสิ้นไป ผู้ทรงสิทธิจะรื้อถอนโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกของตนไปก็ได้ แต่ต้องทำให้ที่ดินเป็นตามเดิม

แต่ถ้าเจ้าของที่ดินจะไม่ยอมให้รื้อถอนไป และบอกเจตนาจะซื้อตามราคาท้องตลาด ไซร้ ท่านว่าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะไม่ยอมขายไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร”

[127] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ในอสังหาริมทรัพย์ ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อทรัพย์อิงสิทธิระงับลง เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะตกลงเป็นอย่างอื่น”

เจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ และเมื่อได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิขึ้นมาแล้ว หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่น ตนก็จะมีฐานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินั้นเอง

ส่วนในประเด็นเรื่องการประกันการชำระหนี้นั้น แม้สิทธิเหนือพื้นดินจะอยู่ในความหมายของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามความในมาตรา 139 ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินที่อาจนำมาจำนองได้ตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ประเด็นดังกล่าวยังเป็นที่ถกเถียงกันในกลุ่มนักกฎหมายวิชาการว่าสามารถนำมาจำนองได้หรือไม่ โดยในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายเพิ่มเติมในบทที่ 3 ในขณะที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

4.5 ทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิเก็บกิน

สิทธิเก็บกินถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1417 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในบังคับสิทธิเก็บกินอันเป็นเหตุให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเข้าครอบครอง ใช้ และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น[128] กล่าวคือ มีสิทธิในการเก็บเกี่ยวเอาดอกผลที่งอกเงยจากอสังหาริมทรัพย์ เช่น เก็บเกี่ยวข้าวจากนา เป็นต้น หรือประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ดอกผล เช่น จับเอาปลาในน้ำ เป็นต้น[129] นอกจากนี้ยังมีสิทธิในการจัดการอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย ทั้งนี้ผู้ทรงสิทธิต้องไม่ทำให้อสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิเก็บกินเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ[130] เช่น มีสิทธิเก็บกินในสวนยาง ผู้ทรงสิทธิเก็บกินชอบที่จะกรีดเอายางไปขายได้ แต่ไม่สามารถตัดเอาต้นยางไปขายเพราะการตัดต้นยางไปขายไม่อาจทำให้สวนยางเป็นสวนยางได้อีกต่อไป[131]

---

[128] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1417 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในบังคับสิทธิเก็บกินอันเป็นเหตุให้ผู้ทรงสิทธินั้นมีสิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งทรัพย์สินนั้น

ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีอำนาจจัดการทรัพย์สิน

ผู้ทรงสิทธิเก็บกินในป่าไม้ เหมืองแร่ หรือที่ขุดหิน มีสิทธิทำการแสวงประโยชน์จากป่าไม้ เหมืองแร่ หรือที่ขุดหินนั้น”

[129] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 354.

[130] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1424 บัญญัติว่า “ผู้ทรงสิทธิเก็บกินจำต้องสงวนภาวะแห่งทรัพย์สินมิให้เปลี่ยนไปในสาระสำคัญ กับต้องบำรุงรักษาปกติและซ่อมแซมเล็กน้อยด้วย”

[131] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 354.

การได้มาซึ่งสิทธิเก็บกินนั้นมีแต่การได้มาโดยนิติกรรมเท่านั้น เมื่อสิทธิเก็บกินทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเรียบร้อยแล้วย่อมบริบูรณ์เป็นทรัพยสิทธิ[132] โดยสิทธิเก็บกินจะก่อให้เกิดขึ้นโดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดชีวิตแห่งผู้ทรงสิทธิก็ได้ หากไม่มีกำหนดเวลาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสิทธิเก็บกินมีอยู่ตลอดชีวิตผู้ทรงสิทธิ[133] หากมีกำหนดเวลากฎหมายห้ามกำหนดเกิน 30 ปี หากกำหนดไว้นานกว่านั้นให้ลดลงมาเป็น 30 ปี และจะต่ออายุก็ได้แต่ต้องไม่เกิน 30 ปีนับแต่วันต่ออายุ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418[134] และมาตรา 1403 วรรคสาม[135]

สิทธิเก็บกินนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัว หากผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย สิทธิเก็บกินย่อมระงับ[136] อย่างไรก็ตามถึงแม้สิทธิเก็บกินจะเป็นสิทธิเฉพาะตัวโอนให้ใครไม่ได้แม้แต่ทางมรดกก็ตาม แต่หากนิติกรรมอันก่อให้เกิดสิทธิเก็บกินมิได้ห้ามไว้ ผู้ทรงสิทธิอาจโอนการใช้สิทธิเก็บกินของตนให้บุคคลภายนอกก็ได้[137]

การระงับสิ้นไปของสิทธิเก็บกินแบ่งออกเป็น (1) การระงับสิ้นไปโดยนิติกรรม เช่น เมื่อครบกำหนดเวลาตามที่กำหนดไว้ในนิติกรรมก่อตั้งสิทธิเก็บกิน เมื่อเงื่อนไขที่กำหนดให้สิทธิเก็บกินระงับเกิดขึ้น หรือเมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ เป็นต้น และ (2) การระงับสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย เช่น เมื่ออสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิเก็บกินสลายไปทั้งหมด เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เอง หรือเมื่อทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย เป็นต้น[138]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[132] เรื่องเดียวกัน, หน้า 356.

[133] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418 บัญญัติว่า “สิทธิเก็บกินนั้น จะก่อให้เกิดโดยมีกำหนดเวลาหรือตลอด ชีวิตแห่งผู้ทรงสิทธิก็ได้

ถ้าไม่มีกำหนดเวลา ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสิทธิเก็บกินมีอยู่ตลอดชีวิตผู้ทรงสิทธิ

ถ้ามีกำหนดเวลา ท่านให้นำบทบัญญัติ มาตรา 1403 วรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย ท่านว่าสิทธินั้นย่อมสิ้นไปเสมอ”

[134] เรื่องเดียวกัน.

[135] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1403 วรรค 3 บัญญัติว่า “ถ้าให้สิทธิอาศัยโดยมีกำหนดเวลา กำหนดนั้นท่านมิให้เกินสามสิบปี ถ้ากำหนดไว้นานกว่านั้น ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี การให้สิทธิอาศัยจะต่ออายุก็ได้ แต่ต้องกำหนดเวลาไม่เกินสามสิบปีนับแต่วันทำต่อ”

[136] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย ท่านว่าสิทธินั้นย่อมสิ้นไปเสมอ”

[137] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1422 บัญญัติว่า “ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในนิติกรรมอันก่อให้เกิดสิทธิเก็บกินไซร้ ท่านว่าผู้ทรงสิทธิจะโอนการใช้สิทธิของตนให้บุคคลภายนอกก็ได้ ในกรณีเช่นนั้นเจ้าของทรัพย์สินอาจฟ้องร้องผู้รับโอนโดยตรง”

[138] วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน.หน้า 367-369.

จากที่ได้พิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิของสิทธิเก็บกิน เห็นว่าทรัพย์อิงสิทธิและสิทธิเก็บกินมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินและผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต่างมีสิทธิเข้าครอบครอง ใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิ แตกต่างกันตรงที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิยังมีสิทธิในการดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างโรงเรือนบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ในขณะที่สิทธิเก็บกินนั้นโดยหลักแล้วเป็นสิทธิในการใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่มีอยู่แล้วในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เนื้อหาแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิจึงกว้างกว่า

นอกจากนี้ วัตถุแห่งสิทธิของสิทธิเก็บกินและทรัพย์อิงสิทธิก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สิทธิเก็บกินอาจตั้งขึ้นได้บนอสังหาริมทรัพย์ใดๆ ตามนิยามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิอาจก่อตั้งขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เท่านั้น อันได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

ทั้งนี้สิทธิเก็บกินเป็นสิทธิเฉพาะตัว หากผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย สิทธิเก็บกินย่อมระงับ ในขณะที่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัว อาจโอนให้และรับเป็นมรดกได้

อีกทั้งในการก่อตั้งสิทธิเก็บกิน เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องได้แสดงเจตนาตกลงให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ของตนเป็นการเฉพาะเจาะจง ส่วนการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นอาจตั้งขึ้นโดยไม่จำต้องพิจารณาว่ามีคู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ และเมื่อได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิขึ้นมาแล้ว หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่น ตนก็จะมีฐานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินั้นเอง

ส่วนในประเด็นเรื่องการประกันการชำระหนี้นั้น แม้สิทธิเก็บกินจะอยู่ในความหมายของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามความในมาตรา 139 ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินที่อาจนำมาจำนองได้ตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ประเด็นดังกล่าวยังเป็นที่ถกเถียงกันในกลุ่มนักกฎหมายวิชาการว่าสามารถนำมาจำนองได้หรือไม่ โดยในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายเพิ่มเติมในบทที่ 3 ในขณะที่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

จากที่ได้กล่าวไปในข้อ 4.3 ถึงข้อ 4.5 สามารถแสดงเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับทรัพยสิทธิอื่นที่ใกล้เคียง

	ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์	**สิทธิเหนือพื้นดิน**	**สิทธิเก็บกิน**	**ทรัพย์อิงสิทธิ**
การก่อตั้งสิทธิ	ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย	ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย	ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย	ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย
การได้มาซึ่งสิทธิ	โดยนิติกรรม	โดยนิติกรรม	โดยนิติกรรม	- โดยกฎหมาย (กรณีผู้ทรงสิทธิคนแรก) - โดยนิติกรรม (กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนถัดไป) - โดยทางมรดก
กรอบระยะเวลา	ไม่เกิน 30 ปี หรือตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์	ไม่เกิน 30 ปี หรือตลอดชีวิตเจ้าของที่ดินหรือผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดิน	ไม่เกิน 30 ปี หรือตลอดชีวิตของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน	ไม่เกิน 30 ปี
การดัดแปลงต่อเติมอสังหาริมทรัพย์	ไม่สามารถกระทำได้	ดัดแปลง ต่อเติม ปลูกสร้างได้ตามที่ตกลงในนิติกรรมอันก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดิน	ไม่สามารถกระทำได้	ดัดแปลง ต่อเติม ปลูกสร้างได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม
การโอนสิทธิ	ไม่อาจโอนสิทธิ เว้นแต่จะกำหนดในนิติกรรมอันก่อตั้งให้สามารถโอนได้	อาจโอนสิทธิให้แก่กันได้	อาจโอนสิทธิได้ กรณีที่นิติกรรมอันก่อให้เกิดสิทธิเก็บกินมิได้ห้าม	โอนสิทธิได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์
การตกทอดเป็นมรดก	ไม่ตกทอดทางมรดก เว้นแต่จะกำหนดในนิติกรรมอันก่อตั้งให้สามารถโอนได้	ตกทอดทางมรดกได้	ไม่ตกทอดทางมรดก	ตกทอดทางมรดกได้
การนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้	กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง	กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง	กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง	กฎหมายกำหนดให้อาจนำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5. สรุป

จากที่ได้ศึกษาลักษณะของทรัพย์อิงสิทธิสามารถสรุปได้ว่า ทรัพย์อิงสิทธิคือสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ อีกทั้งยังมีสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก่อน นอกจากนี้ยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างนั้นภายในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผล ทั้งนี้ทรัพย์อิงสิทธิอาจโอนให้แก่กัน อาจเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง และอาจตกทอดทางมรดกได้

ถึงแม้กฎหมายจะบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิขึ้นมาเพื่อแก้ไขข้อจำกัดบางประการในกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ แต่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่สิทธิการเช่า ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย และมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 3
การนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองตามกฎหมายไทย

ในบทที่แล้วได้พิจารณาถึงเนื้อหาและสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิและพิจารณาได้ว่าทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่งตามกฎหมาย โดยในบทนี้จะได้พิจารณาในเบื้องต้นว่าสามารถนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ ส่วนประเด็นที่เป็นปัญหาจะทำการวิเคราะห์เชิงลึกในบทที่ 5 ต่อไป

1. ความเป็นมาและความสำคัญของการประกันหนี้

เมื่อบุคคลใดเป็นหนี้ บุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่ในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งสอดคล้องกับหลักการทั่วไปของบทบัญญัติแห่งหนี้ที่ว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้”[139] และ “ในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้นั้นเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ของตนเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย”[140] จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้ถือได้ว่าเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้อยู่แล้ว อย่างไรก็ดีในบางกรณีลูกหนี้อาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือหากมีเพียงพอแต่ทรัพย์สินนั้นอาจตกอยู่ภายใต้การบังคับของเจ้าหนี้หลายราย จึงทำให้โอกาสในการที่จะได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีน้อยลง[141]

ดังนั้น เพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจและมีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้มากยิ่งขึ้น เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้หาหลักประกันเพิ่มเติมจากทรัพย์สินที่มีอยู่ของตนได้ โดยหลักประกันที่ลูกหนี้หามาให้ไว้แก่เจ้าหนี้อาจอยู่ในรูปของการประกันด้วยบุคคลหรือการประกันด้วยทรัพย์ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้หาหลักประกันใดเพื่อมาประกันการชำระหนี้นั้น[142]

---

[139] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้”

[140] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย”

[141] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563).หน้า 17.

[142] เรื่องเดียวกัน.

ทั้งนี้กฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้มีมาเป็นระยะเวลานานแล้วตั้งแต่สมัยโรมันโดยกฎหมายโรมันมีสัญญาชนิดหนึ่งเรียกว่า "pignus" เป็นสัญญาซึ่งลูกหนี้ส่งมอบการครอบครองสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าหนี้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ อันมีลักษณะคล้ายสัญญาจำนำของไทยในปัจจุบัน นอกจากนี้ในระบบกฎหมายโรมันยังมีสัญญาในอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่า "hypotheca" เป็นสัญญาซึ่งลูกหนี้นำอสังหาริมทรัพย์ (ที่ดิน) ใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่จำต้องส่งมอบการครอบครอง อันมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาจำนองของไทยในปัจจุบัน[143]

ถึงแม้ว่าอาณาจักรโรมันจะได้ล่มสลายไปแล้วก็ตาม แต่กฎหมายโรมันในส่วนที่ว่าด้วยการประกันหนี้ก็ได้มีอิทธิพลต่อมาจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) และแม้กระทั่งประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) เองก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเช่นกัน ดังที่เห็นได้จากเรื่องการจำนองของกฎหมายอังกฤษซึ่งถือตามหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “ผู้รับจำนองก่อนมีสิทธิดีกว่าผู้รับจำนองทีหลัง (qui prior est tempore, potior est jure)”[144]

สำหรับประเทศไทย หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้นับเป็นกฎหมายที่มีความเก่าแก่ที่สุดของประเทศไทยเรื่องหนึ่ง โดยปรากฏในพระไอยการลักษณะกู้หนี้ (ศก 1278) และพระไอยการเบ็ดเสร็จ (ศก 1263) และได้มีพัฒนาการมาตลอดจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคราวแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2557 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 และในปี พ.ศ. 2558 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ตามลำดับ[145]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทั้งนี้ในการประกันหนี้นั้นผู้ที่เกี่ยวข้องในนิติสัมพันธ์มักประกอบด้วยเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลภายนอก ในแง่ของเจ้าหนี้ การประกันหนี้ย่อมทำให้เจ้าหนี้มีหลักประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้ หรือชำระหนี้ได้ไม่ครบถ้วน ด้วยการใช้สิทธิเรียกร้องแก่บุคคลภายนอกในฐานะผู้ค้ำประกันให้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ หรือบังคับเอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งเป็นการบริหารจัดการความเสี่ยงในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้รูปแบบหนึ่ง[146]

---

[143] เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

[144] เรื่องเดียวกัน.

[145] เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

[146] เรื่องเดียวกัน.

ในแง่ของลูกหนี้ การที่ลูกหนี้มีหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ย่อมทำให้ลูกหนี้มีความน่าเชื่อถือ ซึ่งนับเป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการตัดสินใจของเจ้าหนี้ว่าจะก่อนิติสัมพันธ์กับลูกหนี้หรือไม่เพียงใด ดังที่ปรากฏในทางปฏิบัติว่า ก่อนที่จะมีการก่อนิติสัมพันธ์ เช่น การกู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้มักจะเรียกให้ผู้กู้หาบุคคลค้ำประกันหรือนำทรัพย์สินจำนองหรือจำนำไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และหากผู้กู้ไม่สามารถหาหลักประกันได้หรือหาได้แต่ไม่เป็นที่พอใจของผู้ให้กู้ ผู้ให้กู้ก็มีแนวโน้มที่จะไม่ให้กู้หรือให้กู้แต่น้อยกว่าที่ผู้กู้ต้องการก็ได้[147]

ส่วนในแง่ของบุคคลภายนอก แม้ว่าบุคคลภายนอกจะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้โดยตรง แต่เมื่อบุคคลภายนอกได้ยอมตนเข้าผูกพันในฐานะผู้ค้ำประกัน หรือนำทรัพย์สินของตนให้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้แล้วย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกกับเจ้าหนี้และลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติที่ว่าด้วยการประกันหนี้ซึ่งได้ให้สิทธิบางประการแก่บุคคลภายนอกที่จะเรียกร้องให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในนิติสัมพันธ์รับผิดชดใช้ความเสียหายที่ตนได้รับอันเป็นผลมาจากการประกันหนี้นั้น[148]

ปัจจุบันการประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติอยู่ในบรรพ 3 โดยแบ่งเป็น การประกันหนี้ด้วยบุคคล กล่าวคือ การค้ำประกัน (มาตรา 680 ถึงมาตรา 701) ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกยอมตนเข้าผูกพันต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้ของลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ และ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์ซึ่งแบ่งเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การจำนองและการจำนำ โดยการจำนอง (มาตรา 702 ถึงมาตรา 746) หมายถึง การที่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกนำอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์บางชนิดที่กฎหมายกำหนดของตนไปตราไว้เพื่อประกันการชำระหนี้โดยไม่จำต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองนั้นให้แก่เจ้าหนี้ ส่วนการจำนำ (มาตรา 747 ถึงมาตรา 749) หมายถึง การที่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกส่งมอบสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของตนให้ไว้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

อย่างไรก็ดี เจ้าหนี้และลูกหนี้อาจตกลงกันเพื่อประกันการชำระหนี้โดยวิธีการอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ในบรรพ 3 ก็ได้ โดยสามารถกระทำได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลัก

---

[147] เรื่องเดียวกัน.

[148] เรื่องเดียวกัน.

เสรีภาพในการทำสัญญาของเจ้าหนี้และลูกหนี้[149] ยกตัวอย่างเช่น แม้สิทธิการเช่าจะเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่สัญญาหาใช่ทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดให้อาจจำนำหรือจำนองได้ แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาสถาบันทางการเงินก็ยอมรับเอาสิทธิการเช่าตามสัญญาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ประเภทหนึ่ง อย่างไรก็ตามการประกันหนี้ลักษณะนี้ย่อมผูกผันเฉพาะคู่สัญญาตามหลักของบุคคลสิทธิเท่านั้น

โดยการที่ลูกหนี้จะนำสิทธิการเช่าของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ ประการแรกเจ้าหนี้มักจะขอให้ลูกหนี้เจรจากับผู้ให้เช่าเพื่อขอให้ลงนามหนังสือยินยอมให้มีการโอนสิทธิการเช่าไปยังเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกตามที่เจ้าหนี้ประสงค์ให้เป็นผู้รับโอน และหากมีการบังคับชำระหนี้เอากับสิทธิการเช่าผู้ให้เช่าตกลงจะดำเนินการอันจำเป็นเพื่อให้มีการโอนสิทธิการเช่าไปยังเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกโดยถูกต้องสมบูรณ์ ทั้งนี้หนังสือยินยอมดังกล่าวจะลงนามโดยผู้ให้เช่าและผู้เช่า[150] ประการที่สองลูกหนี้จะทำสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกันไว้ต่อเจ้าหนี้ โดยการมอบสิทธิในที่นี้ไม่ได้หมายถึงการที่ลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้เข้ามาครอบครองใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าแทนลูกหนี้ แต่ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิครอบครองใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าตามสัญญาเช่านั้นอยู่ แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เมื่อใด เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอากับสิทธิการเช่าที่ลูกหนี้มอบไว้เป็นประกันแก่เจ้าหนี้ทันที โดยอาจใช้วิธีบังคับให้ลูกหนี้โอนสิทธิการเช่ามายังเจ้าหนี้ หรือโอนไปยังบุคคลภายนอกที่เจ้าหนี้ประสงค์ที่จะให้เป็นผู้รับโอน[151]

2. ความหมายของการจำนอง

จำนองเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่จำต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง[152] ทั้งนี้จำนองมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ กล่าวคือ โดยหลักแล้วต้องมีหนี้ประธานเกิดขึ้นก่อนจึงจะสามารถทำสัญญาจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ประธานได้ ยกตัวอย่างเช่น ทำสัญญาจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้อันเกิดขึ้นจากมูลสัญญา หรือจากมูลละเมิด เป็นต้น โดยผู้จำนองจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อ

---

[149] จงจิตต์ สุขภารังษี, "การบังคับจำนองสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า.หน้า 35.

[150] เรื่องเดียวกัน.

[151] เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

[152] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้กับบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ...”

ประกันหนี้ตนเองหรือหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ได้[153] อย่างไรก็ดีหนี้ประธานอาจเป็นหนี้ในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 707 ประกอบมาตรา 681 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3. องค์ประกอบและลักษณะของการจำนอง

3.1 ต้องมีหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้

สัญญาจำนองเป็นเอกเทศสัญญาซึ่งแยกออกมาต่างหากจากสัญญาประธาน กล่าวคือ มูลหนี้เดิมที่มีอยู่ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ สัญญาจำนองจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ โดยทั้งสัญญาประธานและสัญญาจำนองแยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ หนี้ที่มีจำนองเป็นประกันนั้น เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนี้สามัญคือบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ หรือจะบังคับจำนองคือใช้บุริมสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้[154]

3.2 ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่ผู้รับจำนองเพื่อประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนอง

ในการจำนองผู้จำนองจะต้องเอาทรัพย์สินที่จำนองไปตราไว้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองไปจดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่จำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้จำนองไม่จำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนองอาจเป็นเพราะโดยสภาพของทรัพย์สินที่จำนองส่วนใหญ่เป็นทรัพย์สินที่ส่งมอบได้ยากประกอบกับทรัพย์สินที่นำมาจำนองเพื่อประกันหนี้นั้นมักเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูงและเป็นปัจจัยการผลิตที่มีความสำคัญ เช่น ที่ดิน เครื่องจักร สัตว์พาหนะ เป็นต้น อันจะเป็นประโยชน์มากกว่าหากให้อยู่ในความครอบครองของผู้จำนอง โดยเฉพาะผู้จำนองที่เป็นลูกหนี้ เนื่องจากลูกหนี้อาจทำประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นจนเกิดเป็นรายได้และนำเงินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้[155]

---

[153] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 709 “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้”

[154] สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2550).หน้า 52.

[155] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 104.

3.3 ผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอกก็ได้

ผู้ที่นำทรัพย์สินมาจำนองนั้นอาจเป็นตัวลูกหนี้เอง กล่าวคือ นำทรัพย์สินของตนมาจำนองเพื่อประกันหนี้ซึ่งตนเองจะต้องชำระ หรืออาจเป็นบุคคลภายนอกก็ได้ กล่าวคือ นำทรัพย์สินของตนมาจำนองเพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระตามมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[156]

ถ้าลูกหนี้เอาทรัพย์สินไปจำนองเรียกว่าเป็นการจำนองเพื่อประกันหนี้ตนเอง เช่น ก. เป็นหนี้ ข. และ ก. ได้จดทะเบียนจำนองที่ดินของตนเป็นการประกันหนี้ไว้ เป็นต้น แต่ถ้าบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินไปจำนองเรียกว่าเป็นการจำนองประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ เช่น ก. เป็นหนี้ ข. โดยมี ค. เอาที่ดินแปลงหนึ่งไปจดทะเบียนจำนองเพื่อประกันหนี้ของ ก. เป็นต้น[157]

3.4 ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ

เมื่อได้มีการจำนองทรัพย์สินเพื่อประกันการชำระหนี้ตามกฎหมาย ย่อมเกิดสิทธิแก่ผู้รับจำนองในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ดังนั้นหากเกิดการโต้แย้งระหว่างสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองกับเจ้าหนี้สามัญว่าผู้ใดจะได้รับชำระหนี้ก่อนจากเงินที่ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง เช่นนี้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมจะได้รับชำระหนี้ก่อนและหากยังมีเงินเหลือจึงนำจะไปจัดสรรให้แก่เจ้าหนี้สามัญ[158]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.5 ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนแม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองไปยังบุคคลอื่นแล้ว

มาตรา 702 วรรคสอง ได้ให้การรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญโดยมิพักต้องวิเคราะห์ว่าทรัพย์สินที่จำนองจะได้โอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลอื่นแล้วหรือไม่ก็ตาม หมายความว่า เมื่อได้มีการจด

---

[156] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 709 บัญญัติว่า “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ก็ให้ทำได้”

[157] สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562).หน้า 57.

[158] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 106.

ทะเบียนจำนองสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว การจำนองย่อมผูกติดอยู่กับทรัพย์สินที่จำนองในฐานะทรัพยสิทธิ ส่งผลให้แม้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะได้ถูกโอนไปยังบุคคลอื่นแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการโอนโดยผลของนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขาย การให้โดยเสน่ห์หา หรือโดยผลของกฎหมาย เช่น การรับมรดก การจำนองย่อมติดไปกับทรัพย์สินนั้นเสมอ[159]

4. ทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้

มาตรา 703 บัญญัติไว้ว่า “อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใดๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้ดุจกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพ

(3) สัตว์พาหนะ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่นใด ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ทรัพย์สินที่อาจจำนองได้มี 2 ประเภท กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายกำหนดให้จำนองได้

อสังหาริมทรัพย์ หมายความถึงที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินอันมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย[160] ตัวอย่างอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองได้ เช่น ที่ดินที่มีโฉนด ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3) รวมถึงบ้าน อาคาร ตึก สะพาน ซึ่งมีลักษณะติดตรึงเป็นการถาวรอยู่กับที่ดิน เป็นต้น นอกจากนี้นักวิชาการบางท่านเห็นว่าทรัพยสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินนั้นก็อาจจำนองได้ เนื่องจากอยู่ในความหมายของอสังหาริมทรัพย์ด้วย แต่ทรัพยสิทธิที่อาจจำนองได้จะต้องเป็นทรัพยสิทธิที่สามารถโอนให้แก่กันได้ด้วย เช่น สิทธิพื้นดิน สิทธิเก็บกิน เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากหากจะต้องมีการบังคับจำนองไม่ว่าด้วยวิธีการขายทอดตลาดหรือเอาทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิโดยสภาพแล้วย่อมทำให้ทรัพย์สินนั้นต้อง

---

[159] เรื่องเดียวกัน หน้า 108.

[160] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย”

เปลี่ยนมือ ดังนั้นหากเป็นทรัพยสิทธิที่ไม่สามารถโอนกันได้ เช่น สิทธิอาศัย ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ จึงเปล่าประโยชน์ที่จะจดทะเบียนจำนอง[161] ซึ่งผู้ที่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวได้แก่ ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ ศริบุญโรจน์[162] ดร.สุดา วิศรุตพิชญ์[163] อาจารย์ปัญญา ถนอมรอด[164] และอาจารย์พจน์ ปุษปาคม[165]

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ทรัพยสิทธิไม่ว่าจะสามารถโอนให้แก่กันได้หรือไม่ก็ตามก็ไม่อาจจดทะเบียนจำนองได้ เพราะทรัพยสิทธิเหล่านี้เป็นเพียงสิทธิที่จำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อันเป็นนามธรรมไม่มีรูปร่าง หากยอมให้มีการจำนองเพื่อประกันหนี้ได้ย่อมเกิดปัญหาในการบังคับจำนองซึ่งอาจกระทบถึงตัวทรัพย์ประธานที่ต้องถูกยึดหรือถูกเอาหลุดเป็นสิทธิ ประกอบกับผู้มีสิทธิต่างๆ เหล่านี้ไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์แต่เป็นเพียงผู้ทรงสิทธิบางประการเท่านั้น ซึ่งมาตรา 705 เองก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ที่จะจำนองได้นั้นจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นในขณะจำนอง[166]

5. การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์อิงสิทธินั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ดังนั้นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจนำทรัพย์อิงสิทธิซึ่งเป็นสิทธิของตนไปจำนองเพื่อประกันหนี้ตนเองหรือหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ได้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของการจำนองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

---

[161] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 114.

[162] เรื่องเดียวกัน.

[163] สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 54.

[164] ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556).หน้า 258.

[165] พจน์ ปุษปาคม, ค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2546).หน้า 188.

[166] ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562).หน้า 69.

อนึ่งหน่วยงานผู้ร่างกฎหมายทรัพย์อิงสิทธิได้ให้ความคิดเห็นไว้ว่า การจำนองทรัพย์อิงสิทธิเป็นการจำนองสิทธิซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับการจำนองสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือการนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งเมื่อลูกหนี้หลักประกันผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้หลักประกันก็จะบังคับหลักประกัน คือ สิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยในปัจจุบันก็มีการประกันสิทธิลักษณะนี้เป็นการทั่วไป[167]

แม้พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จะกำหนดให้ทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่ในมุมมองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ทรัพย์อิงสิทธิ” เป็นทรัพย์สินที่สามารถนำไปจำนองได้ตามมาตรา 703 หรือไม่ โดยจากที่ได้พิจารณาในบทก่อนว่าทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินอย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นสิทธิที่ผู้ทรงมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ กล่าวคือ สิทธิในการใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ สิทธิในการนำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลภายนอกเช่า และสิทธิในการได้มาซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น จึงถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามความในมาตรา 139 นอกจากนี้ทรัพย์อิงสิทธิยังเป็นสิทธิที่สามารถโอนให้แก่กันได้ กรณีจึงเป็นทรัพย์สินที่อาจจำนองได้ตามมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ไม่อาจนำทรัพยสิทธิมาจำนองได้เนื่องจากผู้จำนองจะต้องเป็นเจ้าของซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ ผู้ทรงทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ไม่ใช่เจ้าของ เป็นแต่เพียงผู้ทรงสิทธิบางอย่าง[168] ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ มาตรา 705 บัญญัติว่า “การจำนองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้วท่านว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่” คำว่า “เจ้าของ” ตามมาตรา 705 ไม่จำต้องหมายถึงผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 เพียงเท่านั้น แต่อาจหมายความรวมถึงเจ้าของทรัพยสิทธิหรือผู้ทรงทรัพยสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ก็ได้ ดังนั้นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิซึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิในทรัพย์อิงสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นมาตามกฎหมายแต่เพียงผู้เดียวก็ถือเป็นเจ้าของซึ่งอาจนำทรัพย์อิงสิทธิของตนไปประกันการชำระหนี้ได้

โดยแม้มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จะได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์อิงสิทธินั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

---

[167] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 51.

[168] ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 69.

ได้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่ากรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้นต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตราใดมาใช้บังคับบ้าง เพียงใด และอย่างไร เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นสิทธิอย่างหนึ่งซึ่งโดยสภาพย่อมสิ้นไปเมื่อครบกำหนดเวลา อันแตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งนำมาจำนองเป็นปกติทั่วไป ดังนั้นในหัวข้อถัดไปจะได้ศึกษาว่าบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองมาตราใดใช้บังคับกับกรณีทรัพย์อิงสิทธิได้ มาตราใดใช้บังคับไม่ได้ และเพราะเหตุใด

5.1 หลักเกณฑ์การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

เมื่อพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้เป็นพิเศษการจำนองทรัพย์อิงสิทธิจึงต้องกระทำตามแบบที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด โดยมาตรา 714 บัญญัติว่า “อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่” ซึ่งหากคู่สัญญาไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดการจำนองย่อมตกเป็นโมฆะ[169] ดังนั้นการจำนองทรัพย์อิงสิทธิต้องกระทำตามแบบดังนี้

1) **ทำสัญญาจำนองทรัพย์อิงสิทธิเป็นหนังสือ** กล่าวคือ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อผู้จำนองและผู้รับจำนอง โดยมีข้อความระบุว่าการจำนองนั้นเป็นไปเพื่อการประกันหนี้ประธานรายใดตามมาตรา 707 ประกอบมาตรา 681 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และต้องระบุทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองตามมาตรา 704 และจำนวนเงินที่จำนองเป็นประกันตามมาตรา 708 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

การระบุทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองเป็นการระบุว่าทรัพย์อิงสิทธิใดในอสังหาริมทรัพย์ไหนที่นำมาจำนอง เนื่องจากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถบังคับและใช้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองได้อย่างถูกต้อง จึงต้องระบุรายละเอียดของทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองให้ชัดเจน

การระบุจำนวนเงินที่จำนองเป็นประกันเพื่อที่จะได้ทราบว่าการจำนองนั้นเป็นประกันหนี้จำนวนเท่าใด โดยต้องระบุจำนวนที่แน่นอน หรือระบุเป็นจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์อิงสิทธิจำนองเป็นประกัน ทั้งนี้มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า การระบุจำนวนเงินที่จำนองเป็นประกันคู่สัญญาควร

[169] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 “การใดมิได้ทาให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้น เป็นโมฆะ”

พิจารณาธรรมชาติของมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิด้วย เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิโดยสภาพเป็นทรัพย์สินที่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดแห่งสิทธิ ดังนั้นโดยหลักแล้วมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิย่อมที่จะลดลงตามระยะเวลาที่เหลือของทรัพย์อิงสิทธิ สำหรับประเด็นที่ว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะประเมินมูลค่าทรัพย์อิงสิทธิเพื่อกำหนดจำนวนเงินที่จำนองเป็นประกันอย่างไรเพื่อให้ขณะบังคับจำนองเจ้าหนี้ยังสามารถได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิได้อย่างครบถ้วน โดยประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เพิ่มเติมต่อไปในบทที่ 5

2) จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อคู่สัญญาได้ทำหนังสือสัญญาจำนองทรัพย์อิงสิทธิแล้ว ต้องนำหนังสือนั้นไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินในท้องที่ที่อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตั้งอยู่ ทั้งนี้เพื่อให้การจำนองมีผลตามกฎหมาย ทั้งนี้การจำนองจะปรากฏอยู่ในทะเบียนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ

นอกจากนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ท้องที่นั้นๆ มีหน้าที่ในการแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิทราบถึงการจำนองนั้นโดยเร็ว โดยต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ[170]

5.2 ผู้จำนองทรัพย์อิงสิทธิอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอกก็ได้

ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะนำทรัพย์อิงสิทธิที่ตนมีเหนืออสังหาริมทรัพย์ไปจำนองเพื่อประกันหนี้ของตนเอง หรือเพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ได้ตามมาตรา 709

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

5.3 ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ

เมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิแล้วย่อมมีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์อิงสิทธิที่จำนอง กล่าวคือ เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองก่อนเจ้าหนี้รายอื่น กล่าวคือ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิ

---

[170] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิพ.ศ. 2562 มาตรา 12 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเภทนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดำเนินการบังคับจำนอง และได้รับชำระหนี้จากการบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นซึ่งไม่มีหลักประกัน

5.4 ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญแม้ว่าจะมีการโอนทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองไปยังบุคคลอื่นแล้ว

มาตรา 702 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญมิพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

จากมาตราดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้ว่า ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิก่อนเจ้าหนี้สามัญเสมอแม้จะมีการโอนทรัพย์อิงสิทธิไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม จะเห็นได้ว่าสิทธิจำนองย่อมผูกติดไปกับทรัพย์อิงสิทธิซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองในฐานะทรัพยสิทธิเสมอ

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่มีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ แม้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่นั้นย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ เพราะกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิและทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่แยกต่างหากจากกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.5 สิทธิจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบเพียงใด

เมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิแล้ว มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสิทธิจำนองครอบทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองเพียงใด

5.5.1 หนี้ที่จำนองเป็นประกัน

มาตรา 715 บัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์สินซึ่งจำนองย่อมเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้กับทั้งค่าอุปกรณ์ต่อไปนี้ด้วย คือ

(1) ดอกเบี้ย

(2) ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้

(3) ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง”

นอกจากการจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะเป็นประกันเพื่อหนี้ประธานตามที่ระบุในสัญญาแล้ว การจำนองทรัพย์อิงสิทธิยังเป็นประกันเพื่ออุปกรณ์แห่งหนี้ต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ

ดอกเบี้ยตามมาตรา 715(1) หมายถึง ดอกเบี้ยของหนี้ประธานซึ่งอาจเป็นดอกเบี้ยธรรมดาหรือดอกเบี้ยทบต้นก็ได้ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาจะได้ตกลงกัน[171]

ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 715(2) หมายถึง ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ต้องตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ลูกหนี้ผิดนัด และรวมถึงค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากความเสียหายอันเนื่องมาจากพฤติการณ์พิเศษที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นว่านั้นด้วย[172]

ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนองตามมาตรา 715(3) หมายถึง ค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ ที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะต้องเสียไปอันเนื่องมาจากการบังคับจำนอง เช่น ค่าขึ้นศาลในการฟ้องบังคับจำนอง ค่าฤชาธรรมเนียมในการยึดทรัพย์เพื่อขายทอดตลาด ค่าฤชาธรรมเนียมในการขายทอดตลาด เป็นต้น ซึ่งการจำนองย่อมเป็นประกันเพื่อค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ เหล่านี้ด้วย[173]

5.5.2 สิทธิจำนองครอบทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองเพียงใด

1) การนำหลักสิทธิจำนองครอบทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่งมาใช้กับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 716 บัญญัติไว้ว่า “จำนองย่อมครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่ง แม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน” กล่าวคือ เมื่อได้มีการนำทรัพย์สินหลายสิ่งมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ จำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์สินทุกสิ่ง แม้ว่าการชำระหนี้บางส่วนจะทำให้ทรัพย์สินบางสิ่งเพียงพอแก่การเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่เหลือก็ตาม ก็ไม่ทำให้ทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใดปลอดจากจำนอง ทรัพย์สินที่จำนองทุกสิ่งก็ยังคงผูกพันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เพราะสิทธิจำนองนั้น

---

[171] ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 254.

[172] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 129.

[173] เรื่องเดียวกัน.

แบ่งแยกไม่ได้[174] ยกตัวอย่างเช่น ก. กู้เงิน ข. จำนวน 2,000,000 บาท โดย ก. นำทรัพย์อิงสิทธิเลขทะเบียนที่ 123 และทรัพย์อิงสิทธิเลขทะเบียนที่ 456 ของตน มูลค่า 500,000 บาท และ 600,000 บาท ตามลำดับ มาจดทะเบียนจำนอง และยังจดทะเบียนจำนองที่ดินจำนวน 1 แปลง โฉนดเลขที่ 11 มูลค่า 1,000,000 บาท แม้ว่าต่อมา ก. จะได้ชำระหนี้ ข. จำนวน 500,000 บาท ก็ไม่ได้ทำให้ทรัพย์อิงสิทธิของนาย ก. เลขทะเบียนที่ 123 ปลอดจากจำนองแต่อย่างใด การจำนองยังครอบทรัพย์สินทั้งหมดที่นาย ก. ได้เอามาเป็นหลักประกัน

2) การนำหลักจำนองครอบทรัพย์สินที่จำนองหมดทุกส่วนมาใช้กับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 717 บัญญัติไว้ว่า “แม้ว่าทรัพย์สินซึ่งจำนองจะแบ่งออกเป็นหลายส่วนก็ตามท่านว่าจำนองก็ยังคงครอบไปถึงส่วนเหล่านั้นหมดทุกส่วนด้วยกันอยู่นั่นเอง

ถึงกระนั้นก็ดี ถ้าผู้รับจำนองยินยอมด้วย ท่านว่าจะโอนทรัพย์สินส่วนหนึ่งส่วนใดไปปลอดจากจำนองก็ให้ทำได้ แต่ความยินยอมดั่งว่านี้หากมิได้จดทะเบียนท่านว่าจะยกเอาขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่บุคคลภายนอกหาได้ไม่”

เนื่องจากโดยสภาพของทรัพย์อิงสิทธิไม่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ์ฯ[175] จึงไม่อาจนำมาตรา 717 มาใช้กับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้

5.5.3 การนำหลักจำนองครอบไปถึงทรัพย์อันติดพันกับทรัพย์สินซึ่งจำนองมาใช้กับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 718 บัญญัติไว้ว่า “จำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์ทั้งปวงอันติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง แต่ต้องอยู่ภายในบังคับซึ่งท่านจำกัดไว้ในสามมาตราต่อไปนี้” หมายความว่า การจำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์อันติดพันกับทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นด้วย โดยมีบทยกเว้นในมาตรา 719 ถึงมาตรา 721

---

[174] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 127.

[175] พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิพ.ศ. 2562 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ทรัพย์อิงสิทธิจะแบ่งแยกมิได้ ที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจะแบ่งแยกออกเป็นหลายแปลงหรือรวมกับที่ดินแปลงอื่นเข้าเป็นแปลงเดียวกันไม่ได้”

ทั้งนี้ คำว่า “ทรัพย์ทั้งปวงอันติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง” มีความหมายอย่างไร จำต้องติดพันในลักษณะของส่วนควบหรือไม่ หรือติดพันในลักษณะใด โดยในเรื่องนี้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยวางแนวไว้ว่าการจะให้สิทธิจำนองครอบไปถึงทรัพย์สิ่งใดต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์นั้นติดอยู่กับทรัพย์สินที่จำนองในลักษณะส่วนควบ[176] อย่างไรก็ดีมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าทรัพย์ที่ติดพันอยู่กับทรัพย์สินที่จำนอง ไม่จำต้องติดพันในลักษณะส่วนควบ อาจติดพันในลักษณะอื่นที่แน่นหนาถาวรพอควร ก็ถือว่าเป็นทรัพย์จำนองที่ครอบไปถึงด้วย เช่น จำนองบ้านสิทธิจำนองย่อมครอบไปถึงครัว โรงรถ อ่างล้างหน้าซึ่งติดอยู่กับตัวบ้านเพราะติดพันกันอยู่[177]

กรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ แม้อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจะเป็นวัตถุแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิ หากปราศจากซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น ทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่อาจคงอยู่ได้ แต่อย่างไรก็ตามไม่อาจถือได้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์อันติดพันอยู่กับทรัพย์อิงสิทธิในลักษณะส่วนควบหรือติดพันในลักษณะแน่นหนาถาวรอันเป็นผลให้การจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึง หากเป็นเช่นนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นอย่างมาก ไม่น่าถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิ

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนอง สิทธิจำนองนั้นจะครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิด้วยหรือไม่ เนื่องจากบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิกับทรัพย์อิงสิทธิมีความเกี่ยวพันกัน กล่าวคือ สิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในการก่อสร้างบ้านและสิทธิในการเป็นเจ้าของบ้านย่อมต้องอาศัยอำนาจแห่งทรัพย์อิงสิทธิ โดยในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เพิ่มเติมในบทที่ 5

สำหรับมาตรา 719[178] และมาตรา 720[179] เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของการจำนองที่ดินและการจำนองโรงเรือนโดยเฉพาะ กรณีจึงไม่นำมาใช้กับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

---

[176] สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 68.

[177] ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 82.

[178] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 719 บัญญัติว่า “จำนองที่ดินไม่ครอบไปถึงเรือนโรงอันผู้จำนองปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง เว้นแต่จะมีข้อความกล่าวไว้โดยเฉพาะในสัญญาว่าให้ครอบไปถึง

แต่กระนั้นก็ดี ผู้รับจำนองจะให้ขายเรือนโรงนั้นรวมไปกับที่ดินด้วยก็ได้แต่ผู้รับจำนองอาจใช้บุริมสิทธิของตนได้เพียงแก่ราคาที่ดินเท่านั้น”

[179] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 720 บัญญัติว่า “จำนองเรือนโรงหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นซึ่งได้ทำขึ้นไว้บนดินหรือใต้ดิน ในที่ดินอันเป็นของคนอื่นเขานั้นย่อมไม่ครอบไปถึงที่ดินนั้นด้วยฉันใดกลับกันก็ฉันนั้น”

นอกจากนี้ในส่วนของมาตรา 721 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “จำนองไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง เว้นแต่ในเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองหรือผู้รับโอนแล้วว่าตนจำนองจะบังคับจำนอง” มีประเด็นต้องพิจารณาว่า กรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าจะถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ โดยประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เพิ่มเติมต่อไปในบทที่ 5

5.6 สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนอง

5.6.1 การลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิที่จดทะเบียนภายหลังจำนอง

มาตรา 722 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้ว และภายหลังที่จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนภารจำยอมหรือทรัพย์สิทธิอย่างอื่น โดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยไซร้ท่านว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภารจำยอมหรือทรัพย์สิทธิอย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนอง ก็ให้ลบสิทธิที่กล่าวหลังนั้นเสียจากทะเบียน”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว เมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินใดแล้ว ทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นหลักประกันเพื่อการชำระหนี้ แม้ว่าผู้จำนองยังเป็นเจ้าของและครอบครองทรัพย์สินนั้น แต่ผู้จำนองก็ไม่ควรกระทำด้วยประการอันใดซึ่งเป็นการเสื่อมเสียสิทธิแก่ผู้รับจำนอง ซึ่งหากผู้จำนองนำทรัพย์สินที่จำนองแล้วไปจดทะเบียนภาระจำยอม หรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นอันเป็นการเสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนอง โดยผู้รับจำนองไม่ได้ให้ความยินยอม ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิขอให้ลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิเช่นว่านั้นออกจากทะเบียนได้[180]

นอกจากนี้ภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นที่จะขอให้ลบจากทะเบียนได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการลิดรอนกรรมสิทธิ์อันจะทำให้ทรัพย์สินนั้นเสื่อมค่าหรือราคาในทำนองเดียวกันกับภาระจำยอม อันได้แก่ สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิอาศัย เป็นต้น[181] อย่างไรก็ดีหากเป็นการจดทะเบียนจำนองซ้อน ผู้รับจำนองจะขอให้ลบการจดทะเบียนจำนองรายหลังออกจากทะเบียนไม่ได้ เนื่องจากมาตรา 712 ได้ให้สิทธิแก่ผู้จำนองในอันที่จะนำทรัพย์สินที่จำนองแล้วไปจดทะเบียนจำนอง

---

[180] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 138.

[181] ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 192.

เพื่อประกันหนี้รายอื่นได้อีก[182] กรณีนี้ไม่เป็นการเสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนอง เพราะผู้รับจำนองลำดับก่อนย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่จำนองก่อนผู้รับจำนองรายหลัง ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 732[183] ดังนั้นผู้รับจำนองจึงไม่อาจอาศัยมาตรา 722 ขอลบจำนองที่มีขึ้นภายหลังออกจากทะเบียนได้

กรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้น จะมีกรณีใดที่สามารถลบทรัพยสิทธิที่จดทะเบียนภายหลังจำนองตามมาตรา 722 หรือไม่ โดยประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เพิ่มเติมต่อไปในบทที่ 5

5.6.2 การบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิในทันที

มาตรา 723 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองบุบสลาย หรือถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองแต่สิ่งใดสิ่งหนึ่งสูญหายหรือบุบสลาย เป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกันไซร้ ท่านว่าผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเสียในทันทีก็ได้ เว้นแต่เมื่อเหตุนั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของผู้จำนอง และผู้จำนองก็เสนอจะจำนองทรัพย์สินอื่นแทนให้มีราคาเพียงพอหรือเสนอจะรับซ่อมแซมแก้ไขความบุบสลายนั้นภายในเวลาอันสมควรแก่เหตุ”

สำหรับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิมีประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือจะมีกรณีใดบ้างที่จะถือว่าทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองสูญหาย หรือบุบสลาย อันเป็นเหตุให้ผู้รับจำนองมีสิทธิในการบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้ทันที แม้ว่าหนี้ที่จำนองเป็นประกันจะยังไม่ถึงกำหนดชำระ

จากที่ได้ศึกษาลักษณะของทรัพย์อิงสิทธิซึ่งโดยสภาพเป็นทรัพย์สินที่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดแห่งสิทธิ เมื่อครบกำหนดเวลาที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์กำหนดทรัพย์อิงสิทธิย่อมระงับ อีกทั้งโดยหลักแล้วมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิย่อมลดลงไปเรื่อยๆ ตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของทรัพย์อิงสิทธิ ยกตัวอย่าง ทรัพย์อิงสิทธิเหนือที่ดินแปลงหนึ่งซึ่งมีระยะเวลาเหลือ 30 ปี และทรัพย์อิงสิทธิเหนือที่ดินแปลงเดียวกันที่มีระยะเวลาเหลือ 10 ปี ย่อมมีมูลค่าไม่เท่ากัน ดังนั้นกรณีที่ทรัพย์อิงสิทธิมีมูลค่าลดลงในทุกๆ ปี จะถือว่าทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองนั้นบุบสลายหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2565 นาย ก. กู้เงินนาย ข. จำนวน 2,000,000 บาท ครบกำหนดเวลาชำระหนี้ในเดือนธันวาคมปี พ.ศ. 2575 โดย

---

[182] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 712 บัญญัติว่า “แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตาม ทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้แก่บุคคลคนหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในระหว่างเวลาที่สัญญาก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้”

[183] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 732 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับ และถ้ายังมีเงินเหลืออยู่อีก ก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จำนอง”

ในปีเดียวกันนาย ก. ได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิของตนเลขที่ 999 ซึ่งมีระยะเวลา 30 ปี มูลค่า 2,200,000 บาท เพื่อประกันการชำระหนี้ดังกล่าว แปดปีต่อมานาย ข. พบว่ามูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองลดลงเหลือ 1,500,000 บาท นาย ข. ได้แจ้งให้นาย ก. นำทรัพย์สินอื่นมาจำนองแทนเพื่อให้มีราคาเพียงพอกับหนี้จำนวน 2,000,000 บาทที่ค้างชำระ แต่นาย ก. ไม่มีทรัพย์สินอื่นใดที่จะนำมาจำนองได้ ดังนั้นแม้จะไม่ใช่ความผิดของผู้จำนอง แต่ผู้จำนองก็ไม่ได้เสนอทรัพย์สินอื่นมาจำนองแทนที่ กรณีนี้เห็นว่านาย ข. ย่อมมีสิทธิบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองได้ทันที

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ อันทำให้ทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองระงับไป จะถือเป็นกรณีที่ทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองสูญหายอันเป็นเหตุให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้ทันทีตามมาตรา 723 หรือไม่ โดยในกรณีที่มีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิเป็นการประกันหนี้เพียงสิ่งเดียวหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในขณะนั้นยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิย่อมเป็นกรณีที่ทรัพย์อิงสิทธิซึ่งเป็นทรัพย์สินที่จำนองเพียงสิ่งเดียวสูญหาย การจำนองทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวย่อมระงับ กรณีไม่เข้าองค์ประกอบมาตรา 723 ในการบังคับจำนองทันทีได้ เพราะมาตรา 723 ไม่ครอบคลุมกรณีที่มีทรัพย์สินที่จำนองเพียงสิ่งเดียวและทรัพย์สินนั้นสูญหาย อย่างไรก็ดีเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามมูลหนี้ประธานได้ โดยประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เพิ่มเติมต่อไปในบทที่ 5 ส่วนในกรณีที่มีการจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งและหนึ่งในนั้นคือทรัพย์อิงสิทธิ หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในขณะนั้นยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิจนเป็นเหตุให้ไม่พอแก่การประกัน ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิในการบังคับจำนองดังกล่าวเสียในทันทีก็ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.7 การบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

กรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิมีกระบวนการหรือวิธีการในการบังคับจำนองอย่างไรนั้น พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องอาศัยบทบัญญัติเรื่องการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีการจำนองทรัพย์สินทั่วไปเมื่อหนี้ประธานถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้แต่ไม่ถูกต้องครบถ้วน ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะบังคับจำนองด้วยการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือขอให้ศาลมีคำพิพากษา

ให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ นอกจากนี้ผู้จำนองเองก็มีสิทธิที่จะร้องขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองได้โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล[184]

โดยก่อนที่ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์ที่จำนองและขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือขอให้ศาลมีคำพิพากษาสั่งให้เอาทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ ผู้รับจำนองจะต้องกระทำตามวิธีที่กำหนดไว้ในมาตรา 728 เสียก่อน โดยแบ่งเป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีที่ 1 กรณีผู้จำนองซึ่งได้จำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้ของตนเอง ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวนั้น[185]

กรณีที่ 2 กรณีผู้จำนองซึ่งจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ มีกระบวนการที่ผู้รับจำนองต้องดำเนินการ กล่าวคือ หลังจากผู้รับจำนองได้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 60 วันนับตั้งแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวนั้น ผู้รับจำนองต้องส่งหนังสือบอกกล่าวดังกล่าวให้ผู้จำนองทราบภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้ส่งหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ หากผู้รับจำนองไม่ได้ดำเนินการภายในกำหนดเวลา 15 วัน ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้นที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลา 15 วันดังกล่าว[186]

ทั้งนี้ หากคู่สัญญาตกลงกันแตกต่างจากที่มาตรา 728 กำหนดไว้ ข้อตกลงเช่นว่านั้นย่อมตกเป็นโมฆะ[187]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[184] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 159.

[185] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 บัญญัติว่า “เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นกรณีผู้จำนองซึ่งจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ ผู้รับจำนองต้องส่งหนังสือบอกกล่าวดังกล่าวให้ผู้จำนองทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ส่งหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ ถ้าผู้รับจำนองมิได้ดำเนินการภายในกำหนดเวลาสิบห้าวันนั้น ให้ผู้จำนองเช่นว่านั้นหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้นบรรดาที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาสิบห้าวันดังกล่าว”

[186] เรื่องเดียวกัน.

[187] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714/1 บัญญัติว่า “บรรดาข้อตกลงเกี่ยวกับการจำนองที่แตกต่างไปจากมาตรา 728 มาตรา 729 และมาตรา 735 เป็นโมฆะ”

5.7.1 การบังคับจำนองด้วยการขายทอดตลาด

เมื่อผู้รับจำนองได้กระทำตามกระบวนการขั้นตอนในมาตรา 728 และลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่ได้กำหนด เจ้าหนี้ผู้รับจำนองก็ชอบที่จะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลยึดทรัพย์สินที่จำนองและนำออกขายทอดตลาดได้[188]

5.7.2 การบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ

เมื่อผู้รับจำนองได้กระทำตามกระบวนการขั้นตอนในมาตรา 728 และลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่ได้กำหนด มาตรา 729 ระบุให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองอาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลพิพากษาให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้[189]

(1) ต้องไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนั้น กล่าวคือ การที่เจ้าหนี้จะบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ ทรัพย์สินนั้นจะต้องไม่มีการจดทะเบียนจำนองหรือบุริมสิทธิรายอื่นเหนือทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าจำนองหรือบุริมสิทธิรายอื่นจะได้จดทะเบียนก่อนหรือภายหลังการจดทะเบียนจำนองรายซึ่งจะเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิก็ตาม เช่นนี้หากมีการจดทะเบียนจำนองหรือบุริมสิทธิรายอื่นผู้รับจำนองก็ไม่อาจเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้[190]

(2) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลา 5 ปี กล่าวคือ การที่เจ้าหนี้จะบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้นั้นต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่า ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลา 5 ปีโดยคำนวณจากต้นเงินจนถึงวันฟ้อง[191]

---

[188] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 160.

[189] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729 บัญญัติว่า “ในการบังคับจำนองตามมาตรา 728 ถ้าไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้ ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกเอาทรัพย์จำนองหลุดภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปนี้แทนการขายทอดตลาดก็ได้

(1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี และ

(2) ผู้รับจำนองแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ”

[190] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 163.

[191] เรื่องเดียวกัน.

(3) ผู้รับจำนองต้องแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินที่จำนองนั้นน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ

5.7.3 การบังคับจำนองโดยการที่ผู้จำนองร้องขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง

มาตรา 729/1 กำหนดให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่จะร้องขอให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล โดยผู้จำนองสามารถแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนองให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองได้ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

(1) หนี้ประธานถึงกำหนดชำระแล้ว

(2) ต้องไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนั้น

โดยเมื่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้รับหนังสือแจ้งจากผู้จำนองดังกล่าวแล้ว ผู้รับจำนองต้องดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหนังสือนั้น ทั้งนี้กฎหมายให้ถือว่า หนังสือที่ผู้จำนองได้แจ้งไปยังผู้รับจำนองให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองนั้นเป็นหนังสือยินยอมให้ขายทอดตลาด ซึ่งหนังสือดังกล่าวจะถูกนำไปใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินกระบวนการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองของผู้รับจำนอง และมีผลผูกพันผู้จำนองในฐานะเจ้าของทรัพย์สินให้ต้องไปเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนหลังจากที่ได้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองแล้วเสร็จ[192]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

สำหรับการขายทอดตลาดภายใต้มาตรา 729/1 นี้ เป็นการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้เป็นการขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดี เนื่องจากไม่ได้เป็นการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล อย่างไรก็ดี มาตรา 729/1 เองก็ไม่ได้บังคับให้ผู้รับจำนองต้องขายทอดตลาดเมื่อได้รับหนังสือแจ้งจากผู้จำนอง ผู้รับจำนองยังคงมีสิทธิที่จะบังคับจำนองด้วยการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์สินที่จำนองและขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลหรือขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้[193]

---

[192] เรื่องเดียวกัน, หน้า 166.

[193] เรื่องเดียวกัน.

กรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ก็อาจใช้วิธีการบังคับจำนองได้ทั้ง 3 วิธีตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น คือ การบังคับจำนองด้วยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิ การบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ และการบังคับจำนองโดยการที่ผู้จำนองร้องขอให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิที่จำนอง

5.8 ผลของการบังคับจำนอง

เมื่อได้มีการขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองไม่ว่าโดยการฟ้องคดีต่อศาลของผู้รับจำนองตามมาตรา 728 หรือโดยการร้องขอของผู้จำนองให้ขายทอดตลาดตามมาตรา 729/1 เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองจะถูกนำมาจัดสรรให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อชำระหนี้ตามลำดับ โดยหากมีเงินเหลือก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จำนองทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 732[194] อย่างไรก็ดีหากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่จำต้องรับผิดในส่วนที่ขาดนั้น[195] ส่วนกรณีผู้รับจำนองเอาทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ และราคาทรัพย์อิงสิทธินั้นต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดในเงินที่ขาดนั้น[196]

สำหรับผู้จำนองซึ่งจำนองทรัพย์อิงสิทธิของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระนั้น ไม่ต้องรับผิดในหนี้นั้นเกินราคาทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองในเวลาที่บังคับจำนองหรือเอาทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ และหากมีข้อตกลงใดๆ อันมีผลให้ผู้จำนองรับผิดเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือให้ผู้จำนองต้องรับผิดอย่างผู้ค้ำประกัน ข้อตกลงเช่นว่านั้นตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 727/1[197]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[194] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 732 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับ และถ้ายังมีเงินเหลืออยู่อีก ก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จำนอง”

[195] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดีเงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น”

[196] เรื่องเดียวกัน.

[197] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 727/1 “ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด ผู้จำนองซึ่งจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ไม่ต้องรับผิดในหนี้นั้นเกินราคาทรัพย์สินที่จำนองในเวลาที่บังคับจำนองหรือเอาทรัพย์จำนองหลุด

ข้อตกลงใดอันมีผลให้ผู้จำนองรับผิดเกินที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง หรือให้ผู้จำนองรับผิดอย่างผู้ค้ำประกัน ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ ไม่ว่าข้อตกลงนั้นจะมีอยู่ในสัญญาจำนองหรือทำเป็นข้อตกลงต่างหาก ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นกรณีที่นิติบุคคลเป็นลูกหนี้และบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการตามกฎหมายหรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้จำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้นั้นของนิติบุคคลและผู้จำนองได้ทำสัญญาค้ำประกันไว้เป็นสัญญาต่างหาก”

5.9 การระงับไปซึ่งการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

ตามมาตรา 744 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การจำนองย่อมระงับสิ้นไปเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

5.9.1 เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ

“หนี้ที่ประกัน” หมายถึง หนี้ประธาน โดยหนี้ประธานอาจระงับไปด้วยเหตุซึ่งบัญญัติไว้ในบรรพ 2 มาตรา 314 ถึงมาตรา 353 กล่าวคือ มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้ มีการหักกลบลบหนี้ มีการแปลงหนี้ใหม่ หนี้เกลื่อนกลืนกัน หากเป็นกรณีหนี้ประธานขาดอายุความย่อมไม่ทำให้จำนองระงับไป[198]

5.9.2 เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

การปลดจำนองเป็นการแสดงเจตนาของผู้รับจำนองว่าไม่ประสงค์จะเอาทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันหนี้อีกต่อไป การปลดจำนองจึงมีผลให้หนี้จำนองระงับเท่านั้นแต่หนี้ประธานยังคงมีอยู่ เจ้าหนี้จึงยังคงมีสิทธิฟ้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้ประธานได้ ทั้งนี้การปลดจำนองต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับจำนอง[199]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.9.3 เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น

ตามมาตรา 727 บุคคลคนเดียวจำนองทรัพย์สินของตนประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระอาจหลุดพ้นความรับผิดได้ อันเนื่องมากจากเหตุตามมาตรา 691 (เจ้าหนี้ลดหนี้) มาตรา 697 (เจ้าหนี้ทำให้ไม่อาจรับช่วงสิทธิ) มาตรา 700 (เจ้าหนี้ผ่อนเวลา) และมาตรา 701 (เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้)[200]

5.9.4 เมื่อถอนจำนอง

---

[198] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 194.

[199] เรื่องเดียวกัน, หน้า 195-196.

[200] เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

กรณีผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองขอไถ่ถอนจำนองโดยเสนอว่าจะใช้เงินเป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สินที่จำนองตามมาตรา 738 และเจ้าหนี้ทั้งหลายยอมรับคำเสนอโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ดังนั้นหากผู้รับโอนใช้เงินหรือวางเงินตามจำนวนที่เสนอจะใช้แทนการชำระหนี้ จำนองย่อมระงับไป[201]

5.9.5 เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง หรือเมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามมาตรา 729/1

กรณีนี้แยกเหตุที่จำนองระงับสิ้นไป 3 กรณีคือ

(1) กรณีผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองและศาลมีคำสั่งขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามมาตรา 728

(2) กรณีผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองขอไถ่ถอนจำนอง แต่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดไม่ยอมรับคำเสนอจึงได้ฟ้องให้ศาลสั่งขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นตามมาตรา 739

(3) กรณีผู้จำนองแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนองเพื่อให้ผู้รับจำนองดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล และได้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 729/1

ทั้งนี้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดทั้งสามกรณีนี้ย่อมได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยปลอดจากจำนอง[202]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

5.9.6 เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด

กรณีที่ผู้รับจำนองได้เอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุดเป็นสิทธิของตนตามมาตรา 729 ย่อมมีผลให้การจำนองระงับไป[203]

---

[201] เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

[202] เรื่องเดียวกัน.

[203] เรื่องเดียวกัน, หน้า 197-198.

ทั้งนี้กรณีการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นในหัวข้อ 5.9.1 – 5.9.6 การจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมระงับสิ้นไป

นอกจากนี้กรณีทรัพย์อิงสิทธิสิ้นสุดลงก่อนครบกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ การจำนองย่อมระงับไปเช่นเดียวกัน เพราะทรัพย์สินที่จำนองไม่ดำรงอยู่อีกต่อไป การชำระหนี้เอาจากทรัพย์อิงสิทธิจึงกลายเป็นพ้นวิสัย

6. สรุป

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ได้กำหนดให้ทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ นอกจากนี้ในมุมมองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ทรัพย์อิงสิทธิ” ก็เป็นทรัพย์สินที่สามารถนำไปจำนองได้ตามมาตรา 703 ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น

อย่างไรก็ตามเนื่องจากพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธิเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นผู้ที่จะจำนองทรัพย์อิงสิทธิหรือผู้ที่จะรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจำต้องมีความรู้ความเข้าใจในลักษณะของทรัพย์อิงสิทธิและต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ตามความเหมาะสมกับสภาพของทรัพย์อิงสิทธิ โดยในบทนี้ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นถึงการนำบทบัญญัติเรื่องการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายๆ เรื่องมาใช้กับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ โดยในส่วนของประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เชิงลึกในบทที่ 5 ต่อไป

บทที่ 4
การนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากผู้ร่างพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ได้มีการนำแนวความคิดเรื่องสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นในกฎหมายต่างประเทศอันได้แก่ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน มาใช้ประกอบการร่างพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นและการนำสิทธิเหล่านั้นไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน ตามลำดับ เพื่อจะได้นำมาพิจารณาและปรับใช้ในส่วนของประเด็นปัญหาการจำนองทรัพย์อิงสิทธิในบทถัดไป

1. กฎหมายประเทศอังกฤษ

ในกฎหมายอังกฤษมีสิทธิการเช่าที่เรียกว่า leasehold ซึ่งเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่น และเป็นสิทธิที่ผู้ทรงอาจนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อทำความเข้าใจและอาจนำมาเปรียบเทียบกับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้

1.1 บททั่วไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ในส่วนนี้จะได้ศึกษาหลักการพื้นฐานทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของอังกฤษเพื่อที่จะได้นำหลักการเหล่านี้ไปใช้ประกอบการพิจารณาเรื่องการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายอังกฤษในหัวข้อถัดไป

1.1.1 ประเภทของทรัพย์สิน

กฎหมายอังกฤษแบ่งประเภทของทรัพย์สินเป็น 2 ประเภทหลักๆ ได้แก่ Real property และ Personal property

(1) Real property

คำว่า “Real property” ในมุมมองของนักกฎหมายทรัพย์สินสมัยใหม่ของอังกฤษพิจารณาว่า “Real property” หมายถึงที่ดิน (land)[204] ทั้งนี้ **ที่ดิน (land)** หมายถึง พื้นผิวของโลก ครอบคลุมส่วนที่อยู่ใต้พื้นผิวไปจนถึงใจกลางของโลกและเหนือขึ้นไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด โดยที่ดินหมายความรวมถึงแร่ต่างๆ ที่อยู่ใต้พื้นผิวโลก และทรัพย์สินทุกสิ่งซึ่งติดอยู่กับที่ดินเป็นการถาวรและอาจตกทอดทางมรดกได้ (corporeal hereditaments) ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีขึ้นโดยธรรมชาติ เช่น ต้นไม้ เป็นต้น หรือทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ เช่น อาคาร บ้านเรือน ถนน สิ่งสาธารณูปโภค รั้วกำแพง เป็นต้น นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงสิทธิในที่ดินที่อาจตกทอดทางมรดกได้ (incorporeal hereditaments) เช่น สิทธิในทาง (right of way) สิทธิในแสงสว่าง (right of light) สิทธิในการได้รับค่าเช่าจากที่ดิน เป็นต้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 205(1)(ix) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[205]

ตามกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) มีการแบ่งประเภทของที่ดิน (land) ดังนี้

ก. แบ่งประเภทของที่ดินตามลักษณะของสิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดินซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 1) ที่ดินประเภท freehold (freehold land) และ 2) ที่ดินประเภท leasehold (leasehold land)

ข. แบ่งประเภทของที่ดินจากการจดทะเบียนซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 1) ที่ดินซึ่งจดทะเบียนแล้ว (Registered land) และ 2) ที่ดินซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียน (Unregistered land)

---

[204] Peter Sparkes, "Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire," [Online] Accessed: 1 May 2023. Available from: https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/England%20and%20Wales.PDFp. 1.

[205] Law of Property Act 1925 Article 205(1)(ix) General definitions

"Land" includes land of any tenure, and mines and minerals, whether or not held apart from the surface, buildings or parts of buildings (whether the division is horizontal, vertical or made in any other way) and other corporeal hereditaments; also a manor, an advowson, and a rent and other incorporeal hereditaments, and an easement, right, privilege, or benefit in, over, or derived from land; but not an undivided share in land; and " mines and minerals " include any strata or seam of minerals or substances in or under any land, and powers of working and getting the same but not an undivided share thereof; and " manor " includes a lordship, and reputed manor or lordship; and "hereditament" means any real property which on an intestacy occurring before the commencement of this Act might have devolved upon an heir;

(2) Personal property

Personal property หมายถึง ทรัพย์สินอย่างอื่นซึ่งไม่ได้อยู่ในความหมายของ Real property ยกตัวอย่างเช่น เรือ รถยนต์ ข้าวของเครื่องใช้ เฟอร์นิเจอร์ เป็นต้น

1.1.2 สิทธิในที่ดิน (Interests in land)

สิทธิในที่ดิน (Interests in land) แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Legal estates และ Equitable interests

(1) **Legal estates**

มาตรา 1(4) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ได้กำหนดให้ “legal estates” หรือบางทีเรียก “legal rights” หมายถึงสิทธิในที่ดิน (estates, interests, charges) ที่ถูกสร้างขึ้นให้มีอยู่ หรือโอนให้กันได้ตามกฎหมาย[206] ทั้งนี้อาจแบ่งประเภทของสิทธิได้ดังนี้

ก. ประเภทสิทธิความเป็นเจ้าของ (ownership rights) กล่าวคือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1) **Freehold estate** หรือ **Fee simple absolute in possession (absolute ownership)** ถูกบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 1(1)(a) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[207] ซึ่งหมายถึงสิทธิความเป็นเจ้าของที่ไม่มีที่สิ้นสุด (perpetuity) โดยคำว่า

---

[206] Law of Property Act 1925 Article 1 Legal estates and equitable interests

(4) The estates, interests, and charges which under this section are authorised to subsist or to be conveyed or created at law are (when subsisting or conveyed or created at law) in this Act referred to as " legal estates," and have the same incidents as legal estates subsisting at the commencement of this Act; and the owner of a legal estate is referred to as "an estate owner" and his legal estate is referred to as his estate.

[207] Law of Property Act 1925 Article 1 Legal estates and equitable interests

(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are—

(a) An estate in fee simple absolute in possession;

(b) A term of years absolute

“Fee simple” หมายถึง สิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดินที่ไม่สิ้นสุดลงแม้ผู้ทรงสิทธิตาย ส่วนคำว่า “Absolute” หมายถึง สิทธิความเป็นเจ้าของเป็นสิทธิสมบูรณ์และไม่มีเงื่อนไข และคำว่า “In possession” หมายถึง สิทธิความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นทันทีแม้ยังไม่ได้ครอบครองที่ดินในทางข้อเท็จจริง การได้รับค่าเช่าหรือผลประโยชน์จากที่ดินย่อมเรียกได้ว่าเป็นการครอบครองที่ดินนั้นแล้ว[208]

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า freehold estate หมายถึง กรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาด ผู้ทรงสิทธิใน freehold estate เรียกว่า “freeholder” ทั้งนี้เจ้าของที่ดิน (freeholder) เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในที่ดินอย่างไม่มีเงื่อนไข โดยกรรมสิทธิ์หรือสิทธิความเป็นเจ้าของสามารถซื้อขายกันได้เป็นการทั่วไป และยังสามารถตกทอดไปยังทายาทได้[209]

2) **Leasehold estate หรือ Term of years absolute (time limited ownership)** ถูกบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 1(1)(b) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[210] leasehold estate เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดิน (ผู้ให้เช่า) และผู้เช่า โดยผู้เช่าที่เป็นผู้ทรงสิทธิใน leasehold estate เรียกว่า “leaseholder” ทั้งนี้ผู้เช่า (leaseholder) มีสิทธิครอบครอง (rights of possession) และมีสิทธิใช้สอยที่ดินของเจ้าของที่ดิน (ผู้ให้เช่า) แต่เพียงผู้เดียวสำหรับระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่านั้น[211] โดยต่อไปนี้จะเรียก leasehold estate ว่า “สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold)”

ศาลอังกฤษได้กำหนดและรวบรวมลักษณะสำคัญของสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) จากการพิจารณาคดีต่างๆ โดยเห็นว่าสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. เป็นสิทธิครอบครองในที่ดินแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive possession) ของผู้เช่า
2. สำหรับระยะเวลาที่กำหนดไว้แน่นอน

---

[208] Sparkes, P., "Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire."p. 8.

[209] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 39.

[210] Law of Property Act 1925 Article 1 Legal estates and equitable interests

(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are—

(a) An estate in fee simple absolute in possession;

(b) A term of years absolute

[211] Sparkes, P., "Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire."p. 21.

3. ผู้เช่าต้องชำระค่าตอบแทนในการได้ไปซึ่งสิทธินั้นไม่ว่าจะเป็นแบบเหมาจ่าย หรือเป็นงวดก็ตาม[212]

โดยทั่วไปสัญญาเช่าที่ก่อให้เกิดสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มักเป็นสัญญาเช่าระยะยาว เช่น มีกำหนดเวลา 90 ปี หรือ 120 ปี หรือมีกำหนดเวลาถึง 999 ปีก็ได้ อย่างไรก็ตามขึ้นอยู่กับคู่สัญญาว่าจะตกลงกำหนดเวลาเช่าเพียงใด[213] นอกจากนี้สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ยังเป็นสิทธิที่สามารถซื้อขายกันได้ในท้องตลาด โดยมีราคาถูกกว่าราคากรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (freehold)[214]

สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) แบ่งได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

1. Tenancy for years หมายถึง สิทธิการเช่าที่มีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการเช่าไว้ชัดเจน และสิทธิการเช่าจะสิ้นสุดลงทันทีเมื่อครบกำหนดเวลา

2. Periodic tenancy หมายถึง สิทธิการเช่าที่มีจุดเริ่มต้นแต่ไม่มีจุดสิ้นสุดของการเช่า มีเพียงกำหนดระยะเวลาของการเช่า เช่น อาจมีกำหนดเป็นรายสัปดาห์ รายเดือน หรือรายปีก็ได้ โดยสัญญาเช่าจะมีการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติเมื่อครบระยะเวลาที่กำหนดไว้ เว้นแต่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือบอกเลิกสัญญาเช่านั้น

3. Tenancy at will หมายถึง สิทธิการเช่าที่ไม่มีกำหนดเวลา (indefinite) สิทธิดังกล่าวยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่เจ้าของที่ดินอนุญาตให้ผู้เช่าครอบครองที่ดินนั้นอยู่

4. Tenancy at sufferance หมายถึง สิทธิการเช่าที่เกิดขึ้นเมื่อครบกำหนดเวลาตามสัญญาเช่าแล้วแต่ผู้เช่ายังครอบครองที่ดินนั้นต่อไป[215]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ข. ประเภทสิทธิในการประกันหนี้ (Incumbrances or burdens) ยกตัวอย่างเช่น mortgages charges และ liens เป็นต้น[216] ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อถัดไป

---

[212] "Key Sections of the Law of Property Act 1925," [Online] Accessed: 1 May 2022. Available from: https://www.lawteacher.net/lectures/land-law/unregistered-land/impact-law-property-act/?vref=1

[213] Sparkes, P., "Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire."p. 21.

[214] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 39.

[215] เรื่องเดียวกัน.

[216] Sparkes, P., "Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire."p. 15.

(2) **Equitable interests**

มาตรา 1(8) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ได้กำหนดให้ “equitable interests” ได้แก่ สิทธิอื่นๆ นอกเหนือจากสิทธิตามกฎหมาย (legal estates) ยกตัวอย่างเช่น equitable mortgage, equitable easements, rents เป็นต้น

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าที่ดินหนึ่งแปลงอาจมีทั้ง freehold และ leasehold ซึ่งหากประสงค์จะซื้อที่ดินในประเทศอังกฤษผู้ซื้อจำเป็นต้องทราบว่าสิทธิที่ตนจะได้มาจากการซื้อที่ดินนั้นเป็น freehold หรือ leasehold เนื่องจากจะส่งผลกระทบกับสิทธิในที่ดินที่แตกต่างกัน กล่าวคือในการซื้อที่ดินไม่ได้หมายความว่าผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์ (freehold) เสมอไป หากซื้อที่ดินประเภท leasehold (leasehold land) เท่ากับว่าผู้ซื้อได้เพียงสิทธิการเช่า (leasehold) หรือสิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดินอันมีระยะเวลาจำกัดเท่านั้น

1.2 รูปแบบการประกันหนี้ตามระบบกฎหมายอังกฤษ

การประกันหนี้ตามระบบกฎหมายอังกฤษแบ่งออกได้เป็น 4 รูปแบบหลักๆ ดังนี้

(1) **Pledge** เป็นรูปแบบการประกันที่ใช้มานานที่สุดและเป็นพื้นฐานของกฎหมายหลักประกันในระบบกฎหมายอังกฤษ โดยมีลักษณะเป็นการประกันที่มีการครอบครองทรัพย์ที่ประกัน (possessory security) กล่าวคือ ต้องมีการส่งมอบทรัพย์ที่ประกันให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาอย่างอื่น การประกันเช่นนี้ลูกหนี้ยังมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์ที่ใช้เป็นหลักประกันอยู่ แต่การครอบครองทรัพย์ดังกล่าวอยู่ที่เจ้าหนี้ โดยเจ้าหนี้สามารถครอบครองทรัพย์นั้นได้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ครบถ้วน หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ก็สามารถนำทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้[217]

(2) **Contractual lien** เป็นการประกันหนี้ที่มีการครอบครองทรัพย์ที่ประกัน (possessory security) เป็นสิทธิในการยึดถือหรือยึดหน่วงไว้ซึ่งความครอบครองในทรัพย์ที่มีรูปร่าง (tangible property) จนกว่าผู้ครอบครองจะได้รับการชำระหนี้จากผู้โอนการครอบครองนั้น โดยผู้

[217] Wayne Clark, Fisher and Lightwood's Law of Mortgage, 12 ed. (Great Britain: LexisNexis Butterworths, 2006).p. 5.

โอนการครอบครองอาจเป็นเจ้าของทรัพย์ หรือเป็นผู้ที่มีสิทธิในทรัพย์นั้น เช่น สิทธิจำนำ ก็ได้ โดยสิทธิของเจ้าหนี้ตาม contractual lien มีเพียงการยึดถือทรัพย์ไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น ไม่อาจนำทรัพย์ที่ยึดหน่วงไว้ไปขายทอดตลาดได้[218]

(3) **Mortgage** เป็นการประกันที่ไม่จำต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้ (non-possessory security) โดยประเภทของทรัพย์สินที่นำมาประกันหนี้จะส่งผลต่อรูปแบบการประกันที่แตกต่างกัน กล่าวคือ 1) กรณี Personal Property เช่น เรือ กรมธรรม์ประกันภัย หุ้น เงินบำนาญ เป็นต้น การประกันหนี้กระทำได้โดยลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ (ownership) ในทรัพย์สินของตนให้แก่เจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าเจ้าหนี้มีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ (ownership) นั้นคืนให้แก่ลูกหนี้เมื่อมีการชำระหนี้ตามสัญญาครบถ้วนแล้ว และ 2) กรณี Real Property เช่น freehold land และ leasehold land เป็นต้น ลูกหนี้ไม่จำต้องโอนกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่เป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใด[219] อนึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) สามารถนำมาประกันหนี้ได้ในรูปแบบของ Mortgage ได้ ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะไม่ขอแปลคำว่า “mortgage” ตามกฎหมายอังกฤษนี้ว่า จำนอง เนื่องจากไม่ตรงกับความหมายของจำนองตามกฎหมายไทย

(4) **Charge** เป็นการประกันที่ไม่จำต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่ประกันให้แก่เจ้าหนี้ (non-possessory security) และไม่จำต้องโอนกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่เป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใด การประกันหนี้แบบ charge เกิดขึ้นจากการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยกำหนดหรือจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้เพื่อการชำระหนี้หากลูกหนี้ผิดนัดหรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยการกำหนดทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันจะเป็นการกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง (fixed charge) หรือกำหนดเป็นรายประเภทของทรัพย์สินก็ได้ (floating charge) ทั้งนี้ เจ้าหนี้จะยังไม่มีสิทธิใดๆ ในทรัพย์สินที่ประกันจนกว่าลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้และได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอบังคับหลักประกัน[220]

---

[218] Ibid. p. 6.

[219] Ibid. p. 4.

[220] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage. p. 63.

1.3 การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันการชำระหนี้ในรูปแบบของ Mortgage

1.3.1 ความทั่วไป

ในกฎหมายอังกฤษการนำที่ดินมาประกันหนี้ เรียกว่า mortgage มีคู่สัญญาคือ mortgagor ได้แก่ ผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ และ mortgagee ได้แก่ ผู้รับหลักประกันหรือผู้ให้กู้ ทั้งนี้การประกันหนี้ในรูปแบบของ mortgage แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) Legal Mortgage และ (2) Equitable Mortgage[221]

(1) Legal Mortgage

Legal Mortgage หมายถึง การประกันหนี้ที่ได้กระทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น การทำขึ้นเป็นตราสาร การจดทะเบียนกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาได้กระทำตามแบบพิธีครบถ้วนจึงมีผลเป็นการประกันหนี้ในทางกฎหมาย และเป็นการสร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน[222]

(2) Equitable Mortgage

Equitable Mortgage หมายถึง การประกันหนี้ที่ลูกหนี้และเจ้าหนี้เพียงแต่ทำสัญญาหรือข้อตกลงกันเป็นหนังสือเพื่อสร้างหลักประกันในการชำระหนี้ ไม่ได้ปฏิบัติตามแบบพิธีอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตามการประกันหนี้เช่นนี้ก็จะมีผลเป็น equitable mortgage กล่าวคือเป็นการประกันที่มีผลผูกพันในทางสัญญา การประกันรูปแบบนี้เป็นเพียงการสร้างสิทธิระหว่างคู่สัญญาหรือที่เรียกว่า “บุคคลสิทธิ” เท่านั้น ไม่ได้สร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด[223]

ทั้งนี้งานเขียนฉบับนี้จะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนของการนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้แบบ legal mortgage เท่านั้น

---

[221] Ibid. p. 4.

[222] Ibid. p. 7.

[223] Ibid. p. 16.

1.3.2 วิธีการนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage

1.3.2.1 กรณีที่ดินซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียน (unregistered land)

ก่อนปี ค.ศ. 1926 การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) กรณีที่ดินยังไม่ได้จดทะเบียน (unregistered land) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage กระทำได้โดยการโอนสิทธิการเช่า กล่าวคือ ลูกหนี้ซึ่งมีสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) อาจประกันหนี้ที่ตนมีอยู่กับเจ้าหนี้ด้วยวิธีการโอนสิทธิการเช่าในที่ดินนั้นให้แก่เจ้าหนี้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าการโอนสิทธิดังกล่าวอาจถูกบอกล้างหากลูกหนี้หรือ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ได้ชำระหนี้ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนด[224]

ดังนั้นผลคือ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะได้ไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ซึ่งมีสถานะเป็นสิทธิที่กฎหมายกำหนดและรับรองให้มีอยู่เหนือที่ดิน (interest in land) ที่เรียกว่า legal estate ทั้งนี้การโอนสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) จะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ (mortgagor) ไม่ชำระหนี้หรือไม่ใช้สิทธิไถ่ถอนภายในระยะเวลาที่กำหนด[225]

โดยเมื่อ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ได้นำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage แล้ว mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ก็ไม่อาจนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) นั้นมาประกันหนี้รายอื่นได้อีก เนื่องจาก mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ไม่ได้คงไว้ซึ่งสิทธิการเช่าดังกล่าวนั้นอีกต่อไป[226]

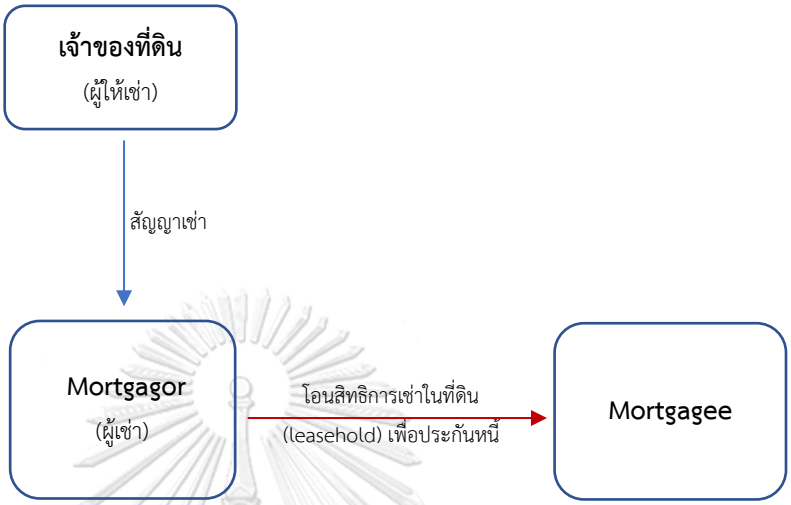
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[224] Ibid. p. 30 - 31.

[225] Ibid.

[226] Ibid.

แผนภาพกรณีนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage ก่อนปี ค.ศ. 1926



หลังปี ค.ศ. 1926 กฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ได้กำหนดให้การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) กรณีที่ดินซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียน (unregistered land) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage จะมีผลบังคับในทางกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อกระทำโดย (1) การทำสัญญาเช่าช่วง (by a sub-demise for a term of years absolute) หรือ (2) วิธีการประกันหนี้แบบ charge โดยทำขึ้นเป็นตราสารแสดงเจตนาว่าจะประกันหนี้แบบ legal mortgage (by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage)[227]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[227] Law of Property Act 1925 Article 86 Mode of mortgaging leaseholds

(1) A mortgage of a term of years absolute shall only be capable of being effected at law either by a subdemise for a term of years absolute, less by one day at least than the term vested in the mortgagor, and subject to a provision for cesser on redemption, or by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage; and where a licence to subdemise by way of mortgage is required, such licence shall not be unreasonably refused:

(2) Any purported assignment of a term of years absolute by way of mortgage made after the commencement of this Act shall (to the extent of the estate of the mortgagor) operate as a subdemise of the leasehold land to the mortgagee for a term of years absolute, but subject to cesser on redemption, in manner following, namely:—

(a) The term to be taken by a first or only mortgagee shall be ten days less than the term expressed to be assigned:

(b) The term to be taken by a second or subsequent mortgagee shall be one day longer than the term vested in the first or other mortgagee whose security ranks immediately before that of the second or subsequent

ก. การทำสัญญาเช่าช่วง (by a sub-demise of a term of years absolute)

มาตรา 86 แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) กำหนดให้ลูกหนี้ หรือ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) อาจนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold หรือ term of years absolute) ของตนไปประกันหนี้โดยการทำสัญญาเช่าช่วงขึ้นระหว่าง mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) และ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) (อันจะส่งผลให้ mortgagor เป็นผู้ให้เช่าช่วง และ mortgagee เป็นผู้เช่าช่วง) โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าหากลูกหนี้ หรือ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ชำระหนี้ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนด สัญญาเช่าช่วงเป็นอันสิ้นสุดทันที โดยสัญญาเช่าช่วงต้องมีกำหนดเวลาน้อยกว่าสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้เช่าซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกันอย่างน้อย 1 วัน[228]

อนึ่งหากสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้เช่ามีข้อกำหนดว่าการทำสัญญาเช่าช่วงต้องขอความยินยอมจากเจ้าของที่ดินก่อน การทำสัญญาเช่าช่วงเพื่อประกันหนี้เช่นว่านี้จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินแล้ว[229]

ทั้งนี้การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage ตามมาตรา 86 นี้ต้องทำขึ้นเป็นตราสาร (made by deed) ตามมาตรา 52(1) แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[230] และนำความดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดิน (first registration) จึงจะมีผลให้การประกันหนี้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย[231]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

mortgagee, if the length of the last mentioned term permits, and in any case for a term less by one day at least than the term expressed to be assigned: and, in this subsection, any such purported assignment as aforesaid includes an absolute assignment with a deed of defeasance and any other assurance which, but for this subsection, would operate in effect to vest the term of the mortgagor in a mortgagee subject to redemption.

(3) This section applies whether or not the land is registered under the Land Registration Act, 1925, or the mortgage is made by way of sub-mortgage of a term of years absolute, or is expressed to be by way of trust for sale or otherwise.

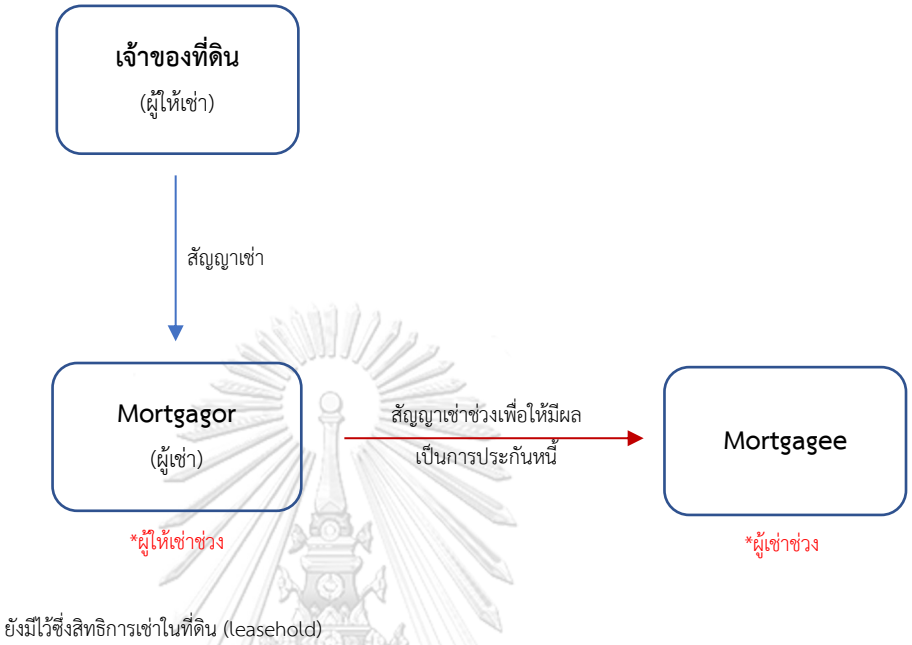
(4) Without prejudice to the provisions of this Act respecting legal and equitable powers, every power to mortgage for or to lend money on mortgage of a term of years absolute by way of assignment shall be construed as a power to mortgage the term by subdemise for a term of years absolute or by a charge by way of legal mortgage, or to lend on such security.

[228] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 32-33.

[229] Ibid.

[230] Law of Property Act 1925 Article 52 Conveyances to be by deed.

แผนภาพกรณีนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage ตามมาตรา 86



ข. วิธีการประกันหนี้แบบ charge โดยทำขึ้นเป็นตราสารแสดงเจตนาว่าให้การประกันหนี้มีผลแบบ legal mortgage (by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อ 1.2 ว่าการประกันหนี้แบบ charge ได้แก่การประกันที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยกำหนดหรือจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้เพื่อการชำระหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดหรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยการกำหนดทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันจะเป็นการกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง (fixed charge) หรือกำหนดเป็นรายประเภทของทรัพย์สินก็ได้ (floating charge)[232]

---

(1) All conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveying or creating a legal estate unless made by deed.

[231] Sparkes, P., "Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire."p. 30.

[232] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 33.

ทั้งนี้ มาตรา 87 แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[233] กำหนดให้การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) กรณีที่ดินยังไม่ได้จดทะเบียน (unregistered land) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage อาจกระทำได้โดยการที่ลูกหนี้ หรือ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ทำขึ้นเป็นตราสาร (made by deed) ตามมาตรา 52(1) แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) เพื่อประกันหนี้แบบ charge โดยมีการกำหนดรายละเอียดดังต่อไปนี้ไว้ในตราสารนั้น

(1) กำหนดสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ของตนไว้เพื่อการชำระหนี้ หากผิดนัดหรือไม่สามารถชำระหนี้ได้

(2) แสดงเจตนาระบุให้การประกันหนี้มีผลแบบ legal mortgage

(3) กำหนดเงื่อนไขการชำระหนี้เงินกู้พร้อมกับดอกเบี้ย[234]

นอกจากนี้ คู่สัญญาต้องนำความดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดิน (first registration) จึงจะมีผลให้การประกันหนี้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

---

[233] Law of Property Act 1925 Article 87 Charges by way of legal mortgage

(1) Where a legal mortgage of land is created by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage, the mortgagee shall have the same protection, powers and remedies (including the right to take proceedings to obtain possession from the occupiers and the persons in receipt of rents and profits, or any of them) as if —

(a) where the mortgage is a mortgage of an estate in fee simple, a mortgage term for three thousand years without impeachment of waste had been thereby created in favour of the mortgagee; and

(b) where the mortgage is a mortgage of a term of years absolute, a sub-term less by one day than the term vested in the mortgagor had been thereby created in favour of the mortgagee.

(2) Where an estate vested in a mortgagee immediately before the commencement of this Act has by virtue of this Act been converted into a term of years absolute or sub-term, the mortgagee may, by a declaration in writing to that effect signed by him, convert the mortgage into a charge by way of legal mortgage, and in that case the mortgage term shall be extinguished in the inheritance or in the head term as the case may be, and the mortgagee shall have the same rotection, powers and remedies (including the right to take proceedings to obtain possession from the occupiers and the persons in receipt of rents and profits or any of them) as if the mortgage term or sub-term had remained subsisting. The power conferred by this subsection may be exercised by a mortgagee notwithstanding that he is a trustee or personal representative.

(3) Such declaration shall not affect the priority of the mortgagee or his right to retain possession of documents, nor affect his title to or right over any fixtures or chattels personal comprised in the mortgage.

[234] "Mortgages Land Law Lecture," [Online] Accessed: 1 November 2022. Available from: https://www.lawteacher.net/lectures/land-law/mortgages/creation-of-a-mortgage/?vref=1

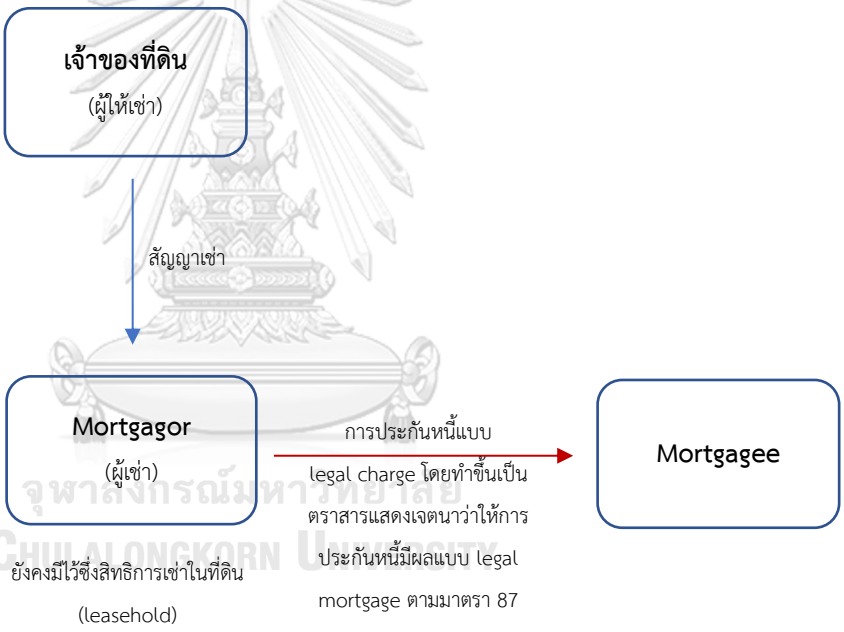
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทั้งนี้การประกันหนี้แบบ charge โดยทำขึ้นเป็นตราสารแสดงเจตนาว่าให้การประกันหนี้มีผลแบบ legal mortgage ตามมาตรา 87 มีข้อดีดังนี้

1. แบบฟอร์มตราสารสำหรับการประกันหนี้ไม่ยุ่งยาก และไม่จำต้องทำสัญญาเช่าช่วงอย่างเช่นในมาตรา 86[235]

2. หากมีข้อกำหนดในสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ mortgagor (ผู้เช่า) ว่าห้ามไม่ให้นำที่ดินไปเช่าช่วง การประกันหนี้แบบ charge ก็ยังทำได้เนื่องจากกรณีนี้ไม่มีการทำสัญญาเช่าช่วงเกิดขึ้นแต่อย่างใด[236]

แผนภาพกรณีนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage ตามมาตรา 87



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[235] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 34.

[236] Ibid.p. 34.

1.3.2.2 กรณีที่ดินจดทะเบียนแล้ว (registered land)

การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) กรณีที่ดินจดทะเบียนแล้ว (registered land) มาประกันหนี้อาจกระทำโดยวิธีการประกันหนี้แบบ charge โดยทำขึ้นเป็นตราสารแสดงเจตนาว่าให้การประกันหนี้มีผลแบบ legal mortgage (a charge by deed by way of legal mortgage) เช่นเดียวกันกับกรณีที่ดินซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียน (unregistered land) ที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่แล้ว ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 87 แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[237] และมาตรา 23 แห่งกฎหมายจดทะเบียนที่ดิน (Land Registration Act 2002)[238]

---

[237] Law of Property Act 1925 Article 87 Charges by way of legal mortgage

(1) Where a legal mortgage of land is created by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage, the mortgagee shall have the same protection, powers and remedies (including the right to take proceedings to obtain possession from the occupiers and the persons in receipt of rents and profits, or any of them) as if —

(a) where the mortgage is a mortgage of an estate in fee simple, a mortgage term for three thousand years without impeachment of waste had been thereby created in favour of the mortgagee; and

(b) where the mortgage is a mortgage of a term of years absolute, a sub-term less by one day than the term vested in the mortgagor had been thereby created in favour of the mortgagee.

(2) Where an estate vested in a mortgagee immediately before the commencement of this Act has by virtue of this Act been converted into a term of years absolute or sub-term, the mortgagee may, by a declaration in writing to that effect signed by him, convert the mortgage into a charge by way of legal mortgage, and in that case the mortgage term shall be extinguished in the inheritance or in the head term as the case may be, and the mortgagee shall have the same rotection,
powers and remedies (including the right to take proceedings to obtain possession from the occupiers and the persons in receipt of rents and profits or any of them) as if the mortgage term or sub-term had remained subsisting. The power conferred by this subsection may be exercised by a mortgagee notwithstanding that he is a trustee or personal representative.

(3) Such declaration shall not affect the priority of the mortgagee or his right to retain possession of documents, nor affect his title to or right over any fixtures or chattels personal comprised in the mortgage.

[238] Land Registartion Act 2002 Article 23 Owner's powers

(1) Owner's powers in relation to a registered estate consist of—

(a) power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a mortgage by demise or sub-demise, and

(b) power to charge the estate at law with the payment of money.

(2) Owner's powers in relation to a registered charge consist of—

(a) power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a legal sub-mortgage, and

(b) power to charge at law with the payment of money indebtedness secured by the registered charge.

(3) In subsection (2)(a), "legal sub-mortgage" means—

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.3.3 ผลของการประกันหนี้แบบ legal mortgage

การประกันหนี้โดยวิธีการทำสัญญาเช่าช่วง (by a sub-demise of a term of years absolute) ตามมาตรา 86 มีผลเป็นการทำขึ้นซึ่งสัญญาเช่าช่วงระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับประกัน โดยส่งผลให้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) มีฐานะเป็นผู้ให้เช่าช่วง และ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) มีฐานะเป็นผู้เช่าช่วง

ส่วนการประกันหนี้ตามมาตรา 87 (การประกันหนี้แบบ charge โดยทำขึ้นเป็นตราสารแสดงเจตนาว่าให้การประกันหนี้มีผลแบบ legal mortgage (a charge by deed by way of legal mortgage)) แม้จะไม่ได้ทำขึ้นด้วยวิธีการทำสัญญาเช่าช่วงตามมาตรา 86 แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 87 แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ได้บัญญัติให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ตามมาตรา 87 มีสิทธิ ความคุ้มครอง และสามารถบังคับหลักประกันได้เสมือนกับว่า mortgagee ได้รับหลักประกันโดยวิธีการทำสัญญาเช่าช่วงซึ่งมีกำหนดเวลาน้อยกว่าสัญญาเช่าที่ mortgagor มีต่อเจ้าของที่ดิน 1 วันตามมาตรา 86[239] นั่นก็หมายความว่า แม้การประกันหนี้ตาม

(a) a transfer by way of mortgage,

(b) a sub-mortgage by sub-demise, and

(c) a charge by way of legal mortgage.

[239] Law of Property Act 1925 Article 87 Charges by way of legal mortgage

(1) Where a legal mortgage of land is created by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage, the mortgagee shall have the same protection, powers and remedies (including the right to take proceedings to obtain possession from the occupiers and the persons in receipt of rents and profits, or any of them) as if —

(a) where the mortgage is a mortgage of an estate in fee simple, a mortgage term for three thousand years without impeachment of waste had been thereby created in favour of the mortgagee; and

(b) where the mortgage is a mortgage of a term of years absolute, a sub-term less by one day than the term vested in the mortgagor had been thereby created in favour of the mortgagee.

(2) Where an estate vested in a mortgagee immediately before the commencement of this Act has by virtue of this Act been converted into a term of years absolute or sub-term, the mortgagee may, by a declaration in writing to that effect signed by him, convert the mortgage into a charge by way of legal mortgage, and in that case the mortgage term shall be extinguished in the inheritance or in the head term as the case may be, and the mortgagee shall have the same rotection, powers and remedies (including the right to take proceedings to obtain possession from the occupiers and the persons in receipt of rents and profits or any of them) as if the mortgage term or sub-term had remained subsisting. The power conferred by this subsection may be exercised by a mortgagee notwithstanding that he is a trustee or personal representative.

(3) Such declaration shall not affect the priority of the mortgagee or his right to retain possession of documents, nor affect his title to or right over any fixtures or chattels personal comprised in the mortgage.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

มาตรา 86 และมาตรา 87 จะมีกระบวนการต่างกันก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดแล้ว mortgagee ตามมาตรา 87 จะมีสิทธิเหมือนกับ mortgagee ตามมาตรา 86 กล่าวคือ มีสิทธิในฐานะผู้เช่าช่วงในที่ดิน อันได้แก่ สิทธิในอันที่จะเรียกให้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดิน สิทธิในการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งปลดเปลื้องการครอบครองที่ดินของเจ้าของที่ดิน (relief against forfeiture) เป็นต้น[240]

การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) กรณีที่ดินไม่ได้จดทะเบียน (unregistered land) และสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) กรณีที่ดินจดทะเบียนแล้ว (registered land) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage ไม่ว่าด้วยวิธีการใดก็ตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน ย่อมส่งผลในทางกฎหมายแก่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) และ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในลักษณะเดียวกัน ดังนี้

ก. mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) มีสิทธิเรียกร้องต่อ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) เพื่อให้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ส่งมอบการครอบครองที่ดินนั้นได้ทันทีนับตั้งแต่มีการประกันหนี้[241] ทั้งนี้จะอธิบายเพิ่มเติมในหัวข้อถัดไป

ข. เมื่อการประกันหนี้ตามมาตรา 86 และมาตรา 87 ไม่ได้เป็นการโอนไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) อย่างเช่นในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1926 ดังนั้น mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ตามมาตรา 86 และมาตรา 87 ก็ยังคงไว้ซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) และอาจนำสิทธิเช่นว่านี้ไปประกันหนี้กับเจ้าหนี้รายอื่นได้อีก[242]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.3.4 สิทธิในการเข้าครอบครองที่ดินทันที (Right to immediate possession)

การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้ในรูปแบบของ legal mortgage ไม่ว่าจะโดยวิธีการทำสัญญาเช่าช่วงตามมาตรา 86 หรือโดยวิธีการประกันหนี้แบบ charge โดยทำขึ้นเป็นตราสารแสดงเจตนาให้การประกันหนี้มีผลแบบ legal mortgage ตามมาตรา 87 ย่อมมีผลเป็นการมอบไว้ซึ่งสัญญาเช่าช่วงแก่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ดังนั้น mortgagee ในฐานะผู้เช่าช่วง

---

[240] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 33.

[241] Ibid.

[242] Ibid.

จึงมีสิทธิเรียกร้องในการเข้าครอบครองที่ดินทันที (entitled to seek possession of the property) นับตั้งแต่วันที่มีผลเป็นการประกันหนี้ ทั้งนี้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) อาจเข้าครอบครองที่ดินได้โดยไม่ต้องมีหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าไปยัง mortgagor (ซึ่งครอบครองที่ดินนั้นอยู่ในฐานะผู้เช่า) อีกทั้ง mortgagee ไม่จำต้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตเพื่อเข้าครอบครองที่ดินนั้นอีกด้วย[243] อย่างไรก็ตามคู่สัญญาอาจตกลงจำกัดสิทธิในการเข้าครอบครองที่ดินดังกล่าวได้ ยกตัวอย่างเช่น อาจกำหนดในสัญญาว่า mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะเข้าครอบครองที่ดินได้ก็ต่อเมื่อ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ผิดนัดชำระหนี้ เป็นต้น[244] ในทางปฏิบัติ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะยังไม่เข้าครอบครองที่ดินทันทีที่มีการประกันหนี้ แต่เขามักใช้สิทธิในการเข้าครอบครองเมื่อประสงค์จะบังคับหลักประกันเท่านั้น

1.3.5 อำนาจของ mortgagor ในระหว่างที่ mortgagee ยังไม่เข้าครอบครองที่ดิน

1.3.5.1 กรณีที่ mortgagor ได้รับอนุญาตให้ยังคงไว้ซึ่งการครอบครองที่ดินนั้นต่อไป

แม้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ได้มอบซึ่งสัญญาเช่าช่วงในที่ดินให้แก่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) เพื่อประกันหนี้ และมีผลให้ mortgagee (ในฐานะผู้เช่าช่วง) มีสิทธิในการเข้าครอบครองที่ดินทันที แต่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) อาจได้รับอนุญาตให้สามารถครอบครองที่ดินนั้นต่อไปได้จนกว่า mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะเข้าครอบครองที่ดิน โดยการครอบครองที่ดินของ mortgagor ในกรณีนี้เป็นการครอบครองโดยอาศัยสิทธิของ mortgagee ซึ่งมีฐานะเป็นผู้เช่าช่วง ดังนั้นการใช้สิทธิในการครอบครองที่ดินของ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) อาจใช้สิทธิเข้าครอบครองเมื่อใดก็ได้[245]

ทั้งนี้สิทธิและหน้าที่ mortgagor ในระหว่างที่ mortgagee ยังไม่เข้าครอบครองที่ดินมีดังนี้

ก. สิทธิในการใช้สอยที่ดิน

---

[243] Ibid. p. 540.

[244] Ibid. p. 541.

[245] Ibid. p. 542.

mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ยังมีสิทธิในการใช้สอยหรือทำประโยชน์ในที่ดินได้ตามปกติ เช่น อยู่อาศัย หรือทำการเกษตร เป็นต้น[246]

ข. สิทธิในการนำที่ดินไปให้บุคคลอื่นเช่าช่วง

ในระหว่างที่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ยังครอบครองที่ดินอยู่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) อาจนำที่ดินนั้นไปให้บุคคลอื่นเช่าช่วงได้ตามมาตรา 99 แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) อีกทั้งยังมีสิทธิได้รับค่าเช่าจากการนั้น เว้นแต่คู่สัญญาตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น[247]

ค. สิทธิในการฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน

ในขณะที่ครอบครองที่ดิน mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) มีสิทธิฟ้องบุคคลอื่นในคดีที่เกี่ยวข้องกับที่ดินนั้น เช่น ฟ้องเรียกค่าเช่าที่ค้างชำระ ฟ้องกรณีผู้บุกรุก เป็นต้น[248]

ง. หน้าที่ชำระค่าเช่าสำหรับการครอบครองที่ดิน (occupation rent)

แม้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) จะได้รับอนุญาตจาก mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ให้ยังมีสิทธิครอบครองที่ดิน แต่ mortgagor ก็มีหน้าที่ในการชำระค่าเช่าสำหรับการครอบครองที่ดินนั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[246] Ibid.

[247] Ibid.

[248] Law of Property Act 1925 Article 98 Actions for possession by mortgagors

(1) A mortgagor for the time being entitled to the possession or receipt of the rents and profits of any land, as to which the mortgagee has not given notice of his intention to take possession or to enter into the receipt of the rents and profits thereof, may sue for such possession, or for the recovery of such rents or profits, or to prevent or recover damages in respect of any trespass w other wrong relative thereto, in his own name only, unless the cause of action arises upon a lease or other contract made by him jointly with any other person.

(2) This section does not prejudice the power of a mortgagor independently of this section to take proceedings in his own name only, either in right of any legal estate vested in him or otherwise.

(3) This section applies whether the mortgage was made before or after the commencement of this Act.

(occupation rent) อย่างไรก็ตาม mortgagor ยังไม่มีหน้าที่ในการชำระค่าเช่าดังกล่าวจนกว่า mortgagee จะทวงถามหรือจนกว่า mortgagee จะใช้สิทธิครอบครองที่ดินนั้น[249]

จ. หน้าที่ในการละเว้นไม่ทำให้หลักประกันด้อยค่าหรือเสียหาย

ในระหว่างที่ครอบครองที่ดิน mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ต้องไม่ทำให้หลักประกันนั้นด้อยค่าหรือเสียหาย เช่น รื้อถอนบ้านหรืออาคาร หรือทำลายต้นไม้ใหญ่ในที่ดิน นอกจากนี้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) อาจฟ้อง mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) สำหรับการทำให้ทรัพย์สินเสียหายหรือทำให้หลักประกันอยู่ในความเสี่ยงได้อีกด้วย[250]

1.3.5.2 กรณีที่ mortgagor อยู่ในฐานะที่เป็นผู้เช่าของ mortgagee

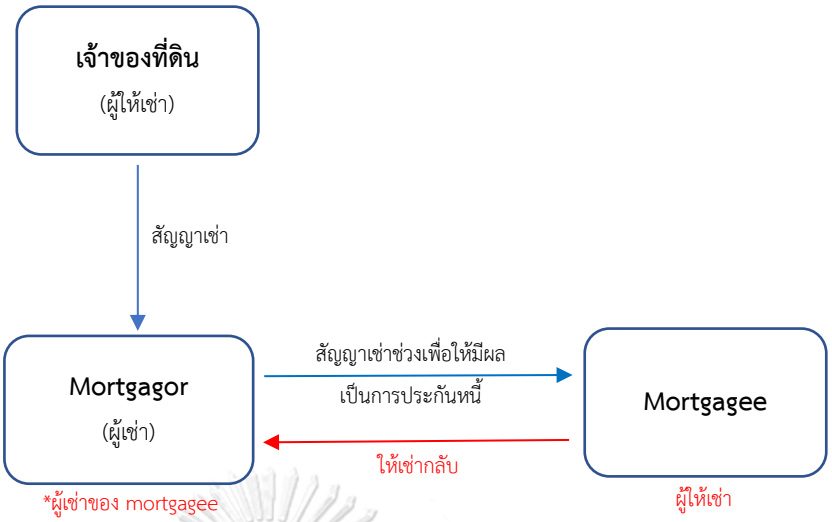
สัญญาเช่าระหว่าง mortgagor และ mortgagee อาจเกิดขึ้นโดยปริยายเมื่อมีข้อกำหนดว่า mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะยังไม่ใช้สิทธิตามการประกันหนี้จนกว่าจะครบกำหนดเวลาที่ตกลงกันและจนกว่า mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) จะผิดนัดชำระหนี้ กล่าวคือ ในระหว่างที่ยังไม่ครบกำหนดเวลาที่ตกลงกัน mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ไม่มีสิทธิเข้าครอบครองที่ดินหรือบังคับหลักประกัน ดังนั้น mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ก็จะมีสิทธิในการใช้สอยที่ดินนั้นอย่างสงบสุข หรืออาจนำที่ดินไปให้บุคคลอื่นเช่าได้ เท่ากับมีผลเป็นการที่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้ให้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) เช่าที่ดินนั้นกลับ (re-demise) ในระยะเวลาที่กำหนด จึงอาจกล่าวได้ว่า mortgagor กลายเป็นผู้เช่าของ mortgagee[251]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[249] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 542.

[250] Ibid.

[251] Ibid. p. 544.



1.4 วิธีการบังคับหลักประกันกรณีสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold)

การบังคับหลักประกันกรณีสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มี 5 วิธีดังนี้

1.4.1 การครอบครอง (Possession)

การครอบครองสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ทำได้โดย (1) เข้าครอบครองที่ดินตามข้อเท็จจริงโดยต้องกระทำการอย่างสงบ ทั้งนี้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ไม่จำต้องมีหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนใช้สิทธิเข้าครอบครอง หรือ (2) หากไม่อาจครอบครองอย่างสงบได้ให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าครอบครองที่ดินนั้น[252]

แต่อย่างไรก็ตามหากในขณะนั้น mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ได้ครอบครองที่ดินอยู่ในฐานะผู้เช่าของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) หรือกรณีผู้เช่าของ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ได้ครอบครองที่ดินอยู่ซึ่งการเช่านั้นมีผลผูกพัน mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) การใช้สิทธิเข้าครอบครองทำได้โดย mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) มีหนังสือบอกกล่าวไปยัง mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) หรือผู้เช่าเพื่อให้ชำระค่าเช่าแก่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน)[253]

---

[252] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 547.

[253] Ibid.

1.4.2 การขายนอกศาล (Sale out of court)

เมื่อผู้ให้กู้หรือ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้เข้าครอบครองที่ดินที่ประกันแล้ว เขาก็ย่อมมีสิทธิในการขายที่ดินนั้นโดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการพิจารณาทางศาล (sale out of court) หากกรณีเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1.4.2.1 หลักเกณฑ์และเงื่อนไข

การที่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลนั้นจำต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 101(1)(i) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[254] กล่าวคือ (1) การประกันหนี้แบบ mortgage ต้องทำขึ้นเป็นตราสาร (made by deed) กล่าวคือกรณี legal mortgage และ (2) หนี้ที่ประกันถึงกำหนดเวลาชำระแล้ว ทั้งนี้เว้นแต่กรณีที่ mortgagor และ mortgagee ได้กำหนดไว้เป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติดังกล่าวกรณีก็จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขนั้น[255]

นอกจากนี้มาตรา 103 แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ยังได้กำหนดเพิ่มเติมอีกว่า mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะใช้สิทธิในการขาย (โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล) ได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้เกิดขึ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ก. mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้ส่งหนังสือบอกกล่าวทวงถามให้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) เพื่อชำระหนี้ที่ประกัน และ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ไม่ชำระหรือชำระไม่ครบถ้วน เป็นระยะเวลา 3 เดือนนับแต่บอกกล่าวนั้น หรือ

---

[254] Law of Property Act 1925 Article 101 Powers incident to estate or interest of a mortgagee

(1) A mortgagee, where the mortgage is made by deed, shall, by virtue of this Act, have the following powers, to the like extent as if they had been in terms conferred by the mortgage deed, but not further (namely):

(i) A power, when the mortgage money has become due, to sell, or to concur with any other person in selling, the mortgaged property, or any part thereof, either subject to prior charges or not, and either together or in lots, by public auction or by private contract, subject to such conditions respecting title, or evidence of title, or other matter, as the mortgagee thinks fit, with power to vary any contract for sale, and to buy in at an auction, or to rescind any contract for sale, and to re-sell,' without being answerable for any loss occasioned thereby.

[255] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 617.

ข. mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ยังค้างชำระดอกเบี้ยที่อยู่ภายใต้การประกันหนี้แบบ mortgage เป็นระยะเวลา 2 เดือนนับแต่ครบกำหนด หรือ

ค. mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ได้กระทำการที่ผิดข้อสัญญาหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติใดๆ ในกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) นอกเหนือจากข้อกำหนดเรื่องการชำระหนี้ หรือดอกเบี้ยอื่นๆ ในหนี้ที่ประกันแบบ mortgage[256]

ทั้งนี้ เว้นแต่คู่สัญญามีข้อกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น กำหนดว่า mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะมีสิทธิในการขายก็ต่อเมื่อมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น กรณีก็ต้องเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้เป็นพิเศษนั้น[257]

1.4.2.2 อำนาจของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold)

มาตรา 104 แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[258] ให้อำนาจ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในการขายโอนสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ให้แก่ผู้ซื้อโดย

---

[256] Law of Property Act 1925 Article 103 Regulation of exercise of power of sale

A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by this Act unless and until—

(i) Notice requiring payment of the mortgage money has been served on the mortgagor or one of two or more mortgagors, and default has been made in payment of the mortgage money, or of part thereof, for three months after such service; or

(ii) Some interest under the mortgage is in arrear and unpaid for two months after becoming due; or

(iii) There has been a breach of some provision contained in the mortgage deed or in this Act, or in an enactment replaced by this Act, and on the part of the mortgagor, or of some person concurring in making the mortgage, to be observed or performed, other than and besides a covenant for payment of the mortgage money or interest thereon.

[257] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage. p. 622.

[258] Law of Property Act 1925 Article 104 Conveyance on sale

(1) A mortgagee exercising the power of sale conferred by this Act shall have power, by deed, to convey the property sold, for such estate and interest therein as he is by this Act authorised to sell or convey or may be the subject of the mortgage, freed from all estates, interests, and rights to which the mortgage has priority, but subject to all estates, interests, and rights which have priority to the mortgage.

ปราศจากการประกันหนี้แบบ mortgage เว้นแต่กรณีมีการประกันหนี้รายก่อนหน้า สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ที่โอนขายยังต้องผูกพันกับการประกันหนี้นั้นอยู่ ยกตัวอย่างเช่น กรณีทรัพย์สินถูกนำมาประกันหนี้แบบ mortgage เป็นจำนวนสองครั้ง ครั้งแรกประกันหนี้กับธนาคาร ก. อีก 5 ปี ต่อมานำไปประกันหนี้กับธนาคาร ข. หากธนาคาร ข. ขายทรัพย์สินที่ประกันผู้ซื้อยังต้องผูกพันในการประกันหนี้กับธนาคาร ก. เนื่องจากสิทธิในการประกันของธนาคาร ก. เกิดขึ้นก่อนการประกันของธนาคาร ข. แต่หากธนาคาร ก. เป็นผู้ขายทรัพย์สินที่ประกัน ผู้ซื้อย่อมได้รับโอนทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระผูกพันใดๆ[259]

1.4.2.3 ผลของการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold)

เมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) โอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ให้แก่ผู้ซื้อย่อมมีผลให้ผู้ซื้อได้รับโอนไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เช่นว่านั้นโดยปราศจากการประกันหนี้แบบ mortgage ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 89 แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) โดยผู้เขียนจะได้กล่าวถึงผลของการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เพิ่มเติมในหัวข้อถัดไป

1.4.2.4 การนำรายได้จากการโอนขายมาชำระหนี้ตามลำดับ

---

(2) Where a conveyance is made in exercise of the power of sale conferred by this Act, or any enactment replaced by this Act, the title of the purchaser shall not be impeachable on the ground—

(a) that no case had arisen to authorise the sale; or

(b) that due notice was not given; or

(c) where the mortgage is made after the commencement of this Act, that leave of the court, when so required, was not obtained; or

(d) whether the mortgage was made before or after such commencement, that the power was otherwise improperly or irregularly exercised;

and a purchaser is not, either before or on conveyance, concerned to see or inquire whether has arisen to authorise the sale, or due notice has been given, or the power is otherwise properly and regularly exercised; but any person damnified by an unauthorised, or improper, or irregular exercise of the power shall have his remedy in damages against the person exercising the power.

(3) A conveyance on sale by a mortgagee, made after the commencement of this Act, shall be deemed to have been made in exercise of the power of sale conferred by this Act unless a contrary intention appears.

[259] "Mortgages Land Law Lecture." "Mortgages Land Law Lecture."

เมื่อขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ได้แล้ว mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ต้องจัดการตามลำดับต่อไปนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 105 แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[260]

1. ชำระหนี้ที่ประกันรายก่อนซึ่งการขายในครั้งนี้ไม่ได้ทำขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้รายก่อนนั้น

2. ชำระค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการขาย

3. ชำระหนี้ประธาน ดอกเบี้ย หรือเงินอื่นๆ ที่มีการประกันหนี้แบบ mortgage

4. หากมีเงินเหลือให้ชำระคืนแก่ mortgagor หรือบุคคลที่มีสิทธิในสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold)

อย่างไรก็ตามหากเงินที่ได้มาจากการขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ไม่เพียงพอในการชำระหนี้ที่ประกัน mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) สามารถใช้สิทธิในการฟ้อง mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) เพื่อให้ชำระหนี้ในส่วนที่เหลือจนครบถ้วนได้[261]

1.4.3 การเอาหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ (Foreclosure)

Foreclosure เป็นวิธีการบังคับหลักประกันที่เข้มงวดและรุนแรงที่สุดที่กฎหมายมอบให้แก่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในกรณีที่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ผิดนัดชำระหนี้ Foreclosure จะมีผลเป็นการมอบหลักประกันทั้งหมดแก่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) กล่าวคือ mortgagee จะกลายมาเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ประกันแทน mortgagor นั่นเอง ทั้งนี้การบังคับหลักประกันด้วยวิธีข้างต้นจะกระทำได้โดยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งเท่านั้น mortgagee ไม่อาจดำเนินการได้เอง[262]

---

[260] Law of Property Act 1925 Article 105 Application of proceeds of sale

The money which is received by the mortgagee, arising from the sale, after discharge of prior incumbrances to which the sale is not made subject, if any, or after payment into court under this Act of a sum to meet any prior incumbrance, shall be held by him in trust to be applied by him, first, in payment of all costs, charges, and expenses properly incurred by him as incident to the safe or any attempted sale, or otherwise; and secondly, in discharge of the mortgage money, interest, and costs, and other money, if any, due under the mortgage; and the residue of the money so received shall be paid to the person entitled to the mortgaged property, or authorised to give receipts for the proceeds of the sale thereof.

[261] Ibid.

[262] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 680.

โดยสิทธิในการบังคับหลักประกันด้วยวิธี Foreclosure เกิดขึ้นเมื่อถึงกำหนดเวลาในการชำระหนี้ตามกฎหมาย และลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันผิดนัดชำระหนี้ดังกล่าว[263]

การครบกำหนดเวลาชำระหนี้ตามกฎหมายได้แก่

1) ถึงกำหนดเวลาในการไถ่ถอนทรัพย์สินที่ประกัน

2) ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เมื่อมีการผิดข้อสัญญา เช่น ไม่ชำระดอกเบี้ย หรือไม่ชำระต้นเงินในบางงวด เป็นต้น

3) เมื่อไม่ได้กำหนดเวลาในการชำระหนี้ หนี้จะถึงกำหนดเมื่อได้มีการบอกกล่าวทวงถาม[264]

ดังนั้น เมื่อครบกำหนดเวลาชำระหนี้ตามกฎมาย และ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ผิดนัดชำระหนี้ดังกล่าว mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ก็จะมีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีคำสั่ง Foreclosure เว้นแต่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) และ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีคำสั่ง Foreclosure ศาลจะมีคำสั่งเพื่อกำหนดจำนวนเงินที่ต้องชำระพร้อมทั้งกำหนดเวลาพอสมควรให้แก่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ในการชำระหนี้ หาก mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ไม่ชำระหนี้ในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ศาลก็จะมีคำสั่งอนุญาตให้บังคับหลักประกันด้วยวิธี Foreclosure และมีผลให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้รับโอนไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เพื่อเป็นการชำระหนี้ตามสัญญา และ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ก็จะสามารถนำสิทธิการเช่าเช่นว่านี้ไปขายให้บุคคลอื่นต่อไปได้[265]

การบังคับหลักประกันวิธีนี้ไม่เป็นที่นิยมในปัจจุบันเนื่องจากหาก mortgagee ขายทรัพย์สินได้ราคามากกว่ายอดหนี้ที่เป็นประกัน mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ไม่จำต้องคืนส่วนที่เกินให้แก่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) จึงไม่เป็นธรรม

---

[263] Ibid.p. 681.

[264] Ibid.

[265] Ibid. p. 708.

1.4.4 การขายตามคำสั่งของศาล (Judicial sale)

เมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีคำสั่ง Foreclosure ศาลอาจมีคำสั่งให้ขายทรัพย์สินที่ประกันแทน หากพิจารณาได้ว่า Foreclosure ไม่ใช่วิธีการบังคับหลักประกันที่เหมาะสม[266]

ในทางปฏิบัติกรณีที่มูลค่าของสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) สูงกว่าจำนวนหนี้ หรือกรณีที่สิทธิการเช่าในที่ดินนั้นเป็นประกันหนี้รายอื่นด้วย ศาลมักมีคำสั่งให้ขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) นั้นแทนที่จะมีคำสั่ง Foreclosure[267]

ทั้งนี้ การขายตามคำสั่งของศาลจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อ mortgagee ซึ่งจะบังคับหลักประกันให้ความยินยอม และเมื่อ mortgagee คนดังกล่าวยินยอม การขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ย่อมเป็นไปโดยปราศจากการประกันหนี้แบบ mortgage แต่หาก mortgagee คนดังกล่าวไม่ยินยอม การขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) นั้นก็จะเป็นการขายไปโดยยังมีการประกันหนี้แบบ mortgage ติดอยู่[268]

ในการขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ที่เป็นหลักประกัน ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสมเพื่อดำเนินการ หรืออาจกำหนดทิศทางในการขาย ยกตัวอย่างเช่น

1) แต่งตั้งบุคคลเพื่อดำเนินการขาย (โดยทั่วไปศาลมักแต่งตั้ง trustee ให้ดำเนินการ)

2) กำหนดวิธีการในการขาย เช่น ทำเป็นสัญญาโดยกำหนดเงื่อนไขให้ศาลอนุมัติก่อนลงนาม หรือขายทอดตลาด เป็นต้น

3) ระบุสาระสำคัญหรือเงื่อนไขในการขาย

4) กำหนดราคาขายขั้นต่ำ

5) กำหนดให้เงินที่ได้รับจากการขายต้องนำส่งให้ศาลเพื่อดำเนินการจัดสรรต่อไป[269]

เมื่อขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ที่ประกันแล้วต้องดำเนินการจัดสรรตามลำดับดังนี้

1) ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินการขายของ trustee

---

[266] Ibid. p. 661.

[267] Ibid.

[268] Ibid. p. 662.

[269] Ibid. p. 674.

2) ชำระหนี้ประธานและดอกเบี้ยในหนี้ที่ถึงกำหนดเวลาชำระ (principal and interest found due to any mortgagee)

กรณีที่มีเงินเหลือให้ตกเป็นของ trustee ผู้ดำเนินการขาย แต่เมื่อขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วมีเงินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ที่ถึงกำหนดเวลาชำระได้ทุกราย mortgagee ที่ยังได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนมีสิทธิที่จะฟ้องให้ mortgagor ชำระหนี้ส่วนที่เหลือได้[270]

1.4.5 การแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Appointment of receiver)

มาตรา 101(1)(iii) แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ให้อำนาจ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ (receiver) เพื่อบริหารจัดการทรัพย์สินที่ประกัน และนำรายได้หรือผลประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นมาชำระเป็นค่าดอกเบี้ยในหนี้ประธานที่มีการประกันหนี้แบบ mortgage[271]

สิทธิในการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) จะเกิดขึ้นเมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) มีสิทธิในการขายตามมาตรา 101(1)(i) และ มาตรา 103 แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ดังที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน ทั้งนี้การแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ทำได้โดยการทำขึ้นเป็นหนังสือ ผู้พิทักษ์ทรัพย์จะกลายมาเป็นตัวแทนของ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ในการจัดการทรัพย์สินที่ประกันนั้น ทั้งนี้เว้นแต่คู่สัญญาตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น[272]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทั้งนี้มาตรา 109 แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ได้กำหนดให้รายได้จากทรัพย์สินที่ผู้พิทักษ์ทรัพย์บริหารจัดการมาได้ต้องนำมาชำระตามลำดับดังต่อไปนี้

1. ชำระค่าภาษี และค่าใช้จ่ายใดๆ ในทรัพย์สินที่ประกัน
2. ชำระค่ารายปีหรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ และดอกเบี้ยในหนี้ประธานที่จะต้องได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้ประธานที่มี mortgage เป็นหลักประกัน
3. ชำระค่าธรรมเนียมของผู้พิทักษ์ทรัพย์ ค่าเบี้ยประกันความเสียหายหรือสูญหายสำหรับทรัพย์สินที่ประกัน
4. ชำระค่าดอกเบี้ยที่คงค้างในหนี้ประธานที่มีการประกันหนี้แบบ mortgage

---

[270] Ibid. p. 675.

[271] Ibid. p. 503.

[272] Ibid. p. 505.

5. ชำระหนี้ประธานให้แก่ mortgagee (กรณีที่หนังสือแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ระบุไว้)[273]

[273] Law of Property Act 1925 Article 109 Appointment, powers, remuneration and duties of receiver

(1) A mortgagee entitled to appoint a receiver under the power ha that behalf conferred by this Act shall not appoint a receiver until he has become entitled to exercise the power of sale conferred by this Act, but may then, by writing under his hand, appoint such person as he thinks fit to be receiver.

(2) A receiver appointed under the powers conferred by this Act, or any enactment replaced by this Act, shall be deemed to be the agent of the mortgagor; and the mortgagor shall be solely responsible for the receiver's acts or defaults unless the mortgage deed otherwise provides.

(3) The receiver shall have power to demand and recover all the income of which he is appointed receiver, by action, distress, or otherwise, in the name either of the mortgagor or of the mortgagee, to the full extent of the estate or interest which the mortgagor could dispose of, and to give effectual receipts accordingly for the same, and to exercise any powers which may have been delegated to him by the mortgagee pursuant to this Act.

(4) A person paying money to the receiver shall not be concerned to inquire whether any case has happened to authorise the receiver to act.

(5) The receiver may be removed, and a new receiver may be appointed, from time to time by the mortgagee by writing under his hand.

(6) The receiver shall be entitled to retain out of any money received by him, for his remuneration, and in satisfaction of all costs, charges, and expenses incurred by him as receiver, a commission at such rate, not exceeding five per centum on the gross amount of all money received, as is specified in his appointment, and if no rate is so specified, then at the rate of five per centum on that gross amount, or at such other rate as the court thinks fit to allow, on application made by him for that purpose.

(7) The receiver shall, if so directed in writing by the mortgagee, insure to the extent, if any, to which the mortgagee might have insured and keep insured against loss or damage by fire, out of the money received by him, any building, effects, or property comprised in the mortgage, whether affixed to the freehold or not, being of an insurable nature.

(8) Subject to the provisions of this Act as to the application of insurance money, the receiver shall apply all money received by him as follows, namely :

(i) In discharge of all rents, taxes, rates, and outgoings whatever affecting the mortgaged property; and

(ii) In keeping down all annual sums or other payments, and the interest on all principal sums, having priority to the mortgage in right whereof he is receiver; and

(iii) In payment of his commission, and of the premiums on fire, life, or other insurances, if any, properly payable under the mortgage deed or under this Act, and the cost of executing necessary or proper repairs directed in writing by the mortgagee; and

(iv) In payment of the interest accruing due in respect of any principal money due under the mortgage; and

(v) In or towards discharge of the principal money if so directed in writing by the mortgagee;

and shall pay the residue, if any, of the money received by him to the person who, but for the possession of the receiver, would have been entitled to receive the income of which he is appointed receiver, or who is otherwise entitled to the mortgaged property.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.5 ผลของการบังคับหลักประกันกรณีสิทธิการเช่าในที่ดิน (Realization of leasehold mortgage)

1.5.1 ผลของการขายสิทธิการเช่าในที่ดิน

แม้การนำสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาประกันหนี้แบบ mortgage จะไม่ได้กระทำโดยการโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ (mortgagee) ส่งผลให้ mortgagee ไม่ได้มาซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เป็นประกัน แต่มาตรา 104 แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ก็ได้ให้อำนาจ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในการโอนขายสิทธิเช่นว่านี้แก่ผู้ซื้อเพื่อเป็นการชำระหนี้ ทั้งนี้การโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) โดย mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) นี้จะเป็นการโอนขายในนามของเขาเองหรือในนามของ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ก็ได้[274]

ทั้งนี้ ก่อนโอนขาย leasehold หรือ สิทธิการเช่าในที่ดิน mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ควรพิจารณาว่าการขายนั้นจะมีผลเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ

---

[274] Law of Property Act 1925 Section 104 Conveyance on sale

(1) A mortgagee exercising the power of sale conferred by this Act shall have power, by deed, to convey the property sold, for such estate and interest therein as he is by this Act authorised to sell or convey or may be the subject of the mortgage, freed from all estates, interests, and rights to which the mortgage has priority, but subject to all estates, interests, and rights which have priority to the mortgage.

(2) Where a conveyance is made in exercise of the power of sale conferred by this Act, or any enactment replaced by this Act, the title of the purchaser shall not be impeachable on the ground—

(a) that no case had arisen to authorise the sale; or

(b) that due notice was not given; or

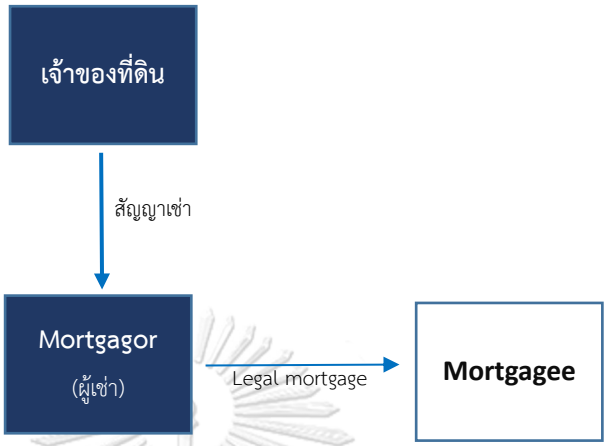
(c) where the mortgage is made after the commencement of this Act, that leave of the court, when so required, was not obtained; or

(d) whether the mortgage was made before or after such commencement, that the power was otherwise improperly or irregularly exercised;and a purchaser is not, either before or on conveyance, concerned to see or inquire whether a case has arisen to authorise the sale, or due notice has been given, or the power is otherwise properly and regularly exercised; but any person damnified by an unauthorised, or improper, or irregular exercise of the power shall have his remedy in damages against the person exercising the power.

(3) A conveyance on sale by a mortgagee, made after the commencement of this Act, shall be deemed to have been made in exercise of the power of sale conferred by this Act unless a contrary intention appears.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

mortgagor (ผู้เช่า) หรือไม่[275] เนื่องจากการโอนสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ให้แก่บุคคลอื่นย่อมมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงตัวผู้เช่า



สัญญาเช่ามักมีข้อกำหนดไม่ให้ผู้เช่าให้เช่าช่วง โอนสิทธิการเช่า หรือมอบการครอบครองในที่ดินที่เช่าให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้ข้อกำหนดเช่นว่านี้อาจเป็น absolute covenant หรือ qualified covenant[276] โดย absolute covenant หมายถึงข้อกำหนดซึ่งห้ามไม่ให้กระทำการอย่างเด็ดขาด และ qualified covenant หมายถึงข้อกำหนดที่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินก่อนจึงจะกระทำการได้[277]

<u>กรณีข้อกำหนดเรื่องการโอนสิทธิการเช่าเป็น qualified covenant</u>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

กรณีสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ mortgagor (ผู้เช่า) มีข้อกำหนดแบบ qualified covenant ผู้เช่า (mortgagor) ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของที่ดินในการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ให้แก่ผู้ซื้อเพื่อชำระหนี้ที่ประกันแก่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ทั้งนี้ เจ้าของที่ดินจะคัดค้านไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันควรไม่ได้ โดยเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินแล้ว mortgagee ก็อาจโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) นั้นให้แก่ผู้ซื้อได้โดยไม่ผิดข้อกำหนดในสัญญาเช่า[278]

---

[275] Clark, W., <u>Fisher and Lightwood's Law of Mortgage</u>.p. 547.

[276] Ibid.

[277] Ibid.

[278] Ibid. p. 278.

กรณีข้อกำหนดเรื่องการโอนสิทธิการเช่าเป็น absolute covenant

กรณีสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ mortgagor (ผู้เช่า) มีข้อกำหนดเด็ดขาด (absolute covenant) การโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ย่อมเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม กรณีการประกันหนี้ตามมาตรา 86 ซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน หากเจ้าของที่ดินยินยอมจะมีผลให้การประกันหนี้ mortgage ผูกพันเจ้าของที่ดิน และถือได้ว่าการที่เจ้าของที่ดินยินยอมให้ประกันหนี้นี้รวมไปถึงการยินยอมเรื่องอื่นๆ ซึ่งเป็นผลมาจากการประกันหนี้ mortgage ด้วย ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าเจ้าของที่ดินได้ให้ความยินยอมในการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) โดยปริยาย (กรณีการประกันหนี้ตามมาตรา 87 แม้ไม่ต้องขอความยินยอมก็มีผลผูกพันเจ้าของที่ดิน) ทั้งนี้เมื่อการประกันหนี้ mortgage มีผลผูกพันเจ้าของที่ดิน และการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) นั้นเป็นไปเพื่อการใช้สิทธิของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ในการบังคับหลักประกัน ย่อมไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญาเช่า[279]

ดังนั้นเมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) พิจารณาแล้วว่าการโอนขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) จะไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ mortgagor (ผู้เช่า) mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ก็สามารถโอนขายสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ที่ประกันได้ ทั้งนี้มาตรา 89(1) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[280]

[279] Ibid. p. 279.

[280] Law of Property Act 1925 Article 89(1) Realisation of leasehold mortgages

Where a term of years absolute has been mortgaged by the creation of another term of years absolute limited thereout or by a charge by way of legal mortgage and the mortgagee sells under his statutory or express power of sale,—

(a) the conveyance by him shall operate to convey to the purchaser not only the mortgage term, if any, but also (unless expressly excepted with the leave of the court) the leasehold reversion affected by the mortgage, subject to any legal mortgage having priority to the mortgage in right of which the sale is made and to any money thereby secured, and thereupon

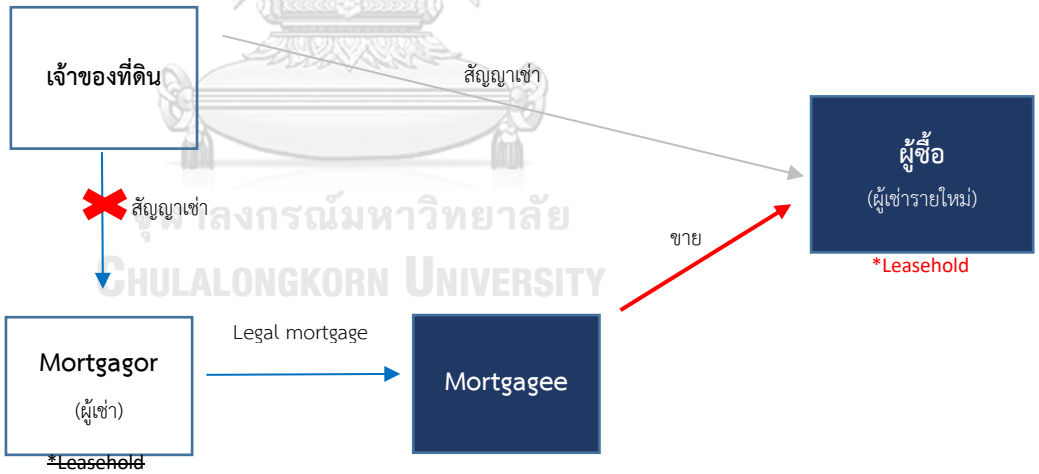
(b) the mortgage term, or the charge by way of legal mortgage and any subsequent mortgage term or charge, shall merge in such leasehold reversion or be extinguished unless excepted as aforesaid; and such conveyance may, as respects the leasehold reversion, be made in the name of the estate owner in whom it is vested.

Where a licence to assign is required on a sale by a mortgagee, such licence shall not be unreasonably refused.

ได้กำหนดผลของการบังคับหลักประกันกรณีขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เอาไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีแรก เมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มีผลดังนี้

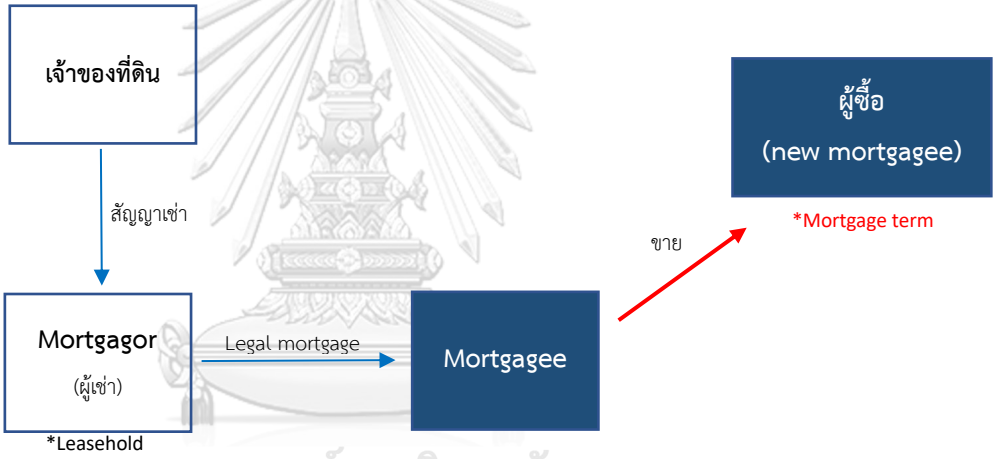
- ผู้ซื้อได้รับโอนไปซึ่งสิทธิการเช่าที่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) มีต่อเจ้าของที่ดิน (leasehold)
- ผู้ซื้อกลายมาเป็นเจ้าของสิทธิการเช่าในที่ดินรายใหม่ (new owner of leasehold) โดยมีฐานะเป็นผู้เช่าของเจ้าของที่ดินตามสัญญาเช่าแทนที่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน)
- บรรดาสิทธิและหน้าที่ตามการประกันหนี้ mortgage และการประกันหนี้ครั้งหลัง (subsequent mortgages) มีผลเป็นอันสิ้นไป
- ผู้ซื้อรับโอนสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) มาโดยปราศจากการประกันหนี้แบบ mortgage เว้นแต่กรณีมีการประกันหนี้รายก่อน สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ยังต้องผูกพันการประกันหนี้รายก่อนนั้น[281]



[281] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 649.

กรณีที่สอง กรณีที่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ดำเนินการขายสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) และเจ้าของที่ดินได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีคำสั่งยกเว้นการโอนสิทธิการเช่าให้แก่ผู้ซื้อ ทั้งนี้ หากศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องของเจ้าของที่ดินจะมีผลดังนี้

- ผู้ซื้อไม่ได้รับโอนไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold)
- ผู้ซื้อได้รับโอนไปเพียงสิทธิและหน้าที่ตามการประกันหนี้ mortgage (mortgage term) กล่าวคือ ผู้ซื้อได้สิทธิตามสัญญาเช่าช่วงระหว่าง mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) และ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ดังนั้นผู้ซื้อจึงเหมือนได้เข้าไปสวมสิทธิของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) และกลายเป็น mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) รายใหม่
- สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) เช่นว่านี้ยังติดภาระผูกพันสำหรับการประกันหนี้อยู่ ทำให้บรรดาสิทธิของ mortgagor หรือ mortgagee รายอื่นๆ ยังคงมีอยู่



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.5.2 ผลของการที่ศาลมีคำสั่ง Foreclosure

ตามมาตรา 89(2) แห่งกฎหมายทรัพย์ ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) เมื่อศาลมีคำสั่งเป็นที่สุดให้บังคับหลักประกันด้วยวิธี Foreclosure (an order for foreclosure absolute) ย่อมมีผลให้สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ตกเป็นของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) โดยไม่ต้องพิจารณาว่าสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ mortgagor (ผู้เช่า) จะมีข้อกำหนดห้ามโอนสิทธิการเช่าเช่นว่านั้นหรือไม่ เนื่องจากการบังคับหลักประกันวิธีนี้เป็นผลมาจากคำสั่งของศาล[282]

---

[282] Law of Property Act 1925 Article 89(2) Realisation of leasehold mortgages

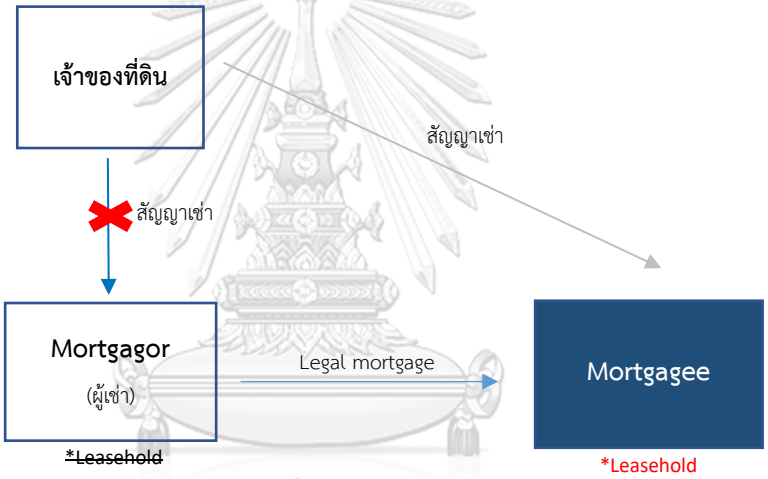
Where any such mortgagee obtains an order for foreclosure absolute, the order shall, unless it otherwise provides, operate (without giving rise to a forfeiture for want of a licence to assign) to vest the leasehold reversion affected by the mortgage and any subsequent mortgage term in him, subject to any legal mortgage having priority

นอกจากนี้การที่ศาลมีคำสั่ง Foreclosure ยังมีผลดังต่อไปนี้

- mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) กลายมาเป็นเจ้าของสิทธิการเช่าในที่ดินรายใหม่ (new owner of leasehold) โดยมีฐานะเป็นผู้เช่าของเจ้าของที่ดินตามสัญญาเช่าแทนที่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน)

- บรรดาสิทธิและหน้าที่ตามการประกันหนี้ mortgage และการประกันหนี้ครั้งหลัง (subsequent mortgages) มีผลเป็นอันสิ้นไป

- สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ย่อมตกเป็นของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) โดยปราศจากการประกันหนี้แบบ mortgage เว้นแต่กรณีมีการประกันหนี้รายก่อน สิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ยังต้องผูกพันการประกันหนี้รายก่อนนั้น



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

to the mortgage in right of which the foreclosure is obtained and to any money thereby secured, and thereupon the mortgage term and any subsequent mortgage term or charge by way of legal mortgage bound by the order shall, subject to any express provision to the contrary contained in the order, merge in such leasehold reversion or be extinguished.

1.5.3 ผลของการเข้าครอบครองที่ดิน

ตามมาตรา 16 แห่ง Limitation Act 1980 หาก mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้เข้าครอบครองที่ดินซึ่ง mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) มีสิทธิการเช่าเป็นระยะเวลา 12 ปี จะมีผลให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของในสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold title) นั้น และส่งผลให้ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ไม่มีไว้ซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดินนั้นอีกต่อไป ทั้งนี้ ระยะเวลา 12 ปีนับตั้งแต่วันที่ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) เข้าครอบครองที่ดิน[283]

เมื่อ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของในสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold title) ภายใต้ Limitation Act 1980 มาตรา 89(3) แห่งกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925)[284] กำหนดให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ต้องทำเป็นตราสารเพื่อประกาศว่าสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ได้ตกเป็นของเขาโดย mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน) ไม่อาจใช้สิทธิในการไถ่ถอนได้อีก (free from any right of redemption)[285]

ดังนั้นจึงมีผลให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) กลายมาเป็นเจ้าของสิทธิการเช่าในที่ดินรายใหม่ (new owner of leasehold) โดยมีฐานะเป็นผู้เช่าของเจ้าของที่ดินตามสัญญาเช่าแทนที่ mortgagor (ผู้ให้หลักประกัน)

ทั้งนี้โดยไม่จำต้องพิจารณาว่าสัญญาเช่าระหว่างเจ้าของที่ดินและ mortgagor (ผู้เช่า) จะมีข้อกำหนดห้ามโอนสิทธิการเช่าเช่นว่านั้นหรือไม่ เนื่องจากการได้ไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) ของ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) เป็นการได้ไปโดยผลของกฎหมาย[286]

---

[283] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 607.

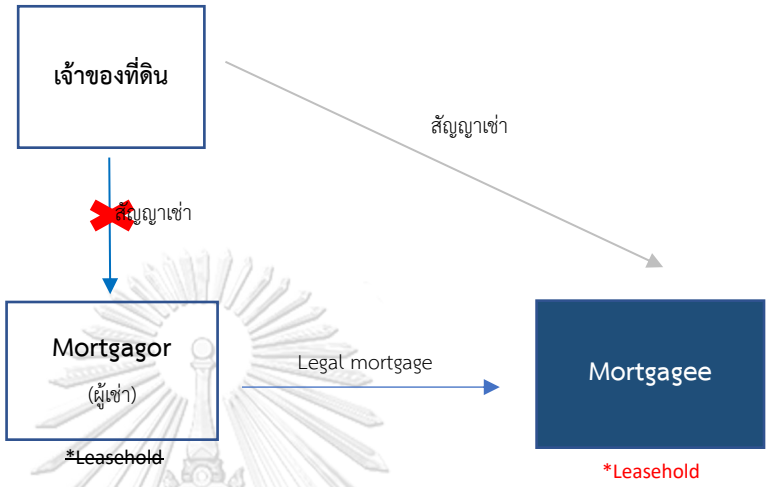
[284] Law of Property Act 1925 Article 89(3) Realisation of leasehold mortgages

Where any such mortgagee acquires a title under the Limitation Acts, he, or the persons deriving title under him, may by deed declare that the leasehold reversion affected by the mortgage and any mortgage term affected by the title so acquired shall vest in him, free from any right of redemption which is barred, and the same shall (without giving rise to a forfeiture for want of a licence to assign) vest accordingly, and thereupon the mortgage term, if any, and any other mortgage term or charge by way of legal mortgage affected by the title so acquired shall, subject to any express provision to the contrary contained in the deed, merge in such leasehold reversion or be extinguished.

[285] Clark, W., Fisher and Lightwood's Law of Mortgage.p. 708.

[286] Ibid.

นอกจากนี้ย่อมส่งผลให้ mortgagee (ผู้รับหลักประกัน) ได้ไปซึ่งสิทธิการเช่าในที่ดิน (leasehold) โดยปราศจากการประกันหนี้แบบ mortgage อีกต่อไป



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

2. กฎหมายเยอรมัน

ในกฎหมายเยอรมันมีสิทธิที่เรียกว่า Erbbaurecht ซึ่งเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นและสามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อทำความเข้าใจและอาจนำมาเปรียบเทียบกับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

2.1 บททั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) มีทั้งหมด 2,385 มาตรา ประกอบด้วย 5 บรรพ ได้แก่ บรรพ 1 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป (General Part) บรรพ 2 ว่าด้วยกฎหมายลักษณะหนี้ (Law of Obligations) บรรพ 3 ว่าด้วยกฎหมายลักษณะทรัพย์ (Law of Property) บรรพ 4 ว่าด้วยกฎหมายครอบครัว (Family Law) และบรรพ 5 ว่าด้วยกฎหมายลักษณะมรดก (Law of Succession)[287]

2.1.1 แนวคิดของทรัพย์ (Concept of the thing)

แนวคิดของทรัพย์ได้ถูกบัญญัติไว้ในบรรพ 1 อันเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติทั่วไป ได้แก่ มาตรา 90 ซึ่งนิยามความหมายของทรัพย์ (Sachen) ไว้ว่า "Only corporeal objects are things as defined by law." กล่าวคือ เฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นที่จะเป็นทรัพย์ตามความหมายทางกฎหมายได้ ดังนั้น ทรัพย์ในบริบทของกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ วัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น[288]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทรัพย์แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลักๆ ดังนี้

1) สังหาริมทรัพย์ (bewegliche Sachen) หมายถึง ทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้ ได้แก่

- สังกมทรัพย์ (Vertretbare Sachen) หมายถึง สังหาริมทรัพย์ประเภทที่สามารถนำทรัพย์ชนิดเดียวกันมาทดแทนได้ทั้งคุณภาพ จำนวน และปริมาณ[289] เช่น เงินตรา ธนบัตร หนังสือปากกา เป็นต้น

---

[287] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป," in เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ Thai and Foreign Legal Systems (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2549).หน้า 149-151.

[288] เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

[289] German Civil Code Section 91 Fungible things

- โภคยทรัพย์ (Verbrauchbare Sachen) หมายถึง สังหาริมทรัพย์ซึ่งเมื่อนำไปใช้แล้วย่อมสิ้นเปลืองหมดไป[290] เช่น ข้าวสาร น้ำ น้ำตาล สิ่งต่างๆ ที่นำไปใช้บริโภค เป็นต้น
- ทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้อย่างอื่น

2) อสังหาริมทรัพย์ (unbewegliche Sachen) ได้แก่ ที่ดิน และส่วนควบ (Wesentliche Bestandteile) อันที่ติดอยู่หรือเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน เช่น อาคาร สิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น[291]

ที่ดินตามกฎหมายเยอรมันถูกบันทึกในทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) และเก็บรักษาโดยศาลท้องถิ่น นอกจากที่ดินแล้วมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดให้สิ่งเหล่านี้อันได้แก่ สิ่งที่ติดอยู่กับที่ดินเป็นการถาวร โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง และผลผลิตจากที่ดินตราบเท่าที่ยังติดอยู่กับที่ดินเป็นส่วนควบของที่ดิน (wesentliche Bestandteile)[292] อีกทั้งมาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้กำหนดเป็นการเพิ่มเติมให้ถือว่าสิทธิทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดินเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน (Rechte als Bestandteile eines Grundstücks)[293]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Fungible things as defined by law are movable things that in business dealings are customarily specified by number, measure or weight.

[290] German Civil Code Section 92 Consumable things

(1) Consumable things as defined by law are movable things whose intended use consists in consumption or in disposal.

(2) Movable things are also regarded as consumable if they are part of a warehouse store or another aggregate of things whose intended use is the disposal of the individual things.

[291] Fred Wagner, "Unbewegliche Sachen," [Online] Accessed: 20 May 2022. Available from: https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/immovable-things-52553/version-275683

[292] German Civil Code Section 94 Essential parts of a plot of land or a building

(1) The essential parts of a plot of land include the things firmly attached to the land, in particular buildings, and the produce of the plot of land, as long as it is connected with the land. Seed becomes an essential part of the plot of land when it is sown, and a plant when it is planted.

(2) The essential parts of a building include the things inserted in order to construct the building.

[293] German Civil Code Section 96 Rights as parts of a plot of land

Rights that are connected with the ownership of a plot of land are regarded as parts of the plot of land.

ทั้งนี้ ที่ดินอาจตกอยู่ภายใต้สิทธิอย่างอื่นบนที่ดิน เช่น สิทธิ Erbbaurecht ซึ่งให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิในการก่อสร้างและได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของในอาคารบนที่ดินของผู้อื่น โดยสิทธิ Erbbaurecht สามารถโอนให้กันและอาจถูกใช้เป็นหลักประกันแยกต่างหากจากที่ดินได้[294]

2.1.2 สิทธิในที่ดิน (Rechte an Grundstücken)

บรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติในเรื่องสิทธิเหนือทรัพย์หรือทรัพยสิทธิ ซึ่งประกอบไปด้วยบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยเรื่องสิทธิในที่ดิน (มาตรา 873 – 902) บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องกรรมสิทธิ์ (มาตรา 903 – 928 และ มาตรา 985 – 1007) บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องกรรมสิทธิ์ร่วม (มาตรา 1008 – 1011) บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1105 – 1112) และบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้ (มาตรา 1113 – 1203)

นอกจากนี้ยังมีสิทธิเหนือทรัพย์อย่างอื่นซึ่งบัญญัติไว้ต่างหากในบทกฎหมายเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น สิทธิก่อสร้างอาคารบนที่ดินของผู้อื่น (Erbbaurecht) ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย ErbbauRG[295] โดยจะกล่าวรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อถัดไป

2.1.3 การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเหนือที่ดิน

การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเหนือที่ดินนั้นต้องเป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ (1) คู่สัญญาต้องตกลงกันโดยทำเป็นสัญญาเพื่อก่อตั้ง โอน หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิเหนือที่ดิน (นิติกรรมทางหนี้) และ (2) ต้องนำความไปจดทะเบียนกับสำนักงานที่ดิน (นิติกรรมทางทรัพย์) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 873 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[296]

---

[294] Nefail Berjasevic and Marc Krischer Wolfgang Kotzur, "Lending and Taking Security in Germany: Overview " [Online] Accessed: 5 November 2022. Available from: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-501-2739?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a610403

[295] Christoph U. Schmid, Christian Hertel, and Hartmut Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany," [Online] Accessed: 1 May 2022. Available from: https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdfp. 9-10.

[296] German Civil Code Section 873 Acquisition by agreement and registration

(1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on

เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายเยอรมันแยกนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์ออกจากกัน กล่าวคือ แม้ในนิติกรรมทางหนี้จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาขึ้น แต่อย่างไรก็ตามเพื่อที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว คู่สัญญาต้องทำนิติกรรมขึ้นอีกฉบับหนึ่งกล่าวคือ นิติกรรมทางทรัพย์เพื่อให้การก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์มีผลสมบูรณ์ เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ การจดทะเบียนภาระผูกพันในที่ดิน เป็นต้น[297] โดยหลักการแยกนิติกรรมทางหนี้ออกจากนิติกรรมทางทรัพย์นี้เป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายเยอรมัน เรียกว่า หลักนิติกรรมลอย (Abstraktionsprinzip)[298]

2.1.4 **ทะเบียนที่ดิน (Grundstuckgrundbuch)**

ทะเบียนที่ดิน (Grundstuckgrundbuch) เป็นทะเบียนของภาครัฐจัดเก็บไว้ที่ศาลท้องถิ่น (Amtsgericht) ซึ่งทำหน้าที่กำกับดูแลเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดิน สิทธิการใช้สอยในที่ดิน สิทธิที่เกี่ยวเนื่องกับที่ดิน และภาระผูกพันในที่ดิน โดยที่ดินแต่ละผืนซึ่งมีเจ้าของจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารทะเบียนที่ดิน (Grundbuchblatt) ซึ่งประกอบไปด้วย 3 ส่วนคือ ใบปะหน้า (Deckblatt) รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Bestandsverzeichnis) และหมวดรายการ (Abteilungen) ซึ่งแบ่งเป็น 3 หมวดรายการดังนี้[299]

หมวดรายการที่ 1 ระบุชื่อและรายละเอียดของเจ้าของที่ดิน

หมวดรายการที่ 2 ระบุรายละเอียดภาระผูกพันในที่ดิน (Lasten) เช่น สิทธิ Reallasten สิทธิก่อสร้างบ้านหรืออาคารบนที่ดินของผู้อื่น (Erbbaurecht) เป็นต้น และยังระบุข้อจำกัดในที่ดิน (Beschrankungen) เช่น กรณีที่ดินกำลังอยู่ระหว่างการขายทอดตลาด (Zwangsversteigerung) หรือกรณีที่ดินซึ่งเจ้าของกรรมสิทธิ์ถูกสั่งให้เป็นบุคคลล้มละลาย (Insolvenzvermerke) เป็นต้น ส่วนการประกันหนี้บนที่ดินจะถูกระบุไว้เป็นการเฉพาะในหมวดรายการที่ 3

---

the occurrence of the change of rights and the registration of the change of rights in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law.

(2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other person an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Code [Grundbuchordnung].

[297] รองพล เจริญพันธุ์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป.หน้า 56.

[298] เรื่องเดียวกัน.

[299] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p.13-14.

หมวดรายการที่ 3 ระบุรายละเอียดของการประกันหนี้บนที่ดิน เช่น การประกันหนี้แบบ Hypothek และการประกันหนี้แบบ Grundschuld เป็นต้น[300]

2.1.5 ลำดับชั้นของสิทธิในทะเบียนที่ดิน (Rangfolge)

ลำดับชั้นของสิทธิในทะเบียนที่ดินจะมีความสำคัญเมื่อที่ดินผืนหนึ่งๆ ซึ่งติดภาระผูกพันมีการจดทะเบียนสิทธิไว้มากกว่าหนึ่งสิทธิ ซึ่งจะส่งผลกระทบกับการจัดสรรรายได้จากการบังคับขายที่ดิน หากสิทธิใดอยู่ในลำดันชั้นที่ดีกว่าย่อมได้รับการจัดสรรก่อน[301]

ตามมาตรา 879 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หากมีสิทธิมากกว่าหนึ่งสิทธิถูกจดทะเบียนอยู่ในหมวดรายการเดียวกัน ลำดับของบุริมสิทธิพิจารณาจากลำดับการจดทะเบียนของสิทธิเหล่านั้น และหากมีสิทธิมากกว่าหนึ่งสิทธิถูกจดทะเบียนต่างหมวดรายการกัน ลำดับของบุริมสิทธิพิจารณาในวันที่สิทธิเหล่านั้นถูกจดทะเบียน หากจดทะเบียนในวันเดียวกันถือว่าสิทธิเหล่านั้นมีลำดับชั้นเท่ากัน[302]

อย่างไรก็ตาม ลำดับชั้นตามมาตรา 879 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยการทำขึ้นเป็นสัญญาระหว่างผู้ทรงสิทธิต่างๆ ในที่ดิน และเจ้าของที่ดิน โดยนำการเปลี่ยนแปลงนั้นไปจดทะเบียนไว้ในทะเบียนที่ดิน[303]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[300] Christopher Neuhaus, "Die Rangfolge Im Grundbuch Und Warum Sie Wichtig Ist," [Online] Accessed: 1 April 2022. Available from: https://www.wertfaktor.de/mediathek/artikel/die-rangfolge-im-grundbuch-und-warum-sie-wichtig-ist/

[301] Ibid.

[302] German Civil Code Section 879 Order of priority of more than one right

(1) The order of priority of more than one right with which a plot of land is encumbered is determined, if the rights are entered in the same section of the Land Register, by the sequence of the entries. If the rights are entered in different sections, the right entered stating an earlier date has priority; rights that are entered stating the same date have the same priority.

(2) The entry is conclusive as to the order of priority even if the agreement required under section 873 above for the acquisition of the right was reached only after the entry.

(3) An arrangement of the order of priority that deviates from this must be registered in the Land Register.

[303] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p.16.

2.2 รูปแบบการประกันหนี้ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

2.2.1 การจำนอง (Hypothek)

การจำนอง (Hypothek) เป็นการประกันหนี้โดยอสังหาริมทรัพย์ซึ่งไม่จำต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้ (non-possessory security) ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 1113 – 1190 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้เมื่อได้นำความไปจดในทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) จะมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อลูกหนี้ให้มีการชำระหนี้จากที่ดินที่ประกัน อีกทั้งยังมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือที่ดินดังกล่าวอีกด้วย กล่าวคือ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการขายที่ดินเพื่อชดเชยหรือทดแทนการชำระหนี้นั้นได้[304]

การจำนอง (Hypothek) เป็นการประกันที่มีลักษณะเป็นอุปกรณ์ (accessory security) กล่าวคือ

(1) การจำนอง (Hypothek) อาศัยการมีอยู่ของหนี้ประธาน เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ประธานในแต่ละงวด มูลค่าของการจำนองก็จะลดลงไปเรื่อยๆ จนกระทั่งลูกหนี้ชำระหนี้ประธานจนครบถ้วน การจำนอง (Hypothek) ก็จะสิ้นสุดลงทันที[305]

(2) หนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ต้องมีผลสมบูรณ์ในขณะก่อตั้งสิทธิจำนอง (Hypothek)[306]

(3) เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจโอนสิทธิจำนอง (Hypothek) ให้แก่บุคคลอื่นได้ โดยการโอนสิทธิจำนอง (Hypothek) ดังกล่าวจะมีผลก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้โอนสิทธิในหนี้ประธานไปยังบุคคลนั้นแล้ว และบุคคลดังกล่าวก็จะกลายมาเป็นเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันรายใหม่[307]

(4) การบังคับหลักประกันทำได้ก็ต่อเมื่อหนี้ประธานครบกำหนดระยะเวลาชำระแล้ว[308]

2.2.2 Grundschuld (land charge)

Grundschuld เป็นการนำอสังหาริมทรัพย์มาประกันโดยไม่จำต้องส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ (non-possessory security) ซึ่งถูกบัญญัติไว้อยู่ในมาตรา 1191 – 1198 แห่งประมวล

---

[304] Ibid. p. 8.

[305] Ibid. p. 37.

[306] Ibid. p. 37.

[307] Ibid. p. 42.

[308] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 42.

กฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้เมื่อได้นำความไปจดในทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) จะมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อลูกหนี้ให้มีการชำระหนี้จากที่ดินที่ประกัน อีกทั้งยังมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือที่ดินดังกล่าวอีกด้วย กล่าวคือ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการขายที่ดินเพื่อชดเชยหรือทดแทนการชำระหนี้นั้นได้ จะเห็นได้ว่าการประกันหนี้แบบ Grundschuld มีความคล้ายคลึงกันกับการประกันหนี้แบบ Hypothek แตกต่างกันที่การประกันหนี้แบบ Grundschuld ไม่ได้อาศัยการมีอยู่ของหนี้ประธาน (non-accessory security)[309] กล่าวคือ

(1) การประกันหนี้แบบ Grundschuld เกิดขึ้นได้แม้หนี้ประธานยังไม่มีผลสมบูรณ์[310]

(2) การมีอยู่ของ Grundschuld เป็นอิสระจากหนี้ที่เป็นประกัน กล่าวคือ แม้ว่าลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ประธานจนครบถ้วน แต่การประกันหนี้แบบ Grundschuld ก็จะยังคงมีผลอยู่จนกว่าจะมีการจดทะเบียนยกเลิก[311]

(3) เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจโอนสิทธิในการประกันหนี้แบบ Grundschuld ให้แก่บุคคลอื่นได้ โดยไม่จำต้องโอนสิทธิในหนี้ประธาน[312]

(4) ผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับหลักประกันได้โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับการครบกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ที่ประกัน[313]

2.2.3 การจำนำ (Pfandrecht)

การจำนำ (Pfandrecht) เป็นการประกันหนี้โดยสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์ที่ประกัน (possessory security) การจำนำ (Pfandrecht) บัญญัติอยู่ในมาตรา 1204 – 1296 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน โดยมีหลักการคล้ายการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กล่าวคือ ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์ที่ประกันให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ การประกันเช่นนี้ลูกหนี้ยังมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์ที่ใช้เป็นหลักประกันอยู่ เพียงแต่การครอบครองทรัพย์อยู่ที่เจ้าหนี้[314] และเจ้าหนี้สามารถครอบครองทรัพย์นั้น

---

[309] Ibid. p. 8.

[310] Ibid. p. 38.

[311] Ibid.

[312] Ibid p. 42

[313] Ibid.

[314] German Civil Code Section 1205 Creation

(1) To create a pledge, it is necessary for the owner to deliver the thing to the creditor and for both to agree that the creditor is to be entitled to the pledge. If the creditor is in possession of the thing, agreement on the creation of the pledge suffices.

ได้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ครบถ้วน[315] เมื่อใดที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ก็สามารถนำทรัพย์นั้นออกขายทอดตลาดได้[316]

2.3 Erbbaurecht

Erbbaurecht เป็นหลักกฎหมายอสังหาริมทรัพย์ของเยอรมันที่มีมานานแล้ว โดยเริ่มแรกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ต่อมาถูกแยกออกมาเป็นกฎหมายเฉพาะเรียกว่า Erbbaurechtsgesetz (Heritable Building Rights Act) หรือเรียกอย่างสั้นว่า ErbbauRG มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปีค.ศ. 1919 แก้ไขเพิ่มเติมในปีค.ศ. 2007 และแก้ไขครั้งสุดท้ายในปีค.ศ. 2013 โดยมีทั้งสิ้น 39 มาตรา[317]

คำว่า “Erb” แปลว่า สืบทอดมรดก (inherit) ส่วนคำว่า “Bau” หมายถึง การก่อสร้าง (construction) สำหรับคำว่า “Recht” ในบริบทนี้หมายถึง สิทธิ ดังนั้น “Erbbaurecht” หมายความถึง สิทธิก่อสร้างเหนือพื้นผิวที่ดินที่สามารถสืบทอดเป็นมรดกต่อไปได้ (Heritable Building Right)[318]

Erbbaurecht จัดเป็นสิทธิประเภทสิทธิก่อสร้าง (construction) กล่าวคือ เป็นสิทธิในการนำที่ดินไปใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างโดยเฉพาะ กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ให้อำนาจบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าของที่ดินสามารถปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนพื้นที่นั้นได้เพื่อเป็นการใช้ประโยชน์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

(2) The delivery of possession of a thing in the indirect possession of the owner may be replaced by the owner transferring indirect possession to the pledgee and notifying the possessor of the pledging.

[315] German Civil Code Section 1223 Duty to return the pledged item; right to redeem the pledged item

(1) The pledgee is obliged to return the pledged item to the pledgor after the pledge is extinguished.

(2) The pledgor may demand the return of the pledged item in return for the satisfaction of the pledgee as soon as the debtor is entitled to perform.

[316] German Civil Code Section 1228 Satisfaction by sale of the pledged item

(1) The satisfaction of the pledgee from the pledged item is effected by sale.

(2) The pledgee is entitled to effect the sale as soon as the claim is due in whole or in part. If the object owed does not consist in money, the sale is not permitted until the claim has been converted into a money claim.

[317] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 45.

[318] เรื่องเดียวกัน.

จากที่ดินนั้น ทั้งนี้โดยต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน และมีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์ในที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดิน[319]

ลักษณะสำคัญของสิทธิ Erbbaurecht มีดังนี้

2.3.1 การก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht

การก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ต้องเป็นไปตามหลักการทั่วไปของการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิในที่ดิน กล่าวคือ (1) ทำเป็นสัญญาขึ้นระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ประสงค์จะใช้ประโยชน์ในที่ดินซึ่งเรียกว่า Erbbaurechtsvertrag และ (2) นำความไปจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินตามมาตรา 873 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[320]

ทั้งนี้ การจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht จะบันทึกไว้ในทะเบียน 2 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ

1. ทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) โดยจะมีผลทำให้สิทธิ Erbbaurecht มีสถานะเป็นภาระผูกพัน (Lasten) ในที่ดินนั้น และ
2. ทะเบียนสิทธิ Erbbaurecht (Erbbaugrundbuch) ซึ่งจะมีผลทำให้สิทธิ Erbbaurecht มีสถานะเป็นสิทธิที่เทียบเท่ากับที่ดิน (Grundstücksgleiche Rechte)[321]

---

[319] เรื่องเดียวกัน.

[320] German Civil Code Article 873. Acquisition by agreement and registration

(1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on the occurrence of the change of rights and the registration of the change of rights in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law.

(2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other person an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Code [Grundbuchordnung].

[321] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 14 (1)

Für das Erbbaurecht wird bei der Eintragung in das Grundbuch von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt

(Erbbaugrundbuch) angelegt. Im Erbbaugrundbuch sind auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks zu vermerken. Zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

ตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน สิทธิ Erbbaurecht จะถูกบันทึกไว้ในหมวดที่ 2 ของทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) โดยมาตรา 10 แห่งกฎหมาย ErbbauRG ระบุเพิ่มเติมไว้ว่า สิทธิ Erbbaurecht จะถูกแต่งตั้งอยู่ในลำดับแรกเสมอ และไม่อาจเปลี่ยนแปลงลำดับได้[322]

2.3.2 สถานะของสิทธิ Erbbaurecht

สิทธิ Erbbaurecht เมื่อได้จดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินตามมาตรา 873 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้วย่อมมีสถานะเป็นสิทธิที่เทียบเท่ากับที่ดิน (Grundstücksgleiche Rechte) และมีผลสมบูรณ์เป็นทรัพยสิทธิ[323]

มาตรา 11 แห่งกฎหมาย ErbbauRG ได้ระบุให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (เว้นแต่มาตรา 925 (declaration of conveyance) มาตรา 927 (public notice procedure) และมาตรา 928 (relinquishment of ownership)) และบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการเรียกร้องสิทธิโดยอาศัยกรรมสิทธิ์ (Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum) (มาตรา 985 – มาตรา 1007 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) มาปรับใช้กับสิทธิ Erbbaurecht โดยอนุโลม[324] ซึ่งเป็นการรับรองอย่างหนึ่งว่า Erbbaurecht มีสถานะเป็นสิทธิที่เทียบเท่ากับที่ดิน (Grundstücksgleiche Rechte)

---

[322] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 10

(1) Das Erbbaurecht kann nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden; der Rang kann nicht geändert werden. Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben außer Betracht.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass bei der Bestellung des Erbbaurechts von dem Erfordernis der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für die vorhergehenden Berechtigten und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist.

[323] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 10.

[324] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 11

(1) Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Gesetz ein anderes ergibt. Eine Übertragung des Erbbaurechts, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

(2) Auf einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu erwerben, findet der § 311b Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

2.3.3 ระยะเวลาในการใช้ประโยชน์ในที่ดิน

Erbbaurecht เป็นสิทธิซึ่งถูกสร้างขึ้นโดยจำกัดเพียงช่วงระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง โดยเจ้าของที่ดิน (Grundstückseigentümers) และผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht (Erbbauberechtigten) อาจตกลงกำหนดระยะเวลาในการใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นเพียงใดก็ได้[325] ในทางปฏิบัติสิทธิ Erbbaurecht มักจะมีกำหนดเวลาประมาณ 50 ถึง 99 ปี และหากไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนอาจกำหนดเป็นเงื่อนเวลาสิ้นสุดแห่งสัญญาขึ้นก็ได้ เช่น สัญญาจะสิ้นสุดเมื่อสงครามจบลง เป็นต้น[326]

2.3.4 ค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins)

ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht มีหน้าที่ในการชำระค่าตอบแทนสำหรับการที่ได้ใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) ให้แก่เจ้าของที่ดินเมื่อถึงกำหนดเวลา โดยค่าใช้ประโยชน์ดังกล่าวพิจารณาจากมูลค่าของที่ดินนั้นๆ ซึ่งอาจเจรจาตกลงระหว่างคู่สัญญาได้ ทั้งนี้ในทางปฏิบัติคู่สัญญามักกำหนดค่าใช้ประโยชน์ในที่ดินต่อปีประมาณ 3% ถึง 5% ของมูลค่าที่ดิน ณ วันที่ทำสัญญา[327]

ทั้งนี้คู่สัญญาอาจนำค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) ซึ่งได้ตกลงกันไปจดทะเบียนในทะเบียนสิทธิ Erbbaurecht (Erbbaugrundbuch) ในฐานะของ Reallast ซึ่งเป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่งตามมาตรา 1105 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยจะมีผลให้เจ้าของที่ดินมีบุริมสิทธิในการบังคับค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) นั้นเหนือสิทธิ Erbbaurecht[328]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[325] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 10.

[326] Bettina Martins-Brünslow, "Erbbaurecht: Günstige Alternative Zum Grundstückskauf?," [Online] Accessed: 1 Aril 2022. Available from: https://www.drklein.de/erbbaurecht.html

[327] Ibid.

[328] German Civil Code Section 1105. Statutory contents of the charge on land

(1) A plot of land may be encumbered in such a way that recurring acts of performance are to be made from the plot of land to the person in whose favour the encumbrance is created (charge on land). It is also possible to agree as the contents of the charge on land that the acts of performance to be made are adjusted to changed circumstances without notice if, based on the requirements stipulated in the agreement, the type and scope of the encumbrance of the land can be determined.

(2) The charge on land may also be created in favour of the current owner of another plot of land.

2.3.5 สิทธิของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht

ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht มีสิทธิเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างทั้งที่อยู่เหนือพื้นดินและใต้พื้นดินของที่ดินของบุคคลอื่น[329]

นอกจากนี้ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ยังมีสิทธิทำนิติกรรมต่างๆ เพื่อให้สิทธิ Erbbaurecht สามารถเปลี่ยนมือได้ เช่น โอน ขาย นำไปประกันหนี้ เป็นต้น อย่างไรก็ดีคู่สัญญาอาจตกลงกันไว้ในสัญญาให้ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินก่อนที่จะเข้าทำนิติกรรมต่างๆ เหล่านั้นก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 5 แห่งกฎหมาย ErbbauRG[330] อีกทั้งสิทธิ Erbbaurecht ยังสามารถตกทอดทางมรดกได้อีกด้วยตามมาตรา 1(1) แห่งกฎหมาย ErbbauRG[331] เนื่องจากกฎหมายต้องการให้สิทธิ Erbbaurecht ได้รับการปฏิบัติและคุ้มครองในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับที่ดิน

---

[329] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 1

(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

(2) Das Erbbaurecht kann auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt.

(3) Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig.

(4) Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden. Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen.

[330] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 5

(1) Als Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

(2) Als Inhalt des Erbbaurechts kann ferner vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.

[331] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 1(1)

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ยิ่งไปกว่านั้นผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht มีสิทธิที่จะได้รับการเสนอขายที่ดินจากเจ้าของที่ดินก่อนบุคคลอื่น (Right of First Refusal) ในกรณีที่เจ้าของที่ดินมีความประสงค์จะให้ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht มีสิทธิซื้อก่อนคนอื่น (Vorkaufsrecht) ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 1094 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[332]

2.3.6 สิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht

ตามมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันความเป็นเจ้าของในที่ดินย่อมรวมไปถึงสิ่งปลูกสร้างหรืออาคารบนที่ดินนั้น กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของที่ดินย่อมเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างใดๆ บนที่ดินนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ตามสิทธิ Erbbaurecht เป็นข้อยกเว้นหลักการข้างต้น กล่าวคือ สิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht สร้างขึ้นถือเป็นส่วนควบของสิทธิ Erbbaurecht ดังนั้น สิ่งปลูกสร้างดังกล่าวย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht จะเห็นได้ว่าสิทธิ Erbbaurecht ได้แบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งเป็นของเจ้าของที่ดินออกจากกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินซึ่งเป็นของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ไว้อย่างชัดเจน[333]

2.3.7 หน้าที่ของเจ้าของที่ดิน

เจ้าของที่ดินมีหน้าที่ในการส่งมอบการครอบครองที่ดินให้ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้เข้าอยู่อาศัยหรือใช้ประโยชน์ในที่ดินตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาและจะต้องไม่รบกวนการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[332] German Civil Code Section 1094 Statutory contents of the real right of preemption

(1) A plot of land may be encumbered in such a manner that the person in whose favour the encumbrance is created has a right of preemption against the owner.

(2) The right of preemption may also be created in favour of the current owner of another plot of land.

[333] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 12

(1) Das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts. Das gleiche gilt für ein Bauwerk, das bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden ist. Die Haftung des Bauwerks für die Belastungen des Grundstücks erlischt mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch.

(2) Die §§ 94 und 95 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung; die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks.

(3) Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks.

ครอบครองของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht หากเจ้าของที่ดินฝ่าฝืนไม่ทำตามหน้าที่ทรงสิทธิ Erbbaurecht จะบอกเลิกสัญญาหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของที่ดินได้[334]

2.3.8 หน้าที่ของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht

ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht มีหน้าที่ในการชำระค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) ให้แก่เจ้าของที่ดินเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระ อีกทั้งยังมีหน้าที่หลีกเลี่ยงไม่ทำให้ที่ดินที่ได้ใช้ประโยชน์เกิดความเสียหาย[335]

2.3.9 การสิ้นสุดของสิทธิ Erbbaurecht

ก. กรณีเจ้าของที่ดินยินยอมให้ยกเลิกสิทธิ Erbbaurecht

ตามมาตรา 26 แห่งกฎหมาย ErbbauRG สิทธิ Erbbaurecht อาจถูกยกเลิกด้วยความยินยอมของเจ้าของที่ดินได้โดยต้องมีการแถลงความยินยอมนั้นต่อสำนักงานที่ดินหรือผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht โดยความยินยอมเช่นว่านี้ไม่อาจเพิกถอนได้[336]

ข. กรณีครบกำหนดระยะเวลาสิทธิ Erbbaurecht

เมื่อสิทธิ Erbbaurecht สิ้นสุดลง มาตรา 34 แห่งกฎหมาย ErbbauRG กำหนดไม่ให้ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างหรืออาคารบนที่ดิน หรือนำส่วนของสิ่งปลูกสร้างหรืออาคารนั้นไปใช้ประโยชน์[337] ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht มีหน้าที่ส่งมอบที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างหรืออาคารคืนให้แก่เจ้าของที่ดิน ทั้งนี้มาตรา 12 (3) แห่งกฎหมาย ErbbauRG บัญญัติให้เมื่อสิทธิ Erbbaurecht

---

[334] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย," หน้า.หน้า 121-122.

[335] เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

[336] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 26

Das Erbbaurecht kann nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

[337] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 34

Der Erbbauberechtigte ist nicht berechtigt, beim Heimfall oder beim Erlöschen des Erbbaurechts das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen.

สิ้นสุด ส่วนควบของสิทธิ Erbbaurecht จะตกเป็นส่วนควบของที่ดิน[338] ซึ่งก็หมายความว่า สิ่งปลูกสร้างหรืออาคารบนที่ดินซึ่งผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้ก่อสร้างไว้ก็จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินเมื่อสิทธิ Erbbaurecht สิ้นสุดลงนั่นเอง

ตามมาตรา 27 (1) แห่งกฎหมาย ErbbauRG กรณีที่สิทธิ Erbbaurecht สิ้นสุดลงเนื่องจากครบกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันตามสัญญา เจ้าของที่ดินมีหน้าที่ในการชำระค่าตอบแทนอย่างเหมาะสมแก่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht สำหรับการที่เขาได้พัฒนาปรับปรุงที่ดินโดยการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างจนทำให้ที่ดินนั้นมีมูลค่าสูงขึ้น ทั้งนี้คู่สัญญาอาจตกลงเรื่องค่าตอบแทน วิธีการชำระค่าตอบแทน หรือการยกเว้นค่าตอบแทนในสัญญา Erbbaurecht ได้[339]

ตามมาตรา 27 (3) แห่งกฎหมาย ErbbauRG เจ้าของที่ดินอาจหลีกเลี่ยงหน้าที่ของเขาในการชำระค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้โดยการขยายระยะเวลาสิทธิ Erbbaurecht ให้แก่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ก่อนที่จะครบกำหนดระยะเวลา แต่หากผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ปฏิเสธสิทธิในการได้รับชำระค่าตอบแทนของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ย่อมหมดสิ้นไปด้วย[340] ทั้งนี้สิทธิ Erbbaurecht อาจถูกขยายระยะเวลาได้เสมอเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงหน้าที่ในการชำระค่าตอบแทนของเจ้าของที่ดิน[341]

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นถึงลักษณะสำคัญของสิทธิ Erbbaurecht จะเห็นได้ว่าสิทธิ Erbbaurecht มีหลักการและวัตถุประสงค์บางประการที่คล้ายคลึงกับสัญญาเช่า แตกต่างกันตรงที่สิทธิ Erbbaurecht เป็นทรัพยสิทธิ (right in rem) อย่างหนึ่ง แม้มีการโอนที่ดินให้แก่บุคคลอื่นสิทธิ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[338] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 12(3)

Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks.

[339] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 27 (1)

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten. Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung getroffen werden.

[340] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 27 (3)

Der Grundstückseigentümer kann seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, daß er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks verlängert; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung. Das Erbbaurecht kann zur Abwendung der Entschädigungspflicht wiederholt verlängert werden.

[341] Bettina v. Rhein, "Erbbaurecht Und Entschädigung Bei Ablauf," [Online] Accessed: 1 March 2023. Available from: https://www.ra-vonrhein.de/entschadigung-bei-ablauf-eines-erbbaurechts/

Erbbaurecht ก็ยังคงอยู่กับที่ดินนั้นและยังได้รับความคุ้มครอง โดยเมื่อเทียบกับสัญญาเช่า สิทธิ Erbbaurecht มีข้อดีหลักๆ ดังนี้

1) อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่สร้างขึ้นบนที่ดินภายใต้สิทธิ Erbbaurecht ย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ความเป็นเจ้าของในที่ดินย่อมรวมไปถึงอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้น[342]

2) สิทธิ Erbbaurecht ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายเสมือนเป็นที่ดิน ดังนั้นสิทธิ Erbbaurecht สามารถเป็นวัตถุในการประกันหนี้แบบ Hypothek ได้ ซึ่งจะได้กล่าวเพิ่มเติมในหัวข้อถัดไป[343]

2.4 การนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

2.4.1 หลักการทั่วไปในการนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

ตามมาตรา 5 แห่งกฎหมาย ErbbauRG การนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้สามารถกระทำได้ใน 2 รูปแบบ (1) การจำนอง (Hypothek) หรือ (2) การประกันหนี้แบบ Grundschuld ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการตกลงกับเจ้าหนี้แต่ละราย แต่อย่างไรก็ตามการจะนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินก่อน หากได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญา (Erbbaurechtsvertrag) ว่าต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน[344]

การจำนอง (Hypothek) และการประกันหนี้แบบ Grundschuld ต่างเป็นการประกันหนี้อย่างหนึ่งบนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเรียกว่า Grundpfandrecht และต่างมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ (ius in rem) กล่าวคือ เมื่อผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht นำสิทธิ Erbbaurecht ไปจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกเอากับผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ให้มีการ

---

[342] Gerhard Wagner Joachim Zekoll, Introduction to German Law (Wolters Kluwer, 2018).p. 105.

[343] Ibid.

[344] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 5

(1) Als Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

(2) Als Inhalt des Erbbaurechts kann ferner vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.

ชำระหนี้จากสิทธิ Erbbaurecht ที่เป็นหลักประกันได้ อีกทั้งยังมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือ Erbbaurecht อีกด้วย กล่าวคือ หากผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ซึ่งเป็นลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการขายสิทธิ Erbbaurecht เพื่อชดเชยหรือทดแทนการชำระหนี้นั้นได้ อย่างไรก็ตามการประกันหนี้แบบ Grundschuld ถูกใช้เป็นที่แพร่หลายมากกว่าเนื่องจากมีความยืดหยุ่นและอาจใช้ประกันหนี้ในภายหลังกับเจ้าหนี้คนเดิมได้ ในขณะที่การจำนอง (Hypothek) ไม่ค่อยเป็นที่นิยมเท่าไหร่นัก[345]

อย่างที่ได้กล่าวไปในหัวข้อ 2.1 การจำนอง (Hypothek) เป็นการประกันที่มีลักษณะเป็นอุปกรณ์ (accessory security) กล่าวคือ การประกันหนี้ซึ่งอาศัยการมีอยู่ของหนี้ประธาน โดยการจำนอง (Hypothek) ต้องนำมาประกันหนี้รายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะและอิงกับจำนวนหนี้รายนั้น เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ประธานในแต่ละงวด มูลค่าของการจำนอง (Hypothek) ก็จะลดลงไปเรื่อยๆ จนกระทั่งลูกหนี้ชำระหนี้ประธานครบถ้วน การจำนอง (Hypothek) ก็จะสิ้นสุดลงทันที[346]

ในขณะที่การประกันหนี้แบบ Grundschuld ไม่ได้อาศัยการมีอยู่ของหนี้ประธาน (non-accessory security) กล่าวคือ การประกันหนี้นั้นยังคงอยู่แม้ว่าลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ประธานครบถ้วนแล้วก็ตาม โดยเริ่มแรกการประกันหนี้แบบ Grundschuld ถูกกำหนดให้มีมูลค่าเท่ากับจำนวนหนี้ที่เอามาประกัน แต่อย่างไรก็ตามมูลค่าของการประกันหนี้แบบ Grundschuld จะไม่ลดลงไปพร้อมกันกับการลดลงของจำนวนหนี้ที่ต้องชำระ และเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้วการประกันหนี้แบบ Grundschuld จะยังไม่สิ้นสุดลงทันทีอย่างเช่นกรณีของการจำนอง (Hypoyhek) โดยลูกหนี้อาจใช้การประกันหนี้แบบ Grundschuld ได้อีกสำหรับการประกันหนี้ครั้งถัดไป[347] ยกตัวอย่างเช่น

นาย ก. เป็นหนี้ธนาคาร ข. จำนวน 100,000 บาท โดยนาย ก. ได้นำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกันโดยการประกันหนี้แบบ Grundschuld และได้ชำระหนี้จำนวน 100,000 บาทให้แก่ธนาคาร ข. ในเวลาต่อมา ดังนั้นการประกันหนี้แบบ Grundschuld จำนวน 100,000 บาทกับธนาคาร ข. ยังคงมีผลอยู่ หากต่อมานาย ก. ประสงค์จะกู้เงินจากธนาคาร ข. อีก 100,000 บาท

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[345] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 85.

[346] Ibid.

[347] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 86.

ธนาคาร ข. ก็สามารถปล่อยกู้ได้โดยใช้ Grundschuld ที่ยังคงมีผลอยู่เป็นหลักประกันหนี้รายดังกล่าวได้โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียนประกันหนี้รายดังกล่าวอีก[348]

หรือกรณีที่นาย ก. เป็นหนี้ธนาคาร ข. จำนวน 100,000 บาท โดยนาย ก. ได้นำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกันโดยการประกันหนี้แบบ Grundschuld และต่อมาได้ชำระหนี้จำนวน 70,000 บาทคืนให้แก่ธนาคาร ข. ขาดอีก 30,000 บาทที่นาย ก. ยังไม่ได้ชำระคืน หากภายหลังนาย ก. ประสงค์จะกู้เงินจากธนาคาร ข. อีกโดยใช้การประกันหนี้เดิมก็สามารถกระทำได้ ทั้งนี้เงินกู้ครั้งใหม่ที่จะได้รับจากธนาคาร ข. อาจไม่เกินจำนวนหนี้ที่นาย ก. ได้ชำระคืนแก่ธนาคาร ข. ไปแล้ว กล่าวคือ 70,000 บาท[349]

ทั้งนี้การประกันหนี้แบบ Grundschuld จะสิ้นสุดก็ต่อเมื่อมีการยื่นคำขอยกเลิกกับสำนักงานทะเบียนที่ดินโดยความยินยอมของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ผู้ให้หลักประกัน[350]

ตามที่ได้กล่าวไปว่าประมวลกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติเรื่องของจำนอง (Hypothek) ไว้ในมาตรา 1113 – 1190 และบัญญัติเรื่องการประกันหนี้แบบ Grundschuld ไว้ในมาตรา 1191 – 1198 ทั้งนี้ในส่วนของการประกันหนี้แบบ Grundschuld นั้นมาตรา 1192 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องการจำนอง (Hypothek) มาปรับใช้กับกรณีการประกันหนี้แบบ Grundschuld โดยอนุโลม[351] ดังนั้นกรณีการประกันหนี้แบบ Grundschuld สามารถนำบทบัญญัติเรื่องการจำนอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[348] Ibid.

[349] Ibid.

[350] German Civil Code Section 1193. Termination

(1) The principal of the land charge only falls due until after prior notice of termination. Both the owner and the creditor are entitled to give notice. The notice period is six months.

(2) Diverging provisions are admissible. If the land charge serves as security for a monetary receivable, a provision derogating from subsection (1) is not permissible.

[351] German Civil Code Section 1192 Applicable provisions

(1) The land charge is governed by the provisions on mortgages with the necessary modifications, unless the fact that the land charge requires the existence of a claim leads to a different conclusion.

(1a) If the land charge has been established as security for a claim (security land charge), defences to which the owner is entitled with regard to the land charge on the basis of the security contract with the previous creditor, or which emerge from the security contract, may also be imposed on any acquirer of the land charge; section 1157 sentence 2 does not apply in this respect. Section 1157 remains unaffected in other respects.

(2) Interest on a land charge is governed by the provisions on interest on a mortgage claim.

(Hypothek) มาปรับใช้ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการของการประกันหนี้แบบ Grundschuld

2.4.2 เงื่อนไขและขั้นตอนในการประกันหนี้

1) ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht และเจ้าหนี้จะต้องทำสัญญาตกลงกันเพื่อสร้างการประกันหนี้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการจำนอง (Hypothek) หรือการประกันหนี้แบบ Grundschuld โดยสัญญานั้นจะมีผลผูกพันคู่สัญญาก็ต่อเมื่อ (1) ได้มีการรับรองโดยโนตารีพับลิค หรือ (2) ได้ทำต่อหน้าสำนักงานที่ดิน (made before the Land Registry) หรือ (3) ได้ยื่นต่อสำนักงานที่ดิน (submitted to the Land Registry) ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 873 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน[352]

2) เมื่อได้มีการทำสัญญาประกันหนี้กันระหว่างเจ้าหนี้และผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht การประกันหนี้ดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์และสามารถกล่าวอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ก็ต่อเมื่อได้มีการนำความดังกล่าวไปจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินตามมาตรา 873 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน[353] โดยสำหรับการประกันหนี้แบบจำนอง (Hypothek) จะต้องระบุข้อมูลเจ้าหนี้ จำนวนหนี้ที่เป็นประกัน อัตราดอกเบี้ยไว้ในทะเบียนสิทธิ Erbbaurecht (Erbbaugrundbuch) ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 1115 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน และมาตรา 14(3) แห่งกฎหมาย ErbbauRG ส่วนกรณีการประกันหนี้แบบ Grundschuld เป็นไปตามมาตรา 1115 ประกอบมาตรา 1192 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน และมาตรา 14(3) แห่งกฎหมาย ErbbauRG[354]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[352] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 89.

[353] German Civil Code Section 873. Acquisition by agreement and registration

(1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on the occurrence of the change of rights and the registration of the change of rights in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law.

(2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other person an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Code [Grundbuchordnung].

[354] German Civil Code Section 1115 Registration of the mortgage

(1) Upon the registration of the mortgage, the creditor, the amount of the claim and, where the claim bears interest, the rate of interest, and if other supplementary payments are to be made, their amount, must be stated

3) รูปแบบของการประกันหนี้มีด้วยกัน 2 รูปแบบ ได้แก่ (1) แบบมีหนังสือรับรอง (Briefgrundpfandrecht) กล่าวคือ การประกันหนี้ที่การรับรองและยืนยันการประกันหนี้กระทำโดยการทำเป็นหนังสือ (Briefhypothek/Briefgrundschuld) อันเป็นการเพิ่มเติมต่างหากจากการจดบันทึกไว้ในทะเบียนที่ดิน และ (2) แบบไม่มีหนังสือรับรอง (Buchgrundpfandrecht) กล่าวคือ การประกันหนี้ที่รับรองและยืนยันการประกันหนี้ไว้ในทะเบียนที่ดิน (Buchhypothek/Buchgrundschuld) ทั้งนี้ รูปแบบของการประกันหนี้แบบจำนอง (Hypothek) จะเป็นไปตามมาตรา 1116 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน และรูปแบบของการประกันหนี้แบบ Grundschuld จะเป็นไปตามมาตรา 1192 ประกอบมาตรา 1116 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน[355]

ทั้งนี้กรณีการประกันหนี้ที่มีหนังสือรับรอง (Briefgrundpfandrecht) จะถือว่าเจ้าหนี้ได้รับสิทธิในการประกันก็ต่อเมื่อผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้ส่งมอบหนังสือรับรองการประกันหนี้ (Hypothekenbrief /Grundschuldbrief) ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ทั้งนี้กรณีการประกันหนี้แบบจำนอง (Hypothek) เป็นไปตามมาตรา 1117 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน และกรณีการประกันหนี้แบบ Grundschuld เป็นไปตามมาตรา 1117 ประกอบมาตรา 1192 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน[356]

---

in the Land Register; apart from this, in order to describe the claim, reference may be made to the consent to registration.

(2) Upon the registration of the mortgage for a loan by a credit institution whose articles of association have been publicly disclosed by the public authority responsible, reference to the articles of association is sufficient to designate the supplementary payments apart from the interest that are to be made in accordance with the articles of association.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[355] German Civil Code Section 1116 Certificated and uncertificated mortgage

(1) A mortgage certificate shall be issued on the mortgage.

(2) The issue of the certificate may be excluded. This exclusion may also be effected subsequently. The exclusion requires the agreement of the creditor and of the owner as well as registration in the Land Register; the provisions of section 873 (2) and of sections 876 and 878 apply with the necessary modifications.

(3) The exclusion of the issue of the certificate may be cancelled; the cancellation takes place in the same way as the exclusion.

[356] German Civil Code Section 1117 Acquisition of the certificated mortgage

(1) If the issue of a mortgage certificate is not excluded, the creditor acquires the mortgage only when he is provided with the certificate by the owner of the plot of land. The provisions of section 929 sentence 2 and sections 930 and 931 apply to the delivery.

(2) The delivery of the certificate may be replaced by the agreement that the creditor is to be entitled to have the Land Registry deliver the certificate to him.

(3) If the creditor is in possession of the certificate, it is presumed that delivery has taken place.

ส่วนกรณีการประกันหนี้ที่ไม่มีหนังสือรับรอง (Buchgrundpfandrecht) ถือว่าเจ้าหนี้ได้รับสิทธิในการประกันหนี้นับตั้งแต่การจดทะเบียนเสร็จสมบูรณ์[357]

4) สำหรับกรณีการประกันหนี้แบบจำนอง (Hypothek) มีข้อพึงระลึกว่าหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่นำมาประกันนั้นจะต้องมีผลสมบูรณ์ในขณะที่ได้มีการจำนอง (Hypothek)[358]

2.4.3 การประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht

การประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht สามารถพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องการประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ (Immobilienwertermittlungsverordnung - ImmoWertV) ซึ่งปรากฏในข้อ 22 - 23 และข้อ 49 - 50 รวมทั้งแนวปฏิบัติว่าด้วยการประเมินที่เรียกว่า Wertermittlungsrichtlinien – WertR 06

การประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht มีหลักการทั่วไปในดังนี้

1) สิทธิ Erbbaurecht และ ที่ดินที่มีสิทธิ Erbbaurecht อยู่ (Erbbaugrundstück) เป็นอิสระจากกัน จึงต้องประเมินเป็นรายประเภทแยกต่างหากจากกัน[359]

2) การประเมินมูลค่าสิทธิ Erbbaurecht ต้องพิจารณาจากสัญญาที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht (Erbbaurechtsvertrag) โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้[360]

- มูลค่าของค่าใช้ประโยชน์ที่ดินที่เจ้าของที่ดินสามารถเรียกได้จากผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht (Höhe des erzielbaren Erbbauzinses)
- ความเป็นไปได้ในการปรับเปลี่ยนโอกาสในการนำสิทธิ Erbbaurecht ไปใช้ประโยชน์ต่างๆ (Anpassungsmöglichkeiten) เช่น อยู่อาศัย เพื่อการพาณิชย์ วัตถุประสงค์อื่นๆ เป็นต้น
- ระยะเวลาที่ยังเหลืออยู่ของสิทธิ Erbbaurecht

---

[357] Schmid, C. U., C. Hertel, and H. Wicke, "Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany."p. 37.

[358] Ibid.

[359] Wertermittlungsrichtlinien – WertR 2006 p.42

[360] Ibid.

- ค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นภายใต้ระยะเวลาที่ยังเหลืออยู่ของสิทธิ Erbbaurecht
- ปัจจัยและพฤติการณ์อื่นๆ ที่มีผลต่อมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht[361]

ทั้งนี้ตามแนวปฏิบัติว่าด้วยการประเมิน Wertermittlungsrichtlinien – WertR 06 การประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht ยังสามารถกระทำได้ 2 วิธี ได้แก่ (1) การประเมินราคาโดยกระบวนการเปรียบเทียบ (Vergleichswertverfahren) ตามข้อ 4.3.2.1[362] และการประเมินโดยคำนวณหามูลค่าเชิงคณิตศาสตร์ทางการเงิน (Finanzmathematischen Wert) ตามข้อ 4.3.2.2[363]

2.4.4 หลักการพิเศษในการนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้บางประเภท

มาตรา 18 ถึงมาตรา 20 แห่งกฎหมาย ErbbauRG ได้กำหนดเงื่อนไขการนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้ไว้เป็นการเฉพาะกรณีเป็นการประกันซึ่งมีลักษณะเป็น Mündelhypothek ทั้งนี้ Mündelhypothek ได้แก่ กรณีการนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้เงินกู้โดยที่เงินกู้ดังกล่าวนั้นคือเงินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองนำมาลงทุนโดยการให้กู้ (Mündelgeld) ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้มีการกำหนดวิธีและหลักเกณฑ์การจัดการเงินดังกล่าวไว้เป็นพิเศษในมาตรา 1806 และมาตรา 1807 กล่าวคือ การให้กู้ในลักษณะดังกล่าวต้องมีการคำนวนดอกเบี้ย และต้องมีการประกันหนี้แบบจำนอง (Hypothek) หรือการประกันหนี้แบบ Grundschuld ที่ปลอดภัย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ข้อกำหนดและเงื่อนไขกรณีการประกันชำระหนี้แบบ Mündelhypothek

(1) **มาตรา 18 แห่งกฎหมาย ErbbauRG** ระบุว่า การนำสิทธิ Erbbaurecht บนที่ดินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะถือว่าเป็นการปลอดภัยสำหรับการนำเงินของผู้เยาว์มาลงทุน (Mündelgeld) ก็ต่อเมื่อเป็นการประกันหนี้ในรูปแบบที่เรียกว่า Tilgungshypothek และได้ทำตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 19 และมาตรา 20 แห่งกฎหมาย ErbbauRG[364]

---

[361] Ibid.

[362] Ibid p.42

[363] Ibid p.43

[364] Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG Article 18

Tilgungshypothek ได้แก่ การประกันการชำระหนี้ที่ต้องชำระเงินกู้เป็นงวดๆ จำนวนงวดละเท่าๆ กัน แต่สัดส่วนของส่วนที่เป็นดอกเบี้ยจะลดลงไปเรื่อยๆ ในขณะที่ส่วนที่เป็นเงินต้นจะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ[365] ยกตัวอย่างเช่น เงินกู้ 3,000,000 บาท ดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 6 ต่อปี ตกลงชำระหนี้เงินกู้และดอกเบี้ยเป็นรายเดือนโดยชำระงวดละ 40,000 บาท

งวดที่ 1 ชำระ 40,000 บาท เป็นเงินต้น 25,000 บาท เป็นดอกเบี้ย 15,000 บาท

งวดที่ 2 ชำระ40,000 บาท เป็นเงินต้น 25,125 บาท เป็นดอกเบี้ย 14,875 บาท

งวดที่ 3 ชำระ40,000 บาท เป็นเงินต้น 25,251 บาท เป็นดอกเบี้ย 14,749 บาท

ส่วนงวดหลังจากนี้ก็ชำระ 40,000 บาทไปเรื่อยๆ จนครบ โดยสัดส่วนของเงินต้นจะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆและสัดส่วนของดอกเบี้ยจะลดลงเรื่อยๆ

(2) **มาตรา 19 (1) แห่งกฎหมาย ErbbauRG** ระบุถึงการกำหนดมูลค่าเงินกู้ไว้ว่า จำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้ต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht ทั้งนี้มาตรา 19 (1) ให้สันนิษฐานว่ามูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht ได้แก่ ครึ่งหนึ่งของผลรวมระหว่างมูลค่าของอาคารสิ่งก่อสร้าง (Bauwert) และประมาณการค่าเช่ารายปีซึ่งต้องผ่านการพิจารณาอย่างรอบคอบ และต้องมีการนำค่าใช้จ่าย (อาทิ ค่าเสื่อมราคา) มาหักออกแล้วด้วย (kapitalisierten, durch sorgfältige Ermittlung festgestellten jährlichen Mietreinertrags) ทั้งนี้ประมาณการค่าเช่าดังกล่าวหมายถึงมูลค่าซึ่งอาคารและส่วนควบต่างๆ ของสิทธิ Erbbaurecht สามารถสร้างให้แก่ผู้ครอบครอง (Besitzer) แต่ละรายได้ในระยะยาว โดยพิจารณาจากสภาพของอาคารและภาวะเศรษฐกิจปกติ อย่างไรก็ดีตอนท้ายของมาตรา 19 (1) ได้บัญญัติว่ามูลค่าสันนิษฐานของสิทธิ Erbbaurecht จะต้องไม่เกินประมาณการค่าเช่าดังกล่าว[366]

Eine Hypothek an einem Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück ist für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen, wenn sie eine Tilgungshypothek ist und den Erfordernissen der §§ 19, 20 entspricht.

[365] Silke Herrmann, "Tilgungshypothek," [Online] Accessed: 1 March 2023. Available from: https://www.immobilienfinanzierung.de/lexikon/tilgungshypothek/

[366] Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG Section 19(1)

(1) Die Hypothek darf die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts nicht übersteigen. Dieser ist anzunehmen gleich der halben Summe des Bauwerts und des kapitalisierten, durch sorgfältige Ermittlung festgestellten jährlichen Mietreinertrags, den das Bauwerk nebst den Bestandteilen des Erbbaurechts unter Berücksichtigung seiner Beschaffenheit bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann. Der angenommene Wert darf jedoch den kapitalisierten Mietreinertrag nicht übersteigen.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ยกตัวอย่างเช่น

- มูลค่าของอาคารสิ่งก่อสร้าง (Bauwert) 5,000,000 บาท
- ประมาณการค่าเช่ารายปี 250,000 บาท
- สภาพอาคารสามารถสร้างประโยชน์ได้ 30 ปี (Erbaurecht อาจมีระยะเวลายาวกว่า 30 ปี)
- ค่าเสื่อมอาคาร ได้แก่ ค่าบำรุงรักษาและค่าซ่อมแซมอาคารปีละ 50,000 บาท
- ให้สันนิษฐานว่ามูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht = $\frac{5,000,000 + 30(250,000 - 50,000)}{2}$ เท่ากับ 5,500,000 บาท
- อย่างไรก็ดีตอนท้ายของมาตรา 19 (1) ได้บัญญัติว่ามูลค่าสันนิษฐานของสิทธิ Erbbaurecht ต้องไม่เกินประมาณการค่าเช่าตลอดระยะเวลาที่อาคารสามารถสร้างได้ (ซึ่งหักค่าใช้จ่ายแล้ว) กล่าวคือ 30(250,000 – 50,000) = 6,000,000 บาท ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามูลค่าสันนิษฐานของสิทธิ Erbbaurecht จำนวน 5,500,000 บาทที่คำนวณได้ตามตัวอย่างนี้สอดคล้องกับขอบเขตที่กฎหมายได้จำกัดไว้
- จำนวนเงินที่ให้กู้ได้ (ไม่เกินครึ่งหนึ่งของมูลค่าสิทธิ Erbbaurecht) ได้แก่ $\frac{5,500,000}{2}$ = 2,750,000 บาท

(3) **มาตรา 19(2) แห่งกฎหมาย ErbbauRG** กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมอีกว่า กรณีที่ค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) ซึ่งเจ้าของที่ดินและผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้ตกลงกันตามสัญญา (Erbbaurechtsvertrag) มีบุริมสิทธิลำดับก่อนการจำนอง (Hypothek) จะต้องนำค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) เช่นว่านี้มาคำนวนเป็นประมาณการค่าใช้จ่ายของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ซึ่งต้องชำระแก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าตอบแทนตลอดระยะเวลาที่สิทธิ Erbbaurecht มีผล จากนั้นต้องนำประมาณการค่าใช้จ่ายที่ได้มาหักออกจากจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้ตามมาตรา 19(1)[367]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[367] Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG Section 19(2)

(2) Ein der Hypothek im Range vorgehender Erbbauzins ist zu kapitalisieren und von ihr in Abzug zu bringen. Dies gilt nicht, wenn eine Vereinbarung nach § 9 Abs. 3 Satz 1 getroffen worden ist.

ทั้งนี้ ค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) จะมีบุริมสิทธิลำดับก่อนหรือไม่พิจารณาได้จากลำดับของการจดทะเบียน กล่าวคือ หากได้จดทะเบียนค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) เป็นทรัพยสิทธิก่อนการจดทะเบียนสิทธิ Erbbaurecht เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ กรณีย่อมถือได้ว่าค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) มีบุริมสิทธิในลำดับก่อน

<u>ยกตัวอย่างเช่น</u>

- สิทธิ Erbbaurecht มีกำหนดระยะเวลาอีก 30 ปี
- ค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) ซึ่งผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ต้องชำระแก่เจ้าของที่ดินได้แก่ 60,000 บาทต่อปี
- ประมาณการค่าใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ต้องชำระแก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าตอบแทนได้แก่ 30 x 60,000 เท่ากับ 1,800,000 บาท

หากจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้ตามมาตรา 19(1) ได้แก่ 2,750,000 บาทตามตัวอย่างก่อนหน้า เมื่อนำค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) มาหัก จำนวนเงินที่อาจให้กู้เท่ากับ 2,750,000 - 1,800,000 = 950,000 บาท

อย่างไรก็ตาม หากผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ตกลงกับเจ้าของที่ดินและได้รับความเห็นชอบจากผู้รับจำนองตามมาตรา 9(3) แห่งกฎหมาย ErbbauRG กล่าวคือ ตกลงให้สิทธิจำนอง (Hypothek) มีบุริมสิทธิในลำดับก่อนค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) และตกลงให้สิทธิในค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzinsreallast) ยังคงอยู่ แม้จะมีการบังคับสิทธิจำนอง (Hypothek) กรณีดังกล่าวไม่ต้องนำค่าใช้ประโยชน์ในที่ดิน (Erbbauzins) มาหักออกจากจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้ตามมาตรา 19 (1)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(4) **มาตรา 20(1) แห่งกฎหมาย ErbbauRG** กำหนดเงื่อนไขในการชำระหนี้เงินกู้ไว้ดังนี้

1) ต้องกำหนดให้มีการลดลงของดอกเบี้ยเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ตามลำดับงวดที่เพิ่มขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เรื่อง Tilgungshypothek ที่ได้กล่าวไปก่อนหน้า

2) ต้องกำหนดเวลาเริ่มชำระหนี้อย่างช้าที่สุดภายใน 4 ปีนับจากวันที่ได้รับเงินกู้

3) ต้องกำหนดเวลาชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นอย่างช้าที่สุดภายใน 10 ปีก่อนที่สิทธิ Erbbaurecht จะสิ้นสุดลง

4) ต้องกำหนดให้ระยะเวลาการชำระหนี้ไม่นานเกินไปกว่าระยะเวลาที่ใช้สำหรับการหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาทางบัญชีของอาคารตามหลักการทางเศรษฐศาสตร์

(5) **มาตรา 20(2) แห่งกฎหมาย ErbbauRG** กำหนดเงื่อนไขเรื่องอายุที่ยังเหลืออยู่ของ สิทธิ Erbbaurecht ที่จะนำมาเป็นหลักประกัน โดยระบุว่าสิทธิ Erbbaurecht จะต้องยังดำรงอยู่อย่างน้อยที่สุดตราบเท่าที่การผ่อนชำระหนี้ที่ประกันตามมาตรา 20(1) ยังเป็นไปได้โดยผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht หรือผู้สืบทอดสิทธิซึ่งได้รับรายได้จากสิทธิ Erbbaurecht[368]

2.5 วิธีการบังคับหลักประกันกรณีสิทธิ Erbbaurecht

หลักกฎหมายบังคับคดีของเยอรมันในคดีแพ่งถูกบัญญัติในส่วนที่ 8 (มาตรา 704 - มาตรา 945) ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (Zivilprozessordnung) โดยการบังคับคดีกรณีคดีที่เรียกร้องให้ชำระเป็นตัวเงินถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 803 ถึงมาตรา 882a และกรณีคดีที่ไม่ได้เรียกร้องให้ชำระเป็นตัวเงินถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 883 ถึงมาตรา 898 ส่วนการบังคับคดีในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งตีความรวมไปถึงสิทธิ Erbbaurecht ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 864 ถึงมาตรา 871 และยังถูกบัญญัติไว้เพิ่มเติมในกฎหมายการขายทอดตลาดและการบริหารทรัพย์หลักประกัน (Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung)[369]

เหตุแห่งการบังคับหลักประกันมักถูกกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน ยกตัวอย่างเช่น เมื่อครบกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ และลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ให้ครบถ้วน สำหรับการประกันหนี้แบบ Grundschuld ซึ่งไม่ได้อาศัยการมีอยู่ของหนี้ประธาน (non-accessory security) คู่สัญญาอาจเจรจากำหนดเหตุในการบังคับหลักประกันได้อย่างอิสระโดยไม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[368] Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG Section 20

(1) Die planmäßige Tilgung der Hypothek muß

1. unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen,

2. spätestens mit dem Anfang des vierten auf die Gewährung des Hypothekenkapitals folgenden Kalenderjahrs beginnen,

3. spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts endigen und darf

4. nicht länger dauern, als zur buchmäßigen Abschreibung des Bauwerks nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich ist.

(2) Das Erbbaurecht muß mindestens noch so lange laufen, daß eine den Vorschriften des Absatzes 1 entsprechende Tilgung der Hypothek für jeden Erbbauberechtigten oder seine Rechtsnachfolger aus den Erträgen des Erbbaurechts möglich ist.

[369] Marcus Mack Burkhard Hess, Civil Enforcement in Germany (2006).p. 655.

ต้องขึ้นอยู่กับการครบกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ที่ประกัน เช่น อาจตกลงให้เหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ เป็นต้น[370]

เมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกัน โดยทั่วไปก่อนเริ่มกระบวนการบังคับหลักประกันผู้ให้กู้จะต้องมีหนังสือบอกกล่าวความจำนงในการบังคับหลักประกันไปยังผู้ให้หลักประกันอย่างน้อยหนึ่งสัปดาห์ กรณีที่เป็นการบังคับหลักประกันประเภท Grundschuld โดยหลักแล้วผู้ให้กู้จะต้องมีหนังสือบอกกล่าวยกเลิกการประกันหนี้แบบ Grundschuld ก่อนเริ่มบังคับหลักประกันอย่างน้อย 6 เดือน โดยหนังสือบอกเลิกดังกล่าวจะมีผลให้หนี้ประธานถึงกำหนด[371]

เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะเริ่มกระบวนการบังคับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันต้องยื่นฟ้องเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกันก่อน ซึ่งอาจใช้เวลาและค่าใช้จ่ายค่อนข้างมาก[372]

ในทางปฏิบัติเพื่อลดกระบวนการดังกล่าวคู่สัญญามักตกลงกันให้ผู้ให้หลักประกันให้ความยินยอมแก่ผู้รับหลักประกันไว้ล่วงหน้าตั้งแต่วันที่ทำสัญญาหลักประกันเพื่อให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิในการบังคับหลักประกันทันที (Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) โดยระบุไว้ในตราสารก่อตั้งหลักประกันซึ่งรับรองโดยโนตารีพับลิค (Notary Public) ตราสารที่ได้มีการรับรองนี้สามารถทดแทนคำตัดสินของศาลได้ เจ้าหนี้จึงไม่จำต้องเริ่มกระบวนการพิจารณาเป็นคดีใหม่เพื่อฟ้องเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่จะได้มาซึ่งสิทธิในการบังคับหลักประกัน (vollstreckbarer Titel) จากศาล[373]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

การบังคับหลักประกันบนอสังหาริมทรัพย์สามารถกระทำได้ 2 วิธีด้วยกันดังนี้[374]

---

[370] "Real Estate Finance Law in Germany," [Online] Accessed: 5 June 2022. Available from: https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-real-estate-finance/germany

[371] German Civil Code Article 1193 - Termination

(1) The principal of the land charge only falls due until after prior notice of termination. Both the owner and the creditor are entitled to give notice. The notice period is six months.

(2) Diverging provisions are admissible. If the land charge serves as security for a monetary receivable, a provision derogating from subsection (1) is not permissible.

[372] André Bonneß, "Grundschulden Und Hypotheken," [Online] Accessed: 5 June 2022 Available from: https://www.notariat-sasel.de/de/grundschulden-und-hypotheken

[373] Ibid.

[374] Zivilprozessordnung Article 866. Types of Enforcement

1. การยึดทรัพย์และขายทอดตลาด (Zwangsversteigerung)

เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งเริ่มกระบวนการยึดทรัพย์และขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน (Zwangsversteigerung) โดยยื่นต่อศาลท้องถิ่น (Amtsgericht) ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตั้งอยู่ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 15 แห่ง Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung[375]

เมื่อศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์และขายทอดตลาด (Zwangsversteigerung) อสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันก็จะถูกยึดเพื่อเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันต่อไป ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 20 แห่ง Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung[376]

ตามมาตรา 35 แห่ง Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันจะถูกดำเนินการและควบคุมโดยศาลที่มีอำนาจ[377] เช่น กำหนดวันที่และสถานที่ในการขายทอดตลาด ประเมินมูลค่าทรัพย์ที่ประกัน กำหนดราคาขั้นต่ำ เป็นต้น ทั้งนี้ในการขายทอดตลาดเจ้าหนี้อาจยื่นประมูลอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันและได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

(1) Foreclosure on a property takes place through the entry of a security mortgage for the claim, through foreclosure auction through forced administration.

(2) The obligee can demand that one of these measures be carried out alone or in addition to the others.

(3) A security mortgage (Paragraph 1) may only be entered for an amount of more than 750 euros; Interest is not taken into account if it is asserted as an ancillary claim. A uniform security mortgage can be registered on the basis of several debt instruments owed to the same creditor.

[375] Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Section 15

The enforced auction of a plot of real estate shall be ordered by the court responsible for execution upon application.

[376] Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Section 20

(1) The order for enforced auction shall be applicable in favour of the creditor as a seizure of the plot of real estate.

(2) The seizure shall also encompass those objects as to which the mortgage extends concerning the plot of real estate.

[377] Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Section 35

The auction shall be conducted by the court responsible for execution.

เมื่อการขายทอดตลาดเสร็จสิ้นรายได้จากการขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันจะต้องถูกหักค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมในการดำเนินกระบวนการขายทอดตลาดทางศาลตามมาตรา 109 แห่ง Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung[378] โดยรายได้หลังหักค่าใช้จ่ายนั้นจะถูกจัดสรรให้แก่เจ้าหนี้ต่างๆ โดยพิจารณาจากลำดับของเจ้าหนี้ประกันที่ได้จดทะเบียน กล่าวคือ เจ้าหนี้ซึ่งได้จดทะเบียนประกันหนี้ในลำดับแรกย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน ตามด้วยเจ้าหนี้ลำดับที่สอง และเจ้าหนี้ลำดับถัดไปจนกว่ารายได้จากการขายนั้นจะจัดสรรจนหมด[379] ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 110 แห่ง Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung[380]

อสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ซื้อได้มาจากการขายทอดตลาดย่อมปราศจากการประกันหนี้และภาระผูกพันโดยผลของกฎหมาย[381]

2. การแต่งตั้งผู้บริหารทรัพย์เพื่อบริหารจัดการรายได้จากอสังหาริมทรัพย์ (Zwangsverwaltung)

เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจเริ่มกระบวนการที่เรียกว่า การบริหารทรัพย์หลักประกัน (Zwangsverwaltung) โดยร้องขอให้ศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงานบริหารทรัพย์ (Zwangsverwalter) เพื่อเรียกเก็บค่าเช่าหรือรายได้อื่นๆ จากอสังหาริมทรัพย์แทนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและบริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์นั้น โดยเมื่อหักค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมของเจ้าพนักงานบริหารทรัพย์แล้ว ค่าเช่าหรือรายได้อื่นๆ ที่เรียกเก็บจากอสังหาริมทรัพย์ได้จะถูกจัดสรรให้แก่เจ้าหนี้แต่ละรายตามลำดับ กล่าวคือ เจ้าหนี้ซึ่งได้จดทะเบียนประกันหนี้ในลำดับแรกย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน ตามด้วย

---

[378] Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Section 109

(1) The costs of the proceedings shall be deducted from the proceeds of the auction in advance with the exception of the costs arising from the court order commencing the proceedings, the joinder of a creditor, the acceptance of the highest bid, or subsequent hearings concerning the distribution.

(2) The excess amount shall be distributed among those rights that are to be covered by payment.

[379] Bonneß, A., "Grundschulden Und Hypotheken."

[380] Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Section 110

Rights that were not timely registered or credibly demonstrated despite the specific demand in section 37 no. 4 shall be ranked lower than the other rights in the distribution.

[381] "Das Zwangsversteigerte Erbbaurecht – Und Die Schuldrechtliche Anpassung Des Erbbauzinses," [Online] Accessed: 1 March 2023. Available from: https://www.rechtslupe.de/zivilrecht/das-erbbaurecht-anpassung-3125944

เจ้าหนี้ลำดับที่สอง และเจ้าหนี้ลำดับถัดไปจนกว่ารายได้ที่เรียกเก็บจากอสังหาริมทรัพย์นั้นจะถูกจัดสรรจนหมด[382]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[382] "Real Estate Finance Law in Germany." "Real Estate Finance Law in Germany."

3. กฎหมายฝรั่งเศส

ในกฎหมายฝรั่งเศสมีสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นและสามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อทำความเข้าใจและอาจนำมาเปรียบเทียบกับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

3.1 บททั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil des Francais) มี 2,534 มาตรา แบ่งเป็น 3 บรรพใหญ่ๆ คือ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคลและครอบครัว บรรพ 2 ว่าด้วยทรัพย์สินและการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ บรรพ 3 ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์[383] โดยในที่นี้จะได้กล่าวถึงกฎหมายลักษณะทรัพย์เป็นสำคัญ

กฎหมายลักษณะทรัพย์ (Droit des biens) เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับทรัพยสิทธิ (droits réel) ทั้งหมด บางครั้งก็เรียกว่า “กฎหมายลักษณะกรรมสิทธิ์” เพราะกรรมสิทธิ์เป็นทรัพยสิทธิที่สมบูรณ์ที่สุดและสำคัญที่สุด[384]

ทรัพย์ (biens) ตามมาตรา 516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ สังหาริมทรัพย์ (meubles) และอสังหาริมทรัพย์ (immeubles)[385]

อสังหาริมทรัพย์ (immeubles) แบ่งได้เป็น 3 ประเภท ตามมาตรา 517 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[386] ได้แก่

(1) Les immeubles par nature ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์โดยธรรมชาติ ซึ่งพิจารณาความเป็นอสังหาริมทรัพย์จากลักษณะทางกายภาพ เช่น ที่ดิน และสิ่งซึ่งติดกับที่ดินเป็นการถาวร เช่น อาคาร ต้นไม้พืชพรรณทั้งหลายที่ติดอยู่กับที่ดินตราบเท่าที่ยังไม่ถูกตัดจากที่ดิน[387]

---

[383] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป," in เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ Thai and Foreign Legal Systems.หน้า 123.

[384] เรื่องเดียวกัน.

[385] Code Civil des Francais Article 516. Tous les biens sont meubles ou immeubles.

[386] Code Civil des Francais Article 517. Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

(2) Les immeubles par destination ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์โดยจุดมุ่งหมายในการใช้ กล่าวคือ สิ่งที่มองภายนอกเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่ข้อสันนิษฐานของกฎหมายถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ เช่น ม้า วัว ควาย เครื่องจักร เป็นต้น[388]

(3) Les immeubles par l'objet ได้แก่ สิทธิที่อยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ทั้งหลาย (les droits réels immobiliers) กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ (Le droit de propriété) ทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ (Les démembrements du droit de propriété) เช่น สิทธิเก็บกิน (usufruit) สิทธิใช้สอย (droits d'usage) สิทธิอาศัย (droit d'habitation) ภาระจำยอม (servitude) สิทธิจำนอง (hypothèque) สิทธิการเช่าระยะยาว (Emphytéotique) สิทธิเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เป็นต้น และรวมถึงสิทธิที่จะเรียกร้องต่ออสังหาริมทรัพย์ (actions) เช่น การยกเลิกสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ การบอกล้างการให้อสังหาริมทรัพย์[389] ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 526 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[390]

จะเห็นได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้อสังหาริมทรัพย์ (immeubles) มีความหมายรวมไปถึงทรัพยสิทธิด้วย ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับอสังหาริมทรัพย์ตามความในมาตรา 139 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยนอกจากนี้กฎหมายลักษณะทรัพย์ของฝรั่งเศสยังได้จำแนกทรัพยสิทธิ (droit réel immobilier) ออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) ทรัพยสิทธิประธาน (droits réels immobiliers principaux) หมายถึงสิทธิที่มีอำนาจเหนือทรัพย์โดยตรง (droit immédiat sur la chose) ได้แก่ กรรมสิทธิ์ (Le droit de propriété) และทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ (Les démembrements du droit de

---

[387] A. E. Anton F. H. Lawson, L. Neville Brown, Introduction to French Law (Great Britain: Oxford University, 1967).p. 89.

[388] Ibid.

[389] Ibid. p. 90.

[390] Code Civil des Francais Article 526. Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent:
L'usufruit des choses immobilières;
Les servitudes ou services fonciers;
Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

propriété) เช่น สิทธิเก็บกิน (usufruit) สิทธิใช้สอย (droits d'usage) สิทธิอาศัย (droit d'habitation) ภาระจำยอม (servitude) เป็นต้น[391]

(2) ทรัพยสิทธิอุปกรณ์ (droits réels immobiliers accessoires) หมายถึงสิทธิที่มีอำนาจเหนือมูลค่าของทรัพย์ (droits exercés sur la valeur de la chose) ได้แก่ ทรัพยสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อประกันการชำระหนี้ทั้งหลาย เช่น สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ บุริมสิทธิ สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น[392]

3.2 รูปแบบการประกันหนี้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ตามมาตรา 2375 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของ (Le droit de propriété) ในอสังหาริมทรัพย์ (immeubles) อาจถูกยึดไว้ (retenue) หรือโอน (cédée) ในฐานะเป็นหลักประกันได้[393]

การนำอสังหาริมทรัพย์มาประกันการชำระหนี้ (Des sûretés sur les immeubles) ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีด้วยกัน 2 วิธี[394] ได้แก่ การจำนอง (hypothèque) และการจำนำอสังหาริมทรัพย์ (Gages immobiliers)

3.2.1 การจำนอง (hypothèque)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

การจำนอง (hypothèque) เป็นการประกันหนี้โดยอสังหาริมทรัพย์รูปแบบหนึ่งซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 2385 - มาตรา 2474 โดยผู้จำนองไม่จำต้องโอนความเป็นเจ้าของในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่

---

[391] "Droits Réels Et Droits Personnels," [Online] Accessed: 6 May 2022. Available from: https://www.lemondepolitique.fr/cours/droit_civil_biens/droits_reels_droits_personnels/droits-reels-et-droits-personnels.html

[392] Ibid.

[393] Code Civil des Francais Article 2375. Les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques.

La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie.

[394] Ibid.

เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ผู้จำนองยังคงสามารถอาศัยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองได้ในระหว่างที่มีการจำนอง[395]

การจำนองจะเกิดขึ้นได้ก็แต่ด้วยเหตุตามกฎหมาย และตามรูปแบบที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น[396] โดยการจำนองจะเกิดขึ้นได้ 3 กรณีดังต่อไปนี้[397]

(1) การจำนองตามผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Des hypothèques légales)

การจำนองลักษณะนี้เป็นการประกันความรับผิดบางอย่างหรือความรับผิดบางประเภทโดยผลของกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น การประกันความรับผิดของสามีโดยใช้อสังหาริมทรัพย์ของภรรยา การประกันความรับผิดของบุคคลไร้ความสามารถโดยใช้อสังหาริมทรัพย์ของผู้ดูแลของเขา การประกันความรับผิดของรัฐหรือชุมชนโดยใช้อสังหาริมทรัพย์จากกองทุนของรัฐหรือชุมชน[398]

(2) การจำนองโดยผลของคำพิพากษาของศาล (Des hypothèques judiciaires)

การจำนองลักษณะนี้เป็นการนำอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสมาเป็นประกันการชำระหนี้ตามคำสั่งของศาล คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือคำตัดสินของศาลต่างประเทศซึ่งได้รับอนุมัติบัตร (exequatur) จากศาลฝรั่งเศส ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่เอามาเป็นประกัน ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ในวันที่ศาลตัดสิน และอสังหาริมทรัพย์ที่เขาจะได้มาภายหลังจนกว่าจะเป็นไปตามคำตัดสินนั้น[399]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(3) การจำนองโดยผลของสัญญา (Des hypothèques conventionnelles)

การจำนองลักษณะนี้เป็นการประกันหนี้ซึ่งเกิดจากการตกลงกันทำสัญญาจำนองขึ้นระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้ต้องทำสัญญาขึ้นเป็นหนังสือในประเทศฝรั่งเศสต่อหน้าพนักงานจดทะเบียนสองคน

---

[395] F. H. Lawson, A. E. A., L. Neville Brown, Introduction to French Law.p. 123.

[396] Code Civil des Francais Article 2386. L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi.

[397] Code Civil des Francais Article 2387. L'hypothèque est légale, judiciaire ou conventionnelle.

[398] F. H. Lawson, A. E. A., L. Neville Brown, Introduction to French Law.p. 125.

[399] Ibid. p. 125.

หรือต่อหน้าพนักงานจดทะเบียนหนึ่งคนและพยานอีกสองคน โดยต้องกำหนดขอบเขตของการจำนอง ทั้งในเรื่องอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน และหนี้ประธาน เช่น รายละเอียดของอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันและจำนวนหนี้ต้องระบุให้ชัดเจนในสัญญา[400]

เจ้าหนี้ซึ่งได้จดทะเบียนจำนองแล้วจะได้ไปซึ่งทรัพยสิทธิอุปกรณ์ (droit réel accessoire) เพื่อเป็นการประกันหนี้ของเขา และเมื่อครบกำหนดเวลาชำระหนี้หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองเพื่อขายทอดตลาด (vendre l'immeuble grevé) และได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น (préférence sur le prix) แต่หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจนครบถ้วนแล้ว การจำนอง (hypothèque) นั้นย่อมสิ้นสุดลงทันที[401]

3.2.2 การจำนำอสังหาริมทรัพย์ (Gages immobiliers)

การจำนำอสังหาริมทรัพย์ (Gages immobiliers) เดิมเรียกว่า antichrèse เป็นการประกันหนี้โดยอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 2379 - มาตรา 2384 ซึ่งผู้จำนำมีหน้าที่ในการส่งมอบการครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นการประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้[402] โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนำมีหน้าที่ในการบำรุงรักษาอสังหาริมทรัพย์ที่จำนำตลอดระยะเวลาที่ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่[403] นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังมีสิทธิในค่าเช่า ดอกผล หรือผลประโยชน์ใดๆ จากอสังหาริมทรัพย์ที่จำนำเท่ากับจำนวนหนี้ที่ยังค้างชำระอยู่อีกด้วย[404]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[400] Ibid. p. 124.

[401] Ibid. p. 126.

[402] Code Civil des Francais Article 2379

Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation avec dépossession de celui qui la constitue.

[403] Code Civil des Francais Article 2381. Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette.

Il est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire.

[404] F. H. Lawson, A. E. A., L. Neville Brown, Introduction to French Law.p. 128.

3.3 สิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวตามกฎหมายฝรั่งเศสสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) Bail Emphytéotique[405] หมายถึงสัญญาเช่าระยะยาว โดยสัญญาเช่าประเภทนี้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) ตั้งแต่มาตรา L451-1 ถึง L451-13[406] และ (2) Bail à construction หมายถึงสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la construction et de l'habitation) ตั้งแต่มาตรา L251-1 ถึง L251-9[407] โดยจะกล่าวรายละเอียดเพิ่มเติมดังนี้

3.3.1 สัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique)

สัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) มีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมัน[408] โดยปัจจุบันปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) สัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) มีสาระสำคัญคือ เป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวที่มีกำหนดเวลาเช่าตั้งแต่ 18 ปี ถึง 99 ปี และสิทธิตามสัญญาเช่านั้นมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ[409] โดยเมื่อจดทะเบียนที่สำนักงานทะเบียนที่ดินแล้วจะเป็นเหตุให้ผู้เช่าได้ไปซึ่งทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการใช้สอยทรัพย์ที่เช่า (un droit réel immobilier de jouissance)[410]

สิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าประเภทนี้มีสถานะแตกต่างจากสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าทั่วไป กล่าวคือ โดยปกติสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นบุคคลสิทธิผูกพันเป็นการเฉพาะระหว่างคู่สัญญา ในขณะที่สัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) นั้นกำหนดให้ผู้เช่ามี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[405] มีรากศัพท์มาจากคำในภาษากรีก คือ emphyteusis หมายถึง การปลูกสร้าง แต่ไม่ได้แปลว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายการเช่าเพื่อการปลูกสร้างและจำเป็นต้องใช้คำภาษาฝรั่งเศส เนื่องจากในฝรั่งเศสยังมี “กฎหมายการเช่าเพื่อการปลูกสร้าง” (bail à construction) แยกต่างหาก

[406] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 41.

[407] เรื่องเดียวกัน.

[408] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย," หน้า.หน้า 96.

[409] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 42.

[410] อธิชา หลิมจานนท์, "ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย," หน้า.หน้า 97.

ทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ (quasi-propriétaire) ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา L451-1 แห่งประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime)[411]

สิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าระยะยาวที่พิเศษกว่าสิทธิของผู้เช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้แก่

1) ผู้ทรงสิทธิการเช่าสามารถนำสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่เช่า (droit réel) ไปจำนองได้ โดยทรัพยสิทธิเช่นว่านี้อาจถูกยึดเพื่อบังคับคดีได้เหมือนอสังหาริมทรัพย์ประเภทอื่น ตามมาตรา L451-1[412]

2) ผู้ทรงสิทธิการเช่าสามารถปรับปรุง ต่อเติม หรือดัดแปลง ตลอดจนใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เช่านั้นได้อย่างเต็มที่ ตามมาตรา L451-11[413]

3) ผู้ทรงสิทธิการเช่าสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปให้บุคคลอื่นเช่าช่วงได้ โดยสัญญาเช่าช่วงจะมีผลผูกพันเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่าช่วงนั้น[414]

รูปแบบของข้อตกลงตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) นั้นไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงเป็นไปตามอิสระทางแพ่งของคู่สัญญา[415]

เมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) อันเป็นทรัพยสิทธิที่ผู้เช่ามีเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่เช่าย่อมสิ้นสุดลง เว้นแต่จะได้มีการต่อสัญญาเช่าและจดทะเบียนครั้งใหม่ ทั้งนี้ไม่อาจนำหลักเกณฑ์การขยายระยะเวลาโดยปริยายอย่างสัญญาที่ไม่มี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

411 เรื่องเดียวกัน.

412 Code rural et de la pêche maritime Article L451-1. Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

413 Code rural et de la pêche maritime Article L451-11. Le preneur a seul le droit de chasse et de pêche et exerce à l'égard des mines, carrières et tourbières tous les droits de l'usufruitier.

414 สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 42.

415 เพลินตา ตันรังสรรค์, "สรุปการสัมมนาวิชาการ ทรัพย์อิงสิทธิ... เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุนอสังหาฯ," จุลนิติ.หน้า 11.

กำหนดเวลามาใช้ได้ กล่าวคือ คู่สัญญาจะต้องตกลงขยายระยะเวลาสัญญาเช่าโดยชัดแจ้งตามรูปแบบวิธีการจดทะเบียนเท่านั้น[416]

จะเห็นได้ว่าสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวที่กล่าวมาข้างต้นนั้นให้สิทธิพิเศษหลายประการแก่ผู้เช่า แต่ก็มีข้อสังเกตว่าในบทบัญญัติกฎหมายมิได้กำหนดชัดเจนว่าผู้เช่ามีหน้าที่ในการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างขึ้นบนที่ดินที่เช่าหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นบทบัญญัติส่วนใหญ่ในประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) เป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ทำให้การตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นจึงแทบเป็นไปไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างกฎหมายจึงได้พัฒนาสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวขึ้นอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)[417] ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

3.3.2 สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)

สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวประเภทหนึ่งถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) ตั้งแต่มาตรา L251-1 ถึงมาตรา L251-9 โดยสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) หมายถึง สัญญาเช่าที่ผู้เช่าผูกพันในอันที่จะสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้ให้เช่า โดยผู้เช่ายังมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์ที่สร้างนั้นให้อยู่ในสภาพดีตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่า ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L251-1[418]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่าสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) นี้พัฒนามาจากสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ดังนั้นจึงได้มีการแก้ไขปัญหาที่พบในสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ซึ่งบทบัญญัติส่วนมากเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยทำให้คู่สัญญาไม่อาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้[419] โดยประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la

---

[416] เรื่องเดียวกัน.

[417] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 43.

[418] Code de la Construction et de l'habilitation Article L251-1. Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail.

[419] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ."หน้า 44.

Construction et de l’habilitation) กำหนดให้คู่สัญญาอาจเจรจาตกลงกันกำหนดรายละเอียดของสัญญาเช่าได้อย่างอิสระ เว้นแต่บทบัญญัติบรรทัดที่สามและสี่ของมาตรา L251-3 และบรรทัดรองสุดท้ายของมาตรา L251-5 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยมีผลให้คู่สัญญามิอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L251-8[420]

อย่างไรก็ตามการตกลงกำหนดเงื่อนไขหรือรายละเอียดของสัญญาเช่ายังต้องคงไว้ซึ่งลักษณะสำคัญของสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มิฉะนั้นกรณีอาจไม่ถือว่าเป็นการเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)[421] โดยลักษณะสำคัญของสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มีดังนี้

1) สาระสำคัญของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ประเภทนี้เป็นสัญญาที่ผู้เช่าผูกพันในอันที่จะสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้ให้เช่า และมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์ที่สร้างนั้นให้อยู่ในสภาพดีตลอดระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาเช่าตามมาตรา L251-1 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l’habilitation)[422]

2) หลักเกณฑ์การทำสัญญาเช่า

สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ระหว่างเจ้าของที่ดิน (ผู้ให้เช่า) และผู้เช่าต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ และระบุรายละเอียดการเช่าต่างๆ ที่จำเป็น[423]

สัญญาซึ่งต้องทำเป็นหนังสือนี้อาจร่างขึ้นโดยคู่สัญญาเอง (par les parties) หรือร่างขึ้นโดยทนายความ (par le notaire) ก็ได้ กรณีสัญญาร่างขึ้นโดยคู่สัญญา คู่สัญญาต้องลงนามในสัญญา

---

[420] Code de la Construction et de l’habilitation Article L251-8. Les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 251-3, ainsi que celles de l'avant dernier alinéa de l'article L. 251-5 sont d'ordre public.

[421] Ibid.

[422] Code de la construction et de l'habitation Article L251-1. Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail.

[423] "Contrat De Bail À Construction," [Online] Accessed: 1 August 2022. Available from: https://www.documents.fr/contrat-de-bail-a-construction.html

(sous signature privé) และนำสัญญาดังกล่าวไปดำเนินการจดทะเบียน (enregistré par un notaire) ต่อไป ส่วนกรณีสัญญาร่างขึ้นโดยทนายความ (par le notaire) สัญญาจะมีผลเมื่อได้ทำด้วยวิธี authentic deed (par acte authentique)[424]

นอกจากนี้เมื่อสัญญามีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาแล้ว ต้องได้นำความดังกล่าวไปจดทะเบียนที่สำนักงานทะเบียนที่ดิน (au service de publicité foncière competent) เพื่อให้สิทธิตามสัญญาสามารถกล่าวอ้างกับบุคคลทั่วไปได้[425]

3) ระยะเวลาของสัญญาเช่า

มาตรา L251-1 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) กำหนดให้สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มีกำหนดระยะเวลาเช่าอย่างน้อย 18 ปี แต่ไม่เกิน 99 ปี ทั้งนี้คู่สัญญาอาจตกลงกันต่อระยะเวลาในสัญญาเช่าได้ โดยการต่อระยะเวลานั้นจะต้องกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น ไม่อาจนำหลักเกณฑ์การขยายระยะเวลาโดยปริยายอย่างสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลามาใช้ได้[426]

4) ค่าเช่า (prix du bail)

คู่สัญญาอาจกำหนดค่าเช่า (prix du bail) เป็นเงินสด หรือค่าตอบแทนอย่างอื่นที่ไม่ใช่เงินสดก็ได้ โดยค่าตอบแทนอย่างอื่นอาจกำหนดในรูปแบบของการส่งมอบให้แก่ผู้ให้เช่าทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งอาคาร ส่วนของอาคาร สิทธิความเป็นเจ้าของ หรือสิทธิใช้สอยประโยชน์ในอาคารนั้น ในวันและตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงกันก็ได้ ตามมาตรา L251-5[427]

---

[424] Ibid.

[425] Ibid.

[426] Code de la construction et de l'habitation Article L251-1. Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

[427] Code de la construction et de l'habitation Article L251-5. Le prix du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles.

S'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Toutefois, la première révision a lieu au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail.

5) สถานะของสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)

มาตรา L251-3 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) กำหนดให้ผู้เช่าตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ได้ไปซึ่งทรัพยสิทธิอย่างหนึ่งเหนืออสังหาริมทรัพย์ (droit réel immobilier) ที่เช่า[428] อันเป็นทรัพยสิทธิซึ่งกฎหมายรับรองให้มีการได้มาจากการเข้าทำสัญญาและจดทะเบียนตามแบบที่กำหนด ซึ่งต่อไปนี้ผู้เขียนจะขอเรียกทรัพยสิทธิประเภทนี้ว่า สิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) โดยสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เช่นว่านี้อาจนำไปจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ได้ และอาจถูกยึดเพื่อบังคับคดีได้เหมือนอสังหาริมทรัพย์อื่น[429] อีกทั้งยังสามารถโอนทรัพยสิทธิเช่นว่านี้ให้แก่บุคคลอื่นได้อีกด้วย[430]

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าเมื่อสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เป็นทรัพยสิทธิ (droit réel immobilier) จึงทำให้สิทธิเช่นนี้มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ (immeubles) ประเภทหนึ่งที่เรียกว่า Les immeubles par l'objet อีกด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังที่ได้กล่าวไปในบททั่วไปของกฎหมายฝรั่งเศส

6) สิทธิของผู้เช่า

ผู้เช่ามีสิทธิดังต่อไปนี้

- ผู้เช่ามีสิทธิใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า
- ผู้เช่ามีสิทธินำทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการใช้สอยทรัพย์ที่เช่า (droit réel immobilier) กล่าวคือ สิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ไปจำนองได้ ตามมาตรา L251-3[431]

---

[428] Code de la construction et de l'habitation Article L251-3. Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier.

[429] Code de la construction et de l'habitation Article L251-3. Ce droit peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

[430] Code de la construction et de l'habitation Article L251-1. Le bail à construction est consenti par ceux qui ont le droit d'aliéner et dans les mêmes conditions et formes.

[431] Code de la construction et de l'habitation Article L251-3. Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier.

- ผู้เช่ามีสิทธินำอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตนสร้างขึ้นบนที่ดินที่เช่าไปจำนองได้ ตามมาตรา L251-3[432]

- ผู้เช่ามีสิทธิโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่บุคคลอื่น โดยผู้รับโอนจะต้องผูกพันอย่างเดียวกันกับผู้โอน นอกจากนี้ผู้โอนจะมีสถานะเป็นผู้รับรอง (garant) จนกว่าการก่อสร้างอาคารซึ่งผู้เช่าผูกพันที่จะสร้างจะแล้วเสร็จ ตามมาตรา L251-3[433]

7) หน้าที่ของผู้เช่า

ผู้เช่ามีหน้าที่ดังต่อไปนี้

- ผู้เช่ามีหน้าที่สร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้ให้เช่า และมีหน้าที่ดูแลรักษาและซ่อมบำรุงอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นให้อยู่ในสภาพดีตลอดระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาเช่า ตามมาตรา L251-1

- ผู้เช่ามีหน้าที่ชำระค่าธรรมเนียม ค่าภาษีอากรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาคารและที่ดิน ตามมาตรา L251-4[434]

- ผู้เช่าไม่มีหน้าที่สร้างหรือปรับปรุงอาคารใหม่ หากอาคารถูกทำลายเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่ใช่ความผิดของผู้เช่า หรือเป็นเหตุสุดวิสัย หรือกรณีที่อาคารดังกล่าวเป็นอาคารที่มีอยู่เดิมในขณะที่ลงนามสัญญาเช่าและอาคารได้ทลายลงเนื่องจากการก่อสร้างผิดพลาด ตามมาตรา L251-4[435]

Ce droit peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. Les cessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier en application de l'article L. 251-1.

Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail.

[432] Ibid.

[433] Ibid.

[434] Code de la construction et de l'habitation Article L251-4. Le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain.

Il est tenu du maintien des constructions en bon état d'entretien et des réparations de toute nature. Il n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'ils ont péri par cas fortuit ou force majeure ou, s'agissant des bâtiments existant au moment de la passation du bail, par un vice de construction antérieur audit bail. Il répond de l'incendie des bâtiments existants et de ceux qu'il a édifiés.

Sauf stipulation contraire du bail, il peut démolir, en vue de les reconstruire, les bâtiments existants.

[435] Ibid.

8) สิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่เช่า

ในเรื่องกรรมสิทธิ์ของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าสร้างขึ้นระหว่างกำหนดเวลาเช่า คู่สัญญาอาจกำหนดตกลงในสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ไว้อย่างไรก็ได้ หากกรณีคู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงให้ผู้ให้เช่าเป็นเจ้าของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างและได้รับประโยชน์จากการพัฒนาปรับปรุงที่ดิน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L251-2[436]

9) การสิ้นสุดของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) อาจสิ้นสุดลงด้วยเหตุดังต่อไปนี้

- เมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าตามสัญญา[437]
- เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้สัญญาเช่าสิ้นสุดลง[438]
- เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันยกเลิกสัญญาเช่า[439]
- เมื่ออาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าถูกทำลายเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่ใช่ความผิดของผู้เช่า หรือกรณีเป็นเหตุสุดวิสัย และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาเช่าดังกล่าวได้[440]

---

[436] Code de la construction et de l'habitation Article L251-2. Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations.

[437] Code de la construction et de l'habitation Article L251-6. Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail sauf pour les contrats de bail de locaux d'habitation.

Cependant, lorsque le bail prévoit une possibilité d'achat du terrain par le preneur dans le cadre d'une opération d'accession sociale à la propriété et que le preneur lève l'option conformément au quatrième alinéa de l'article L. 251-1, les privilèges et hypothèques du chef du preneur inscrits avant la levée de l'option ne s'éteignent pas à l'expiration du bail mais conservent leurs effets, jusqu'à leur date d'extinction, sur l'immeuble devenu la propriété du constituant. Ils s'étendent de plein droit au terrain et peuvent garantir les prêts consentis pour l'acquisition dudit terrain.

Par ailleurs, si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques mentionnés au premier alinéa et inscrits, suivant le cas, avant la publication de la demande en justice tendant à obtenir cette résiliation ou avant la publication de l'acte ou de la convention la constatant, ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue pour l'expiration du bail.

[438] Ibid.

[439] Ibid.

- กรณีสัญญาเช่าได้ให้สิทธิแก่ผู้เช่าในการซื้อที่ดินที่เช่าภายใต้ข้อกำหนดเรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของบ้านในโครงการบ้านของรัฐ (l'accession sociale à la propriété) ตามที่ระบุไว้ในมาตรา R443-1 ถึง มาตรา R443-9 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) และผู้เช่าเลือกใช้สิทธิซื้อที่ดินดังกล่าว กรณีถือว่าการเช่าสิ้นสุดลงในวันที่มีการซื้อขายที่ดินนั้น[441]

3.3.3 ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) และสัญญาเช่าระยะยาว(Emphytéotique)

1) ความเหมือน

การเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) และการเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ผู้ให้เช่าได้มอบทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการใช้สอยทรัพย์ที่เช่า (un droit réel immobilier de jouissance) ให้แก่ผู้เช่า ในขณะเดียวกันผู้ให้เช่าก็ยังคงเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ โดยอาจมีกำหนดเวลาการเช่าตั้งแต่ 18 ปี จนถึง 99 ปี โดยสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวทั้งสองประเภทนี้ไม่อาจต่อสัญญาโดยปริยาย หากจะต้องกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น

เมื่อสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) และสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ได้มีการจดทะเบียนที่สำนักงานทะเบียนที่ดิน ย่อมเป็นเหตุให้ผู้เช่าได้มาซึ่งทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการใช้สอยทรัพย์ที่เช่า (un droit réel immobilier de jouissance) ซึ่งทรัพยสิทธิเช่นว่านี้อาจนำไปจำนอง หรือโอนให้แก่ผู้อื่นต่อไปได้ และอาจถูกยึดเพื่อบังคับคดีได้เหมือนอสังหาริมทรัพย์อื่น

2) ความแตกต่าง

---

[440] Code de la construction et de l'habitation Article L251-7. Si pendant la durée du bail les constructions sont détruites par cas fortuit ou force majeure, la résiliation peut, à la demande de l'une ou l'autre partie, être prononcée par décision judiciaire, qui statue également sur les indemnités qui pourraient être dues.

[441] Code de la construction et de l'habitation Article L251-1. Toutefois, lorsque le bail prévoit une possibilité d'achat du terrain par le preneur dans le cadre d'une opération d'accession sociale à la propriété dans les conditions prévues par la section 1 du chapitre III du titre IV du livre IV du présent code et que le preneur lève l'option, le bail prend fin à la date de la vente, nonobstant les dispositions du troisième alinéa.

ผู้เช่าตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มีหน้าที่ในการสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้ให้เช่า และมีหน้าที่ดูแลรักษาและซ่อมบำรุงอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นให้อยู่ในสภาพดีตลอดระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาเช่า ในขณะที่สัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ผู้เช่ามีอิสระที่จะเลือกว่าเขาจะสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้ให้เช่าหรือไม่ โดยหากสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) มีข้อกำหนดให้ผู้เช่ามีหน้าที่สร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้ให้เช่าจะถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)[442]

ในสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ผู้เช่ามีอิสระที่จะเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของการเช่าได้เสมอ ในขณะที่สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) จำกัดวัตถุประสงค์ของการเช่าเพื่อการสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่เช่าเท่านั้น[443]

3.4 การนำสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มาจำนอง

ตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน สิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ต่างเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติและรับรองให้มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ (droit réel immobilier) อาจโอนให้กันได้ และอาจนำไปจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ได้ ทั้งนี้กรณีสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) เป็นไปตามมาตรา L451-1 แห่งประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime)[444] และกรณีสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เป็นไปตามมาตรา L251-3 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation)[445]

---

[442] "Contrat De Bail À Construction." "Contrat De Bail À Construction."

[443] Ibid.

[444] Code rural et de la pêche maritime Article L451-1. Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

[445] Code de la construction et de l'habitation Article L251-3. Ce droit peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอันเป็นบทบัญญัติทั่วไปพบว่า เมื่อสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ (droit réel immobilier) ย่อมทำให้สิทธิดังกล่าวเป็นอสังหาริมทรัพย์ (immeubles) ประเภทหนึ่งที่เรียกว่า Les immeubles par l'objet ตามมาตรา 526 กรณีจึงสามารถนำบทบัญญัติเรื่องการประกันหนี้บนอสังหาริมทรัพย์ (Des sûretés sur les immeubles) ในเรื่องการจำนอง (hypothèques) ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาใช้บังคับได้

มากไปกว่านั้นมาตรา 2388 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ยังได้กำหนดให้ทรัพยสิทธิทั้งหลาย (droits réels immobiliers) ซึ่งอาจแลกเปลี่ยนกันได้ในทางการค้าสามารถนำไปจำนองได้[446] ดังนั้นทั้งสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ก็อาจนำไปจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ได้ตามบริบทกฎหมายดังกล่าว

3.4.1 หลักเกณฑ์การนำสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) มาจำนอง

เนื่องจากประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) ซึ่งบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) ซึ่งบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การนำสิทธิอันเป็นทรัพยสิทธิเหล่านี้มาจำนองเป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องนำหลักเกณฑ์การจำนองทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาใช้บังคับ

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ผู้เช่าซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิอาจนำไปจำนองโดยการทำสัญญาเป็นหนังสือกับเจ้าหนี้เพื่อจำนองสิทธิดังกล่าว การจำนองรูปแบบนี้เรียกว่า การจำนองโดยผลของสัญญา

---

[446] Code Civil des Francais Article 2388. Sont susceptibles d'hypothèques tous les droits réels immobiliers qui sont dans le commerce.

(hypothèque conventionnelle) โดยในสัญญาจำนองนี้มีสาระสำคัญคือผู้เช่าหรือผู้จำนองตกลงที่จะมอบสิทธิตามสัญญาเช่าให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ประธาน

อนึ่งสัญญาจำนองต้องมีรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนด (forme authentique) กล่าวคือมีการกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาภายใต้ระเบียบการจดทะเบียนที่ดิน (formalités de la publicité foncière)[447] และการทำสัญญาจำนองนั้นผู้จำนองและผู้รับจำนองจะต้องลงนามสัญญาต่อหน้าทนายความ (par acte notarié) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 2409 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[448] นอกจากนี้เพื่อให้การประกันหนี้มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกคู่สัญญาจะต้องนำสัญญาจำนองดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อสำนักงานที่ดิน (service de la publicité foncière) โดยต้องระบุทรัพย์ที่นำมาเป็นประกัน จำนวนหนี้ และวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ[449]

เมื่อการจดทะเบียนสมบูรณ์ครบถ้วนแล้วย่อมทำให้การจำนองมีผลผูกพันบุคคลภายนอกและทำให้เจ้าหนี้ผู้เอาประกันเกิดสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ซึ่งเป็นหลักประกันนั้นก่อนเจ้าหนี้รายอื่น (le droit de preference) นอกจากนี้แม้ว่าสิทธิตามสัญญาเช่านั้นจะได้โอนไปยังบุคคลอื่นแล้วก็ตาม แต่สิทธิจำนองเช่นว่านี้ก็จะตกติดไปกับสิทธิตามสัญญาเช่าดังกล่าวด้วย[450] ซึ่งมีความคล้ายกับมาตรา 702 เรื่องจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

3.4.2 สิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

เมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนองจะมีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีทรัพยสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง กล่าวคือ เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองในการได้รับชำระหนี้จากสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองก่อนเจ้าหนี้รายอื่น (droit de preference) กล่าวคือ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมี

---

[447] Bulletin Officiel des Finances Publiques, "Rec - Sureties and Guarantees of Collection - Common Law of Mortgages - Effects of the Registration of a Mortgage and Possible Consequences," [Online] Accessed: 20 November 2022. Available from: https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1786-PGP.html/identifiant%3DBOI-REC-GAR-10-20-10-40-20181228

[448] Code Civil des Francais Article 2409. L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié.

[449] F. H. Lawson, A. E. A., L. Neville Brown, Introduction to French Law.p. 126.

[450] Ibid.

สิทธิดำเนินการบังคับจำนองเพื่อนำสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ออกขาย และได้รับชำระหนี้จากการขายสิทธิเช่นว่านั้นก่อนเจ้าหนี้รายอื่นซึ่งไม่มีหลักประกัน ทั้งนี้แม้ว่าสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองจะได้โอนไปให้แก่บุคคลอื่นแล้ว แต่สิทธิจำนองยังคงอยู่และจะตกติดไปกับสิทธิดังกล่าวที่จำนอง[451]

กรณีมีเจ้าหนี้ผู้รับจำนองหลายคน ไม่ว่าจะเป็นการจำนองตามผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การจำนองที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาล หรือการจำนองที่เกิดขึ้นจากข้อตกลง ลำดับที่จะได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละรายย่อมเป็นไปตามวันและเวลาที่ได้มีการจดทะเบียนตามรูปแบบและตามที่กฎหมายกำหนดไว้[452]

3.4.3 ระยะเวลาการจำนอง (La durée de validité de l'inscription d'hypothèque)

มาตรา 2429 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดระยะเวลาการจำนองไว้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[451] Ibid.

[452] Code Civil des Francais Article 2418 Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.

Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures.

Lorsque plusieurs inscriptions sont prises le même jour relativement au même immeuble, leur rang respectif est déterminé comme suit, quel que soit l'ordre qui résulte du registre prévu à l'article 2447:

-l'inscription d'une hypothèque légale est réputée d'un rang antérieur à celui de l'inscription d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle ; et s'il y a plusieurs inscriptions d'hypothèques légales, elles viennent en concurrence, sauf s'il s'agit de l'hypothèque spéciale du vendeur et de l'hypothèque spéciale du prêteur de deniers, la première étant réputée antérieure à la seconde;

-en présence de plusieurs inscriptions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires, celle qui est prise en vertu du titre portant la date la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur; et si les titres ont la même date, elles viennent en concurrence.

(1) กรณีได้มีการระบุวันครบกำหนดชำระหนี้หรือวันครบกำหนดชำระหนี้วันสุดท้าย การจำนองจะมีผลไม่เกิน 1 ปีนับแต่วันครบกำหนดชำระหนี้หรือวันครบกำหนดชำระหนี้วันสุดท้าย แต่อย่างไรก็ตามระยะเวลาการจำนองจะต้องไม่เกิน 50 ปีนับแต่วันจดทะเบียน[453] ยกตัวอย่างเช่น

ก. หนี้ประธานครบกำหนดเวลาชำระในวันที่ 31 ธันวาคม 2565 การจำนองจะมีผลจนถึงไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2566

ข. กรณีจดทะเบียนจำนองตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2535 หนี้ประธานครบกำหนดเวลาชำระในวันที่ 1 มกราคม 2585 การจำนองจะมีผลจนถึงไม่เกินวันที่ 1 มกราคม 2585 กล่าวคือ ไม่เกิน 50 ปีนับแต่วันจดทะเบียนจำนอง

(2) กรณีไม่ได้มีการระบุวันครบกำหนดชำระหนี้หรือวันครบกำหนดชำระหนี้วันสุดท้าย การจำนองจะมีผลไม่เกิน 50 ปีนับแต่วันจดทะเบียน[454] ยกตัวอย่างเช่น จดทะเบียนจำนองตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2535 โดยไม่ได้กำหนดวันชำระหนี้ การจำนองจะมีผลจนถึงไม่เกินวันที่ 1 มกราคม 2585 กล่าวคือ ไม่เกิน 50 ปีนับแต่วันจดทะเบียนจำนอง

(3) กรณีวันครบกำหนดชำระหนี้หรือวันครบกำหนดชำระหนี้วันสุดท้ายเกิดขึ้นก่อนหรือพร้อมกับวันจดทะเบียนจำนอง การจำนองจะมีผลไม่เกิน 10 ปีนับแต่วันจดทะเบียน[455] ยกตัวอย่าง

---

[453] Code Civil des Francais Article 2429. Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années.

Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 315-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une clause de rechargement prévue à l'article 2416, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité.

Si l'échéance ou la dernière échéance est antérieure ou concomitante à l'inscription, la durée de l'inscription est au plus de dix années au jour de la formalité.

Lorsque la sûreté garantit plusieurs créances et que celles-ci sont telles que plusieurs des trois alinéas précédents sont applicables, le créancier peut requérir soit, pour chacune d'elles, des inscriptions distinctes, soit une inscription unique pour l'ensemble jusqu'à la date la plus éloignée. Il en est de même lorsque le premier de ces trois alinéas étant seul applicable, les différentes créances ne comportent pas les mêmes échéances ou dernières échéances.

[454] Ibid.

[455] Ibid.

เช่น นาย ก กู้เงินนาย ข ตั้งแต่ปี 2560 ครบกำหนดชำระหนี้วันที่ 31 ธันวาคม 2564 โดยในวันที่ 31 ธันวาคม 2564 นาย ข เจ้าหนี้ทราบว่านาย ก ไม่มีความสามารถในการชำระหนี้คืน และทราบว่านาย ก มีสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) จึงขอให้ทำสัญญาจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) นั้นเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ และจดทะเบียนจำนองในวันเดียวกัน กรณีดังกล่าวการจำนองจะมีผลจนถึงไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2574 กล่าวคือไม่เกิน 10 ปีนับแต่วันจดทะเบียน

ทั้งนี้เมื่อครบกำหนดระยะเวลาการจำนองตามข้อ (1) – (3) การจดทะเบียนย่อมสิ้นสุดลงทันที เว้นแต่ได้มีการต่ออายุการจดทะเบียนก่อนครบกำหนดดังกล่าว[456]

3.4.4 ความระงับไปซึ่งการจำนอง

ตามมาตรา 2474 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส การจำนองสิ้นสุดลงด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1) เมื่อหนี้ประธานที่ประกันไว้ระงับสิ้นไป (extinction de l'obligation principale)

2) เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้สละสิทธิการจำนองให้แก่ผู้จำนอง (renonciation)

3) เมื่อมีการปลดจำนอง (purge)

4) กรณีเป็นการประกันหนี้ในอนาคตซึ่งไม่กำหนดระยะเวลา ผู้จำนองอาจยกเลิกการจำนองเมื่อใดก็ได้ แต่จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 เดือน โดยเมื่อบอกกล่าวยกเลิกแล้วการจำนองจะยังคงมีผลเป็นการประกันหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการบอกกล่าวเท่านั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.4.5 การสิ้นสุดของการจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)

บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ในประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l’habilitation) ได้บัญญัติเหตุแห่งการสิ้นสุดของการจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เอาไว้

---

[456] Code Civil des Francais Article 2430. L'inscription cesse de produire effet si elle n'a pas été renouvelée au plus tard à la date visée au premier alinéa de l'article 2429.

Chaque renouvellement est requis jusqu'à une date déterminée. Cette date est fixée comme il est dit à l'article 2429 en distinguant suivant que l'échéance ou la dernière échéance, même si elle résulte d'une prorogation de délai, est ou non déterminée et qu'elle est ou non postérieure au jour du renouvellement.
Le renouvellement est obligatoire, dans le cas où l'inscription a produit son effet légal, notamment en cas de réalisation du gage, jusqu'au paiement ou à la consignation du prix.

เป็นการเฉพาะหรือเป็นการเพิ่มเติมจากเหตุแห่งการสิ้นสุดของจำนองกรณีทั่วไปตามมาตรา 2474 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L251-6 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่ากรณีกฎหมายว่าด้วยเรื่องสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) ไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้

การจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ย่อมสิ้นสุดลงเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

1) เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)[457]

2) กรณีสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ได้ให้สิทธิแก่ผู้เช่าในการซื้อที่ดินที่เช่าภายใต้ข้อกำหนดเรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของบ้านในโครงการบ้านของรัฐ (l'accession sociale à la propriété) ตามที่ระบุไว้ในมาตรา R443-1 ถึง มาตรา R443-9 แห่งประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) และผู้เช่าเลือกใช้สิทธิซื้อที่ดินดังกล่าว กรณีนี้ถือว่าการจำนองซึ่งได้จดทะเบียนก่อนใช้สิทธิซื้อที่ดินจะยังไม่สิ้นสุดแม้สัญญาเช่าจะสิ้นสุดเนื่องจากผู้เช่าใช้สิทธิซื้อตามมาตรา L251-1 โดยกฎหมายกำหนดให้การจำนอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[457] Code de la construction et de l'habitation Article L251-6. Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail sauf pour les contrats de bail de locaux d'habitation.

Cependant, lorsque le bail prévoit une possibilité d'achat du terrain par le preneur dans le cadre d'une opération d'accession sociale à la propriété et que le preneur lève l'option conformément au quatrième alinéa de l'article L. 251-1, les privilèges et hypothèques du chef du preneur inscrits avant la levée de l'option ne s'éteignent pas à l'expiration du bail mais conservent leurs effets, jusqu'à leur date d'extinction, sur l'immeuble devenu la propriété du constituant. Ils s'étendent de plein droit au terrain et peuvent garantir les prêts consentis pour l'acquisition dudit terrain.

Par ailleurs, si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques mentionnés au premier alinéa et inscrits, suivant le cas, avant la publication de la demande en justice tendant à obtenir cette résiliation ou avant la publication de l'acte ou de la convention la constatant, ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue pour l'expiration du bail.

ยังคงมีผลอยู่จนกว่าจะครบกำหนดระยะเวลาจำนอง อีกทั้งมาตรา L251-6 วรรคสอง ยังได้กำหนดให้จำนองคงยังมีผลอยู่เหนือบ้านบนที่ดิน และขยายไปถึงที่ดินด้วย[458]

3) กรณีสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) สิ้นสุดโดยคำพิพากษาของศาล และมีการจดทะเบียนจำนองก่อนที่จะมีการประกาศแถลงการณ์พิจารณาคดีเพื่อขอเลิกสัญญาเช่า การจำนองย่อมสิ้นสุดลงในวันเดียวกันกับวันที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้แต่แรกสำหรับการครบกำหนดเวลาของสัญญาเช่านั้น[459]

4) กรณีสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) สิ้นสุดโดยการตกลงของคู่สัญญา และมีการจดทะเบียนจำนองก่อนที่จะมีการประกาศแถลงข้อตกลงว่ามีการเลิกสัญญาเช่า การจำนองย่อมสิ้นสุดลงในวันเดียวกันกับวันที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้แต่แรกสำหรับการครบกำหนดเวลาของสัญญาเช่านั้น[460]

3.5 การบังคับจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)

กรณีที่ลูกหนี้ได้จำนองสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ไว้เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้กับเจ้าหนี้ และไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด เจ้าหนี้มีสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.5.1 มีสิทธิยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง (Droit de saisir l'immeuble hypothéqué)

เจ้าหนี้ผู้รับจำนองซึ่งไม่ได้รับชำระหนี้เมื่อครบกำหนดเวลา อาจดำเนินการขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองตามเงื่อนไขและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งฝรั่งเศส (Code des procédures civiles d'exécution) ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 2450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[461]

---

[458] Ibid.

[459] Ibid.

[460] Ibid.

[461] Code Civil des Francais Article 2450

ในกรณีที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่รับจำนองไว้เขาจะต้องดำเนินการเพื่อยึดสิทธิ (saisie du bien immobilier) ดังกล่าวก่อน โดยเจ้าหนี้อาจเริ่มกระบวนการยึดสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ของลูกหนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้ร้องขอต่อศาลเพื่อให้ออกเอกสารที่เรียกว่า titre exécutoire ซึ่งได้แก่ เอกสารที่พิสูจน์ว่าหนี้ประธานถึงกำหนดเวลาชำระหนี้แล้ว[462] ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L. 311-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งฝรั่งเศส (Code des procédures civiles d'exécution)[463] โดยเมื่อศาลได้ทำคำสั่งและออกเอกสาร titre exécutoire เจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมสามารถสั่งการให้เจ้าพนักงานยึดทรัพย์ (l'huissier) ไปดำเนินการยึดสิทธิดังกล่าวได้[464]

การดำเนินการยึดสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองนั้นมีผลเป็นการห้ามและจำกัดสิทธิในการใช้สอยและการจัดการอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L321-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งฝรั่งเศส (Code des procédures civiles d'exécution)[465] ยกตัวอย่างเช่น เมื่อเริ่มกระบวนการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง กล่าวคือ สิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ลูกหนี้ก็ไม่อาจขายหรือโอนสิทธิดังกล่าวไปให้บุคคลอื่นได้[466] หากกรณีลูกหนี้ผู้เช่าได้มีการนำอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปให้บุคคลอื่นเช่าช่วง การยึดสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง

Le créancier hypothécaire impayé peut poursuivre la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger.

[462] Raphaël Morenon, "Je Fais L'objet D'une Procédure De Saisie Immobilière : Comment Puis-Je Me Défendre ?," [Online] Accessed: 2 November 2022. Available from: https://www.lextant-avocats.com/fr/actualites/id-40-procedure-saisie-immobiliere-se-defendre

[463] Code des procédures civiles d'exécution Article L. 311-2. Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut procéder à une saisie immobilière dans les conditions fixées par le présent livre et par les dispositions qui ne lui sont pas contraires du livre Ier.

[464] Morenon, R., "Je Fais L'objet D'une Procédure De Saisie Immobilière : Comment Puis-Je Me Défendre ?"

[465] Code des procédures civiles d'exécution Article L. 321-2. L'acte de saisie rend l'immeuble indisponible et restreint les droits de jouissance et d'administration du saisi.

Celui-ci ne peut ni aliéner le bien ni le grever de droits réels sous réserve des dispositions de l'article L. 322-1.

A moins que le bien soit loué, le saisi en est constitué séquestre sauf à ce que les circonstances justifient la désignation d'un tiers ou l'expulsion du débiteur pour cause grave.

[466] Ibid.

(Bail à construction) จะรวมไปถึงค่าเช่านั้นด้วย ฉะนั้นลูกหนี้จะไม่มีสิทธิในค่าเช่าที่ได้มาจากการเป็นผู้ทรงสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) นั้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L321-3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งของฝรั่งเศส (Code des procédures civiles d'exécution)[467]

ในการดำเนินการยึดสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) นั้นเจ้าพนักงานยึดทรัพย์ (l'huissier) จะมีคำบอกกล่าวเป็นหนังสือไปถึงลูกหนี้กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือผู้ทรงสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เพื่อให้ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา 8 วัน ทั้งนี้คำบอกกล่าวเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้เช่นนี้เรียกว่า un commandement de payer[468]

หากลูกหนี้สามารถชำระหนี้ครบถ้วนได้ภายในกำหนดเวลา กระบวนการยึดอสังหาริมทรัพย์ย่อมสิ้นสุดลงทันที แต่หากลูกหนี้ไม่อาจชำระหนี้ได้ภายในกำหนดเวลาพนักงานยึดทรัพย์ (l'huissier) ก็จะดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่ยึดต่อไป[469] โดยการขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่ยึดมานั้นอาจเป็นการขายนอกศาล (Vente amiable) โดยได้รับอนุญาตจากศาล หรืออาจเป็นการขายโดยวิธีการขายทอดตลาด (Vente force) ก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา L322-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งฝรั่งเศส (Code des procédures civiles d'exécution)[470]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1) การขายตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน (Vente amiable)

ลูกหนี้อาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน (Vente

---

[467] Code des procédures civiles d'exécution Article L. 321-3. L'acte de saisie d'un immeuble emporte saisie de ses fruits, sauf l'effet d'une saisie antérieure.

[468] Ibid.

[469] Ministère de l'Intérieur, "Saisie Immobilière," [Online] Accessed: 8 November 2022. Available from: https://www.demarches.interieur.gouv.fr/particuliers/saisie-immobiliere

[470] Code des procédures civiles d'exécution Article L. 322-1. Les biens sont vendus soit à l'amiable sur autorisation judiciaire, soit par adjudication.

amiable) แทนการขายทอดตลาด (Vente force) ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา R322-20 แห่งประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งฝรั่งเศส (Code des procédures civiles d'exécution)[471]

กรณีศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ลูกหนี้สามารถขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน ศาลจะกำหนดราคาขั้นต่ำที่สิทธินั้นอาจขายได้ โดยเมื่อขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ได้แล้วเงินที่ได้จากการขายจะถูกส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้จำนอง (mortgagee) เพื่อเป็นการชำระหนี้ในลำดับแรก โดยหากมีเจ้าหนี้จำนองรายถัดไปเงินที่ได้จากการขายนั้นก็จะถูกในไปชำระหนี้ตามลำดับ กรณีที่ได้ราคาขายสูงกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระลูกหนี้ย่อมมีสิทธิในเงินส่วนที่เหลือนั้น แต่กรณีที่ได้ราคาขายน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ต้องชำระในจำนวนหนี้ที่ขาดต่อไป[472]

2) การขายทอดตลาด (Vente force)

เมื่อศาลมีคำสั่งให้ขายทอดตลาดสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่ยึดมา ศาลจะกำหนดวันที่ขายทอดตลาดภายในสองถึงสี่เดือนนับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งนั้น หลังจากได้กำหนดการขายทอดตลาดแล้วเจ้าหนี้จะดำเนินการประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดในหนังสือพิมพ์เพื่อให้บุคคลภายนอกทราบ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังเป็นผู้กำหนดราคาขั้นต่ำในการประมูลสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่ยึดมาอีกด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ในวันขายทอดตลาด (Vente aux enchères) ผู้ที่มีความประสงค์จะซื้อสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) อาจทำการประมูลโดยผ่านทนายความของเขา ผู้ที่ให้ราคาครั้งสุดท้ายในการประมูลถือว่าเป็นผู้ซื้อสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือผู้ซื้อสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่ประมูล หากระหว่างการประมูลไม่มีการให้ราคาที่สูงกว่าราคาที่เจ้าหนี้กำหนด

---

[471] Code des procédures civiles d'exécution Article R322-20. La demande tendant à la vente amiable de l'immeuble peut être présentée et jugée avant la signification de l'assignation à comparaître à l'audience d'orientation sous réserve pour le débiteur de mettre en cause les créanciers inscrits sur le bien.

La décision qui fait droit à la demande suspend le cours de la procédure d'exécution à l'exception du délai imparti aux créanciers inscrits pour déclarer leur créance.

[472] l'Intérieur, M. d., "Saisie Immobilière."

เจ้าหนี้จะถูกประกาศเป็นผู้ซื้อสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือผู้ซื้อสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) นั้น

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการขายนอกศาล (Vente amiable) หรือการขายทอดตลาด (Vente force) จำนวนเงินซึ่งได้มาจากการขายสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองย่อมถูกนำไปชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ (aux créanciers chirographaires) กรณีมีเจ้าหนี้ผู้รับจำนองหลายคน เจ้าหนี้แต่ละรายจะได้รับชำระหนี้ตามลำดับที่ได้มีการจดทะเบียนจำนอง[473]

3.5.2 มีสิทธิเอาอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิได้ (Droit de se faire attribuer l'immeuble hypothéqué)

เจ้าหนี้ผู้รับจำนองอาจเลือกเอาสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) หลุดเป็นสิทธิของตนเพื่อเป็นการชำระหนี้ก็ได้ โดยสิทธิดังกล่าวอาจมีขึ้นได้จาก 2 กรณี

1) กรณีเจ้าหนี้ผู้รับจำนองร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการบังคับโอนสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองให้แก่ตนเพื่อเป็นการชำระหนี้ประธาน (lui demeure en paiement) ตามมาตรา 2451 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[474] หรือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

2) กรณีคู่สัญญาตกลงกันในสัญญาจำนองให้สิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองตกเป็น

---

[473] Code Civil des Francais Article 2450. Le créancier hypothécaire impayé peut poursuivre la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger.

Sur le prix de vente, il est payé par préférence aux créanciers chirographaires. S'il est en concours avec d'autres créanciers hypothécaires, il est payé au rang que lui assignent les articles 2418 à 2420.

[474] Code Civil des Francais Article 2451. Le créancier hypothécaire peut aussi demander en justice que l'immeuble, s'il ne constitue pas la résidence principale du constituant, lui demeure en paiement.

สิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ประธาน ตามมาตรา 2452 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[475]

อย่างไรก็ตามการเอาสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ไม่อาจใช้ได้กับกรณีสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักของลูกหนี้ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 2451 และมาตรา 2452 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ทั้งนี้ไม่ว่าการเอาสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้จะเป็นไปตามคำพิพากษาของศาลหรือตามผลของสัญญา จะต้องมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อประเมินราคาสิทธิดังกล่าว โดยการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นจะเป็นการแต่งตั้งโดยความตกลงกันของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือลูกหนี้และเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง หรือเป็นการแต่งตั้งโดยศาลก็ได้ ซึ่งในกรณีที่มูลค่าของสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) เกินกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระเจ้าหนี้ต้องใช้เงินส่วนที่เกินคืนให้แก่ลูกหนี้ เว้นแต่กรณีมีผู้รับจำนองรายอื่นๆ เงินส่วนที่เกินนั้นก็จะถูกแจกจ่ายให้แก่เจ้าหนี้ตามลำดับ[476] ส่วนกรณีที่มูลค่าของสิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) หรือสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ไม่เพียงพอกับจำนวนหนี้ที่ค้างชำระเจ้าหนี้ยังมีสิทธิในการได้รับชำระหนี้ส่วนที่เหลือนั้นอยู่[477]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[475] Code Civil des Francais Article 2452. Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur.

[476] Code Civil des Francais Article 2453

Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement.

Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne.

[477] Publiques, B. O. d. F., "Rec - Sureties and Guarantees of Collection - Common Law of Mortgages - Effects of the Registration of a Mortgage and Possible Consequences."

4. สรุป

จากที่ได้ศึกษาการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส พบว่าในแต่ละประเทศมีการวางข้อกำหนดหรือหลักการพิเศษในส่วนของการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้เอาไว้แตกต่างกัน เนื่องจากมีบริบทหรือเนื้อหาแห่งสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายอังกฤษมีสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เรียกว่า leasehold เป็นสิทธิการเช่าอย่างหนึ่งซึ่งผู้เช่า (leaseholder) มีสิทธิครอบครอง (rights of possession) และมีสิทธิใช้สอยที่ดินของเจ้าของที่ดิน (ผู้ให้เช่า) แต่เพียงผู้เดียว (exclusive possession) ภายในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่า โดยอาจเรียกได้ว่า leasehold ได้แก่ สิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดินของผู้อื่นในช่วงเวลาหนึ่งเวลาใด และเนื่องจาก leasehold มีการใช้กันอย่างแพร่หลายและมีความสำคัญเทียบเท่ากับกรรมสิทธิ์ (freehold) กฎหมายอังกฤษจึงได้กำหนดให้สามารถนำ leasehold มาประกันหนี้แบบ mortgage ได้และยังมีการกำหนดวิธีการประกันหนี้รูปแบบและผลของการบังคับหลักประกันกรณี leasehold ไว้เป็นการเฉพาะตามที่ได้กล่าวไปอีกด้วย

ส่วนในกฎหมายเยอรมันมีสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เรียกว่า Erbbaurecht ได้แก่ สิทธิที่ให้อำนาจบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนพื้นที่นั้นได้เพื่อเป็นการใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้น โดยกฎหมาย ErbbauRG ของประเทศเยอรมันได้บัญญัติให้สิทธิ Erbbaurecht เป็นสิทธิที่มีลักษณะเทียบเท่ากับที่ดิน (Grundstücksgleiche Rechte) และยังได้กำหนดให้สิทธิ “Erbbaurecht” เป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในเรื่องของทรัพยสิทธิอีกด้วย นอกจากนี้สิทธิ Erbbaurecht ยังเป็นสิทธิที่นำมาประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการจำนอง (Hypothek) หรือวิธีการประกันหนี้แบบ Grundschuld ก็ตาม โดยกฎหมาย ErbbauRG ได้มุ่งเน้นการวางข้อกำหนดในเรื่องการประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht เพื่อใช้ในการคำนวนจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้กรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกัน และได้มีการวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขกรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้โดยหนี้เงินที่เจ้าหนี้นำมาให้กู้มีลักษณะเป็นเงินลงทุนของผู้เยาว์ (Mündelgeld) ไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อมุ่งคุ้มครองเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันให้สามารถได้รับชำระหนี้จากสิทธิ Erbbaurecht ที่เป็นหลักประกันอย่างครบถ้วนที่สุด ส่วนหลักเกณฑ์การจำนองอื่นๆ นั้นเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้สิทธิ Erbbaurecht เป็นสิทธิที่เทียบเท่ากับที่ดิน (Grundstücksgleiche Rechte) กรณีจึงอาจนำหลักการจำนองทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับได้ตามที่ได้กล่าวไป

สำหรับในกฎหมายฝรั่งเศสมีสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เรียกว่า (1) สิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และ (2) สิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) โดยกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดให้สิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว (Emphytéotique) และสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ต่างเป็นสิทธิที่มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ (droit réel immobilier) อาจโอนให้กันได้ และอาจนำไปจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง (hypothèque)ได้ ทั้งนี้ประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la Construction et de l'habilitation) ซึ่งบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ได้มีข้อกำหนดในเรื่องเหตุแห่งการสิ้นสุดของการจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ไว้เป็นการเฉพาะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 5
วิเคราะห์ปัญหาในการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนอง

1. ความนำ

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 เกี่ยวกับความหมาย แนวคิดเบื้องต้น และสถานะทางกฎหมายของทรัพย์อิงสิทธิ และได้ทำการเปรียบเทียบทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิอย่างอื่นอันมีลักษณะใกล้เคียงทรัพย์อิงสิทธิ พบว่า ทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์อย่างหนึ่งเนื่องจากเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิเสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ อีกทั้งมีสิทธิดัดแปลงต่อเติม หรือปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ์ได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างภายในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผลยังตกเป็นของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอีกด้วย ทรัพย์อิงสิทธิอาจโอนให้แก่กัน อาจเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง และอาจตกทอดทางมรดกได้ ทั้งนี้แม้ทรัพย์อิงสิทธิจะถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ไขข้อจำกัดบางประการในกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ แต่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่สิทธิการเช่า เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้มีบ่อเกิดมาจากสัญญาเช่า แต่ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ทั้งนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฝ่ายเดียวอาจยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีคู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ อย่างไรก็ดีทรัพย์อิงสิทธิและสิทธิการเช่าต่างเป็นสิทธิทางเลือกของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ประสงค์จะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของตนด้วยตนเอง เขาก็อาจเลือกจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิบนอสังหาริมทรัพย์และโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะนำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์โดยการทำเป็นสัญญาเช่าก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามทรัพย์อิงสิทธิและสิทธิการเช่าให้ผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันตามที่ได้กล่าวไปในบทดังกล่าว

ในบทที่ 3 ได้ศึกษาเรื่องการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองตามกฎหมายไทย พบว่ามาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ได้กำหนดให้ทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ โดยในมุมของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ทรัพย์อิงสิทธิ” ก็ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่สามารถนำไปจำนองได้ตามมาตรา 703 เนื่องจาก

ทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินอย่างหนึ่งและเป็นสิทธิที่ผู้ทรงมีอยู่เหนือสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ จึงถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามความในมาตรา 139 อย่างไรก็ดี แม้ทรัพย์อิงสิทธิโดยสภาพจะมีลักษณะที่แตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่นำมาจำนองเป็นการปกติทั่วไป แต่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธิเอาไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ตามความเหมาะสมกับสภาพของทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้ในบทที่ 3 ผู้เขียนได้นำบทบัญญัติเรื่องการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายๆ เรื่องมาปรับใช้กับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ เช่น หลักเกณฑ์การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ สิทธิจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบเพียงใด สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนอง การบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ เป็นต้น และพบเห็นประเด็นปัญหาในการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองโดยผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ส่วนในบทที่ 4 ได้ศึกษาเรื่องการนำสิทธิตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีความคล้ายคลึงหรือใกล้เคียงกับทรัพย์อิงสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยพบว่าในแต่ละประเทศมีการวางข้อกำหนดหรือหลักการพิเศษในส่วนของการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้เอาไว้แตกต่างกัน เนื่องจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของแต่ละประเทศมีบริบทหรือเนื้อหาแห่งสิทธิที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายอังกฤษมุ่งเน้นการวางข้อกำหนดตั้งแต่วิธีการนำ leasehold มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ mortgage ไปจนถึงวิธีการและผลของการบังคับหลักประกันกรณี leasehold ส่วนกฎหมายเยอรมันมุ่งเน้นการวางข้อกำหนดในเรื่องของการประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht เพื่อใช้ในการคำนวนจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้กรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกัน และหลักเกณฑ์และเงื่อนไขกรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้กรณีหนี้เงินที่เจ้าหนี้นำมาให้กู้มีลักษณะเป็นเงินลงทุนของผู้เยาว์ (Mündelgeld) ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสมุ่งเน้นการวางข้อกำหนดในเรื่องเหตุแห่งการสิ้นสุดของการจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)

โดยในบทนี้ผู้เขียนจะได้นำประเด็นปัญหาเรื่องการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองทั้งหลายมาวิเคราะห์ต่อไป

2. ปัญหาอันเนื่องมาจากลักษณะทรัพย์อิงสิทธิที่ไม่มั่นคงและแน่นอน

จากที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่กฎหมายกำหนดและรับรองขึ้นให้เป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นในระยะเวลาที่กำหนด กล่าวคือ ไม่เกิน 30 ปี ซึ่ง

อสังหาริมทรัพย์ที่สามารถก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

ทั้งนี้ ทรัพย์อิงสิทธิเป็นเพียงสิทธิทางเลือก กล่าวคือ หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ประสงค์จะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของตนด้วยตนเอง เขาอาจเลือกจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิและโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ หรือหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เลือกที่จะไม่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เขาก็อาจนำอสังหาริมทรัพย์นั้นไปให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์โดยการทำเป็นสัญญาเช่าก็ได้

อนึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้น เช่น มีสิทธิอยู่อาศัย ใช้ประโยชน์ ดัดแปลงต่อเติมและสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ นำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลอื่นเช่า และได้มาซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น นอกจากนี้ทรัพย์อิงสิทธิยังมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิโดยสามารถโอนให้แก่กันได้ตกทอดทางมรดกได้ และยังสามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้อีกด้วย

จะเห็นได้ว่าทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่นำมาจำนองเป็นการปกติทั่วไป และโดยสภาพทรัพย์อิงสิทธินั้นย่อมระงับไปเมื่อครบระยะเวลาสิ้นสุดแห่งสิทธิตามที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์กำหนดส่งผลให้มูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิอาจลดลงเรื่อยๆ ตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของทรัพย์อิงสิทธิ หากเทียบกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้ง ทรัพย์อิงสิทธิย่อมมีมูลค่าที่น้อยกว่ามากเนื่องจากความไม่มั่นคงและแน่นอนของสิทธิ

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นอาจตั้งเป็นข้อสังเกตได้ว่า หากเจ้าหนี้ประสงค์จะรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิเพื่อประกันหนี้รายหนึ่งรายใด เจ้าหนี้ควรใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษและพิจารณาอย่างละเอียดรอบครอบเนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพย์สินรูปแบบใหม่และยังไม่เป็นที่นิยมหรือรู้จักมากนัก ประกอบกับมีแนวโน้มที่มูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิจะลดลงเรื่อยๆ ตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของทรัพย์อิงสิทธิ โดยหากเจ้าหนี้ไม่มีความรู้ความเข้าใจทรัพย์สินประเภททรัพย์อิงสิทธินี้อย่างถ่องแท้ มีความเป็นไปได้สูงที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิไม่ครบถ้วนเมื่อมีการบังคับจำนอง และหากเป็นเช่นนั้นการเลือกบังคับชำระหนี้ตามสัญญาประธานอาจเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้เสียมากกว่า ดังนั้นเจ้าหนี้ต้องทำการประเมินมูลค่าทรัพย์อิงสิทธิอย่างรอบคอบและทำการป้องกันความเสี่ยงจากการได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนโดยการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาจำนองให้มีความเหมาะสมกับลักษณะ

ของทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้ผู้เขียนจะเสนอแนะแนวทางในการป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวในข้อเสนอแนะ (บทที่ 6) ต่อไป

อนึ่งมีข้อสังเกตว่าในกฎหมายเยอรมันมีการวางหลักเกณฑ์การกำหนดจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้กรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ซึ่งมีที่มาจากการเอาทรัพย์สินของผู้เยาว์มาลงทุนไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ในกรณีดังกล่าวจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้จะต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht โดยปัจจัยที่นำมาพิจารณามูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht ได้แก่ มูลค่าของอาคารสิ่งก่อสร้าง (Bauwert) บนที่ดิน ประมาณการค่าเช่ารายปีซึ่งต้องมีการหักค่าใช้จ่าย และสภาวะเศรษฐกิจในขณะนั้น เป็นต้น นอกจากนี้กฎหมายเยอรมันยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติว่าด้วยการประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht ไว้เป็นการเพิ่มเติมอีกด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามImmobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV) และWertermittlungsrichtlinien (WertR 06) ทั้งนี้จากหลักเกณฑ์ข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าอาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้กรณีนำทรัพย์อิงสิทธิมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามกฎหมายไทย

3. ปัญหาว่าการจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือไม่

โดยหลักแล้วโรงเรือนเป็นส่วนควบของที่ดินซึ่งโรงเรือนนั้นตั้งอยู่ ดังนั้นเจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนบนที่ดินของเขา ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีข้อยกเว้นคือกรณีผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ใช้สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนบนที่ดินย่อมมีผลทำให้โรงเรือนนั้นไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นโรงเรือนจึงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ปลูกสร้างในระยะเวลาที่เขามีสิทธิอันสอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 11 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ซึ่งได้กำหนดให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผลอยู่

เมื่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นใหม่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ดังนั้นในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิยังมีผลอยู่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็อาจเอาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเช่นว่านี้ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 705 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ดีกรณีที่ผู้

ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้เอาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไปจำนองแต่ได้เอาทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองเพียงอย่างเดียวนั้นก็มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะครอบไปถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่

โดยในประเด็นนี้พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 718 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบททั่วไปมาพิจารณาซึ่งมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า “จำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์ทั้งปวงอันติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง แต่ต้องอยู่ภายในบังคับซึ่งท่านจำกัดไว้ในสามมาตราต่อไปนี้” ดังนั้นการจะพิจารณาว่าจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือไม่นั้น กรณีต้องพิจารณาเสียก่อนว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างถือเป็นทรัพย์ซึ่งติดพันอยู่กับทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่

คำว่า “ทรัพย์ทั้งปวงอันติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง” มีความหมายอย่างไร จำต้องติดพันในลักษณะของส่วนควบหรือไม่ หรือติดพันในลักษณะใด โดยในเรื่องนี้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยวางแนวไว้ว่าการจะให้สิทธิจำนองครอบไปถึงทรัพย์สิ่งใดต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์นั้นติดอยู่กับทรัพย์สินที่จำนองในลักษณะส่วนควบ[478] อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าทรัพย์ที่ติดพันอยู่กับทรัพย์สินที่จำนอง ไม่จำต้องติดพันในลักษณะส่วนควบ อาจติดพันในลักษณะอื่นที่แน่นหนาถาวรพอควร ก็ถือว่าสิทธิจำนองครอบไปถึง เช่น จำนองบ้านสิทธิจำนองย่อมครอบไปถึงครัว โรงรถ อ่างล้างหน้าซึ่งติดอยู่กับตัวบ้านเพราะติดพันกันอยู่[479]

หากตีความคำว่า “ติดพัน” ว่าหมายถึง กรณีทรัพย์ติดอยู่กับทรัพย์สินที่จำนองในลักษณะส่วนควบ กรณีจะต้องพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นส่วนควบกับทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ ซึ่งจากที่ได้กล่าวไปในตอนต้นว่าตามหลักการทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นส่วนควบของที่ดิน เจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนบนที่ดินของเขา แต่มีข้อยกเว้นคือกรณีผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ใช้สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้นย่อมมีผลทำให้โรงเรือนไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินเท่านั้น ดังนั้นแม้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นใหม่จะไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ แต่ก็ไม่อาจตีความได้ว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นส่วนควบของทรัพย์อิงสิทธิ เนื่องจากหลักการเรื่องส่วน

---

[478] สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 68.

[479] ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ.หน้า 82.

ควบตามมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นกรณีส่วนควบของทรัพย์เท่านั้น กรณีจึงไม่อาจนำมาใช้กับทรัพย์อิงสิทธิซึ่งเป็นทรัพยสิทธิประเภทหนึ่งได้

อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่าในกฎหมายเยอรมันได้มีการกำหนดให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้สร้างขึ้นนั้นตกเป็นส่วนควบ (wesentlicher Bestandteil) ของสิทธิ Erbbaurecht โดยมีผลทำให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 12 แห่งกฎหมาย ErbbauRG อันเป็นการยกเว้นหลักการทั่วไปตามมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งกำหนดให้สิ่งปลูกสร้างหรืออาคารย่อมเป็นส่วนควบของที่ดิน

หากตีความคำว่า “ติดพัน” ว่าหมายถึง การติดพันในลักษณะอื่นที่แน่นหนาถาวรพอควร กรณีต้องพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นใหม่มีการติดพันกับทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองในทางกายภาพหรือในทางข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นการแน่นหนาถาวรพอควรหรือไม่ โดยกรณีนี้สามารถกล่าวได้เลยว่า โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นใหม่ย่อมไม่มีลักษณะติดพันกับทรัพย์อิงสิทธิในทางกายภาพหรือในทางข้อเท็จจริงอันเป็นการแน่นหนาถาวรพอควรแต่อย่างใด เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่กฎหมายสมมติขึ้นมา ไม่ใช่ทรัพย์อันมีรูปร่าง จึงไม่อาจมีการติดกันหรือติดพันกับทรัพย์อื่นใดในทางกายภาพหรือในทางข้อเท็จจริงได้

อนึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า คำว่า “ติดพัน” ในมาตรา 718 ซึ่งเป็นบททั่วไปนั้นไม่จำต้องเป็นการติดพันกันในลักษณะส่วนควบหรือในลักษณะที่แน่นหนาถาวร โดยมีข้อสังเกตว่ามาตรา 721 ซึ่งเป็นบทยกเว้นของมาตรา 718 กำหนดให้ “จำนองไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง เว้นแต่ในเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองหรือผู้รับโอนแล้วว่าตนจำนงจะบังคับจำนอง” ดังนั้นเมื่อผู้รับจำนองบอกกล่าวบังคับจำนอง จำนองย่อมครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า “ดอกผล” ถือเป็นทรัพย์อันติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนองตามนัยมาตรา 718 ประกอบมาตรา 721 ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นดอกผลธรรมดาหรือดอกผลนิตินัยหาใช่ส่วนควบของทรัพย์สินที่จำนองหรือเป็นทรัพย์ที่มีการติดพันกับทรัพย์สินที่จำนองในลักษณะที่แน่นหนาถาวรไม่ จึงพิจารณาได้ว่า คำว่า “ติดพัน” ในมาตรา 718 ไม่จำต้องเป็นการติดพันกันในลักษณะส่วนควบหรือในลักษณะที่แน่นหนาถาวร

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเสนอว่าหากจะนำมาตรา 718 มาปรับใช้กับกรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ จะต้องตีความคำว่า “ติดพัน” ให้มีความหมายที่กว้างกว่าการติดพันกันในลักษณะส่วนควบหรือ

ในลักษณะที่แน่นหนาถาวร โดยให้ตีความว่า โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นใหม่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้นถือเป็นทรัพย์อัน “ติดพัน” กับทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้สิทธิจำนองครอบไปถึง เนื่องจากหากปราศจากทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่อาจสร้างบ้านหรือโรงเรือนขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นได้ การติดพันในแง่นี้จึงหมายถึง การที่โรงเรือนสร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจของทรัพย์อิงสิทธินั่นเอง นอกจากนี้ทั้งทรัพย์อิงสิทธิและโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวต่างก็มีเจ้าของคนเดียวกันกล่าวคือ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ จึงไม่ใช่กรณีเจ้าของต่างคนกันแต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า เมื่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นใหม่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ถือเป็นทรัพย์อันติดพันกับทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้สิทธิจำนองครอบไปถึง กรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ถูกสร้างขึ้นก่อนหรือภายหลังการจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะมีผลที่แตกต่างกันหรือไม่

ประการที่ 1 กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไว้อยู่ก่อนแล้ว และต่อมาผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้เอาทรัพย์อิงสิทธิบนอสังหาริมทรัพย์นั้นไปจำนอง สิทธิจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะครอบไปถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวด้วยหรือไม่ โดยกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า อาจนำบทบัญญัติมาตรา 718 ซึ่งเป็นบททั่วไปมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้ กล่าวคือ สิทธิจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมครอบไปถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิก่อนวันจำนอง ทั้งนี้เป็นไปตามที่ได้พิจารณาไปแล้วก่อนหน้า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ประการที่ 2 กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนอง หลังจากนั้นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ จำนองทรัพย์อิงสิทธิจะครอบไปถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวด้วยหรือไม่ โดยกรณีนี้มีประเด็นว่าจะนำบทบัญญัติมาตรา 719 ว่าด้วยการจำนองที่ดินไม่ครอบไปถึงโรงเรือนที่สร้างหลังจำนอง[480] ซึ่งเป็นบทยกเว้นของมาตรา 718 มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เนื่องจากมีหลักการบางอย่างที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ในวันที่มีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิยังไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง

---

[480] ประมวลกฎหมายแพงและพาณิชย์ มาตรา 719 บัญญัติไว้ว่า “จำนองที่ดินไม่ครอบไปถึงเรือนโรงอันผู้จำนองปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง เว้นแต่จะมีข้อความกล่าวไว้โดยเฉพาะในสัญญาว่าให้ครอบไปถึง

แต่กระนั้นก็ดี ผู้รับจำนองจะให้ขายเรือนโรงนั้นรวมไปกับที่ดินด้วยก็ได้แต่ผู้รับจำนองอาจใช้บุริมสิทธิของตนได้เพียงแก่ราคาที่ดินเท่านั้น”

บนที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเนื่องจากยังไม่ได้มีการดำเนินการก่อสร้างใดๆ จำนองทรัพย์อิงสิทธิจึงไม่ควรครอบไปถึงทรัพย์ที่เกิดขึ้นภายหลังการจำนองเช่นเดียวกับกรณีการจำนองที่ดินที่ยังไม่มีการก่อสร้างโรงเรือนการจำนองที่ดินจะไม่ครอบไปถึงโรงเรือนที่สร้างขึ้นภายหลังจำนอง โดยหากสามารถนำตามมาตรา 719 มาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ จะมีผลให้จำนองทรัพย์อิงสิทธิไม่ครอบไปถึงเรือนโรงอันผู้จำนองปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง เว้นแต่จะมีข้อความกล่าวไว้โดยเฉพาะในสัญญาว่าให้ครอบไปถึง อย่างไรก็ตาม การนำบทบัญญัติมาตรา 719 มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจถูกโต้แย้งได้ว่าไม่น่าจะถูกต้องตามหลักนิติวิธี เนื่องจากมาตรา 719 เป็นเพียงบทยกเว้นของมาตรา 718 เท่านั้น จึงไม่อาจนำมาอุดช่องว่างทางกฎหมายโดยอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้[481]

ดังนั้นไม่ว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะได้ถูกสร้างขึ้นก่อนหรือภายหลังการจำนอง การจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมครอบไปถึงตามความในมาตรา 718

4. ปัญหาว่าค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า ถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้จำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงเมื่อมีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 721 หรือไม่

จากที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 ว่าตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ (ภายใต้กำหนดระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิ) ก็ย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกันกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตัวจริงซึ่งรวมไปถึงการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า และมีสิทธิได้รับค่าเช่าจากการนั้น

ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือกรณีที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ และในขณะเดียวกันก็ได้นำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้บอกกล่าวบังคับจำนองแก่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิผู้จำนอง กรณีจะถือว่าค่าเช่าซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการที่ให้บุคคลอื่นมาใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้ง

---

[481] สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมาย ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558).หน้า 188.

ทรัพย์อิงสิทธิเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองอันจะส่งผลให้สิทธิจำนองครอบไปถึงตามมาตรา 721 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยหรือไม่

โดยมาตรา 721 บัญญัติไว้ว่า “จำนองไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง เว้นแต่ในเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองหรือผู้รับโอนแล้วว่าตนจำนงจะบังคับจำนอง” หมายความว่า สิทธิจำนองจะครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนองก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนองแก่ผู้จำนองแล้ว

ทั้งนี้ในการจะพิจารณาว่าค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองอันจะส่งผลให้สิทธิจำนองครอบไปถึงตามมาตรา 721 หรือไม่นั้นผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ดังนี้

ในเบื้องต้นผู้เขียนจะพิจารณาความหมายของคำว่า “ดอกผล” ตามมาตรา 148 ซึ่งอยู่ในบรรพ 1 เสียก่อน โดยตามมาตรา 148 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดอกผลหมายถึง “ดอกผลของทรัพย์ ซึ่งได้แก่ ดอกผลธรรมดาและดอกผลนิตินัย โดย “ดอกผลธรรมดา” หมายถึง สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของทรัพย์ซึ่งได้มาจากตัวทรัพย์โดยการมีหรือใช้ทรัพย์นั้นตามปกตินิยมและสามารถถือเอาได้เมื่อขาดจากทรัพย์นั้น เช่น ผลไม้ น้ำนม ขนสัตว์ เป็นต้น ส่วน “ดอกผลนิตินัย” หมายความว่า ทรัพย์หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่เจ้าของทรัพย์จากผู้อื่นเพื่อการที่ได้ใช้ทรัพย์นั้น และสามารถคำนวณและถือเอาได้เป็นรายวันหรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ เช่น ดอกเบี้ย กำไร เงินปันผล ค่าเช่า เป็นต้น[482]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จะเห็นได้ว่ามาตรา 148 ใช้คำว่า “ดอกผลของทรัพย์” ซึ่งหมายความถึง สิ่งหรือประโยชน์ใดๆ ในทางทรัพย์สินที่เพิ่มพูนหรืองอกเงยมาจากตัวทรัพย์ เช่นนี้ “ทรัพย์” ย่อมเป็นต้นกำเนิดของสิ่งที่จะเป็นดอกผล ดอกผลจึงเกิดหรือมีขึ้นได้จากทรัพย์เท่านั้น ดังนั้นหากยึดตามนิยามของดอกผลตามมาตรา 148 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่อาจตีความได้ว่าค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าเป็นดอกผลของทรัพย์อิงสิทธิเนื่องจากดอกผลต้องกำเนิดจากทรัพย์เท่านั้น ซึ่งทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่ทรัพย์ นอกจากนี้ อันที่จริงแล้ววัตถุแห่งสิทธิอันเป็นต้นกำเนิดของค่าเช่าดังกล่าวได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ หาใช่

[482] อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป.หน้า 153.

ทรัพย์อิงสิทธิไม่ ค่าเช่าดังกล่าวจึงเป็นดอกผลของอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ หาใช่ดอกผลของทรัพย์อิงสิทธิไม่

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติมาตรา 148 ตามบรรพ 1 อันเป็นบททั่วไปและบทบัญญัติมาตรา 721 อันเป็นบทบัญญัติในส่วนของเอกเทศสัญญาลักษณะจำนองนั้นมีการใช้ถ้อยคำซึ่งอธิบายถึงความเป็นดอกผลไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 148 ใช้คำว่า “ดอกผลของทรัพย์” ในขณะที่มาตรา 721 ใช้คำว่า “ดอกผลแห่งทรัพย์สิน” จึงเกิดคำถามต่อมาว่าคำว่า “ดอกผล” ในสองบทบัญญัตินี้มีความหมายหรือลักษณะที่แตกต่างกันหรือไม่ เช่น ดอกผลตามมาตรา 721 อาจมีความหมายที่กว้างกว่าซึ่งรวมไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินที่ไม่ใช่ทรัพย์ด้วยใช่หรือไม่ หรือความแตกต่างในการใช้ถ้อยคำเช่นว่านี้เป็นเพียงความผิดพลาดในการบัญญัติกฎหมายเท่านั้น

ทั้งนี้หากพิจารณาจากถ้อยคำแห่งบทบัญญัติมาตรา 721 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “จำนองไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง เว้นแต่ในเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองหรือผู้รับโอนแล้วว่าตนจำนงจะบังคับจำนอง” ดอกผลตามมาตรา 721 ย่อมหมายถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งได้นำมาจำนอง ไม่จำต้องหมายถึงเฉพาะกรณีของดอกผลแห่งทรัพย์ตามมาตรา 148 เท่านั้นนอกจากนี้หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์หรือที่มาของบทบัญญัติมาตรา 721 บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดถึงขอบเขตของจำนองว่าครอบทรัพย์สินซึ่งจำนองเพียงใด กล่าวคือ โดยหลักสิทธิจำนองจะไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง เว้นแต่ผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนอง อันเป็นการกำหนดกรอบหรือกติกากรณีมีดอกผลเกิดขึ้นจากทรัพย์สินซึ่งจำนอง หากผู้รับจำนองยังไม่ได้บอกกล่าวบังคับจำนองให้ดอกผลยังเป็นของผู้จำนอง แต่หากผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนองแล้วสิทธิจำนองย่อมครอบไปถึงดอกผล ซึ่งหมายความว่าผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิในดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนองอันเกิดขึ้นภายหลังได้บอกกล่าวบังคับจำนอง ดังนั้น แม้ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่ทรัพย์ แต่ทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งอาจนำมาจำนองได้ตามกฎหมาย หากมีผลประโยชน์ใดๆ เกิดขึ้นจากทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนอง และผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว สิทธิจำนองย่อมต้องครอบไปถึงผลประโยชน์อันเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองนั้นด้วยกรณีจึงจะเป็นธรรมกับผู้รับจำนองซึ่งเป็นผู้ถือประโยชน์ในการประกันครั้งนี้ ในทางตรงกันข้ามหากมาตรา 721 หมายถึงเพียงกรณีดอกผลแห่งทรัพย์ซึ่งจำนองเท่านั้น จะมีเจ้าหนี้ผู้รับจำนองคนใดยอมรับเอาทรัพย์อิงสิทธิหรือทรัพย์สินอย่างอื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์มาเป็นหลักประกัน ด้วยเหตุนี้จึงผู้เขียนจึงเห็นว่าดอกผลตามบทบัญญัติมาตรา 721 ควรหมายถึง ดอกผลแห่งทรัพย์สิน ไม่ใช่ดอกผลแห่งทรัพย์อย่างเช่นในมาตรา 148

เมื่อพิจารณาได้ว่าดอกผลตามบทบัญญัติมาตรา 721 ควรหมายถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ค่าเช่าที่ผู้จำนองซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าจะถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งนำมาจำนองหรือไม่ การที่ผู้จำนองซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าเป็นการใช้สิทธิที่ตนมีจากการเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไปแสวงหาประโยชน์และทำให้ได้มาซึ่งค่าเช่าอันมีลักษณะเป็นผลประโยชน์อย่างหนึ่งที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ค่าเช่าดังกล่าวจึงถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิ ดังนั้นเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนอง จำนองย่อมครอบไปถึงค่าเช่าข้างต้นซึ่งเป็นดอกผลของทรัพย์สินที่จำนองนับแต่นั้น ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากค่าเช่าดังกล่าวได้ด้วย

นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการประกันหนี้ด้วยสิทธิการเช่า (leasehold) ตามกฎหมายอังกฤษย่อมครอบไปถึงค่าเช่าที่ผู้ให้หลักประกัน (mortgagor) ได้รับจากผู้เช่าช่วงขณะบังคับหลักประกัน กล่าวคือ กฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) ให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกัน (mortgagor) ซึ่งยังครอบครองที่ดินประเภท leasehold อยู่อาจนำที่ดินนั้นไปให้บุคคลอื่นเช่าช่วงต่อได้และมีสิทธิได้มาซึ่งค่าเช่าจากที่ดินนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 98 และมาตรา 99 อย่างไรก็ตามหากผู้รับหลักประกัน (mortgagee) ใช้สิทธิบังคับหลักประกันโดยการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ (receiver) ผู้พิทักษ์ทรัพย์ (receiver) ก็อาจนำค่าเช่าซึ่งเป็นรายได้หรือผลประโยชน์จากที่ดินประเภท leasehold นั้นมาชำระเป็นค่าดอกเบี้ยในหนี้ประธานได้

เมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่าค่าเช่าที่ผู้จำนองทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งนำมาจำนองอันจะทำให้จำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงเมื่อมีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 721 **ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปได้อีกว่า** กรณีที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้นำบ้านหรือโรงเรือนบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่า ค่าเช่าดังกล่าวจะถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้จำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงเมื่อมีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 721 ด้วยหรือไม่

โดยในประเด็นนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าอาจนำประเด็นปัญหาที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในข้อที่ 3. **“เรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์”** มาพิจารณาต่อยอดได้ กล่าวคือ หากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ปลูกสร้างบ้านหรือโรงเรือนบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ (บ้านหรือโรงเรือนเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิภายในระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิตามนัยมาตรา 11 วรรคสองแห่ง

พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ) โดยกรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้เอาทรัพย์อิงสิทธิบนอสังหาริมทรัพย์นั้นไปจำนอง สิทธิจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิตามมาตรา 718 ทั้งนี้เป็นไปตามที่ได้วิเคราะห์ในประเด็นปัญหาข้อที่ 3. ดังนั้นเมื่อการจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือน กรณีผู้จำนองซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้นำบ้านหรือโรงเรือนนั้นไปให้บุคคลอื่นเช่า หากต่อมาผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิได้บอกกล่าวบังคับจำนอง จำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมต้องครอบไปถึงค่าเช่าอันเป็นดอกผลที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจากการได้นำบ้านหรือโรงเรือนไปให้บุคคลอื่นเช่าด้วย กล่าวคือ เมื่อจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือน ทรัพย์สินซึ่งจำนองจึงได้แก่ ทรัพย์อิงสิทธิ รวมไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งติดพันกับทรัพย์อิงสิทธิด้วย ด้วยเหตุนี้สิทธิจำนองจึงครอบไปถึงค่าเช่าอันเป็นดอกผลแห่งบ้านหรือโรงเรือนนั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 721

ดังนั้นในบริบทของกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า หากการจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ การจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมจะต้องครอบไปถึงค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำบ้านหรือโรงเรือนดังกล่าวไปให้บุคคลอื่นเช่าด้วย หากปรากฏความได้ว่าผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว

นอกจากนี้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าตามกฎหมายเยอรมันผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht (สิทธิในการปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่น) ก็อาจนำอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ไปให้บุคคลอื่นเช่าได้ ทั้งนี้ค่าเช่าที่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้รับจากการนั้นจะถือเป็นดอกผลอันจะทำให้จำนอง (Hypothek) ครอบไปถึงหรือไม่นั้นผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ดังนี้

ตามที่ได้กล่าวไปในบทที่ 4 เมื่อได้จดทะเบียนก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ที่สำนักงานที่ดินตามมาตรา 873 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว สิทธิ Erbbaurecht ย่อมมีสถานะเป็นสิทธิที่เทียบเท่ากับที่ดิน (Grundstücksgleiche Rechte) และมีผลสมบูรณ์เป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่ง นอกจากนี้การจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ก็มีผลเป็นการยกเว้นหลักส่วนควบในมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ไม่ว่าจะได้สร้างขึ้นก่อนหรือหลังจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht จะถือเป็นส่วนควบ (wesentliche Bestandteile) ของสิทธิ Erbbaurecht หาใช่เป็นส่วนควบของที่ดินตามหลัก

ทั่วไปไม่ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 12 (1) แห่งกฎหมาย ErbbauRG[483] ดังนั้นอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ทั้งนี้หากผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht นำสิทธิ Erbbaurecht ไปจำนอง การจำนองสิทธิ Erbbaurecht ย่อมครอบไปถึงอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ซึ่งเป็นส่วนควบของสิทธิ Erbbaurecht ด้วย

เมื่อการจำนองสิทธิ Erbbaurecht ครอบไปถึงอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht กรณีที่ผู้จำนองซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht นำอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิ Erbbaurecht ไปให้บุคคลอื่นเช่า การจำนองสิทธิ Erbbaurecht ดังกล่าวจะต้องครอบไปถึงค่าเช่าอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการของมาตรา 1123 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งได้กำหนดให้การจำนอง (Hypothek) ครอบไปถึงสิทธิเรียกร้องในค่าเช่าที่ได้มาจากการนำที่ดิน (Grundstück) ที่จำนองไปให้บุคคลอื่นเช่า[484] โดยเมื่อสิทธิ Erbbaurecht เป็นสิทธิที่เทียบเท่ากับที่ดินและสามารถนำไปจำนองได้เช่นเดียวกับที่ดิน การจำนองสิทธิ Erbbaurecht ซึ่งมีบ้านหลังหนึ่งเป็นส่วนควบจึงครอบไปถึงค่าเช่าบ้านที่ผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ได้มาจากการนำบ้านหลังดังกล่าวออกให้เช่าด้วย

---

[483] Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz - ErbbauRG) Section 12

(1) Das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts. Das gleiche gilt für ein Bauwerk, das bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden ist. Die Haftung des Bauwerks für die Belastungen des Grundstücks erlischt mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch.

(2) Die §§ 94 und 95 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung; die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks.

(3) Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks.

[484] German Civil Code Section 1123 Extension to claim for rent or for usufructuary rent

(1) If the plot of land is let on lease or usufructuary lease, the mortgage extends to the claim for rent or for usufructuary rent.

(2) To the extent that the claim is due, it is released from liability upon the expiry of one year from the due date, unless it is attached in favour of the mortgage creditor prior to this date. If the rent or usufructuary rent is payable in advance, the release does not extend to the rent or usufructuary rent for a period later than the calendar month current at the time of the attachment; if the attachment is effected after the fifteenth day of the month, the release also extends to the rent or the usufructuary rent for the following calendar month.

5. ปัญหากรณีการลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นที่จดทะเบียนภายหลังจำนองตามมาตรา 722

โดยทั่วไปเมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินสิ่งใดแล้ว ทรัพย์สินนั้นย่อมผูกพันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งแม้ว่าผู้จำนองจะยังเป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินนั้นอยู่ก็ตาม แต่ผู้จำนองก็ไม่อาจกระทำด้วยประการใดๆ ในทางที่จะเป็นการเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองได้ โดยหากผู้จำนองนำทรัพย์สินที่จำนองไปจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นในทางที่เป็นการเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองโดยผู้รับจำนองมิได้ให้ความยินยอมด้วย ผู้รับจำนองจะมีสิทธิขอให้ลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิเช่นว่านั้นออกจากทะเบียนเสียได้ เนื่องจากปกติแล้วการจดทะเบียนภาระจำยอมย่อมมีผลเป็นการลิดรอนหรือจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์และส่งผลให้ราคาอสังหาริมทรัพย์นั้นลดต่ำลง การที่ผู้จำนองนำทรัพย์สินที่จำนองไปจดทะเบียนภาระจำยอมภายหลังจากที่ได้จดทะเบียนจำนอง หากต่อมาในเวลาบังคับจำนองปรากฏว่าราคาของทรัพย์สินที่จำนองนั้นไม่เพียงพอในการชำระหนี้เนื่องจากได้มีการนำทรัพย์สินที่จำนองไปจดทะเบียนภาระจำยอมโดยผู้รับจำนองไม่ได้ให้ความยินยอม กรณีย่อมเป็นการเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองทำให้ผู้รับจำนองมีสิทธิในการขอให้ลบภาระจำยอมนั้นออกจากทะเบียนได้ตามมาตรา 722 ทั้งนี้มีประเด็นต้องพิจารณาว่ากรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะมีกรณีใดที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิสามารถลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นที่จดทะเบียนภายหลังจำนองตามมาตรา 722 ได้หรือไม่

ตามที่ได้กล่าวไปว่าทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่ทรัพย์แต่เป็นสิทธิอันมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์อย่างหนึ่งที่กฎหมายสมมติหรือกำหนดขึ้นมา โดยเนื้อหาแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายกล่าวคือ พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ทั้งนี้เมื่อมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เพียงแต่กำหนดให้ทรัพย์อิงสิทธิสามารถโอนได้ สามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ และสามารถตกทอดทางมรดกได้เท่านั้น ฉะนั้นไม่ว่าโดยบทบัญญัติของกฎหมายหรือโดยสภาพของทรัพย์อิงสิทธิ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่อาจจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่น เช่น สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิอาศัย ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ได้ เนื่องจากภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิเหล่านี้โดยลักษณะเป็นทรัพยสิทธิที่อาจก่อตั้งขึ้นเหนืออสังหาริมทรัพย์อันมีรูปร่างโดยอำนาจของผู้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้น ดังนั้นในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า การจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้นไม่เปิดช่องให้ผู้จำนองกระทำการจดทะเบียนสิทธิต่างๆ ตามมาตรา 722 อันจะกระทบสิทธิของผู้รับจำนองได้เลย เนื่องจากการจดทะเบียนสิทธิเหล่านั้นเป็นอำนาจของผู้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์

อย่างไรก็ดีแม้ทรัพย์อิงสิทธิที่นำมาจำนองไม่อาจจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นได้ก็ตาม แต่อาจพิจารณาต่อไปได้หรือไม่ว่ากรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิ และหลังจากนั้นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ได้จดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งนำมาจำนองนั้นโดยได้รับความยินยอมจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิตามเงื่อนไขของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กรณีจะถือว่าเป็นการเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิในเวลาบังคับจำนองอันจะส่งผลให้ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิในการขอลบภาระจำยอมหรือทรัพย์สิทธิอย่างอื่นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งนำมาจำนองนั้นหรือไม่ เนื่องจากโดยลักษณะทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่อิงอยู่กับตัวอสังหาริมทรัพย์ซึ่งก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ และการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่น เช่น สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิอาศัย ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิก็อาจส่งผลกระทบในเชิงของการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ยกตัวอย่างเช่น จดทะเบียนภาระจำยอมโดยตกลงให้มีการสร้างถนนบนที่ดินภารยทรัพย์ (อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนอง) เพื่อให้ที่ดินสามยทรัพย์มีทางออกสู่สาธารณะได้ ดังนั้นพื้นที่บริเวณอันมีภาระจำยอมต้องสร้างถนนออกสู่ทางสาธารณะนั้นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่อาจใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นอย่างใดได้ อีกทั้งอาจส่งผลให้มูลค่าหรือราคาของทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองลดหรือเสื่อมลงในวันที่มีการบังคับจำนองซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้รับจำนองอีกด้วย

ทั้งนี้ก่อนจะวิเคราะห์ประเด็นปัญหาดังกล่าวจะได้พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 722 เพิ่มเติมดังนี้

มาตรา 722 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้วและภายหลังที่จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นโดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยไซร้ ท่านว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภาระจำยอม หรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนองก็ให้ลบสิทธิที่กล่าวหลังนี้เสียจากทะเบียน”

ดังนั้น สิทธิของผู้รับจำนองที่จะขอให้ลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นที่จดทะเบียนภายหลังจะเกิดขึ้นได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1. ต้องมีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินที่จำนองภายหลังจดทะเบียนจำนอง

2. ผู้รับจำนองต้องมิได้ยินยอมด้วยในการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินที่จำนองภายหลังจดทะเบียนจำนอง

3. การจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นต้องเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนอง กล่าวคือ การจดทะเบียนนั้นเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ทรัพย์สินจำนอง โดยทำให้ผู้รับจำนองเสียหายในเวลาบังคับจำนองเพราะทรัพย์สินจำนองมีราคาลดต่ำลงไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้จำนอง[485]

จากการพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวกรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิ และต่อมาเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองก็ได้จดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้นโดยที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิให้ความยินยอมตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ถึงแม้ว่าการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นนั้นอาจเป็นการเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองโดยอาจทำให้ผู้รับจำนองเสียหายในเวลาบังคับจำนอง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อทรัพย์สินที่นำมาจำนอง ได้แก่ ทรัพย์อิงสิทธิ ส่วนทรัพย์สินที่จดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่น ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ จึงไม่ใช่กรณีมีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินที่จำนอง ดังนั้นกรณีจึงไม่อาจนำมาตรา 722 มาใช้บังคับได้ เนื่องจากตามบทบัญญัติมาตรา 722 ต้องเป็นกรณีที่มีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินที่จำนองภายหลังจดทะเบียนจำนอง ฉะนั้นผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิไม่อาจขอลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นที่ได้จดทะเบียนในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นได้ เทียบเคียงได้กับกรณีจำนองบ้านซึ่งจำนองไม่ครอบไปถึงที่ดิน เนื่องจากบ้านและที่ดินมีเจ้าของคนละคนกันตามมาตรา 720 หากต่อมามีการนำที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของบ้านไปจดทะเบียนภาระจำยอม แม้ผู้รับจำนองบ้านอาจได้รับความเสียหายเนื่องจากการก่อตั้งภาระจำยอมในที่ดินซึ่งบ้านที่จำนองตั้งอยู่อาจส่งผลให้มูลค่าบ้านลดลงและไม่เพียงพอในการชำระหนี้ แต่ผู้รับจำนองบ้านก็ไม่อาจใช้สิทธิในการขอลบภาระจำยอมที่ได้จดทะเบียนในที่ดินนั้นได้ เพราะภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นที่ผู้รับจำนองจะขอลบออกจากทะเบียนได้จะต้องเป็นภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิที่ได้จดทะเบียนในทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกว่า กรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้นำทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองไว้อยู่ก่อนแล้วไปจดทะเบียนจำนองเพื่อประกันหนี้รายอื่นจะเข้าข่ายเป็นการจดทะเบียนทรัพยสิทธิอื่นๆ ที่ทำให้ผู้รับจำนองรายแรกเสียหายอันจะทำให้เขามีสิทธิขอลบจำนองรายหลังตามมาตรา 722 ได้หรือไม่ โดยกรณีดังกล่าวย่อมมีผลในลักษณะเดียวกันกับกรณีการจำนองอสังหาริมทรัพย์ทั่วไป กล่าวคือ ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิรายแรกไม่มีสิทธิขอให้ลบการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิรายหลังออกจากทะเบียน เนื่องจากมาตรา 712 ได้ให้สิทธิแก่ผู้จำนองในอันที่จะ

[485] จิตรา เพียรล้ำเลิศ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543).หน้า 71-73.

นำทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองแล้วไปจดทะเบียนจำนองเพื่อประกันหนี้รายอื่นได้อีก[486] กรณีไม่ถือเป็นการเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิรายแรก เพราะผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิลำดับก่อนย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองก่อนผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิรายหลัง ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 732[487] ดังนั้นผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิรายแรกจึงไม่อาจอาศัยบทบัญญัติมาตรา 722 เพื่อขอลบจำนองที่มีขึ้นภายหลังออกจากทะเบียนได้

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่าไม่มีกรณีใดที่ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะใช้สิทธิตามมาตรา 722 ในการลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นที่จดทะเบียนหลังจำนองได้เลย

6. ปัญหากรณีมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนอันเป็นการกระทบสิทธิผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ บัญญัติว่า “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว” จะเห็นได้ว่า มาตราดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีฐานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในการจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาตามที่ได้กำหนดไว้ขณะก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ อย่างไรก็ตามหากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในขณะนั้นไม่อาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทั้งนี้ตามที่ได้กล่าวไปในบทก่อนหน้า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจเป็นบุคคลคนเดียวกันก็ได้ โดยแบ่งเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก เมื่อได้มีการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสถานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในทันที หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิในเชิงนิติสัมพันธ์กับบุคคลใด กรณีก็ไม่อาจมีการกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียน

---

[486] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 712 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งจำนองแก่บุคคลคนหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในระหว่างเวลาที่สัญญาก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้”

[487] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 732 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับ และถ้ายังมีเงินเหลืออยู่อีก ก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จำนอง”

โดยสุจริตแล้วได้ ดังนั้นกรณีนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นก่อนครบกำหนดเวลาเมื่อใดก็ได้ กรณีที่สอง เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลอื่นหลังจากที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ และผู้รับโอนทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวไม่ได้ใช้ความเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไปแสวงหาประโยชน์ในที่ดินโดยการก่อนิติสัมพันธ์ใดๆ กับบุคคลกับบุคคลภายนอกเลย เช่น มิได้นำไปจดทะเบียนจำนอง และต่อมาได้มีการโอนทรัพย์อิงสิทธินั้นกลับมายังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กรณีนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็อาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เนื่องจากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือ กรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้โอนทรัพย์อิงสิทธิให้แก่บุคคลหนึ่งและเมื่อบุคคลนั้นมีฐานะเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิแล้วเขาได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิกับเจ้าหนี้และต่อมาผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนดังกล่าวได้โอนทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวกลับไปยังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ประสงค์จะยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นเสียก่อนครบกำหนดเวลาจะสามารถกระทำได้หรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากในกรณีดังกล่าวได้มีการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้เพื่อเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเช่นว่านี้จะถือเป็นบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้วหรือไม่

สำหรับประเด็นดังกล่าววิทยานิพนธ์เรื่อง “ทรัพย์อิงสิทธิ” เขียนโดยเรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต (น.ม ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2565) ได้ให้ความคิดเห็นว่าผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมอยู่ในฐานะของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้มีการแสดงเหตุผลเพื่อยืนยันความเห็นดังกล่าว[488]

การจะตอบประเด็นดังกล่าวได้นั้นจำเป็นต้องตีความตามถ้อยคำในมาตรา 14 เสียก่อนโดยต่อไปนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ความหมายของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้วตามมาตรา 14 ดังนี้

[488] เรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต, "ทรัพย์อิงสิทธิ," หน้า. หน้า 97

(1) บุคคลภายนอก

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 14 กล่าวถึงสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ) ในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา ดังนั้นคำว่า “บุคคลภายนอก” ในมาตราดังกล่าวย่อมหมายความถึงบุคคลซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในทางนิติสัมพันธ์ใดๆ กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ไม่ได้ทำนิติกรรมและจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้ ประเภทนิติกรรมและการจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิมีด้วยกัน 3 ประเภท กล่าวคือ การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยมีค่าตอบแทน การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยไม่มีค่าตอบแทน และการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ทำนิติกรรมและจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง บุคคลนั้นย่อมไม่ถือเป็นบุคคลภายนอก เช่น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิไว้กับนาย ก. กรณีนี้นาย ก. ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่ใช่บุคคลภายนอกเพราะนาย ก. เป็นบุคคลที่มีนิติสัมพันธ์กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นในกรณีนี้หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนกำหนดเวลา นาย ก. ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 14

อย่างไรก็ดีกรณีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิซึ่งไม่ใช่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิเพื่อประกันหนี้กับเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง และต่อมาผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวได้โอนทรัพย์อิงสิทธินั้นไปยังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ย่อมถือว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองดังกล่าวเป็นบุคคลภายนอกตามมาตรา 14 เนื่องจากไม่ได้เป็นผู้ที่มีนิติสัมพันธ์กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

(2) โดยเสียค่าตอบแทน

หากพิจารณาตามตัวอักษร “เสียค่าตอบแทน” หมายถึงการสูญเสียหรือจ่ายเงินตรา หรือประโยชน์อันอาจคำนวณเป็นเงินได้ อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่ามาตรา 1299 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการได้มาซึ่งทรัพยสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมก็ได้มีการบัญญัติถึงกรณี “บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว” (a third person who has, for value and in good faith, acquired and registered his right) โดยคำว่า “โดยเสีย

ค่าตอบแทน” ตามมาตรา 1299 วรรคสองนั้นตรงกับคำแปลภาษาอังกฤษที่ว่า “for value”[489] ดังนั้น หากพิจารณาจากคำแปลภาษาอังกฤษผู้เขียนมีความเห็นว่า คำว่า “โดยเสียค่าตอบแทน” อาจไม่ได้หมายถึงการต้องเสียค่าตอบแทนเสมอไป แต่อาจมีความหมายครอบคลุมไปถึงการมีค่าตอบแทนหรือผลตอบแทนอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจไม่ใช่ตัวเงินก็ได้[490]

นอกจากนี้อาจารย์เสนีย์ ปราโมทย์ ได้ให้ความเห็นว่า “ตัวบทภาษาไทยในมาตรา 1299 วรรคสองใช้คำว่า “เสียค่าตอบแทน” ซึ่งบ่งไปในทางที่ว่าจะต้องได้ใช้ราคาแล้ว แต่ในมาตรา 1300 และมาตรา 1303 ใช้คำว่า “มีค่าตอบแทน” แสดงว่าเพียงแต่มีแล้วผัดใช้กันก็ได้ ไม่ถึงแก่จะต้องส่งมอบใช้ค่าตอบแทนกันแล้ว อีกทั้งภาษาอังกฤษในมาตรา 1299 วรรคสองก็ไม่ได้ใช้ถ้อยคำบังคับว่าต้องมีการใช้ค่าตอบแทนแล้ว จึงอาจเข้าใจได้ว่าแม้จะยังไม่ได้มีการใช้ค่าตอบแทนก็ยังอยู่ในความคุ้มครองของมาตราดังกล่าว”[491] ในกรณีนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมทย์ อาจมองว่า คำว่า “เสียค่าตอบแทน” ในมาตรา 1299 วรรคสอง และ คำว่า “มีค่าตอบแทน” ในมาตรา 1300 และมาตรา 1303 มีความหมายอย่างเดียวกัน นอกจากนี้เมื่อพิจารณาคำแปลภาษาอังกฤษมาตรา 1300 และมาตรา 1303 เพิ่มเติมจะพบว่า คำว่า “มีค่าตอบแทน” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “for value” เช่นเดียวกัน[492] อันอาจเป็นการยืนยันได้ว่า คำว่า “โดยเสียค่าตอบแทน” ในมาตรา 1299 วรรคสอง ไม่ได้หมายถึงการต้องเสียค่าตอบแทนเสมอไป แต่ยังมีความหมายครอบคลุมไปถึงการมีค่าตอบแทนหรือผลตอบแทนอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจไม่ใช่ตัวเงินด้วย

สำหรับประเด็นที่ว่าการที่บุคคลภายนอกทำการรับจำนองที่ดินจะถือเป็นการได้มาซึ่งสิทธิโดยเสียค่าตอบแทนหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจะพบว่าศาลฎีกามองว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ดินถือเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนตามมาตรา 1299 วรรคสอง[493] ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าตามทัศนะของศาลฎีกาการที่บุคคลภายนอกรับจำนองย่อมถือเป็นการได้มาซึ่งสิทธิ “โดยเสียค่าตอบแทน” แล้ว แม้ผู้รับจำนองจะไม่ได้เสียค่าตอบแทนเป็นตัวเงินให้แก่ผู้จำนองก็ตาม

---

[489] กมล สนธิเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑-๖ the Civil and Commercial Code Books 1-6 (Thai-English) (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2550).หน้า 253.

[490] "For Value Definition," [Online] Accessed: 30 May 2023. Available from: https://www.lawinsider.com/dictionary/for-value

[491] เสนีย์ ปราโมทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์.หน้า 167.

[492] กมล สนธิเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑-๖ the Civil and Commercial Code Books 1-6 (Thai-English).หน้า 253-254.

[493] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2565 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14118/2558 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6435/2549

ทั้งนี้ ในบริบทของมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ แม้ว่าเขาจะไม่ได้เสียค่าตอบแทนเป็นตัวเงินในการจดทะเบียนรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิแต่กรณีย่อมถือได้ว่าเขาได้มีการจดทะเบียนดังกล่าวโดยมีค่าตอบแทนหรือมีผลตอบแทนแล้ว ซึ่งค่าตอบแทนหรือผลตอบแทนเช่นว่านี้หมายถึงการที่เขาได้มาซึ่งหลักประกันตามกฎหมาย โดยหากภายหลังลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ประธาน ผู้รับจำนองก็อาจบังคับหลักประกันและนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ที่คงค้างได้ ดังนั้นย่อมเรียกได้ว่า ผู้รับจำนองได้จดทะเบียน “โดยเสียค่าตอบแทน” ตามความในมาตรา 14 แล้ว

(3) ได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

การที่บุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 14 นั้นต้องปรากฏด้วยว่าการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิได้นำความไปจดทะเบียนแล้ว และต้องเป็นการจดทะเบียนโดยสุจริต

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน โดยในภาษาละตินเรียกว่า bona fides แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือ สัจจะที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Treu und Glauben หมายความว่า ความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจ[494]

เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะพบว่าคำว่า “สุจริต” ถูกใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน 2 ประการ ได้แก่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1. หลักสุจริตทั่วไป ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 368 ซึ่งคำว่า “สุจริต” ในบทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายโดยทั่วไป โดยเป็นมาตรฐานที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่[495]

2. หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง หมายถึง ความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เช่น มาตรา 412 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลาภมิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยัง

---

[494] สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมาย ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์.หน้า 155.

[495] เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

มีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน” โดยการที่จะต้องคืนลาภมิควรได้เต็มจำนวนหรือเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเรียกคืน ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ได้รับทรัพย์สินไว้สุจริตหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า ผู้รับไว้โดยรู้หรือไม่ว่าตนไม่มีสิทธิ ถ้ารู้ว่าตนไม่มีสิทธิจะรับแล้วยังขืนรับไว้ก็เป็นกรณีไม่สุจริต[496]

นอกจากนี้ยังปรากฏอยู่ในมาตรา 413 มาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1303 มาตรา 1311 มาตรา 1312 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 และมาตรา 1332 เป็นต้น ซึ่งคำว่า “สุจริต” ในมาตราข้างต้นใช้ในความหมายที่ว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ ดังนั้นคำว่า “สุจริต” ในที่นี้จึงมีความหมายอย่างแคบซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอธิบายเกี่ยวกับความสุจริตว่าหมายถึงการกระทำโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิที่มีมาแต่อดีต (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 550/2490) แต่ถ้าการกระทำโดยรู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิของตนจะถือว่าสุจริตไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1012/2504) และยังได้ให้ความหมายเลยไปถึงว่าถ้าความไม่รู้นั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้กระทำก็ถือว่าไม่สุจริตเช่นเดียวกัน[497]

ฉะนั้น คำว่า “สุจริต” ในมาตรา 14 น่าจะเป็นเรื่องของหลักสุจริตเฉพาะเรื่องเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ถูกออกแบบให้ใช้กับทุกกรณี แต่เป็นกรณีพิจารณาความสุจริตจากความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง โดยต้องพิจารณาว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 14 หมายถึง การที่บุคคลภายนอกตกลงทำนิติกรรมและจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิไปโดยรู้หรือไม่ว่าจะมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้นำทรัพย์อิงสิทธิไปจดทะเบียนจำนองเพื่อประกันหนี้ที่ตนมีอยู่กับนาย ข. โดยก่อนที่จะจดทะเบียนจำนองดังกล่าว นาย ก. ได้แจ้งให้นาย ข. ทราบว่า ในอีกสามเดือนข้างหน้านี้นาย ก. จะโอนทรัพย์อิงสิทธิกลับไปยังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็จะจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิทันที จึงเป็นกรณีที่นาย ข. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้รับจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิมาโดยรู้อยู่แล้วว่าจะมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิในอีกไม่ช้าและตนก็ยังยืนยันที่จะจดทะเบียนดังกล่าว ดังนั้น อาจถือได้ว่านาย ข. ไม่ได้จดทะเบียนโดยสุจริต และไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 14 หากต่อมาเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับโอนทรัพย์อิงสิทธิมาจากนาย ก. เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในขณะนั้นก็อาจจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิได้

---

[496] เรื่องเดียวกัน.

[497] เรื่องเดียวกัน.

อนึ่งกรณีที่ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิไม่ถือเป็นบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริต (เช่น กรณีผู้รับจำนองไม่ใช่บุคคลภายนอก หรือกรณีผู้รับจำนองเป็นบุคคลภายนอกแต่ไม่ได้จดทะเบียนจำนองโดยสุจริต) อันจะทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาย่อมส่งผลกระทบกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเป็นอย่างมากและอาจทำให้ไม่มีเจ้าหนี้คนใดเลือกรับเอาทรัพย์อิงสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจากเมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิจะมีผลให้ทรัพย์สินที่นำมาจำนองสิ้นไปหรือสูญหายไปทั้งหมดและมีผลให้การจำนองระงับเพราะการชำระหนี้เอาจากทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองกลายเป็นพ้นวิสัย ทั้งนี้กรณีดังกล่าวกฎหมายจะมีกลไกใดที่จะเยียวยาความเสียหายของผู้รับจำนองข้างต้นซึ่งได้รับผลกระทบจากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ หรือกรณีให้ถือเป็นพับแก่ผู้รับจำนองนั้น โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวเพิ่มเติมในหัวข้อถัดไป

7. สรุป

จะเห็นได้ว่าถึงแม้ว่าทรัพย์อิงสิทธิจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถนำมาจำนองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มีประเด็นปัญหาในการนำทรัพย์อิงสิทธิมาจำนองตามที่ได้วิเคราะห์ไปในหัวข้อ 2. – 6. ทั้งนี้ในบทถัดไปผู้เขียนจะได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจำนองทรัพย์อิงสิทธิต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 6
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาความหมายและแนวคิดเบื้องต้นของทรัพย์อิงสิทธิพบว่า ทรัพย์อิงสิทธิ หมายถึง สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยอสังหาริมทรัพย์ที่อาจก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดิน ที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด ทั้งนี้ทรัพย์อิงสิทธิอาจก่อตั้งโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฝ่ายเดียวยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินท้องที่ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ พนักงานเจ้าหน้าที่จะให้ผู้ขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิระบุกำหนดเวลาของทรัพย์อิงสิทธิซึ่งต้อง มีกำหนดเวลาไม่เกิน 30 ปี โดยเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเรียบร้อย แล้วก็จะออกหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิมอบให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิฉบับ หนึ่ง และเก็บไว้ ณ สำนักงานที่ดินอีกฉบับหนึ่ง ในการนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็จะเป็นผู้ทรง ทรัพย์อิงสิทธิคนแรก ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า ทรัพย์อิงสิทธิอาจก่อตั้งขึ้นได้โดยไม่จำต้องพิจารณาว่ามี คู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่

ทั้งนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของตนแล้ว อาจโอนทรัพย์อิงสิทธินั้นต่อไปให้บุคคลอื่นโดยจะเป็นการโอนโดยมีค่าตอบแทนหรือโดยไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ ทั้งนี้การโอนทรัพย์อิงสิทธิต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยเมื่อการโอนทรัพย์อิงสิทธิได้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมมีผลให้ผู้รับโอนเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนถัดไป ในกรณีนี้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ (ซึ่งไม่ใช่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์) ย่อมมีสิทธิเสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิในการใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้อย่างเต็มที่ มีสิทธินำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลอื่นเช่า มีสิทธิได้มาซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์ มีสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้โดย ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก่อน อนึ่งโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรง ทรัพย์อิงสิทธิได้ดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิใน ระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิมีผลอยู่ นอกจากนี้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจโอนทรัพย์อิงสิทธิต่อไปให้บุคคล อื่น อาจนำ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทรัพย์อิงสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ นอกจากนี้ทรัพย์อิงสิทธิ ยังอาจตกทอดทางมรดกได้

มีข้อสังเกตว่าทรัพย์อิงสิทธิกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นคนละเรื่องกัน ทรัพย์อิงสิทธิไม่ใช่สิทธิการเช่า โดยถึงแม้ว่าทรัพย์อิงสิทธิจะถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ไขข้อจำกัดบางประการใน กฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ แต่ทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้มีบ่อเกิดมาจากสัญญาเช่า ทรัพย์อิง สิทธิเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจยื่นคำขอต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีคู่สัญญาหรือผู้ที่จะได้รับ ประโยชน์จากการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิหรือไม่ อย่างไรก็ดีทรัพย์อิงสิทธิและสิทธิการเช่าต่างเป็นสิทธิ ทางเลือกของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ประสงค์จะใช้ ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของตนด้วยตนเองเขาก็อาจเลือกจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิบน อสังหาริมทรัพย์และโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะนำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์โดยการทำเป็นสัญญา เช่าก็ได้ โดยทรัพย์อิงสิทธิและสิทธิการเช่าให้ผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ผู้เขียนมีข้อสังเกต เพิ่มเติมว่า แม้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปลายปีพ.ศ. 2562 แต่ยังถือว่า เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างใหม่และยังมีความไม่ชัดเจน โดยในแวดวงนักวิชาการและนักกฎหมายเองก็ ยังมีความสับสนกับเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นเห็นว่าแนวโน้มที่จะมีการใช้ทรัพย์อิงสิทธิ เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์แทนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ปกติทั่วไป ค่อนข้างเป็นไปได้ยาก เพราะบุคคลย่อมมีความคุ้นเคยกับลักษณะของการเช่ามากกว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

อนึ่งแม้ผู้ร่างกฎหมายจะมีความประสงค์ให้ทรัพย์อิงสิทธิเป็นเพียงบุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว แต่จากการศึกษาและพิจารณาอย่างถี่ถ้วนผู้เขียนมีความเห็นว่าทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิประเภทจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง เนื่องจากประการที่หนึ่ง ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่ถูกบัญญัติขึ้นมาโดยกฎหมายและมีเนื้อหาแห่งสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ทรัพย์อิงสิทธิจะก่อตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย (โดยการยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่) เท่านั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยลำพังไม่อาจก่อตั้ง ทรัพย์อิงสิทธิได้ ประการที่สอง ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่มีอสังหาริมทรัพย์ อันได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนด ที่ดินที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน หรือห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด เป็น วัตถุแห่งสิทธิ จึงเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์ ดังนั้นหากปราศจากอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นฐานรองรับ ทรัพย์อิงสิทธิ ทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้ ประการที่สาม การแสดงออกหรือปรากฏของทรัพย์ อิงสิทธิใช้ระบบการแสดงออกทางทะเบียนเช่นเดียวกับทรัพยสิทธิกรณีอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ การก่อตั้ง

ทรัพย์อิงสิทธิกระทำได้โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยื่นคำขอพร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินหรือ หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในห้องชุดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการจด ทะเบียนและออกหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิมอบให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้การทำ นิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิ กล่าวคือ การโอนทรัพย์อิงสิทธิโดยมีค่าตอบแทน การโอนทรัพย์อิง สิทธิโดยไม่มีค่าตอบแทน การจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ ประการที่สี่ ทรัพย์อิงสิทธิก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ทรงในการใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ใน อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในระยะเวลาที่ทรัพย์อิงสิทธิมีผลอยู่ บุคคลใดๆ จะมากระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่ได้ ดังนั้น บุคคลทั้งหลายจึงมีหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำดังกล่าวอันจะขัดต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ อย่างไรก็ตามแม้มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จะกำหนดให้สิทธิติดตามและเอาคืน ซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์โดยมิชอบด้วยกฎหมายยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กรณีก็ไม่ได้ทำ ให้หน้าที่ของบุคคลทั้งหลายในการงดเว้นการกระทำต่างๆ อันเป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิสิ้นไปแต่อย่างใด นอกจากนี้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าผู้ ร่างกฎหมายได้รับแรงบันดาลใจในการร่างกฎหมายทรัพย์อิงสิทธิจากสิทธิการใช้ประโยชน์ใน อสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งล้วนแล้วแต่มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิทั้งสิ้น กล่าวคือ (1) Leasehold (สิทธิการเช่า) ในกฎหมายอังกฤษ (2) Erbbaurecht (สิทธิก่อสร้างบนที่ดิน ของผู้อื่น) ในกฎหมายเยอรมัน และ (3) Bail Emphytéotique (สิทธิตามสัญญาเช่าระยะยาว) และ Bail à construction (สิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง) ในกฎหมายฝรั่งเศส

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ในเรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้นมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ กำหนด ไว้เพียงแค่ว่าทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาและพิจารณาเพิ่มเติมและพบว่าในมุมมองของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ทรัพย์อิงสิทธิ” มีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินอย่าง หนึ่งโดยเป็นสิทธิที่ผู้ทรงมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ กล่าวคือ สิทธิในการใช้ สอยอสังหาริมทรัพย์ สิทธิในการนำอสังหาริมทรัพย์ไปให้บุคคลภายนอกเช่า และสิทธิในการได้มา ซึ่งดอกผลแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น ทรัพย์อิงสิทธิจึงถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามความในมาตรา 139 อีกทั้งทรัพย์อิงสิทธิยังเป็นสิทธิที่สามารถโอนให้แก่กันได้ กรณีจึงเป็นทรัพย์สินที่อาจจำนองได้ตาม มาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่าทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิ ซึ่งโดยสภาพแล้วมีลักษณะที่แตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่นำมาจำนองเป็นการปกติทั่วไป แต่พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เองก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่อง การจำนอง

ทรัพย์อิงสิทธิเอาไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งไม่ได้กำหนดว่ากรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตราใดมาใช้บังคับบ้าง เพียงใดและอย่างไร นอกจากนี้ก็ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางแนวทางในเรื่องการจำนองทรัพย์ อิงสิทธิเอาไว้ ด้วยเหตุนี้เองผู้เขียนเห็นว่าในห้วงเวลานี้ทรัพย์อิงสิทธิอาจไม่ใช่หลักประกันที่สร้าง ความมั่นใจที่เพียงพอให้แก่ผู้รับจำนองโดยทั่วไปในอันที่จะเลือกรับจดทะเบียนจำนองเพื่อประกัน หนี้ที่ตนจะได้รับชำระในอนาคต

ในเบื้องต้นเมื่อนำบทบัญญัติเรื่องการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้จะส่งผลให้การจำนองทรัพย์อิงสิทธิต้องกระทำตามแบบ กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นการจำนองย่อมตกเป็นโมฆะ โดยเมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิแล้วย่อมมีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีทรัพยสิทธิเหนือทรัพย์อิงสิทธิที่จำนอง กล่าวคือ เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองก่อนเจ้าหนี้รายอื่น หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิดำเนินการบังคับจำนองและได้รับชำระ หนี้จากการบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นซึ่งไม่มีหลักประกัน อีกทั้งผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญโดยมิพักต้องวิเคราะห์ว่า ทรัพย์อิงสิทธินั้นจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ เนื่องจากเมื่อได้มีการจดทะเบียนจำนอง สมบูรณ์ตามกฎหมายแล้วสิทธิจำนองย่อมผูกติดไปกับทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองในฐานะทรัพยสิทธิ ส่งผลให้แม้ว่าทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองจะได้ถูกโอนไปให้บุคคลอื่นแล้วก็ตามแต่การจำนองย่อมติดไป กับทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองนั้นเสมอ ทั้งนี้การที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองนั้นอาจ เป็นไปเพื่อประกันหนี้ของตนเองหรือเพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ได้

สถาบันวิทยบริการ
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ส่วนในประเด็นปัญหาที่ว่าจำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบเพียงใดนั้นจากการศึกษาและทำการวิเคราะห์ในบทที่ผ่านมาพบว่า เมื่อพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ไม่ได้บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 718 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบททั่วไปมาพิจารณา ซึ่งบัญญัติว่า “จำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์ทั้งปวงอันติดพันอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง แต่ต้องอยู่ภายในบังคับซึ่งท่านจำกัดไว้ในสามมาตราต่อไปนี้” โดยอาจตีความได้ว่า บ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นทรัพย์อันติดพันกับทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้สิทธิจำนองครอบไปถึงตามมาตรา 718

ส่วนกรณีค่าเช่าซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการที่ให้บุคคลอื่นมาใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจะถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองอันจะส่งผลให้สิทธิ

จำนองครอบไปถึงตามมาตรา 721 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่นั้น จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า คำว่า “ดอกผล” ตามบทบัญญัติมาตรา 721 หมายถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง ดังนั้นค่าเช่าที่ผู้จำนองซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าถือเป็นดอกผลแห่งทรัพย์อิงสิทธิซึ่งนำมาจำนอง เนื่องจากการที่ผู้จำนองซึ่ง เป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินำอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปให้บุคคลอื่นเช่าเป็นการใช้สิทธิที่ตนมีจากการเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไปแสวงหาประโยชน์และทำให้ได้มาซึ่งค่าเช่าอันมีลักษณะเป็นผลประโยชน์อย่างหนึ่งที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ดังนั้นเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวบังคับจำนอง จำนองย่อมครอบไปถึงค่าเช่าข้างต้นซึ่งเป็นดอกผลของทรัพย์สินที่จำนองนับแต่นั้น ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากค่าเช่าดังกล่าวได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่ากรณีที่จำนองทรัพย์อิงสิทธิครอบไปถึงบ้านหรือโรงเรือนซึ่งผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้สร้างขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิดังที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่แล้ว หากปรากฏว่าได้มีการนำบ้านหรือโรงเรือนไปให้บุคคลอื่นเช่า การจำนองทรัพย์อิงสิทธิย่อมจะต้องครอบไปถึงค่าเช่าที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับจากการนำบ้านหรือโรงเรือนดังกล่าวไปให้บุคคลอื่นเช่าด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 721 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ในประเด็นที่ว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิในการลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นที่จดทะเบียนภายหลังจำนองทรัพย์อิงสิทธิตามมาตรา 722 ได้หรือไม่นั้น จากการศึกษาและวิเคราะห์ในบทที่ 5 สรุปได้ว่าไม่มีกรณีใดที่ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะใช้สิทธิตามมาตรา 722 ในการลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นที่จดทะเบียนหลังจำนองได้เลย เนื่องจากภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่น เช่น สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิอาศัย ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ โดยลักษณะแล้วเป็นทรัพยสิทธิที่อาจก่อตั้งขึ้นเหนืออสังหาริมทรัพย์อันมีรูปร่าง โดยอำนาจของผู้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้น ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิซึ่งไม่ใช่ผู้มีกรรมสิทธิ์ ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจึงไม่อาจจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิเหล่านี้ได้ นอกจากนี้เนื่องจากสิทธิในการลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอื่นๆ ของผู้รับจำนองตามบทบัญญัติมาตรา 722 เป็นกรณีที่ต้องมีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สิน อันเดียวกันกับที่ได้รับจำนองไว้แล้ว เช่นนี้ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจึงไม่อาจขอลบภาระจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นที่ได้จดทะเบียนในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นได้

สำหรับประเด็นที่ว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะใช้สิทธิยกเลิก ทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ได้หรือไม่ หากปรากฏว่ามีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิไว้อยู่ก่อนแล้ว โดยมาตรา 14 ได้ให้สิทธิเจ้าของ

อสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่การยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทน และโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า คำว่า “บุคคลภายนอก” ตามมาตรานี้หมายถึงบุคคลซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในทางนิติสัมพันธ์ใดๆ กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กล่าวคือ ไม่ได้ทำนิติกรรมและจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้ทำนิติกรรมและจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิกับบุคคลใดโดยตรง บุคคลนั้นย่อมไม่ถือเป็นบุคคลภายนอก เช่น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิไว้กับนาย ก. นาย ก. ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจึงไม่ใช่บุคคลภายนอก ดังนั้นหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนกำหนดเวลา นาย ก. ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 14 นอกจากนี้จากการศึกษายังพบอีกว่า คำว่า “โดยเสียค่าตอบแทน” หมายถึง การสูญเสีย หรือจ่ายเงินตรา หรือประโยชน์อันอาจคำนวณเป็นเงินได้ และมีความหมายครอบคลุมไปถึงการมีค่าตอบแทนหรือผลตอบแทนอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจไม่ใช่ตัวเงินด้วย กรณีผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ แม้ว่าเขาจะไม่ได้เสียค่าตอบแทนเป็นตัวเงินในการจดทะเบียนรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ แต่ถือได้ว่าเขาได้มีการจดทะเบียนดังกล่าวโดยมีค่าตอบแทนหรือมีผลตอบแทนแล้ว โดยค่าตอบแทนหรือผลตอบแทนเช่นว่านี้หมายถึงการที่เขาได้มาซึ่งหลักประกันตามกฎหมาย ซึ่งหากภายหลังลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ประธานผู้รับจำนองก็อาจบังคับหลักประกันและนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ที่คงค้างได้ จึงถือได้ว่าผู้รับจำนองได้จดทะเบียน “โดยเสียค่าตอบแทน” ตามความในมาตรา 14 แล้ว ส่วนคำว่า “ได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว” หมายถึง ต้องปรากฏว่าการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิได้นำความไปจดทะเบียนแล้วและต้องเป็นการจดทะเบียนโดยสุจริต ซึ่งการจดทะเบียนโดยสุจริต หมายถึง การที่บุคคลภายนอกตกลงทำนิติกรรมและจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์อิงสิทธิไปโดยไม่รู้ว่าจะมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา โดยสรุปจากการศึกษาพบว่า ผู้รับจำนองที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 14 คือ ผู้รับจำนองซึ่งไม่ใช่บุคคลภายนอก (ผู้รับจำนองที่ได้จดทะเบียนรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิโดยตรง) หรือผู้รับจำนองเป็นบุคคลภายนอกแต่ไม่ได้จดทะเบียนจำนองโดยสุจริต (ผู้รับจำนองจดทะเบียนรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิไปโดยรู้ว่าจะมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา) ดังนั้นในกรณีดังกล่าวเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จึงมีสิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาซึ่งส่งผลกระทบกับผู้รับจำนองเป็นอย่างมากและอาจทำให้ไม่มีเจ้าหนี้คนใดเลือกรับเอาทรัพย์อิงสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจากเมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิจะมีผลให้ทรัพย์สินที่นำมาจำนองสิ้นไปหรือสูญหายไปทั้งหมดและมีผลให้การจำนองระงับเพราะการชำระหนี้เอาจากทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองกลายเป็นพ้นวิสัย

การบังคับจำนองทรัพย์อิงสิทธิอาจกระทำได้ตามวิธีการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ การบังคับจำนองด้วยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิ การบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์อิงสิทธิที่จำนองหลุดเป็นสิทธิ และการบังคับจำนองโดยการที่ผู้จำนองร้องขอให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิที่จำนอง

นอกจากนี้กรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นำอสังหาริมทรัพย์ของตนที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองเพื่อประกันหนี้ ขณะเดียวกันผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็ได้นำทรัพย์อิงสิทธิของตนบนอสังหาริมทรัพย์เดียวกันนั้นไปจำนองเพื่อประกันหนี้อีกรายสามารถกระทำได้หรือไม่นั้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มีการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ อสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมประกอบไปด้วยทรัพยสิทธิ 2 ประเภท ได้แก่ กรรมสิทธิ์ซึ่งมีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ทรงสิทธิ และทรัพย์อิงสิทธิซึ่งมีผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็อาจนำกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของตนไปจำนองเพื่อประกันหนี้ และในขณะเดียวกันผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็อาจนำทรัพย์อิงสิทธิของตนบนอสังหาริมทรัพย์เดียวกันไปจำนองเพื่อประกันหนี้อีกรายได้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์และทรัพย์อิงสิทธิที่นำไปจำนองเป็นสิทธิที่แยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ แม้ต่อมาเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โอนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิไปยังบุคคลภายนอก ก็ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อทรัพย์อิงสิทธิและการจำนองทรัพย์อิงสิทธิแต่อย่างใด ทรัพย์อิงสิทธิบน อสังหาริมทรัพย์นั้นยังคงอยู่เพียงแต่ได้มีการเปลี่ยนตัวเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หรือกรณี กลับกันหากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิโอนทรัพย์อิงสิทธิไปยังบุคคลอื่นก็ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อ อสังหาริมทรัพย์และการจำนองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด และเมื่อมีการบังคับจำนองกรณีอสังหาริมทรัพย์ทำได้โดยการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์อันทำ ให้อสังหาริมทรัพย์ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อ หรือเอาอสังหาริมทรัพย์หลุดเป็นสิทธิซึ่งจะทำให้ อสังหาริมทรัพย์ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง ส่วนกรณีทรัพย์อิงสิทธิทำได้โดยการขาย ทอดตลาดทรัพย์อิงสิทธิอันจะทำให้ทรัพย์อิงสิทธิตกเป็นของผู้ซื้อ หรือเอาทรัพย์อิงสิทธิหลุดเป็น สิทธิของผู้รับจำนองซึ่งจะทำให้ทรัพย์อิงสิทธิตกเป็นของผู้รับจำนอง

2. ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ศึกษาและเขียนบทสรุปเรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธิในหัวข้อที่ผ่านมา ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ให้ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมดังนี้

2.1 ข้อเสนอแนะเพื่อลดความไม่แน่นอนในการรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิ

ทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิประเภทหนึ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่นำมาจำนองเป็นการปกติทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่มีระยะเวลาสิ้นสุดแห่งสิทธิซึ่งเมื่อครบกำหนดเวลาทรัพย์อิงสิทธิย่อมระงับหรือสิ้นผลไปตามกฎหมาย ดังนั้นระยะเวลาที่เหลืออยู่ของทรัพย์อิงสิทธิจึงส่งผลต่อมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิ กล่าวคือ โดยหลักแล้วมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิย่อมลดลงตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของทรัพย์อิงสิทธิ ด้วยลักษณะดังกล่าวทรัพย์อิงสิทธิจึงเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีความมั่นคงและแน่นอนเมื่อเทียบกับอสังหาริมทรัพย์อย่างที่ดิน ดังนั้นผู้ที่ประสงค์จะจำนองทรัพย์อิงสิทธิหรือรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจะต้องศึกษาและพิจารณาอย่าง รอบคอบโดยนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับกรณีจำนองทรัพย์อิงสิทธิตามความเหมาะสมกับสภาพของทรัพย์อิงสิทธิ เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิเป็นทรัพย์สินรูปแบบใหม่และยังไม่เป็นที่นิยมหรือรู้จักมากนัก โดยหากเจ้าหนี้ผู้ที่ประสงค์จะรับจำนองไม่มีความรู้ความเข้าใจทรัพย์สินประเภททรัพย์อิงสิทธินี้อย่างถ่องแท้ มีความเป็นไปได้สูงที่เจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้จากทรัพย์อิงสิทธิไม่ครบถ้วนเมื่อมีการบังคับจำนอง และหากเป็นเช่นนั้นการเลือกบังคับชำระหนี้ตามสัญญาประธานอาจเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้เสียมากกว่า ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าเจ้าหนี้ควรทำการประเมินมูลค่าทรัพย์อิงสิทธิอย่างรอบคอบและพิจารณาหาวิธีป้องกันความเสี่ยงจากการได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนโดยการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาจำนองให้มีความเหมาะสมกับลักษณะของทรัพย์อิงสิทธิ เช่น กำหนดเงื่อนไขในการผ่อนจ่ายหนี้ประธานเป็นรายเดือน กำหนดอัตราการผ่อนจ่ายหนี้ประธานร้อยละสิบหรือยี่สิบต่อปี เป็นต้น เพื่อเป็นกลไกให้เจ้าหนี้ได้มีโอกาสรับชำระหนี้สม่ำเสมอ นอกจากนี้มีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมอีกว่าคู่สัญญาอาจทำข้อตกลงกำหนดไว้ในสัญญาจำนองอันเป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ กรณีเอาทรัพย์อิงสิทธิจำนองหลุดและราคาทรัพย์อิงสิทธินั้นต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ หรือกรณีเอาทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดผู้จำนองยังต้องรับผิดในเงินนั้นอยู่

นอกจากนี้เห็นว่าหน่วยงานผู้ร่างกฎหมายหรือหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องควรพิจารณาวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้กรณีนำทรัพย์อิงสิทธิมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หรือแนวปฏิบัติว่าด้วยการประเมินมูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิ เพื่อช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้จำนองและผู้รับจำนอง โดยอาจพิจารณามูลค่าของทรัพย์อิงสิทธิจากการอ้างอิงมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ทรัพย์อิงสิทธินั้นตั้งอยู่ มูลค่าอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบนอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้ง

ทรัพย์อิงสิทธิ ประมาณการผลตอบแทนที่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจได้รับจากการนำอสังหาริมทรัพย์ไปใช้ประโยชน์ ประกอบกับระยะเวลาที่เหลืออยู่ของทรัพย์อิงสิทธิ

2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการจัดทำหลักเกณฑ์พิเศษสำหรับการจำนองทรัพย์อิง สิทธิ

แม้มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ จะได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์อิงสิทธินั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่ากรณีการจำนองทรัพย์อิงสิทธินั้นต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตราใดมาใช้บังคับบ้าง เพียงใด และอย่างไร เนื่องจากทรัพย์อิงสิทธิมีลักษณะเป็นสิทธิอย่างหนึ่งซึ่งโดยสภาพย่อมสิ้นไปเมื่อครบกำหนดเวลา อันแตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งนำมาจำนองเป็นปกติทั่วไป นอกจากนี้เนื่องจากการจำนองทรัพย์อิงสิทธิยังไม่เป็นที่นิยม จึงยังไม่มีเรื่องหรือประเด็นข้อพิพาทสู่ศาลฎีกาเพื่อวางแนวทางเรื่องดังกล่าว ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หน่วยงานผู้ร่างกฎหมายซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้และมีความเข้าใจเรื่องการจำนองทรัพย์อิงสิทธิมากที่สุดควรจัดทำคำอธิบายหลักเกณฑ์และวิธีการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ รวมถึงแนวทางการนำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับทรัพย์อิงสิทธิ เพื่อเป็นการสร้างความรู้และความเข้าใจให้แก่ผู้จำนอง ผู้รับจำนอง นักกฎหมาย นักวิชาการ และเจ้าหน้าที่รัฐที่เป็นผู้บังคับ ใช้กฎหมาย

นอกจากนี้จากการศึกษาเรื่องการนำสิทธิตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีความคล้ายคลึงหรือใกล้เคียงกับทรัพย์อิงสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ พบว่าในแต่ละประเทศต่างมีการวางข้อกำหนดหรือหลักการพิเศษในส่วนของการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้เอาไว้เป็นการเพิ่มเติมจากบทบัญญัติเรื่องการประกันหนี้ทั่วไป โดย กฎหมายอังกฤษมุ่งเน้นการวางข้อกำหนดตั้งแต่วิธีการนำ Leasehold มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ mortgage ไปจนถึงวิธีการบังคับหลักประกันและผลของการบังคับหลักประกันกรณี Leasehold ส่วนกฎหมายเยอรมันมุ่งเน้นการวางข้อกำหนดในเรื่องของการประเมินมูลค่าของสิทธิ Erbbaurecht เพื่อใช้ในการคำนวณจำนวนเงินที่อาจให้กู้ได้กรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาเป็น หลักประกัน และหลักเกณฑ์และเงื่อนไขกรณีนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้กรณีหนี้ เงินที่เจ้าหนี้นำมาให้กู้มีลักษณะเป็นเงินลงทุนของผู้เยาว์ (Mündelgeld) ส่วนกฎหมายฝรั่งเศส มุ่งเน้นการวางข้อกำหนดในเรื่องเหตุแห่งการสิ้นสุดของการจำนองสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อการ ก่อสร้าง (Bail à construction) ทั้งนี้ในบริบทของการจำนองทรัพย์อิงสิทธิ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า หน่วยงานผู้ร่าง

กฎหมายควรพิจารณาหากลไกเพิ่มเติมในการควบคุมหรือใช้บังคับกับการจำนอง ทรัพย์อิงสิทธิโดยอาจบัญญัติเป็นบทกฎหมายเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ เพื่อให้มี ความสอดคล้องกับความเหมาะสมหรือสภาพของทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งนี้ในประเด็นดังต่อไปนี้ผู้เขียนได้นำเสนอแนวทางหรือข้อเสนอแนะไว้แล้ว กล่าวคือ แนวทางในการลดความไม่แน่นอนในการรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิในข้อ 2.1 การปรับแก้กฎหมายเรื่องการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิในข้อ 2.3

2.3 ข้อเสนอแนะกรณีผู้รับจำนองซึ่งได้รับผลกระทบจากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

ตามที่ได้กล่าวไปในส่วนของบทสรุป มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ให้อำนาจแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา หากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว ทั้งนี้กรณีมีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิไว้อยู่ก่อนแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะใช้สิทธิยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณามาตรา 14 พบว่า มีสองกรณีที่ผู้รับจำนองจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตราดังกล่าว อันได้แก่ กรณีผู้รับจำนองไม่ใช่บุคคลภายนอก และ กรณีผู้รับจำนองเป็นบุคคลภายนอกแต่ไม่ได้จดทะเบียนจำนองโดยสุจริต ซึ่งมีผลทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา และหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ดำเนินการจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก็จะส่งผลให้ทรัพย์อิงสิทธิที่นำมาจำนองสิ้นไปหรือสูญหายไปทั้งหมดอันทำให้การจำนองระงับเพราะการชำระหนี้เอาจากทรัพย์อิงสิทธิซึ่งจำนองกลายเป็นพ้นวิสัย โดยในกรณีดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเป็นอย่างมาก และอาจทำให้ไม่มีเจ้าหนี้คนใดเลือกรับเอาทรัพย์อิงสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจากมีความเสี่ยงว่าทรัพย์อิงสิทธิที่นำมาจำนองอาจระงับหรือสิ้นไปก่อนที่ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองเพื่อเป็นการชำระหนี้ ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายทรัพย์อิงสิทธิควรให้ความ คุ้มครองแก่ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิทุกคนโดยมิให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิง สิทธิในขณะนั้นมีสิทธิยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิในเมื่อได้มีการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจดทะเบียนก่อตั้ง ทรัพยสิทธิอย่างจำนองขึ้นมาแล้ว ทั้งนี้ผู้เขียนจะอธิบายเหตุผลสนับสนุนเพิ่มเติมดังนี้

ประการที่หนึ่ง กรณีผู้รับจำนองไม่ใช่บุคคลภายนอก โดยหลักเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในฐานะที่เป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธินอกจากจะมีสิทธินำกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของตนไปจำนองแล้ว เขาก็ยังอาจนำทรัพย์อิงสิทธิที่ได้ก่อตั้งขึ้นเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้นไปจำนองได้ด้วย โดยไม่ว่า

เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิซึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิจากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (ผู้ทรง ทรัพย์อิงสิทธิโดยแท้) เจ้าหนี้ผู้รับจำนองก็ควรได้รับความคุ้มครองเฉกเช่นเดียวกัน หากกฎหมายไม่ คุ้มครองกรณีผู้รับจำนองซึ่งไม่ใช่บุคคลภายนอก อาจส่งผลให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่เลือกรับการจด ทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเป็นแน่ เพราะ ตามมาตรา 14 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสิทธิในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิได้ทุกเมื่ออันมีสาเหตุ มาจากการที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่ถือเป็นบุคคลภายนอกที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

ประการที่สอง กรณีผู้รับจำนองเป็นบุคคลภายนอกแต่ไม่ได้จดทะเบียนจำนองโดยสุจริต ซึ่งได้แก่กรณีผู้รับจำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกรู้ก่อนจดทะเบียนจำนองแล้วว่าในภายหลังทรัพย์อิง สิทธิซึ่งจำนองจะถูกโอนกลับไปยังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรง ทรัพย์อิงสิทธิในเวลานั้นจะจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนกำหนดเวลา โดยเหตุที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจำนองกรณีนี้เนื่องจากการที่ผู้รับจำนองทราบมาว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนกำหนดเวลานั้นเป็นข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ เป็นสิ่งที่ยังไม่ชัดเจนแน่นอน และไม่อาจสรุปได้อย่างแน่ชัดว่าการจดทะเบียนไปโดยรู้เรื่องดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตเพราะยังไม่ถือเป็นข้อเท็จจริง นอกจากนี้การที่ผู้รับจำนองได้จดทะเบียนรับจำนองโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้วย่อมส่งผลเป็นการก่อตั้งขึ้นซึ่งทรัพยสิทธิเหนือทรัพย์อิงสิทธิ กล่าวคือสิทธิจำนอง ซึ่งเป็นสิทธิอันมีลักษณะเป็นบุริมสิทธิแก่ผู้รับจำนอง หากมาตรา 14 ยอมให้สิทธิแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิอันเป็นทรัพย์สินที่ได้นำไปจดทะเบียนจำนองไว้อยู่ก่อนแล้วย่อมเป็นการไม่สอดคล้องกับเหตุผลทางกฎหมายของพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ที่ให้สิทธิแก่ผู้ทรงในการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองได้ ยิ่งไปกว่านั้นการให้สิทธิแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิเมื่อใดก็ได้ยังไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับจำนองอย่างมาก อีกทั้งยังเป็นการยิ่งตอกย้ำถึงความไม่แน่นอนของการจำนองทรัพย์อิงสิทธิอีกด้วย

ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองข้างต้นที่จะต้องได้รับผลกระทบและเสียหายจากการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา ผู้เขียนขอเสนอแนะให้มีการปรับแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิฯ ดังนี้

“เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

กรณีมีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์อิงสิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาหาได้ไม่”

โดยเมื่อมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวแล้วย่อมมีผลให้ผู้รับจำนองไม่ว่าจะถือเป็นบุคคลภายนอกหรือไม่ หรือจะรู้หรือไม่ว่าจะมีการยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลา ย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 14 ทั้งสิ้น กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่อาจใช้สิทธิจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ ดังจะแสดงได้ตามตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ 1 นาย ก. เจ้าหนี้ได้จดทะเบียนรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ แม้นาย ก. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะไม่ใช่บุคคลภายนอก แต่นาย ก. ก็จะได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิก็ไม่อาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวก่อนครบกำหนดเวลาได้

ตัวอย่างที่ 2 นาย ก. เจ้าหนี้ได้จดทะเบียนรับจำนองทรัพย์อิงสิทธิกับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ โดยทราบจาก ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิว่า ในอีกสามเดือนผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะโอนทรัพย์อิงสิทธิกลับไปยังเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็จะจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิทันที แม้นาย ก. จะทราบเรื่องดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิในการ ยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวก่อนครบกำหนดเวลาได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จากตัวอย่างที่ผู้เขียนยกมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากมีการปรับแก้ไขบทบัญญัติมาตราดังกล่าวตามที่ได้เสนอไปจะมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิทุกคน กล่าวคือ หากมีการนำทรัพย์อิงสิทธิไปจดทะเบียนจำนองไว้แล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่อาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ อีกทั้งยังก่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้รับจำนองทรัพย์อิงสิทธิอีกด้วยว่าทรัพย์อิงสิทธิที่ตนรับจำนองนั้นจะยังคงอยู่ในวันที่มีการบังคับจำนอง

บรรณานุกรม

Benson, P. The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Bonneß, A. Grundschulden Und Hypotheken [Online]. Available from: https://www.notariat-sasel.de/de/grundschulden-und-hypotheken [5 June 2022

Burkhard Hess, M. M. Civil Enforcement in Germany. 2006.

Clark, W. Fisher and Lightwood's Law of Mortgage. 12 ed. Great Britain: LexisNexis Butterworths, 2006.

Contrat De Bail À Construction. [Online]. Available from: https://www.documents.fr/contrat-de-bail-a-construction.html [1 August 2022.

Das Zwangsversteigerte Erbbaurecht – Und Die Schuldrechtliche Anpassung Des Erbbauzinses. [Online]. 2017. Available from: https://www.rechtslupe.de/zivilrecht/das-erbbaurecht-anpassung-3125944 [1 March 2023.

Droits Réels Et Droits Personnels. [Online]. 2019. Available from: https://www.lemondepolitique.fr/cours/droit_civil_biens/droits_reels_droits_personnels/droits-reels-et-droits-personnels.html [6 May 2022.

Erp, S. V. The Oxford Handbook of Comparative Law. Hamburg: Oxford University Press, 2007.

F. H. Lawson, A. E. A., L. Neville Brown. Introduction to French Law. Great Britain: Oxford University, 1967.

For Value Definition. [Online]. Available from: https://www.lawinsider.com/dictionary/for-value [30 May 2023.

Herrmann, S. Tilgungshypothek [Online]. 2021. Available from: https://www.immobilienfinanzierung.de/lexikon/tilgungshypothek/ [1 March 2023.

Joachim Zekoll, G. W. Introduction to German Law. Wolters Kluwer, 2018.

Key Sections of the Law of Property Act 1925. [Online]. 2018. Available from: https://www.lawteacher.net/lectures/land-law/unregistered-land/impact-law-

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

property-act/?vref=1 [1 May 2022.

l'Intérieur, M. d. Saisie Immobilière [Online]. 2021. Available from: https://www.demarches.interieur.gouv.fr/particuliers/saisie-immobiliere [8 November 2022.

Martins-Brünslow, B. Erbbaurecht: Günstige Alternative Zum Grundstückskauf? [Online]. 2022. Available from: https://www.drklein.de/erbbaurecht.html [1 Aril 2022.

Morenon, R. Je Fais L'objet D'une Procédure De Saisie Immobilière : Comment Puis-Je Me Défendre ? [Online]. Available from: https://www.lextant-avocats.com/fr/actualites/id-40-procedure-saisie-immobiliere-se-defendre [2 November 2022.

Mortgages Land Law Lecture. [Online]. 2018. Available from: https://www.lawteacher.net/lectures/land-law/mortgages/creation-of-a-mortgage/?vref=1 [1 November 2022.

Neuhaus, C. Die Rangfolge Im Grundbuch Und Warum Sie Wichtig Ist [Online]. 2019. Available from: https://www.wertfaktor.de/mediathek/artikel/die-rangfolge-im-grundbuch-und-warum-sie-wichtig-ist/ [1 April 2022.

Publiques, B. O. d. F. Rec - Sureties and Guarantees of Collection - Common Law of Mortgages - Effects of the Registration of a Mortgage and Possible Consequences [Online]. 2018. Available from: https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1786-PGP.html/identifiant%3DBOI-REC-GAR-10-20-10-40-20181228 [20 November 2022.

Real Estate Finance Law in Germany. [Online]. 2015. Available from: https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-real-estate-finance/germany [5 June 2022.

Rhein, B. v. Erbbaurecht Und Entschädigung Bei Ablauf [Online]. 2010. Available from: https://www.ra-vonrhein.de/entschadigung-bei-ablauf-eines-erbbaurechts/ [1 March 2023.

Schmid, C. U., Hertel, C., and Wicke, H. Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report - Germany [Online]. 2005. Available from: https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf [1

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

May 2022.

Sparkes, P. Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire [Online]. Available from: https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/England%20and%20Wales.PDF [1 May 2023.

Wagner, F. Unbewegliche Sachen [Online]. 2018. Available from: https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/immovable-things-52553/version-275683 [20 May 2022.

Wolfgang Kotzur, N. B. a. M. K. Lending and Taking Security in Germany: Overview [Online]. 2022. Available from: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-501-2739?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a610403 [5 November 2022.

เพลินตา ตันรังสรรค์. สรุปการสัมมนาวิชาการ ทรัพย์อิงสิทธิ... เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุนอสังหาฯ. จุลนิติ (2562).

เรืออากาศตรี ณัฏพงษ์ วงษ์โต. ทรัพย์อิงสิทธิ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2565.

เสนีย์ ปราโมทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2537.

กมล สนธิเกษตริน. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑-๖ the Civil and Commercial Code Books 1-6 (Thai-English). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2550.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. "งานเสวนาวิชาการ หัวข้อ "ทรัพย์อิงสิทธิ : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ"." กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

จงจิตต์ สุขภารังษี. การบังคับจำนองสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2544.

จิตรา เพียรล้ำเลิศ. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543.

ชุมพล จันทราทิพย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป. In<u>เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ Thai and Foreign Legal Systems</u>. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2549.

ปัญญา ถนอมรอด. <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u>. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.

พจน์ ปุษปาคม. <u>ค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ</u>. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2546.

มานิตย์ จุมปา. <u>ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย</u>. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.

รองพล เจริญพันธุ์. <u>กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป</u>.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน</u>. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. <u>คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน</u>. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

สมยศ เชื้อไทย. <u>ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมาย ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์</u>. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

สหัส สิงหวิริยะ. <u>คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u>. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2550.

สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. "พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ. 2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติ ความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ." กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2562.

สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์. <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u>. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

อธิชา หลิมจานนท์. ปัญหาความเป็นบุคคลสิทธิและทรัพยสิทธิในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2562.

อานนท์ มาเม้า. <u>กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป</u>. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

อานนท์ ศรีบุญโรจน์. <u>กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ</u>. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ชลลดา เสรีสมนึก
วัน เดือน ปี เกิด	20 ตุลาคม 2535
สถานที่เกิด	จังหวัดเพชรบุรี
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2558 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 70 เมื่อปี พ.ศ. 2561
ที่อยู่ปัจจุบัน	เขตบางนา กรุงเทพมหานคร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY