

บทที่ 3

การมอบหลักประกันที่เป็นการจำนองอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อ

ส่วนที่ 1: แนวความคิดและที่มาของการจำนองอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน

ในบทที่แล้ว ได้กล่าวถึงความหมายและลักษณะโดยทั่วไปของการร่วมให้สินเชื่อ ข้อกำหนดทั่วไปในการร่วมให้สินเชื่อ ตลอดจนนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในการร่วมให้สินเชื่อ ซึ่งเป็นการกล่าวในส่วนหนึ่งของหนี้ประกันแล้ว ในบทนี้จะกล่าวถึงการมอบหลักประกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อเพื่อเป็นประกันหนี้ที่เกิดจากการร่วมให้สินเชื่อ ซึ่งจัดเป็นส่วนหนึ่งของหนี้อุปกรณ โดยจะกล่าวเน้นเฉพาะการมอบหลักประกันที่เป็นการจำนองอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นกรณีที่มุ่งศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยในส่วนนี้จะกล่าวถึงแนวความคิดและที่มาในการเสนอหลักประกันแก่เจ้าหนี้ ประเภทของหลักประกัน และแนวความคิดและที่มาของการจำนองอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน

1.1 แนวความคิดและที่มาในการเสนอหลักประกันแก่เจ้าหนี้

การที่เจ้าหนี้แต่ละรายจะใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เพียงใดนั้น ตามกฎหมายไทยก็มีบทบัญญัติในประมวลแพ่งและพาณิชย์รับรองไว้แล้วว่า เจ้าหนี้ทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ที่มีอยู่¹ ทั้งนี้เป็นไปตาม บพพ. มาตรา 214 ที่กำหนดว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ

¹พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2533), หน้า 1.

ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย" ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของเจ้าหนี้ทั่ว ๆ ไป หรือที่เรียกว่าเจ้าหนี้สามัญซึ่งไม่มีหลักประกันพิเศษว่า ความจริงแล้วเจ้าหนี้สามัญเหล่านี้ก็มีทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้อยู่แล้ว² ซึ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ภายใต้บังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นั้น ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของลูกหนี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" ที่บัญญัติไว้ใน ปพพ. มาตรา 138 แล้ว ทรัพย์สินของลูกหนี้ทุกชนิดก็จะหมายถึงทรัพย์สิน คือวัตถุมีรูปร่างตามความหมายใน ปพพ. มาตรา 137 และทรัพย์สิน ทั้งที่เป็นวัตถุมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้น การที่ ปพพ. มาตรา 214 กล่าวถึง เงินและทรัพย์สินอื่นที่บุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ นั้น ที่จริงก็เป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เหมือนกัน เนื่องจากสิทธิของลูกหนี้ที่จะเรียกร้องเอาเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นของบุคคลภายนอกนั้น เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาถือเอาได้ตามความหมายของมาตรา 138 แต่ทั้งนี้ หนี้ของบุคคลภายนอกนั้น ต้องถึงกำหนดชำระแล้ว³ นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 วรรคท้าย ยังได้บัญญัติว่า "เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ทรัพย์สินที่เป็นของภรรยาหรือที่เป็นของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้นั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจยึดหรืออายัดและเอาออกขายได้ตามที่บัญญัติไว้ข้างบนนี้" จึงทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ภายใต้บังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นั้นรวมความไปถึง

1) ทรัพย์สินของภรรยาของลูกหนี้ ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้ ซึ่งได้แก่ กรณีของหนี้ร่วม ซึ่ง ปพพ. มาตรา 1489* บัญญัติให้เจ้าหนี้มีสิทธิเอาชำระหนี้ได้

² ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน จำนวนอง จำนวนา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 1.

³ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505), หน้า 672.

* มาตรา 1489 "ถ้าสามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ให้ชำระหนี้้นจากสินสมรส และสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย"

จากสินสมรสและสินส่วนตัวของทั้ง 2 ฝ่าย เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงยอมมีสิทธิที่จะยึดสินสมรสของทั้ง 2 ฝ่ายมาชำระหนี้ได้ แม้ว่าจะฟ้องสามีหรือภรรยาแต่เพียงผู้เดียว⁴ ทั้งนี้ ตามนัยของคำพิพากษาฎีกาที่ 3478/2528 ซึ่งตัดสินว่า "การที่จำเลยตั้งร้านค้า เมื่อไม่ปรากฏพฤติการณ์เป็นอย่างอื่น ย่อมฟังได้ว่ากิจการร้านค้านี้ดังกล่าว จำเลยกับผู้ร้องกระทำด้วยกันตามธรรมดาของสามีภรรยา การที่จำเลยกู้เงินไปใช้ในกิจการร้านค้า จึงเป็นหนี้ที่เกิดจากการงานที่ผู้ร้องกับจำเลยทำด้วยกันเป็นหนี้ร่วม และต้องเอาชำระจากสินสมรสและสินส่วนตัวของทั้ง 2 ฝ่าย ผู้ร้องจึงจะกันส่วนของตนหาได้ไม่"

2) ทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้ ซึ่งได้แก่ เงินได้ของบุตรผู้เยาว์ ซึ่งตาม บพพ. มาตรา 1573⁵ บัญญัติให้ผู้อ่านาจนปกครองมีสิทธิใช้เงินได้ของผู้เยาว์เพื่อการครองชีพตามสมควรแก่ฐานะ ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายท่านหนึ่ง⁵ให้ข้อสังเกตไว้ว่า เงินได้ของบุตรผู้เยาว์ที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะไป

⁴พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง (กรุงเทพมหานคร : บริษัทกรุงสยามพรินติ้ง จำกัด, 2534), หน้า 222.

⁵มาตรา 1573 "ถ้าบุตรมีเงินได้ ให้ใช้เงินนั้นเป็นค่าอุปการะเลี้ยงดูและการศึกษาก่อน ส่วนที่เหลือผู้อ่านาจนปกครองต้องเก็บรักษาไว้เพื่อส่งมอบแก่บุตร แต่ถ้าผู้อ่านาจนปกครองไม่มีเงินได้เพียงพอแก่การครองชีพตามสมควรแก่ฐานะ ผู้อ่านาจนปกครองจะใช้เงินนั้นตามสมควรก็ได้ เว้นแต่จะเป็นเงินได้ที่เกิดจากทรัพย์สินโดยการให้โดยเสน่หาหรือพินัยกรรมซึ่งมีเงื่อนไขว่ามีให้ผู้อ่านาจนปกครองได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ๆ"

⁵ความเห็นของ ศ.จิตติ ดิงศภัทย์ อ้างถึงใน พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, หน้า 223.

ยึดมาได้ นั้น ต้องเป็นเงินที่ผู้ซื้ออ่านาจปกครองจะเอาไปใช้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การครองชีพเท่านั้น ซึ่งในที่สุดแล้วอาจจะไม่มีเหลือให้ยึดก็ได้

แต่ทั้งนี้ ในบางกรณีกฎหมายก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นไม่ให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของภริยาหรือบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้บางชนิดตกอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี เนื่องจากเห็นว่าเป็นทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของมนุษย์โดยทั่วไป โดยบัญญัติว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะยึดหรืออายัดทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้ ซึ่งได้แก่ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285 เช่น เครื่องนุ่งห่ม หลับนอน หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบวิชาชีพของลูกหนี้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การที่ ปพพ. มาตรา 214 บัญญัติให้กองทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ นั้น แท้จริงเป็นแต่ประกันอันเลื่อนลอย⁶ ทั้งนี้ เนื่องจากลูกหนี้ยังมีอิสระบริบูรณ์ที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนเองได้ ทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้หมดลง จนเมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ ลูกหนี้ก็อาจไม่มีอะไรเหลือพอชำระหนี้ หรือบางกรณีลูกหนี้ก็อาจไปก่อหนี้รายอื่น ๆ ซึ่งเจ้าหนี้เหล่านั้นต่างก็มีสิทธิเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ ซึ่งถ้าลูกหนี้มีทรัพย์สินเพียงพอก็เป็นที่น่าใจได้ว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนทุกคน แต่ถ้าทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่พอชำระหนี้ เจ้าหนี้ทั้งหลายก็ต้องเฉลี่ยกันไปตามส่วนมากน้อยแห่งจำนวนหนี้⁷ เจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันเป็นพิเศษ จึงขาดความมั่นคงและไม่อาจจะวางใจได้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนหรือไม่⁸ ด้วยเหตุนี้ เจ้าหนี้ทั้งหลายจึงมักมีข้อต่อรองขอให้ลูกหนี้จะต้องจัดหาหลักประกันมาให้เสียก่อน จึงจะยอมให้ลูกหนี้ก่อหนี้กับตนเองได้

⁶ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505) หน้า 323.

⁷ซุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 1.

⁸พจน์ ปุษาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และบริมสิทธิ, หน้า 2.

ในต่างประเทศก็มีหลักกฎหมายทั่วไปรับรองสิทธิของเจ้าหนี้สามัญ เช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายไทยดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งเรียกว่าหลัก equity of creditor ซึ่งมีหลักการอยู่ว่า เจ้าหนี้ทุกรายจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน แม้ว่าจะมีสาเหตุแห่งการเกิดหนี้ที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นความแตกต่างในเรื่องเวลาก่อนหนี้ หรือจำนวนหนี้ที่แตกต่างกันก็ตาม⁹ นอกจากนี้ เจ้าหนี้แต่ละรายจะต้องไม่ยินดีที่จะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยทรัพย์สินของลูกหนี้ทุกชนิดจะถูกนำไปเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งมิได้ แต่จะต้องเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกรายร่วมกัน ซึ่งหากจำนวนหนี้ทั้งหมดมีจำนวนมากกว่ามูลค่าของทรัพย์สินทั้งหมดที่ลูกหนี้มีอยู่ เจ้าหนี้เหล่านั้นก็จะได้รับชำระหนี้แบ่งกันไปตามส่วน¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม โดยที่ต่อมาทรัพย์สินของลูกหนี้ลดน้อยถอยลง และโดยที่มูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ก็เสื่อมราคาลง เจ้าหนี้จึงเริ่มแสวงหาความมั่นใจว่าตนเองจะได้รับชำระหนี้คืน โดยเรียกร้องให้ลูกหนี้จะต้องจัดการกอสสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งของลูกหนี้ เพื่อเป็นประกันแก่ตน โดยเหตุนี้การเสนอหลักประกันแก่เจ้าหนี้จึงเกิดขึ้นและวิวัฒนาการมาตามลำดับ

ในแง่การปล่อยสินเชื่อของธนาคารพาณิชย์ การเสนอหลักประกันที่ดีก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ธนาคารพาณิชย์ทั่วไปนำมาใช้ประกอบการตัดสินใจในการที่จะปล่อยสินเชื่อให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือไม่ เนื่องจากโดยนโยบายการลงทุนของธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปจะยึดถือนโยบาย Defensive Policy หรือ Very Conservative Investment Policy ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการลดความเสี่ยงภัยให้น้อยลง¹¹ แม้ว่าโดยความเป็นจริงแล้วธนาคารพาณิชย์ไม่อาจทำนายล่วงหน้าได้ว่า ความเสี่ยงภัยดังกล่าวจะลดลงจริงหรือไม่ เนื่อง

⁹ E. Allan, E. Hiscock and Roebuck, Credit and Security in Australia (New York : Crane, Russak & Company Inc., 1976), p. 6-7.

¹⁰ Ibid.

¹¹ ชรินทร์ พิทยาวิวิธ, "เกณฑ์การพิจารณาคุณค่าทางเครดิต" ใน ธนาคารพาณิชย์ใช้มาตรการอะไรในการพิจารณาปล่อยสินเชื่อ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2523), หน้า 275.

จากในอนาคตอาจจะเกิดเหตุการณ์ใด ๆ ที่อยู่นอกเหนืออำนาจควบคุมที่จะมากระทบธุรกิจของลูกหนี้ อันเป็นเหตุทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้คืนให้แก่ธนาคารพาณิชย์ก็ได้¹² ซึ่งหากนำนโยบาย Defensive Policy มาใช้ทางด้านสินเชื่อแล้ว การที่ธนาคารพาณิชย์จะพิจารณาให้สินเชื่อแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความต้องการทางด้านเสถียรภาพของเงินลงทุน และความต้องการเกี่ยวกับเสถียรภาพของรายได้ โดยคำนึงถึงเกณฑ์การพิจารณาคุณค่าทางเครดิต (Criteria of Credit Worthiness) ซึ่งมีองค์ประกอบ 6 ประการ หรือที่เรียกว่า หลัก 6C's ดังนี้¹³

1) Charactor คือ คุณภาพจิตใจและพฤติกรรมของลูกหนี้ซึ่งแสดงออกถึงความตั้งใจที่จะชำระหนี้ ซึ่งรวมถึงความซื่อสัตย์ในการประกอบธุรกิจมาเป็นเวลานานปี ความสามารถในการจัดการ ชื่อเสียง การศึกษา และตำแหน่งหน้าที่ทางสังคม ซึ่งหากลูกหนี้มีคุณสมบัติเหล่านี้ดีแล้ว อัตราการเสี่ยงในด้านหนี้สูญก็จะมีน้อยลง

2) Capacity คือ ความสามารถหรือสมรรถภาพในการหารายได้ให้เพียงพอที่จะชำระหนี้ ซึ่งธนาคารพาณิชย์ทุกแห่งถือเอาปัจจัยในเรื่อง Capacity นี้ เป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุด และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าเงินที่ลูกหนี้นำมาชำระหนี้ นั้น จะต้องเป็นเงินที่ลูกหนี้ได้มาจากการประกอบกิจการ มิใช่ได้มาจากการขายหลักทรัพย์ที่จำนองไว้กับธนาคาร

3) Capital คือ ทรัพย์สินในส่วนที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ขอสินเชื่อ และ/หรือ เงินทุนในส่วนของผู้ถือหุ้น ซึ่งปัจจัยในข้อนี้ จะเป็นเครื่องวัดฐานะความมั่นคงทางการเงินหรือของธุรกิจ ซึ่งเป็นปัจจัยที่ธนาคารพาณิชย์จะนำมาประเมินชดเชยกับในกรณีที่ Charactor และ Capacity ของลูกหนี้ไม่ค่อยดีนัก

¹²Fidler, Sheldon and Fidler's practice and law of banking, 11th ed. (London : The English Language Book Society and Macdonald and Evans, 1982), p. 269.

¹³ชินินทร์ พิทยาวิวิธ, "เกณฑ์การพิจารณาคุณค่าทางเครดิต". ใน ธนาคารพาณิชย์ ไขมาตรการอะไรในการพิจารณาลดปล่อยสินเชื่อ, หน้า 275-280.

4) Collateral คือ ทรัพย์สินที่ผู้ขอสินเชื่อนำมาค้ำประกันหนี้สินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในอนาคต ซึ่งปัจจัยในข้อนี้ ธนาคารพาณิชย์มักจะถือเป็นเรื่องที่สำคัญ เนื่องจากการหาหลักทรัพย์มาเป็นประกันกับธนาคาร ก็สามารถป้องกันการเสี่ยงต่อหนี้สูญที่อาจจะเกิดขึ้นได้เช่นกัน

5) Condition คือ ภาวะการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่จะกระทบถึงความสามารถชำระหนี้ของลูกหนี้ ทั้งนี้ โดยเหตุผลที่ว่าสภาพเศรษฐกิจมีความไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับการหมุนเวียนของวัฏจักรทางเศรษฐกิจ ซึ่งอาจมีผลกระทบถึงการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคนิค การผลิต การบริโภค และวิธีจำหน่ายสินค้าที่ผลิตได้

6) Country คือ ภาวะทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และนโยบายการค้าของประเทศนั้น ๆ ซึ่งหลักเกณฑ์ในข้อนี้ พึงจะนำมาพิจารณาเมื่อไม่นานมานี้เอง เนื่องจากในปัจจุบันการค้าระหว่างประเทศมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณค่าเครดิต หรือหลัก 6C's ซึ่งธนาคารพาณิชย์ส่วนใหญ่มักจะนำมาใช้เป็นหลักในการตัดสินใจที่จะให้สินเชื่อแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือไม่แล้ว จะเห็นได้ว่า นอกจากธนาคารพาณิชย์จะคำนึงถึงคุณสมบัติของลูกหนี้และความสามารถในการหารายได้มาชำระหนี้ของลูกหนี้แล้ว การเสนอหลักประกันให้แก่ธนาคารพาณิชย์ก็เป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่ธนาคารนำมาประกอบการตัดสินใจในการที่จะให้สินเชื่อแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือไม่ ซึ่งหากลูกหนี้เสนอหลักประกันที่ดีให้แก่ธนาคารพาณิชย์ โอกาสที่ลูกหนี้รายนั้นจะได้รับสินเชื่อจากธนาคารก็จะมีมากขึ้นตามไปด้วยเช่นกัน เนื่องจากหลักประกันถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะช่วยลดความเสี่ยงของธนาคารพาณิชย์ลงได้

1.2 ประเภทของหลักประกัน

สำหรับความหมายของคำว่าหลักประกัน (security) นี้ ไม่มีคำนิยามไว้โดยตรงในกฎหมายไทย ซึ่งเมื่อได้ศึกษาค้นคว้าจากตำราต่างประเทศแล้ว ได้มีผู้ให้ความหมายของคำว่าหลักประกัน (security) ไว้ว่า หมายถึง กระบวนการ (transaction) ที่

บุคคลคนหนึ่ง ซึ่งมีหนี้สินอยู่กับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า "ลูกหนี้" ได้จัดหาสิทธิที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินใดทรัพย์สินหนึ่งของลูกหนี้เป็นการเฉพาะเจาะจงให้แก่เจ้าหนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะนำมาบังคับชำระหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่ต่อเจ้าหนี้ เป็นการนอกเหนือจากค้ำประกันสัญญาของลูกหนี้ที่จะชำระหนี้¹⁴ อย่างไรก็ดี เมื่อกล่าวถึงคำว่าหลักประกัน (security) ผู้กล่าวมักจะไม่ได้มุ่งหมายถึงกระบวนการ (transaction) ดังได้กล่าวมาแล้ว แต่จะมีจุดประสงค์ให้หมายถึงผลประโยชน์หรือสิทธิที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนั้น ๆ¹⁵ ซึ่งโดยทั่วไป ผลของการจัดหาหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ นั้น จะก่อให้เกิดผล 2 ประการ คือ¹⁶

- 1) สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือหลักประกันจะยังคงอยู่ แม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในหลักประกันดังกล่าวไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม
- 2) การก่อให้เกิดหลักประกันจะทำให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างสิทธิเหนือบุคคล (personal right) และสิทธิเหนือทรัพย์สิน (proprietary right)

อย่างไรก็ดี การกล่าวถึงความหมายของคำว่า "หลักประกัน" ในย่อหน้าก่อนนั้น เป็นการกล่าวโดยเน้นเฉพาะการให้หลักประกันเหนือทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำว่า การให้หลักประกันตามกฎหมายไทยมิได้มีเฉพาะการให้หลักประกันโดยใช้ทรัพย์สินเป็นประกันเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการให้หลักประกันโดยมีบุคคลค้ำประกันอีกด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ประเภทของหลักประกันสามารถแบ่งได้ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

¹⁴ E. I. Skyes, The law of securities, 3rd ed. (Queensland: Watson Ferguson & Company, 1978), p.3.

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ *ibid.*, p. 3-4.

1.2.1 การประกันด้วยบุคคล ได้แก่ การที่บุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคน เข้าผูกพันตนต่อ เจ้าหนี้ที่จะ เข้ารับผิดชำระหนี้ของลูกหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น ซึ่งการประกันด้วยบุคคลนี้มีลักษณะ เป็นการเอาเครดิตของบุคคลเป็นประกัน โดยเจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ค้ำประกันที่จะ เข้าชำระหนี้แทนได้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้¹⁷ ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายไทย การประกันด้วยบุคคลจะมีเฉพาะกรณีการค้ำประกัน¹⁸ ตามที่บัญญัติไว้ใน พพ. มาตรา 680 ที่บัญญัติว่า "อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อ เจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้" กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้ค้ำประกันเข้ารับรองต่อเจ้าหนี้ว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันจะเข้าใช้หนี้แทน แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาความหมายของการประกันด้วยบุคคลอย่างกว้างแล้ว การประกันด้วยบุคคลมิได้จำกัดเฉพาะการค้ำประกันเท่านั้น แต่จะรวมไปถึงกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ด้วย คือ¹⁹

1) สัญญารับผิดชอบ (Indemnities) คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า Indemnifier สัญญาที่จะชำระหนี้ของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยยอมผูกพันที่จะรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้น กล่าวคือ เข้าผูกพันที่จะชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยไม่คำนึงว่า ลูกหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัดหรือไม่

2) สัญญาเข้าผูกพันอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Obligation) คือ สัญญาซึ่งบุคคล 2 คนเข้าผูกพันที่จะรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้แบบร่วมกันและแทนกัน โดยมีลักษณะ เช่นเดียวกับความรับผิดแบบลูกหนี้ร่วมตามกฎหมายไทย กล่าวคือ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ ลูกหนี้คนใดคนหนึ่งชำระหนี้แก่ตนเองโดยสิ้นเชิงหรือตามส่วนก็ได้ ตามแต่เจ้าหนี้จะเลือก

¹⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนวน 3 หน้า 3.

¹⁸ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนวน 3 หน้า, หน้า 4.

¹⁹ E. Allan, E. Hiscock and Roebuck, Credit and Security in Australia, p. 13.

3) การเข้ารับรองหรืออวัลต์ตัวแลกเงินหรือตัวเงินที่ออกโดยบุคคลที่สาม คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเข้าผูกพันที่จะรับผิดชอบตัวเงินในฐานะผู้รับรองตัวเงินหรือผู้อวัลต์ตัวเงิน แล้วแต่กรณี

4) การออกเลตเตอร์ออฟเครดิตทางการค้า และ Standby Letter of Credit การออกเลตเตอร์ออฟเครดิตทางการค้า คือ การที่ธนาคารเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตตามคำขอของลูกค้าเพื่อสั่งซื้อสินค้าจากประเทศผู้ขาย โดยธนาคารสัญญาว่าจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ขายสินค้าหรือจะรับรองตัวแลกเงินให้แก่ผู้ขาย หากผู้ขายได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในเลตเตอร์ออฟเครดิตครบถ้วนแล้ว ซึ่งประโยชน์ของเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้นมีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองและให้ความมั่นใจแก่ผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าทั้ง 2 ฝ่าย โดยทางฝ่ายผู้ขายสินค้าก็จะได้รับความมั่นใจว่าจะได้รับชำระ เงินค่าซื้อสินค้าที่ขายได้อย่างแน่นอน หากผู้ขายปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในเครดิตครบถ้วนทุกประการ และทางฝ่ายผู้ซื้อสินค้าก็จะได้รับความคุ้มครองทางด้านข้อบกพร่องต่าง ๆ เกี่ยวกับเอกสารสินค้าที่ซื้อขาย ทำให้ผู้ซื้อมั่นใจว่าจะสามารถได้รับเอกสารการส่งสินค้าที่ถูกต้องเพื่อนำไปรับสินค้าได้²⁰ ส่วน Standby Letter of Credit ก็คือ letter of credit ชนิดหนึ่งซึ่งเริ่มมีใช้ในสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 โดยเป็นเอกสารที่ออกเพื่อรับรองการชำระเงินโดยเฉพาะ โดยผู้ออก Standby Letter of Credit สัญญาว่าจะชำระเงินเป็นจำนวนเท่ากับจำนวนเงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ตามสัญญาที่ลูกหนี้จะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด โดยจะมีระยะเวลาของ credit เท่ากับระยะเวลาตามสัญญา

1.2.2 การประกันด้วยทรัพย์สิน คือ การที่ลูกหนี้จัดหาทรัพย์สินมาเป็นประกันแก่เจ้าหนี้ โดยลักษณะที่ให้เจ้าหนี้มีสิทธิพิเศษที่จะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกันได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ²¹ ซึ่งทรัพย์สินที่นำมาประกันนั้นจะเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เองหรือเป็น

²⁰ ชรินทร์ พิทยาวิริธ, เลตเตอร์ออฟเครดิตการค้า (กรุงเทพมหานคร : ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2525), หน้า 6.

²¹ E. Allan, E. Hiscock and Roebuck, Credit and Security in Australia, p. 18.

ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกก็ได้ รวมทั้งอาจเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างหรือเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอันได้แก่สิทธิต่าง ๆ ที่มีราคาและอาจถือเอาได้ก็ได้ ซึ่งการประกันด้วยทรัพย์สินมีลักษณะเป็นการเจาะจงเอาตัวทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งมาเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยเจ้าหนี้เชื่อในคุณค่าหรือราคาของทรัพย์สินนั้นที่จะนำเอาออกขายและได้เงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้²² แตกต่างจากการประกันด้วยบุคคลที่เจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ที่เข้ามาประกัน ซึ่งในทางปฏิบัติ การประกันด้วยทรัพย์สินอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

1) การจำนอง เป็นวิธีการประกันด้วยทรัพย์สินที่นิยมกระทำกันมากที่สุดวิธีหนึ่ง เนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาจำนองส่วนใหญ่มักจะเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูง เช่น ที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง หรือเครื่องจักร นอกจากนี้ การจำนองยังเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ รวมทั้งก่อให้เกิดทรัพย์สินติดเหนือตัวทรัพย์สินจำนอง แม้จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอก เจ้าหนี้ก็ยังใช้สิทธิติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินจำนองได้ ซึ่งรายละเอียดของการจำนองนี้จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในส่วนที่ 2

2) การจำนำ เป็นการประกันด้วยทรัพย์สินที่มีลักษณะแตกต่างจากการจำนองในข้อสำคัญที่จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำ²³ ดังนั้น ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำ การจำนำก็จะมีขึ้นไม่ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน บพพ. มาตรา 747 ที่กำหนดว่า "อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสิ่งหรือทรัพย์สินสิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้" แต่อย่างไรก็ดี ตามหลักกฎหมายในเรื่องจำนำนั้นแตกต่างจากหลักกฎหมายในเรื่องจำนองตรงที่ไม่มีกฎหมายมาตราใดที่บัญญัติไว้โดยตรงว่า ผู้รับจำนำชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำก่อนเจ้าหนี้สามัญ

²²ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกันจำนอง จำนำ หน้า 4.

²³เรื่องเดียวกัน, หน้า 154-155.

แต่ก็ได้มีกล่าวไว้โดยย่อใน ปพพ. มาตรา 758* และ 767** ซึ่งก็ต้องเป็นที่เข้าใจกันว่า ผู้รับจ่านามีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินก่อนเจ้าหนี้สามัญเช่นเดียวกับผู้รับจ่านอง²⁴ และโดยเหตุนี้ จึงทำให้การจ่านาเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินที่เป็นที่นิยมอีกประเภทหนึ่งรองลงมาจากจ่านอง

สำหรับประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาจ่านาได้นั้น ได้แก่สังหาริมทรัพย์ ตามคำนิยามใน ปพพ. มาตรา 140*** ซึ่งหมายความรวมถึง สิทธิอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ด้วย ซึ่งได้แก่ แหวนเครื่องทองรูปพรรณ ช้าง ม้า รถยนต์ ใบประทวนสินค้า ใบรับของคลังสินค้า ตั๋วเงิน ใบหุ้น พันธบัตรรัฐบาล ฯลฯ

3) การโอนสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ เป็นประกัน การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นประกันนั้น ถือเป็นหลักประกันประเภทหนึ่งที่นิยมนำมาใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินต่าง ๆ เนื่องจากสิทธิเรียกร้องถือเป็นทรัพย์สินที่มีราคาและอาจถือเอาได้ ซึ่งเมื่อสิทธิเรียกร้องถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง และทรัพย์สินอย่างอื่นก็

* มาตรา 758 "ชอบที่จะยึดของจ่านาไว้ได้ทั้งหมด จนกว่าจะได้รับชำระหนี้และค่าอุปการณครบถ้วน"

** มาตรา 767 "เมื่อบังคับจ่านาได้เงินจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านว่าผู้รับจ่านาต้องจัดสรรชำระหนี้และอุปการณเพื่อให้เสร็จสิ้นไป และถ้ายังมีเงินเหลือก็ต้องส่งคืนให้แก่ผู้จ่านาหรือแก่บุคคลผู้ควรจะได้เงินนั้น"

ถ้าได้เงินน้อยกว่าจำนวนค่างชำระ ท่านว่าลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับใช้ในส่วนที่ขาดอยู่นั้น"

²⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกันจ่านอง จ่านา หน้า 156.

*** มาตรา 140 "สังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย"

สามารถโอนกันได้ สิทธิเรียกร้องก็ต้องโอนได้เช่นเดียวกัน²⁵ ซึ่งโดยปกติในการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นประกันแก่ธนาคารนั้น มักจะเป็นการโอนโดยมีเงื่อนไข คือให้การโอนมีผลตามกฎหมายต่อเมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ซึ่งเมื่อถึงเวลาที่เงื่อนไขสำเร็จคือ ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว เจ้าหนี้ก็จะสามารถเข้าใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวในนามของตนเองได้ ทั้งนี้ การโอนสิทธิเรียกร้อง ก็จะต้องกระทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ในกรณีเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ก็จะต้องทำตามวิธีการที่กำหนดไว้ใน พพ. มาตรา 306* และในกรณีที่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งก็ต้องทำตามวิธีการที่กำหนดไว้ใน พพ. มาตรา 309** ซึ่งผลของการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทั่วไปนั้น จะทำให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนที่ผู้โอน และเข้าใช้สิทธิได้อย่างเดียวกับผู้โอน กล่าวคือ เมื่อหนี้ระหว่างผู้โอนและลูกหนี้ถึงกำหนดชำระ ผู้รับโอนก็มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนเองได้ตามวัตถุประสงค์หรือจำนวนเท่าที่เป็นหนี้กันอยู่แต่เดิม²⁶

²⁵ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) หน้า 937.

* มาตรา 306 "การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอม เช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ

ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้ผู้โอนชำระ ลูกหนี้นั้นก็พ้นอันหลุดพ้นจากหนี้"

** มาตรา 309 "การโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกคนอื่นได้แต่เฉพาะ เมื่อการโอนนั้นได้สลักหลังไว้ในตราสารและตัวตราสารนั้นได้ส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนไปด้วย"

²⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 979.

สำหรับประเภทของสิทธิเรียกร้องที่จะนำมาโอนเป็นประกัน การชำระหนี้ได้นั้น ได้แก่ สิทธิเรียกร้อง ซึ่งไม่มีข้อจำกัดตามกฎหมายหรือตามข้อสัญญาห้ามมิให้โอนกันได้ ซึ่งสิทธิเรียกร้องที่นำมาโอนเป็นประกันนั้นแก่เจ้าหนี้ นั้น มักจะเป็นสิทธิเรียกร้อง ที่มีมูลค่าเทียบได้กับทรัพย์สินชนิดต่าง ๆ ที่นำมาจำนองหรือจำนำเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เช่น สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงินตามสัญญารับเหมาก่อสร้าง สิทธิเรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัย สิทธิเรียกร้องตาม performance bond สิทธิ การเช่า และสิทธิตามสัญญาสัมปทาน เป็นต้น

1.3 แนวความคิดและที่มาของการจำนองอสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน

โดยทั่วไปแล้ว หลักประกันที่ผู้กู้นำมาเสนอเพื่อประกันการชำระหนี้ในการร่วมให้สินเชื่อ นั้น ก็ได้แก่หลักประกันประเภทต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 1.2 แต่เนื่องจากการให้สินเชื่อแบบ Syndicated Finance นี้ เป็นการให้สินเชื่อที่มีธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันการเงินต่าง ๆ หลาย ๆ แห่งมาร่วมกันให้สินเชื่อประเภทต่าง ๆ แก่ผู้กู้ ลักษณะการมอบหลักประกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อ จึงมีลักษณะแตกต่างจากการมอบหลักประกันแก่เจ้าหนี้รายอื่น ๆ หรือแม้แต่ธนาคารพาณิชย์ในกรณีการให้สินเชื่อโดยปกติทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายที่มีส่วนเข้ามาร่วมกันให้สินเชื่อแก่ผู้กู้ในคราวเดียวกันนั้น ย่อมต้องการที่จะมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเท่าเทียมกัน โดยไม่มีผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดยินยอมที่จะได้สิทธิพิเศษต่าง ๆ ในลักษณะที่ด้อยกว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ การจัดหาหลักประกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจึงต้องจัดหาให้เท่า ๆ กัน และโดยที่การร่วมให้สินเชื่อโดยทั่ว ๆ ไปมักจะเป็นการให้วงเงินสินเชื่อในวงเงินที่สูง และประกอบด้วยสินเชื่อประเภทต่าง ๆ ที่เพียงพอแก่ผู้กู้ที่จะนำไปใช้ในการประกอบกิจการหรือโครงการของผู้กู้ได้ทั้งโครงการ โดยไม่ต้องอาศัยสินเชื่อจากแหล่งเงินกู้อื่นอีก ผู้ร่วมให้สินเชื่อจึงมักจะมีข้อต่อรองให้ผู้กู้จะต้องนำทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กู้ที่ใช้หรือเกี่ยวข้องกับโครงการที่ผู้กู้นำมาขอสินเชื่อดังกล่าวมาเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อ และโดยที่ทรัพย์สินของผู้กู้ที่จะนำมาเป็นหลักประกันแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อ นั้น มักจะเป็นทรัพย์สินชิ้นใหญ่ ๆ เช่น ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง, เครื่องจักร ฯลฯ ซึ่งในทางปฏิบัติไม่อาจแบ่งแยกมาเป็นประกันแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายโดยเท่าเทียมกันได้ รูปแบบของการก่อหลักประกันเหนือทรัพย์สินสิ่งเดียวกันให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันจึงเกิดขึ้นและพัฒนาโดยลำดับ เช่น ในกรณีที่หลักประกัน

เป็นที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง ผู้กู้ก็จะทำสัญญาจำนองและจดทะเบียนจำนองที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน โดยจัดให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายเป็นผู้รับจำนองในลำดับเดียวกัน หรือในกรณีที่ผู้กู้มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน ผู้กู้ก็ต้องดำเนินการให้มีการจำนำสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวเป็นประกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน ซึ่งในบางกรณีการก่อหลักประกันเหนือทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อหลายรายร่วมกันนั้น ก็มีข้อขัดข้องทั้งในแง่กฎหมายและในทางปฏิบัติ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของทางราชการรองรับไว้ เช่น ในกรณีของการจำนองสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายในลำดับเดียวกันนี้ ก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาตราใดรับรองให้ทำได้โดยตรง รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ตลอดจนวิธีการบังคับจำนอง กรณีจึงมีปัญหาค่าที่จะต้องพิจารณากันต่อไปว่า การจำนองสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกันนี้จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างไร หรือแม้แต่กรณีการจำนำสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน ก็มีปัญหาในแง่กฎหมายและทางปฏิบัติ เช่นเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายกำหนดสาระสำคัญของสัญญาจำนำไว้ว่า สัญญาจำนำจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้จำนำส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนำให้แก่ผู้รับจำนำ สัญญาจำนำก็จะไม่เกิดขึ้น กรณีจึงมีปัญหาว่า ในกรณีที่เป็นการจำนำสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้รับจำนำหลายรายร่วมกัน การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนำจะต้องทำอย่างไร ซึ่งในทางปฏิบัติก็มักจะแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการมอบหมายให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำแทนผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ ซึ่งการแก้ปัญหาดังกล่าวบางครั้งก็อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ ได้ หากผู้ร่วมให้สินเชื่อหรือบุคคลภายนอกที่ครอบครองทรัพย์สินจำนำแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงการครอบครองทรัพย์สินจำนำตามวิธีการที่กำหนดไว้ในตาม ปพพ. มาตรา 1381^{*} อย่างไรก็ดี ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวเฉพาะปัญหาที่เกิดจากการจำนอง

^{*} มาตรา 1381 "บุคคลโดยยึดถือทรัพย์สินอยู่ในฐานะเป็นผู้แทนผู้ครอบครอง บุคคลนั้นจะ เปลี่ยนลักษณะแห่งการยึดถือได้ก็แต่โดยบอกกล่าวไปยังผู้ครอบครองว่าไม่เจตนาจะยึดถือทรัพย์สินแทนผู้ครอบครองต่อไป หรือตนเองเป็นผู้ครอบครองโดยสุจริต อาศัยอำนาจใหม่อันได้จากบุคคลภายนอก"



อสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อกุญรายร่วมกัน เนื่องจากเป็นปัญหาที่น่าสนใจ และเป็นหลักประกันที่นิยมกระทำกันมากในการร่วมให้สินเชื่อ เนื่องจากโดยลักษณะของการจำนองมีความมั่นคงและมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากหลักประกันประเภทอื่น เช่น ก่อให้เกิดทรัพย์สินติดเหนือตัวทรัพย์สิน แม้จะมีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับจำนองก็ยังมีสิทธิติดตามบังคับจำนองได้ หรือในกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการจำนองหลายรายบนทรัพย์สินสิ่งเดียวกันได้ โดยจัดผู้รับจำนองแต่ละรายมีสิทธิลดหลั่นกันตามวันเวลาที่จดทะเบียน เป็นต้น

ส่วนที่ 2: การจำนองอสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อกุญรายร่วมกัน

2.1 ลักษณะโดยทั่วไปของการจำนอง

บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำนองมีบัญญัติไว้ใน บพพ. ตั้งแต่มาตรา 702 ถึงมาตรา 746 ซึ่งแบ่งออกเป็น 6 หมวด ตั้งแต่หมวด 1 ที่ว่าด้วยบทเบ็ดเสร็จทั่วไป ซึ่งกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของการจำนอง สาระสำคัญของประการที่จะต้องกำหนดในสัญญาจำนอง และแบบแห่งสัญญาจำนอง หมวด 2 ว่าด้วยสิทธิจำนองที่จะครอบคลุมถึงทรัพย์สินใดบ้าง หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับจำนองและผู้จำนอง หมวด 4 ว่าด้วยการบังคับจำนอง ซึ่งจะกล่าวถึงลักษณะพิเศษในการบังคับจำนองที่ผู้รับจำนองมีสิทธิเลือกบังคับจำนองโดยวิธีขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง หรือโดยเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ รวมถึงการจัดสรรเงินที่ได้จากการบังคับจำนองเพื่อชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองในกรณีที่มีการจำนองซ้อนกันหลายรายบนทรัพย์สินจำนองสิ่งเดียวกัน หมวด 5 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง และหมวด 6 ว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง ซึ่งในการศึกษาผลทางกฎหมายของการจำนองอสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อกุญรายร่วมกัน ก็ควรจะ ได้ศึกษาถึงลักษณะโดยทั่วไปของสัญญาจำนองในเบื้องต้นเสียก่อน โดยพิจารณาได้จาก บพพ. มาตรา 702 ซึ่งบัญญัติว่า "อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อน เจ้าหนี้สามัญ มีศักดิ์พิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่"

ซึ่งพอสรุปลักษณะโดยทั่วไปของการจำนองได้ดังนี้

2.1.1 การจำนองเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน โดยบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า "ผู้จำนอง" เอาทรัพย์สินไปตราเป็นประกันการชำระหนี้ไว้กับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า "ผู้รับจำนอง" ซึ่งคำว่า "ตราไว้" ในที่นี้หมายความว่า การเอาทรัพย์สินไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันประกันหนี้ โดยมีต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นไว้แก่ผู้รับจำนอง²⁷ และผู้ให้นำทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ นั้นจะเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลอื่นก็ได้ ตามหลักกฎหมายที่กำหนดไว้ใน พพ. มาตรา 709 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้" ทั้งนี้ โดยเหตุผลเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ว่าการจำนองเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน แตกต่างจากการค้ำประกันซึ่งเป็นการประกันด้วยบุคคลผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินมิได้ประสงค์จะผูกพันตนเองที่จะเข้าชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ แต่ประสงค์ที่จะผูกพันเป็นประกันด้วยทรัพย์สิน โดยเหตุนี้เองการที่ทรัพย์สินจำนองจะเป็นของลูกหนี้เองหรือของผู้อื่นจึงไม่ใช่ข้อสำคัญ²⁸

สำหรับทรัพย์สินที่จะนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ นั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำนองได้ และจะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียน²⁹ เพราะเมื่อมีทะเบียนแล้ว ก็อาศัยทะเบียนที่ตราทรัพย์สินไว้เป็นประกันนั้นเป็นเครื่องเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบว่าทรัพย์สินนั้นถูกผูกพันด้วยจำนองแล้ว ซึ่งผู้ใดจะมาเกี่ยวข้องกับข้อ

²⁷ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันจำนอง จำนำ, หน้า 53.

²⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ หน้า 68.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

รับโอนไปด้วยประการใด ๆ ก็จะต้องรู้ถึงสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจากทางทะเบียน ซึ่งประเภทของทรัพย์สินที่อาจจำนองได้นั้นมีกำหนดไว้ใน พพ. มาตรา 703* ซึ่งแบ่งได้ดังนี้

1) อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้แก่ ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย ทั้งนี้ ตามความหมายที่กำหนดไว้ใน พพ. มาตรา 139

2) เรือกำปั่น หมายถึง เรือทุกอย่างที่เดินเฉพาะด้วยเครื่องหรือด้วยใบ และไม่ได้ใช้กรรเชียงแจวหรือพาย ทั้งนี้ ตามความหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3 วรรคแรก

3) เรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป หมายถึง เรือที่ไม่มีเครื่องจักรกลเป็นกำลังเดิน แต่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป ซึ่งคำว่าตันในที่นี้หมายถึง ตันกรอส ซึ่งเป็นน้ำหนักของเรือทั้งหมด ไม่ใช่ตันระวางบรรทุกหรือตันระวางขับน้ำ³⁰

*มาตรา 703 "อสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใด ๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้เช่นกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพ

(3) สัตว์พาหนะ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียน

เฉพาะการ"

³⁰วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยเอกเทศสัญญาลักษณะซื้อขายแลกเปลี่ยน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 103.

4) เรือกลไฟ หมายถึง เรือทุกอย่างที่เดินด้วยเครื่องจักรและจะใช้ใบด้วยหรือไม่ใช้ก็ตาม และให้หมายความถึงเรือกำปั่นยนต์ด้วย ทั้งนี้ ตามความหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3 วรรค 2

(5) เรือยนต์มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป ซึ่งคำว่า เรือยนต์นั้นตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3 วรรค 4 หมายความว่า เรือยนต์ทุกอย่างที่มีขนาดต่ำกว่า 30 ตัน ที่ใช้ให้เดินด้วยเครื่องจักรซึ่งมิได้อาศัยกำลังเกิดจากสตีม

ทั้งนี้ เรือชนิดต่าง ๆ ตามข้อ 2 ถึงข้อ 5 ที่กล่าวมาข้างต้นที่จะนำมาจำหน่ายได้นั้น จะต้องเป็นเรือที่ขึ้นทะเบียนเรียบร้อยแล้ว

6) แพ ซึ่งหมายถึง แพที่คนอยู่อาศัยอย่างเรือนโรง ซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้ว มิใช่แพไม้ไผ่หรือแพซุง³¹

7) สัตว์พาหนะ ได้แก่ ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อ ลา ซึ่งได้ทำตัวรูปพรรณตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 แล้ว

8) สิ่งหามทรัพย์อื่น ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนจำหน่ายได้ ซึ่งได้แก่ เครื่องจักร ซึ่งได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514* ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2530 แล้ว

³¹ พจน์ ปุษาปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้าประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และบริมสิทธิ, หน้า 206.

*พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 มาตรา 5 "เครื่องจักรใดเมื่อได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ให้ถือว่าเป็นสิ่งหามทรัพย์ที่อาจจำหน่ายได้ตามมาตรา 703(4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"

2.1.2 สัญญาจ้างเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบ ทั้งนี้ เป็นไปตาม พพ. มาตรา 714 ซึ่งกำหนดว่า "อันสัญญาจ้างนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่" การทำสัญญาจ้างจึงต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ คือต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย และนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้การจ้างต้องทำเป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถือเป็นแบบแห่งนิติกรรม³² ซึ่งถ้าทำไม่ถูกต้องตามแบบ ก็จะมีผลให้การจ้างตกเป็นโมฆะ กล่าวคือ กฎหมายไม่ยอมรับบังคับบัญชาให้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายที่กำหนดไว้ใน พพ. มาตรา 152 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ" ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้การทำสัญญาจ้างต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต³³ เนื่องจากการจ้างจะทำได้แต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียน ซึ่งบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียอาจขอหลักฐานทางทะเบียนได้ การจ้างจึงต้องจดทะเบียนทุกครั้งไป ดังนั้น เพียงแต่การทำสัญญาจ้างกัน และแม้เจ้าของที่ดินจะได้มอบโฉนดที่ดินให้เจ้าหน้าที่ยึดถือไว้ก็ไม่เป็นการจ้างตามกฎหมาย และไม่ทำให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินนั้นแต่อย่างใด*

นอกจากนี้ การทำสัญญาจ้าง ยังจะต้องระบุนามตามชื่อที่กฎหมายกำหนด คือ ต้องระบุทรัพย์สินซึ่งจ้าง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายใน พพ. มาตรา 704 ซึ่งกำหนดว่า "สัญญาจ้างต้องระบุทรัพย์สินซึ่งจ้าง" เนื่องจากสัญญาจ้างถือเป็นประกันชนิดพิเศษ ซึ่งมีผลให้ผู้รับจ้างมีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินจ้าง จึงต้องรู้แน่นอน

³²ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 123.

³³ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกัน ด้วยบุคคลและทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 54.

*คำพิพากษาฎีกาที่ 546/12 จำเลยที่ 2 ยอมผูกพันตนเองเพื่อประกันการชำระหนี้ ซึ่งจำเลยที่ 1 เป็นลูกหนี้โจทก์ โดยมอบโฉนดที่ดินและใบมอบฉันทะซึ่งลงชื่อแล้วให้โจทก์ไว้เพื่อจดทะเบียนจ้าง เมื่อมิได้มีการชำระหนี้จ้างให้ถูกต้องตามกฎหมาย สัญญาจ้างย่อมเป็นโมฆะ

ว่าทรัพย์สินจําเองเป็นสิ่งใด³⁴ นอกจากนี้ ในการทําสัญญาจําเองจะต้องระบุจํานวนเงินที่เอาทรัพย์สินจําเองไว้เป็นประกันให้เป็นเงินไทยในจํานวนที่แน่นอนตรงตัว หรือระบุจํานวนเงินขั้นสูงสุดที่เอาทรัพย์สินจําเองเป็นประกัน ทั้งนี้ เป็นไปตาม ปพพ. มาตรา 708 ที่กำหนดว่า "สัญญาจําเองนั้นต้องมีจํานวนเงินระบุไว้เป็นเรือนเงินไทยเป็นจํานวนแน่นอนตรงตัว หรือจํานวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจําเองนั้นตราไว้เป็นประกัน" ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบว่า ทรัพย์สินจําเองนั้นเป็นประกันหนี้แก่ผู้รับจําเองอยู่เป็นจํานวนเท่าใด เนื่องจากทรัพย์สินที่จําเองนั้นอาจนำไปจําเองซ้ำต่อไปได้หลาย ๆ ครั้ง หรืออาจนำไปโอนขายต่อให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ การที่กฎหมายกำหนดให้ระบุวงเงินจําเองไว้ จึงเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจําเองที่สามารถนำข้อมูลดังกล่าวไปประกอบการตัดสินใจได้ ซึ่งในการระบุวงเงินจําเองนี้ กฎหมายบังคับให้ระบุเป็นเงินไทย และต้องระบุเป็นจํานวนอันแน่นอน เช่น จําเองเป็นประกันหนี้ 1 ล้านบาท หรือมิเช่นนั้น ก็จะต้องระบุจํานวนสูงสุดแห่งหนึ่งที่จําเองเป็นประกัน เช่น ระบุว่าจําเองเป็นประกันหนี้ไม่เกิน 1 ล้านบาท เป็นต้น

2.1.3 สัญญาจําเองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับจําเองที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจําเองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ทั้งนี้ เป็นไปตาม ปพพ. มาตรา 702 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า "ผู้รับจําเองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จําเองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่" ซึ่งเป็นการยืนยันหลักการของการจําเองว่า การจําเองถือเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน เจ้าหนี้จําเองจึงชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจําเองก่อนเจ้าหนี้สามัญ แต่อย่างไรก็ดี สิทธิของผู้รับจําเองนี้เป็นแต่เพียงสิทธิที่ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น มิใช่บุริมสิทธิ เพราะหากพิจารณาตาม ปพพ. มาตรา 251* บุริมสิทธิไม่ใช่สิทธิที่จะมาก่อนเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น

³⁴ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันจําเอง จําเภา, หน้า 56.

* มาตรา 251 "ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้ำชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือบทกฎหมายอื่น"

แต่บุริมสิทธิเป็นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ทั้งปวง³⁵ บุริมสิทธิจึงเป็นสิทธิที่เหนือกว่าสิทธิของผู้รับจำนอง ซึ่งหากสิทธิของผู้รับจำนองได้แย้งกับผู้บุริมสิทธิในทรัพย์นั้น สิทธิของเจ้าหนี้บุริมสิทธิอาจมาก่อนหรือยิ่งใหญ่กว่าเจ้าหนี้จำนอง³⁶ เช่น ตาม ปพพ. มาตรา 287* บุริมสิทธิในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์ และบุริมสิทธิในมูลจำนองของชั้นบนอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเกิดก่อนหรือหลังการจำนอง หากได้จดทะเบียนไว้แล้วก็อาจใช้สิทธิก่อนเจ้าหนี้จำนองได้

2.1.4 สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สิทธิติดเหนือตัวทรัพย์ที่จำนอง และใช้ยกขึ้นอ้างแก่คนทั้งหลายได้ทั่วไป³⁷ โดยภาระจำนองจะตกติดตัวทรัพย์เสมอ

³⁵ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 70.

³⁶ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 55.

*มาตรา 287 "บุริมสิทธิใดได้ไปจดทะเบียนแล้วตามบทบัญญัติแห่งมาตราทั้งสองข้างบนนี้ บุริมสิทธินั้นท่านว่าอาจจะใช้ได้ก่อนสิทธิจำนอง"

มาตรา 285 "บุริมสิทธิในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้าหากว่าเมื่อทำการเพื่อบำรุงรักษานั้นสำเร็จแล้ว ไปบอกลงทะเบียนไว้โดยพลันไซ้บุริมสิทธิก็คงให้ผลต่อไป"

มาตรา 286 "บุริมสิทธิในมูลจำนองเป็นการงานทำชั้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้น หากทำรายการประมาณราคาชั่วคราวไปบอกลงทะเบียนไว้ก่อนเริ่มลงมือทำการไซ้ บุริมสิทธิก็คงให้ผลต่อไป แต่ถ้ราคาที่ทำจริงนั้นล้ำราคาที่ได้ประมาณไว้ชั่วคราว ท่านว่าบุริมสิทธิในส่วนจำนวนที่ล้ำอยู่นั้นหาไม่มี

ส่วนการที่จะวินิจฉัยว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นมีราคาเพิ่มขึ้น เพราะการอันได้ทำชั้นบนอสังหาริมทรัพย์มาน้อยเพียงใดนั้น ท่านให้ศาลตั้งแต่งผู้เชี่ยวชาญขึ้นเป็นผู้ประมาณ ในเวลาที่มีแย้งขัดในการแบ่งเฉลี่ย"

³⁷ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 71.

แม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากรองไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับจากรองก็ยังมีสิทธิที่จะติดตามบังคับจากรองได้ ซึ่งในเรื่องนี้ ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 823/2487 ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานว่า การที่ศาลขายทอดตลาดทรัพย์สินที่มีการจากรองติดอยู่ โดยเจ้าพนักงานที่ดินคัดสำเนาโฉนดขาดรายการการจากรอง โดยศาลและผู้รับซื้อไม่รู้ถึงการจากรองดังกล่าว การจากรองก็ติดไปด้วย ผู้รับซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดจะได้แย้งว่าทรัพย์สินที่ตนซื้อไปไม่มีการจากรองติดไปไม่ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตาม ปพพ. มาตรา 702 วรรค 2 ที่บัญญัติไว้ว่า "ผู้รับจากรองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จากรองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่" นอกจากนี้ โดยผลที่สัญญาจากรองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินติดเหนือตัวทรัพย์สินที่จากรอง จึงทำให้สิทธิจากรองเป็นสิทธิที่ไม่มีเวลาสิ้นสุด ไม่มีอายุความ³⁸ และไม่สูญไปด้วยกาลเวลา³⁹ ซึ่งหลักเกณฑ์เรื่องนี้ก็มีกฎหมายรับรองอยู่ใน ปพพ. มาตรา 193/27* แต่มีเงื่อนไขว่าเมื่อจะใช้สิทธินี้ ผู้รับจากรองจะบังคับชำระดอกเบี้ยที่ค้างย้อนหลังไปเกินกว่า 5 ปีไม่ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้กฎหมายลักษณะจากรองก็ได้นำไปบัญญัติซ้ำไว้อีกใน ปพพ. มาตรา 745 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้รับจากรองจะบังคับจากรองแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจากรองเกินกว่าห้าปีไม่ได้"

2.2 ลักษณะของข้อตกลงเกี่ยวกับการจากรองที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อ

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงลักษณะของข้อตกลงเกี่ยวกับการจากรองอสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อด้วยกัน

³⁸ พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกันจากรอง จานา สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ, หน้า 188.

³⁹ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันจากรอง จานา, หน้า 137.

* มาตรา 193/27 "ผู้รับจากรอง ผู้รับจานา ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง หรือผู้ทรงบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ของตนได้ยึดถือไว้ ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จากรอง จานา หรือที่ได้ยึดถือไว้ แม้ว่าสิทธิเรียกร้องส่วนที่เป็นประธานจะขาดอายุความแล้วก็ตาม แต่จะใช้สิทธินั้นบังคับให้ชำระดอกเบี้ยที่ค้างย้อนหลังเกินห้าปีขึ้นไปไม่ได้"

เอง เนื่องจากการจ้างองอสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกันนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการปฏิบัติและผลทางกฎหมายไว้โดยตรง ลักษณะการจ้างดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกันออกไป ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างองอสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกัน รวมทั้งวิธีการจดทะเบียนจ้างที่นิยมปฏิบัติกันอยู่โดยทั่วไปในการร่วมให้สินเชื่อ โดยจะนำวิธีปฏิบัติดังกล่าวมาศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายจ้างเช่าที่มีอยู่ตามกฎหมายไทยว่า ข้อตกลงดังกล่าวจะสมบูรณ์และมีผลผูกพันตามกฎหมายเพียงใด ดังนี้

2.2.1 ข้อตกลงเกี่ยวกับลำดับการจ้าง

หลักกฎหมาย: หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลำดับการจ้างนั้น มีบัญญัติไว้ใน ปพพ. อยู่ 2 มาตรา คือ

1) มาตรา 712 ที่กำหนดว่า "แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตาม ทรัพย์สิ่งซึ่งจ้างองไว้แก่บุคคลคนหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจ้างองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งระหว่างเวลาที่สัญญาแล้วยังมีอายุอยู่ก็ได้" ซึ่งมีวัตถุประสงค์จะให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ได้ใช้เครดิตของทรัพย์เป็นประกันหนี้ได้อย่างบริบูรณ์ ตราบใดที่ราคาทรัพย์สิ่งมีมากพอคุ้มกับหนี้⁴⁰ เพราะในบางกรณีทรัพย์จ้างองอาจมีราคาสูงกว่าวงเงินที่จ้างองเอาไว้มาก เจ้าของทรัพย์จ้างองจึงควรมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์จ้างองได้อย่างคุ้มค่า กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้มีการจ้างองซ้ำได้ แม้จะมีข้อตกลงระหว่างผู้รับจ้างองและผู้จ้างองห้ามมิให้ผู้จ้างองนำทรัพย์ไปจ้างองเป็นประกันหนี้กับบุคคลอื่นอีกก็ตาม และ

2) มาตรา 730 ที่กำหนดว่า "เมื่อทรัพย์สิ่งอันหนึ่งอันเดียวได้จ้างองแก่ผู้รับจ้างองหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจ้างอง เรียงตามวันและเวลาจดทะเบียนและผู้รับจ้างองคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจ้างองคนหลัง" ซึ่งวางหลักว่า ใน

⁴⁰ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกันจ้างอง จาน้ำ หน้า 8.

กรณีที่ทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งมีการจำหน่ายซ้อนกันหลายราย ให้ถือลำดับของการจำหน่ายก่อนหลัง ตามวันที่จดทะเบียน ในกรณีที่จดทะเบียนวันเดียวกัน ก็ให้ถือเอาเวลาที่จดทะเบียนก่อนหลัง เป็นเกณฑ์⁴¹ โดยมีต่องานถึงวันที่เกิดหนี้ประธาณ หรือเวลาที่หนี้ประธาณถึงกำหนดก่อนหลัง เป็นสำคัญ

นอกจากนี้ ในตอนท้ายของมาตรา 730 ยังได้วางหลักต่อไปว่า ผลของการจดทะเบียนจำหน่ายทรัพย์สินสิ่งเดียวกัน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจำหน่าย ซ้อนกันหลายรายนี้ จะมีผลทำให้ผู้รับจำหน่ายคนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์จำหน่ายก่อนผู้รับจำหน่ายคนหลังเรียงตามลำดับแห่งวันเวลาที่จดทะเบียนกันไว้ ดังนั้น ในกรณีที่เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์จำหน่ายไม่พอชำระหนี้แก่ผู้รับจำหน่ายรายแรกแล้ว ผู้รับจำหน่ายราย ถัดมาก็จะ ไม่ได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์จำหน่ายนั้นเลย ตัวอย่าง เช่น ก. กู้เงิน ข. 100,000 บาท โดยเอาที่ดินจำนวน 1 แปลงจำหน่ายเป็นประกัน ต่อมา ก. ได้กู้เงิน ค. อีก 80,000 บาท โดยเอาที่ดินแปลงเดียวกันจำหน่ายเป็นประกันหนี้แก่ ค. เป็นรายที่ 2 และหลังจากนั้นได้กู้เงิน ง. อีก 50,000 บาท โดยเอาที่ดินแปลงเดียวกัน จำหน่ายเป็นประกันหนี้แก่ ง. เป็นรายที่ 3 ดังนี้ สิทธิของ ข. ย่อมยิ่งใหญ่กว่าสิทธิของ ค. และ ง. ซึ่งเป็นผู้รับจำหน่ายลำดับหลัง ซึ่งหาก ค. ซึ่งเป็นผู้รับจำหน่ายรายที่ 2 บังคับจำหน่าย เอาทรัพย์ขายทอดตลาด สมมติว่าได้เงินสุทธิจากการทอดตลาดจำนวน 200,000 บาท ก็ต้อง จัดสรรเงินจำนวนดังกล่าวชำระหนี้ให้ ข. ซึ่งเป็นผู้รับจำหน่ายลำดับแรกก่อนจำนวน 100,000 บาท และชำระแก่ ค. ซึ่งเป็นผู้รับจำหน่ายลำดับที่ 2 จำนวน 80,000 บาท ส่วนที่เหลืออีก 20,000 บาท ชำระหนี้ให้แก่ ง. ซึ่งเป็นลำดับสุดท้าย แต่ถ้าขายทอดตลาดทรัพย์ที่จำหน่ายได้ เงินสุทธิเพียง 150,000 บาท ก็ต้องเอาชำระหนี้ให้แก่ ข. ซึ่งเป็นผู้รับจำหน่ายลำดับแรกก่อน จำนวน 100,000 บาท และ ค. เองก็จะได้รับชำระหนี้เพียง 50,000 บาทไม่ครบจำนวน หนี้ทั้งหมดที่ ก. ค้ำชำระอยู่กับ ค. ส่วน ง. ซึ่งเป็นผู้รับจำหน่ายในลำดับสุดท้ายก็จะไม่ได้ รับชำระหนี้เลย เพราะเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์จำหน่ายมีไม่พอที่จะนำมาชำระหนี้ แก่ผู้รับจำหน่ายได้หมดทุกราย

⁴¹ พจน ุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยค้ำประกัน
จำหน่าย จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบริมสิทธิ, หน้า 245.

ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ: โดยปกติในการร่วมให้สินเชื่อ ซึ่งมีหลักประกันเป็นการจำนองอสังหาริมทรัพย์นั้น คู่สัญญามักจะตกลงให้ผู้จำนองจดทะเบียนจำนองอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกัน โดยทำสัญญาจำนองร่วมกันในฉบับเดียว* และนำไปจดทะเบียนจำนองพร้อมกันในวันและเวลาเดียวกัน

ปัญหาที่ต้องพิจารณา: ในการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันหนี้แก่ผู้รับจำนองหลายรายนั้น มีกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะกรณีการจดทะเบียนจำนองเป็นประกันหนี้แก่ผู้รับจำนองแต่ละรายคนละ เวลาเรียงตามลำดับกันไป โดยจัดให้ผู้รับจำนองแต่ละรายนั้นมีลำดับลดหลั่นกันไปตามวันและเวลาที่จดทะเบียนจำนอง และกำหนดผลให้ผู้รับจำนองลำดับแรกมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองก่อนผู้รับจำนองลำดับหลัง ซึ่งกรณีตามปัญหาเป็นกรณีที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ เป็นการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกัน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองหลาย ๆ รายในวันและเวลาเดียวกัน ประกอบกับคู่สัญญาก็มีความประสงค์ให้ผู้รับจำนองหลายรายนั้นมีฐานะเป็นผู้รับจำนองในลำดับเดียวกัน กรณีตามปัญหาจึงไม่สามารถแยกลำดับของผู้รับจำนองแต่ละรายลดหลั่นเรียงตามลำดับกันได้ เนื่องจากเป็นการจดทะเบียนจำนองในวันและเวลาเดียวกัน ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับไว้โดยตรง จึงมีปัญหาคือจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า การที่คู่สัญญาตกลงกันเช่นนี้ จะสามารถกระทำได้หรือไม่ และมีผลผูกพันตามกฎหมายเพียงใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การตกลงดังกล่าวสามารถกระทำได้และมีผลผูกพันตามกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมิใช่ข้อตกลงที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง รวมทั้งมิใช่ข้อตกลงซึ่งเป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และมีผลให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายมีฐานะเป็นผู้รับจำนองหลายรายในลำดับเดียวกัน ซึ่งจะมีสิทธิได้รับ

*ดูตัวอย่างจากภาคผนวก ____ หน้า ____.

ส่วนแบ่งจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองในคราวเดียวกัน ตามจำนวนและวิธีการที่กล่าวต่อไปในข้อ 2.2.2 และข้อ 2.2.4 มิใช่เป็นการได้รับชำระหนี้ตามลำดับก่อนหลังกันไปตามที่กำหนดไว้ใน ปพพ. มาตรา 730 เนื่องจากกรณีนี้เป็นการจำนองหลายรายร่วมกันในลำดับเดียวกัน มิใช่เป็นการจำนองคนละลำดับตามที่กำหนดไว้ ปพพ. มาตรา 730

2.2.2 ข้อตกลงเกี่ยวกับการระบุงเงินจำนอง

หลักกฎหมาย: หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระบุงเงินจำนองนั้น มีบัญญัติไว้ใน ปพพ. มาตรา 708 ซึ่งพอจะสรุปสาระสำคัญของการระบุงเงินจำนองในสัญญาจำนองได้ว่า ในการทำสัญญาจำนองนั้น คู่สัญญาจะต้องระบุจำนวนเงินที่เอาทรัพย์สินจำนองไว้เป็นประกันให้ชัดเจนว่าเป็นจำนวนเท่าใด โดยจำนวนเงินที่ระบุนั้นจะต้องระบุเป็นเงินไทย และจะต้องเป็นจำนวนที่แน่นอนตรงตัว เช่น ระบุว่าจำนองเป็นประกันหนี้ จำนวน 10 ล้านบาท หรือจำนองเป็นประกันหนี้ จำนวน 25 ล้านบาท หรือมิฉะนั้นก็จะต้องระบุจำนวนเงินขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองไว้เป็นประกัน เช่น ระบุว่าจำนองเป็นประกันหนี้ในจำนวนเงินไม่เกิน 10 ล้านบาท ซึ่งหลักเกณฑ์ของการระบุงเงินจำนองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 708 นี้ ได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในหัวข้อ 2.1.2 ซึ่งในหัวข้อนี้จะไม่นำมากล่าวซ้ำอีก

ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ: ในการร่วมให้สินเชื่อโดยทั่ว ๆ ไปแล้ว นอกจากคู่สัญญาจะตกลงจำนวนเงินที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองไว้เป็นประกันแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายแล้ว คู่สัญญามักจะมีการตกลงในรายละเอียดกันต่อไปว่า วงเงินจำนองรวมที่กำหนดไว้ นั้นแบ่งเป็นวงเงินจำนองในส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายเป็นจำนวนรายละเอียดเท่าใด ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอาจจะกำหนดไว้ในสัญญาจำนองหรือสัญญาต่อท้ายจำนอง ซึ่งคู่สัญญาตกลงให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจำนองก็ได้ ดังตัวอย่างในภาคผนวก ____ จะเห็นได้ว่า ในข้อ 1. ของสัญญาจำนองที่ดิน ซึ่งเป็นแบบฟอร์มของกรมที่ดินนั้น คู่สัญญาได้ตกลงจำนองที่ดินไว้เป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายในวงเงินจำนองรวมทั้งสิ้น 145 ล้านบาท และคู่สัญญาก็ได้มีการตกลงในรายละเอียด โดยแบ่งสัดส่วนวงเงินจำนองของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายไว้อย่างชัดเจน ดังปรากฏรายละเอียดในข้อ 1. ของสัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง โดยกำหนดให้ทรัพย์สินจำนองดังกล่าวจำนองเป็นประกันหนี้แก่ธนาคาร ก. และธนาคาร ข. คนละเท่า ๆ กัน ในวงเงินคนละ 72.5 ล้านบาท เป็นต้น

ปัญหาที่ต้องพิจารณา: สำหรับการร่วมให้สินเชื่อ โดยมีการจำนอง อสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกัน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกันนั้น ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งวงเงินจำนองไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญามีความประสงค์จะแบ่งวงเงินจำนองในส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายให้ชัดเจนแล้ว ก็น่าจะทำได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่มีการตกลงวงเงินจำนองรวมไว้โดยชัดแจ้ง เป็นเงินไทยในจำนวนที่แน่นอน ตรงตัวตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน บพพ. มาตรา 708 เรียบร้อยแล้ว การที่คู่สัญญาจะตกลงให้แบ่งวงเงินจำนองรวมเพื่อเป็นประกันหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดเป็นจำนวนมากน้อยแตกต่างกันเท่าใดนั้น เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อด้วยกันเอง ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากไม่ว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะได้รับส่วนแบ่งวงเงินจำนองเป็นจำนวนเท่าใด ในที่สุดเมื่อมีการบังคับจำนอง ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายก็จะมีสิทธิได้รับเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดในจำนวนไม่เกินวงเงินจำนองรวมที่กำหนดไว้ ซึ่งปัญหาในกรณีนี้ ก็ได้มีความเห็นของผู้เชี่ยวชาญและผู้ชำนาญการพิเศษด้านการทะเบียนที่ดิน กองทะเบียนที่ดิน กรมที่ดินรับรองได้ว่า การจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้หลายรายในลำดับเดียวกัน โดยแยกวงเงินจำนองเป็นประกันแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายนั้น ชอบที่จะกระทำได้⁴²

อย่างไรก็ดี การจดทะเบียนจำนองโดยแยกวงเงินจำนองในส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายอย่างชัดเจนดังได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ก็อาจจะก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อได้ เนื่องจากเมื่อมีการแบ่งวงเงินจำนองในส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายไว้อย่างชัดเจนแล้ว ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายก็จะมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินจำนองได้เพียงเท่าที่ไม่เกินวงเงินจำนองในส่วนของตัวเองที่กำหนดไว้ ซึ่งหากภาระหนี้ที่ผู้กู้อยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งมีจำนวนน้อยกว่าวงเงินจำนองในส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อรายนั้น ในขณะที่ผู้กู้มีภาระหนี้กับผู้ร่วมให้สินเชื่ออีกรายหนึ่งเกินกว่าวงเงินจำนองในส่วน

⁴²จาร์ส วันดี และสถาพร สติชัยปิยะรัตน์, "ปัญหาน่าสนใจ: ผู้รับจำนองหลายรายอยู่ในลำดับเดียวกัน" ใน การจดทะเบียนจำนอง พร้อมระเบียบและคำสั่งที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร: บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด, 2536), หน้า 155.

ของผู้ร่วมให้สินเชื่ออีกรายหนึ่งแล้ว ก็จะเป็นผลให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายแรกต้องคืนเงินส่วนที่เหลือหลังจากหักชำระหนี้ของตัวเองเรียบร้อยแล้วให้แก่ผู้กู้ ในขณะที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายหลังจะได้รับเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองไม่คุ้มกับภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเอง

โดยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น ในการร่วมให้สินเชื่อบางกรณี ผู้ร่วมให้สินเชื่อจึงตกลงให้ใช้วิธีกำหนดเฉพาะวงเงินจำนองรวม โดยไม่แยกว่าวงเงินจำนองรวมดังกล่าวแบ่งเป็นส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งจะมีผลให้ทรัพย์สินจำนองดังกล่าว เป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายในวงเงินรวมตามที่กำหนดไว้ โดยผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายก็จะมีสิทธินำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเอง จนกว่าภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายจะได้รับการชำระจนเสร็จสิ้นเชิง หากยังมีเงินเหลือจึงจะคืนเงินส่วนที่เหลือให้แก่ผู้กู้ ซึ่งวิธีการนี้จะมีข้อดีตรงที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะมีสิทธินำเงินที่ได้รับจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองมาชำระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเอง จนกว่าภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเองจะได้รับชำระเสร็จสิ้น ไม่ว่าผู้กู้จะมีภาระหนี้ค้างชำระอยู่กับตนเองเป็นจำนวนมากน้อยเท่าใด หากมีเงินเหลือหลังจากที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว จึงจะคืนเงินส่วนที่เหลือให้แก่ผู้กู้ และจะช่วยแก้ไขข้อเสียของวิธีการจำนองแบบแยกวงเงินจำนองที่ผู้กู้อาจจะได้รับเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดคืน แม้ว่าผู้กู้จะยังมีภาระหนี้ค้างชำระอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อบางรายอยู่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วได้

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการทำสัญญาจำนองโดยกำหนดเฉพาะวงเงินจำนองรวมโดยไม่แยกว่าวงเงินจำนองรวมดังกล่าวแบ่งเป็นส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายเป็นจำนวนเท่าใด จะมีข้อดีดังกล่าวข้างต้นก็ตาม กรณีก็ยังเป็นปัญหาได้เถียงในข้อกฎหมายว่า หากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนไม่เพียงพอที่จะนำมาชำระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อเชื่อทุกรายแล้ว ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะได้รับส่วนแบ่งจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดอย่างไร เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้า ซึ่งปัญหาในกรณีนี้ อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1) แนวทางแรก เห็นว่า การจำนองเป็นหนี้อุปกรณ ซึ่งอาจแยกต่างหากจากหนี้ตามสัญญาร่วมให้สินเชื่อซึ่งถือเป็นหนี้ประธานได้ และแม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อตามสัญญาร่วมให้สินเชื่อจะไม่มีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ร่วมกัน (ดังได้

วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 2) แต่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายก็อาจมีความสัมพันธ์ในฐานะเจ้าหนี้ร่วมกันในหนี้จำนวนซึ่งเป็นหนี้อุปสงค์ได้ หากเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งผู้ที่มีความเห็นตามแนวทางนี้เห็นว่า โดยลักษณะของการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกัน โดยทำสัญญาจำนองร่วมกันในฉบับเดียว และกำหนดเฉพาะวงเงินจำนวนรวม มิได้แยกวงเงินจำนวนเป็นส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายให้ชัดเจนนั้น แสดงให้เห็นว่า ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายมีวัตถุประสงค์ให้ทรัพย์สินจำนองเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกราย ในลักษณะที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งอาจใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินจำนองดังกล่าวได้เต็มวงเงินที่จำนองไว้ กล่าวคือ ให้สิทธิแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิง ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจึงมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ร่วมในมูลหนี้จำนวน ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน ปพพ. มาตรา 298* ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องเจ้าหนี้ร่วม ซึ่งเมื่อพิจารณาผลของการเป็นเจ้าหนี้ร่วมตาม ปพพ. มาตรา 300** แล้ว จะเห็นได้ว่า ในระหว่างเจ้าหนี้ร่วมกันเอง ก็ชอบที่จะได้รับชำระหนี้เป็นส่วนเท่า ๆ กัน ดังนั้น ในผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายด้วยตนเอง จึงชอบที่จะได้ส่วนแบ่งจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดในจำนวนที่เท่า ๆ กัน เว้นแต่จะได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นตามที่กำหนดไว้ในตอนท้ายของ ปพพ. มาตรา 300

2) แนวทางที่ 2 เห็นว่า การที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อซึ่งเป็นผู้รับจำนองแต่ละรายจะได้รับส่วนแบ่งจากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ต้องพิจารณาตามสิทธิที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายมีอยู่ตามสัญญาผู้ร่วมให้สินเชื่อ ทั้งนี้ โดยหลักที่

*มาตรา 298 "ถ้าบุคคลหลายคนมีสิทธิเรียกร้องการชำระหนี้โดยท่านเองซึ่งแต่ละคนอาจจะเรียกให้ชำระหนี้สิ้นเชิงได้ไซ้ร้ แม้ถึงว่าลูกหนี้จำต้องชำระหนี้สิ้นเชิงแต่เพียงครั้งเดียว (กล่าวคือเจ้าหนี้ร่วมกัน) ก็ดี ท่านว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่คนใดคนหนึ่งก็ได้ตามแต่จะเลือก ความขอนี้ให้ใช้บังคับได้ แม้ทั้งที่เจ้าหนี้คนหนึ่งจะไต่ยื่นฟ้องเรียกชำระหนี้ไว้แล้ว"

**มาตรา 300 "ในระหว่างเจ้าหนี้ร่วมกันนั้น ท่านว่าต่างคนชอบที่จะได้รับชำระหนี้เป็นส่วนต่าง ๆ กัน เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น"

ว่า การจำนองถือเป็นหนี้อุปกรณ์ของการร่วมให้สินเชื่อ ซึ่งถือเป็นหนี้ประธาน และการจำนองถือเป็นภาระประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งการจำนองจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เสียก่อน* ดังนั้น การที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะมีสิทธินำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองมาชำระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเป็นจำนวนเท่าใดนั้น จึงต้องพิจารณาจากหนี้ประธาน กล่าวคือ จะต้องแบ่งเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายตามภาระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้กู้ได้ใช้วงเงินสินเชื่อตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาการร่วมให้สินเชื่อ ดังนั้น ในกรณีที่เงินที่ได้รับจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองมีจำนวนไม่เพียงพอที่จะนำมาชำระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายแล้ว ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายก็จะได้รับส่วนแบ่งเฉลี่ยกันไปตามสัดส่วนความมากน้อยแห่งภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละราย

ตามปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายตามความเห็นฝ่ายที่ 2 โดยยึดหลักว่า การจำนองถือเป็นหนี้อุปกรณ์ และมีขึ้นเพื่อเป็นภาระประกันการชำระหนี้ตามสัญญาการร่วมให้สินเชื่อซึ่งเป็นหนี้ประธาน การที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะมีสิทธินำเงินที่ได้รับจากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเองเป็นจำนวนเท่าใด จึงต้องพิจารณาตามสิทธิที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายมีอยู่ตามสัญญาการร่วมให้สินเชื่อเป็นหลัก ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นต่อไปว่า โดยที่ปัญหาในประเด็นนี้ยังไม่มีข้อยุติที่แน่นอน ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกทำสัญญาจำนองโดยกำหนดเฉพาะวงเงินจำนองรวม โดยไม่แยกว่าวงเงินจำนองรวมดังกล่าวแบ่งเป็นส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายเป็นจำนวนเท่าใดแล้ว ก็ควรมีข้อสัญญาในการเฉลี่ยเงินที่ได้รับจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองระหว่างกัน ตามวิธีการที่จะได้กล่าวต่อไปในข้อ 2.2.4 เพื่อป้องกันข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง

*หลักเกณฑ์นี้ มาจากความหมายของการจำนองตามที่บัญญัติไว้ใน ปพพ. มาตรา 705 ที่ว่า สัญญาจำนองคือสัญญาซึ่งผู้จำนองเอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่ผู้รับจำนอง เพื่อเป็นภาระประกันการชำระหนี้ ซึ่งคำว่า "เพื่อเป็นภาระประกันการชำระหนี้" นี้แสดงว่า จะต้องมิหนี้เดิมเป็นหนี้ประธานเสียก่อน แล้วจึงมีจำนองเป็นหนี้อุปกรณ์

2.2.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการบังคับจำนอง

หลักกฎหมาย: หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการบังคับจำนองนั้น มีทั้งกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระบัญญัติและวิธีบัญญัติ ซึ่งในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงหลักกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการบังคับจำนอง ซึ่งมีอยู่ใน พพ. 3 มาตรา คือ

1) มาตรา 711 ที่กำหนดว่า "การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองนั้นไซ้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์" ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์มิให้ผู้รับจำนองเอาเปรียบผู้จำนองกันเกินไป เนื่องจากหากเปิดโอกาสให้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนด ผู้รับจำนองก็จะถือโอกาสบีบบังคับผู้จำนองให้สูญเสียทรัพย์จำนอง เช่น ตกลงให้ทรัพย์จำนองตกเป็นของผู้รับจำนอง หรือตกลงว่าไม่ฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยให้ขายทรัพย์จำนองกันเองได้ กฎหมายจึงบัญญัติมิให้คู่สัญญาตกลงวิธีการบังคับจำนองกันเป็นประการอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งจะเป็นการยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย⁴³ กล่าวคือ การบังคับจำนองต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาคำพิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด ตาม พพ. มาตรา 728 ซึ่งเป็นวิธีเดียวที่จะทำให้ได้ราคาดี และถ้าจะเอาทรัพย์ที่จำนองหลุดเป็นสิทธิก็ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ในมาตรา 729

อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายห้ามมิให้คู่สัญญาตกลงวิธีการบังคับจำนองเป็นประการอื่นนี้ ห้ามเฉพาะการตกลงกันก่อนหนี้ถึงกำหนด ซึ่งถ้าหนี้ถึงกำหนดแล้ว และเจ้าหนี้กำลังจะฟ้องบังคับจำนอง ลูกหนี้ไม่ยากเป็นความ จึงโอนที่ดินจำนองให้เป็นการชำระหนี้ ดังนี้ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 711⁴⁴ และคำว่าไม่สมบูรณ์ตามมาตรานี้ หมายความว่า

⁴³ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันจำนอง จำนำ, หน้า 58.

⁴⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ หน้า 87.

ว่า ไม่สมบูรณ์เฉพาะข้อตกลงที่ให้อำนาจวิธีกรอย่างอื่นเกี่ยวกับการบังคับจำนองเท่านั้น ส่วนสัญญาจำนองยังคงสมบูรณ์อยู่⁴⁵ นอกจากนี้ โดยที่บทบัญญัติของมาตรานี้กำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเอารัดเอาเปรียบในสังคม จึงต้องถือเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่ยุติธรรม ซึ่งคู่สัญญาจะทำความตกลงแก้ไขเป็นอย่างอื่นไม่ได้⁴⁶ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายใน บพพ. มาตรา 151 ที่กำหนดว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

2) มาตรา 728 ที่กำหนดว่า "เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสีย ไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้"

3) มาตรา 729 ที่กำหนดว่า "นอกจากทางแก้บังคับบัญญัติไว้ในมาตราก่อนนั้น ผู้รับจำนองยังชอบที่จะ เรียก เอาทรัพย์สินจำนองหลุดได้ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี

(2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคา

ทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ

(3) ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง"

⁴⁵ ซุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันจำนอง จำนวน 1, หน้า 59.

⁴⁶ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนวน 1, หน้า 87.

ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับการบังคับจำนวนตามที่กำหนดไว้ใน ปพพ. มาตรา 728 และมาตรา 729 นี้ จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 4 ในส่วนที่เกี่ยวกับ ข้อ 4.1 เรื่องปัญหาเกี่ยวกับการบังคับจำนวน ซึ่งพอจะสรุปวิธีการบังคับจำนวนคร่าว ๆ ได้ 2 วิธี คือ การบังคับจำนวนโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนวน และการบังคับจำนวนโดยการเอาทรัพย์สินจำนวนหลุดเป็นสิทธิ ซึ่งแต่ละวิธีก็จะต้องประกอบด้วยรายละเอียด เงื่อนไข และหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ใน ปพพ. มาตรา 728 และมาตรา 729 ดังจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ: โดยปกติในการร่วมให้สินเชื่อแต่ละโครงการ ผู้ร่วมให้สินเชื่อมักจะมีข้อตกลงร่วมกันในระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อด้วยกันเอง เกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการในการบังคับจำนวน ซึ่งข้อตกลงส่วนใหญ่จะมีจุดมุ่งหมายมิให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายใช้สิทธิบังคับจำนวนในทางที่ขัดกัน โดยตกลงที่จะร่วมมือในการใช้สิทธิบังคับจำนวนโดยพร้อมเพรียงกัน เพื่อป้องกันปัญหาข้อกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยแบ่งลักษณะของข้อตกลงได้ดังนี้

1) ข้อตกลงที่ว่าในกรณีที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งประสงค์จะใช้สิทธิบังคับจำนวนแล้ว ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายนั้นจะต้องขอความยินยอมจากผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ หรือผู้ร่วมให้สินเชื่อฝ่ายข้างมากก่อน และจะใช้สิทธิบังคับจำนวนได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายหรือผู้ร่วมให้สินเชื่อฝ่ายข้างมากแล้ว เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการร่วมให้สินเชื่อโดยผู้ร่วมให้สินเชื่อเพียง 2 รายในสัดส่วนที่เท่ากัน ซึ่งไม่สามารถกำหนดผู้ร่วมให้สินเชื่อฝ่ายข้างมากได้แล้ว ก็มักจะมีข้อตกลงให้ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายนั้น ๆ ก็มีสิทธิบังคับจำนวนโดยลำพังได้*

2) ข้อตกลงที่ว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะใช้สิทธิบังคับจำนวนได้ต่อเมื่อภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ ทุกรายถึงกำหนดชำระแล้ว**

* ดูตัวอย่างจากภาคผนวก ____ หน้า ____.

** ดูตัวอย่างจากภาคผนวก ____ หน้า ____.

3) ข้อตกลงที่ว่าแม้ว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดฟ้องบังคับจำนวนไปก่อน ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายนั้นก็แนะนำทรัพย์จำนวนออกขายทอดตลาดไม่ได้ จนกว่าภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ ทุกรายถึงกำหนดชำระแล้ว*

ปัญหาที่ต้องพิจารณา: ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับจำนวนที่จะต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นสำหรับกรณีการร่วมให้สินเชื่อซึ่งมีหลักประกันเป็นการจำนองทรัพย์สินเดียวกันเพื่อเป็นประกันหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกันนั้น ก็คือปัญหาเกี่ยวกับวิธีการบังคับจำนวน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะใช้สิทธิบังคับจำนวนได้เฉพาะวิธีการตามที่กำหนดไว้ใน ปพพ. มาตรา 728 คือ โดยการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์จำนอง และนำทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดเท่านั้น โดยผู้ร่วมให้สินเชื่อจะเลือกใช้สิทธิตาม ปพพ. มาตรา 729 กล่าวคือ บังคับจำนวนโดยเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิไม่ได้ เนื่องจากทรัพย์จำนองดังกล่าวได้จำนองไว้เป็นประกันหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่นในขณะเดียวกันด้วย กรณีจึงต้องห้ามตาม ปพพ. มาตรา 729(3) ซึ่งห้ามมิให้เอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิ หากมีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์จำนองดังกล่าว

สำหรับปัญหาในการใช้สิทธิบังคับจำนวนของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละราย ในกรณีที่เป็นการร่วมให้สินเชื่อโดยมีหลักประกันเป็นการจำนองทรัพย์สินเดียวกันเพื่อเป็นประกันหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันในลำดับเดียวกันนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายสามารถแยกใช้สิทธิบังคับจำนวนตามลำพังโดยตนเองได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิบังคับจำนวนร่วมกันกับผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ ทุกราย แม้ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะเป็นผู้รับจำนองในลำดับเดียวกันก็ตาม ทั้งนี้ โดยเหตุผลที่ว่า เมื่อผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายต่างก็เป็นผู้รับจำนองแล้ว ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายก็ย่อมมีสิทธิในฐานะผู้รับจำนองที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์จำนองได้ตามกฎหมาย เพียงแต่เมื่อผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งใช้สิทธิบังคับจำนวนจนมีการนำทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดแล้ว ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น

* ดูตัวอย่างจากภาคผนวก _____ หน้า _____.

ก็จะบังคับจำนองซ้ำอีกไม่ได้ เนื่องจากการจำนองที่มีอยู่ได้ระงับสิ้นไป โดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายใน ปพพ. มาตรา 744(5) ซึ่งกำหนดว่า การจำนองย่อมระงับสิ้นไปเมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองตามคำสั่งศาล อันเนื่องมาแต่การบังคับจำนอง ซึ่งปัญหานี้จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 4

แม้ว่าโดยหลักทั่วไปผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะสามารถแยกใช้สิทธิบังคับจำนองเหนือทรัพย์สินที่นำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันได้โดยลำพังด้วยเหตุผลดังกล่าวมาแล้ว ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า หากผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายสมัครใจตกลงที่จะสละสิทธิดังกล่าว โดยมีข้อตกลงระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อด้วยกันเองที่จะไม่ฟ้องบังคับจำนอง หรือไม่นำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด จนกว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อรายอื่น ๆ ทุกรายหรือผู้ร่วมให้สินเชื่อฝ่ายข้างมากจะเห็นชอบด้วยแล้ว หรือจนกว่าภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายจะถึงกำหนดชำระแล้ว ก็สามารถกระทำได้เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามตาม ปพพ. มาตรา 711 กล่าวคือ มิใช่ข้อตกลงเกี่ยวกับการบังคับจำนองที่ให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองหรือให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะจัดการแก่ทรัพย์สินจำนองเป็นประการอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นเพียงข้อตกลงที่จำกัดสิทธิของผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายในการที่จะใช้สิทธิบังคับจำนอง ว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะใช้สิทธิบังคับจำนองได้ต่อเมื่อมีการผิดนัดเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมิใช่ข้อตกลงที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง รวมทั้งมิใช่ข้อตกลงซึ่งเป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวจึงสามารถบังคับใช้ได้โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

2.2.4 ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง

หลักกฎหมาย: หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้น มีบัญญัติไว้ใน ปพพ. มาตรา 732 ที่กำหนดว่า "ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตาม



ลำดับ และถ้ามีเงินเหลืออยู่อีก ก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จำนอง" ซึ่งกฎหมายมาตราดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง ในกรณีที่ทรัพย์สินจำนองดังกล่าวมีการจำนองซ้อนกันหลายรายไว้ 2 ประการด้วยกัน คือ 1) กำหนดว่าเมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองและได้เงินสุทธิ คือ เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองภายหลังที่ได้หักค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ แล้ว⁴⁷ เท่าใด ให้จัดใช้หนี้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับแห่งวันเวลาที่จดทะเบียนจำนอง และ 2) กำหนดว่าในกรณีที่นำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองมาจัดสรรใช้หนี้แก่ผู้รับจำนองทุกรายครบถ้วนแล้ว หากยังมีเงินเหลืออยู่ ก็จะต้องคืนให้แก่ผู้จำนอง ซึ่งในประเด็นนี้กฎหมายบางท่านมีความเห็นถึงความสำคัญของมาตรานี้ไม่ได้อยู่ที่ข้อความในตอนต้นที่ว่าให้ใช้หนี้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับเนื่องจากความในข้อนี้ได้มีบัญญัติไว้แล้วในมาตรา 730 ความสำคัญของมาตรานี้อยู่ที่ว่า เมื่อมีเงินเหลือต้องคืนให้แก่ผู้จำนอง⁴⁸ ทั้งนี้ โดยเหตุผลที่ว่า การจำนองเป็นแต่ประกันเท่านั้น เมื่อเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนเต็มจำนวนสมด้วยความมุ่งหมายแห่งประกันแล้ว เงินที่เหลือจึงต้องตกเป็นของผู้จำนอง⁴⁹

ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ: โดยปกติในการร่วมให้สินเชื่อ ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายมักจะตกลงหลักเกณฑ์ในการเฉลี่ยหลักประกันระหว่างกันว่า ไม่ว่าจะโดยผลของกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองหลายรายในลำดับเดียวกันจะเป็นเช่นไร หรือไม่ว่าผู้ร่วมให้สินเชื่อจะตกลงรูปแบบการทำสัญญาจำนอง รวมทั้งการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกคนไว้ในลำดับเดียวกันหรือคนละลำดับ อันเป็นผลให้

⁴⁷ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันจำนอง จำนวน ๑, หน้า 109.

⁴⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนวน ๑, หน้า 119.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายได้เงินมาจากการบังคับจำนองมากน้อยแตกต่างกันไปอย่างไรก็ตาม ในที่สุดแล้วผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายจะต้องนำเงินที่ได้มาจากการบังคับจำนอง ไม่ว่าจะได้เงิน มาจำนวนมากน้อยกว่ากันเท่าใด มารวมเป็นก้อนเดียวกัน และนำมาจัดสรรให้แก่ผู้ร่วมให้ สินเชื่อทุกรายตามสัดส่วนที่ตกลงกันไว้* ซึ่งโดยทั่วไปผู้ร่วมให้สินเชื่อมักจะตกลงเฉลี่ยหลัก ประกันโดยอิงกับหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1) เฉลี่ยให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายตามสัดส่วนวงเงินสินเชื่อ ที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายได้ตกลงให้แก่ผู้กู้ ตัวอย่างเช่น ในการร่วมให้สินเชื่อครั้งหนึ่ง ประกอบด้วยวงเงินสินเชื่อ 2 ประเภท คือ วงเงินกู้จำนวน 10 ล้านบาท และวงเงินกู้เบิก เงินเกินบัญชีอีกจำนวน 10 ล้านบาท โดยมีธนาคาร ก. และธนาคาร ข. ตกลงร่วมกันให้ วงเงินสินเชื่อครั้งนี้ โดยแบ่งสัดส่วนของวงเงินสินเชื่อที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะให้แก่ผู้กู้ ได้ดังนี้

ผู้ร่วมให้สินเชื่อ	วงเงินกู้	วงเงินกู้เบิกเงินเกินบัญชี	สัดส่วนวงเงินสินเชื่อ
ธนาคาร ก.	7,000,000	7,000,000	70%
ธนาคาร ข.	<u>3,000,000</u>	<u>3,000,000</u>	<u>30%</u>
รวม	<u>10,000,000</u> =====	<u>10,000,000</u> =====	<u>100%</u> =====

ตามตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีสัดส่วนการร่วมให้สินเชื่อ ระหว่างธนาคาร ก. และธนาคาร ข. เท่ากับ 70%:30% ซึ่งหากผู้ร่วมให้สินเชื่อตกลงให้แบ่ง เงินที่ได้รับมาจากการบังคับจำนองตามสัดส่วนวงเงินสินเชื่อแล้ว หากปรากฏว่าเงินที่ ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายได้มาจากการบังคับจำนองมีจำนวนทั้งสิ้น 18 ล้านบาท ธนาคาร ก. ก็จะได้รับส่วนเฉลี่ยจากเงินดังกล่าวในสัดส่วน 70% ของเงินที่ได้รับทั้งหมด (18 ล้านบาท) ซึ่งเท่ากับ 12.6 ล้านบาท ในขณะที่ธนาคาร ข. จะได้รับส่วนเฉลี่ยจากเงินดังกล่าวใน สัดส่วน 30% ของเงินที่ได้รับทั้งหมด ซึ่งเท่ากับ 5.4 ล้านบาท ตามลำดับ

*ดูตัวอย่างจากภาคผนวก_____ หน้า_____.

2) เจลี่ยให้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายตามสัดส่วนของภาระหนี้
 ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละราย โดยมีเงื่อนไขว่าภาระหนี้ที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายจะ
 นามาเจลี่ยได้นั้น จะต้องไม่เป็นภาระหนี้ที่เกิดจากการให้สินเชื่อเกินกว่าวงเงินสินเชื่อที่ผู้ร่วม
 ให้สินเชื่อแต่ละรายตกลงจะให้แก่ผู้กู้ในขณะทำสัญญาผู้ร่วมให้สินเชื่อ* เพื่อป้องกันการเอารัด
 เอาเปรียบในระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อด้วยกันเอง ตัวอย่างเช่น ในการร่วมให้สินเชื่อครั้งหนึ่ง
 ประกอบด้วยวงเงินสินเชื่อ 2 ประเภท คือ วงเงินกู้จำนวน 10 ล้านบาท และวงเงินกู้เบิก
 เงินเกินบัญชีอีกจำนวน 10 ล้านบาท โดยมีธนาคาร ก. และธนาคาร ข. ตกลงร่วมกันให้วงเงิน
 สินเชื่อทั้ง 2 ประเภทแก่ผู้กู้คนละเท่า ๆ กัน คือ ธนาคาร ก. ตกลงให้วงเงินกู้จำนวน 5
 ล้านบาท และวงเงินกู้เบิกเงินเกินบัญชีอีกจำนวน 5 ล้านบาท ในขณะที่ธนาคาร ข. ก็ตกลง
 ให้วงเงินกู้จำนวน 5 ล้านบาท และวงเงินกู้เบิกเงินเกินบัญชีอีกจำนวน 5 ล้านบาทเช่นเดียวกับ
 กับธนาคาร ก. แต่ปรากฏว่าในวันที่จะมีการเจลี่ยหลักประกันระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อ ผู้กู้มี
 ภาระหนี้อยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละราย ดังนี้

ผู้ร่วมให้สินเชื่อ	ภาระหนี้เงินกู้	ภาระหนี้เงินกู้เบิกเงินเกินบัญชี	ภาระหนี้ทั้งหมด
ธนาคาร ก.	4,000,000	2,000,000	60%
ธนาคาร ข.	3,500,000	500,000	40%
รวม	7,500,000	2,500,000	100%

ตามตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าสัดส่วนภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับ
 ธนาคาร ก. และธนาคาร ข. มีจำนวนเท่ากับ 60%:40% ซึ่งหากผู้ร่วมให้สินเชื่อตกลงให้
 แบ่งเงินที่ได้จากการบังคับจำนองตามสัดส่วนภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายแล้ว
 หากปรากฏว่าเงินที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายได้มาจากการบังคับจำนองมีจำนวนรวมทั้งสิ้น 10
 ล้านบาท ธนาคาร ก. ก็จะได้รับส่วนเจลี่ยจากเงินดังกล่าวในสัดส่วน 60% ของเงินที่ได้รับ
 ทั้งหมด ซึ่งเท่ากับ 6 ล้านบาท ในขณะที่ธนาคาร ข. จะได้รับส่วนเจลี่ยจากเงินดังกล่าวใน
 สัดส่วน 40% ของเงินที่ได้รับทั้งหมด ซึ่งเท่ากับ 4 ล้านบาท

* ดูตัวอย่างจากภาคผนวก _____ หน้า _____.

แต่หากในการร่วมให้สินเชื่อครั้งนี้ ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่ง ปฏิบัติผิดข้อตกลง โดยให้วงเงินสินเชื่อแก่ผู้กู้เกินกว่าสัดส่วนวงเงินสินเชื่อที่ตกลงกันไว้ใน ขณะทำสัญญาร่วมให้สินเชื่อ ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายนั้นก็จะมีสิทธิในภาระหนี้ในส่วนที่เกินกว่า วงเงินนั้นมาเฉลี่ยจากเงินที่ได้จากการบังคับจำนอง เช่น หากตามตัวอย่างดังกล่าว ผู้กู้มี ภาระหนี้กับผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายดังนี้

<u>ผู้ร่วมให้สินเชื่อ</u>	<u>ภาระหนี้เงินกู้</u>	<u>ภาระหนี้เงินกู้เบิกเงินเกินบัญชี</u>
ธนาคาร ก.	7,000,000	2,000,000
ธนาคาร ข.	<u>2,000,000</u>	<u>4,000,000</u>
รวม	9,000,000 =====	6,000,000 =====

ตามตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า ธนาคาร ก. ได้ให้วงเงินกู้แก่ ผู้กู้เกินกว่าจำนวนที่ตกลงกันไว้จำนวน 2 ล้านบาท ธนาคาร ก. จึงไม่มีสิทธิในภาระหนี้ ส่วนที่เกินวงเงินจำนวน 2 ล้านบาทนี้เข้ามาเฉลี่ยจากเงินที่ได้จากการบังคับจำนอง โดยต้อง ถือว่าภาระหนี้เงินกู้ที่ธนาคาร ก. จะนำมาเฉลี่ยได้นั้นมีจำนวน 5 ล้านบาท ซึ่งเมื่อรวมกับ ภาระหนี้เงินกู้เบิกเงินเกินบัญชีอีกจำนวน 2 ล้านบาท ธนาคาร ก. ก็จะมีภาระหนี้ที่จะนำมา เฉลี่ยได้ทั้งหมดเพียง 7 ล้านบาท ในขณะที่ธนาคาร ข. สามารถนำภาระหนี้ที่ผู้กู้ค้างชำระ กับตนเองทั้งหมดจำนวน 6 ล้านบาท มาเฉลี่ยได้ทั้งหมด ซึ่งเมื่อเทียบสัดส่วนภาระหนี้ที่ ธนาคาร ก. และธนาคาร ข. จะนำมาเฉลี่ยในครั้งนี้ ก็จะมีสัดส่วนเท่ากับ 53.85% : 46.15% ดังนั้น หากเงินที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายได้มาจากการบังคับจำนองมีจำนวนรวมกันทั้งสิ้น 13 ล้านบาทแล้ว ธนาคาร ก. ก็จะได้รับส่วนเฉลี่ย 7 ล้านบาท ซึ่งไม่เต็มตามภาระหนี้ทั้งหมด ยังขาดอีก 2 ล้านบาท ในขณะที่ธนาคาร ข. จะได้รับส่วนเฉลี่ย 6 ล้านบาท เต็มตามภาระ หนี้ทั้งหมดที่ผู้กู้มีอยู่กับตนเอง

ปัญหาที่ต้องพิจารณา: หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรเงินที่ ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองนั้น มีบัญญัติไว้ใน ปพพ. มาตรา 732 ซึ่ง กล่าวเฉพาะการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองเพื่อชำระหนี้แก่ผู้รับจำนอง คนละอันดับ โดยกำหนดให้จัดใช้หนี้แก่ผู้รับจำนอง เรียงตามลำดับแห่งวันเวลาที่จดทะเบียน

จำนวนกันไป โดยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาตราใดวางหลักในการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อนำมาชำระหนี้แก่ผู้รับจ้างหลายรายในลำดับเดียวกัน ซึ่งแท้จริงแล้วปัญหาเกี่ยวกับการจ้างทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจ้างหลายรายในลำดับเดียวกันนี้ จะมีผลทางกฎหมายให้ผู้รับจ้างแต่ละรายมีสิทธิเหนือทรัพย์จ้างองที่ จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์จ้างองเป็นจำนวนเท่าใด รวมทั้งมีขั้นตอนและวิธีการในการ บังคับจ้างองเป็นอย่างไรมัน ก็ยังเป็นปัญหาได้เถียงกันอยู่ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.2.2 และที่จะกล่าวต่อไปในบทที่ 4 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ผู้ร่วมให้สินเชื่อจะตกลงให้จัดสรรเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้แก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายเป็นจำนวนเท่าใดนั้นเป็น ขั้นตอนที่ล่วงเลยมาจากขั้นตอนของการบังคับจ้างองที่ยังมีปัญหาได้เถียงกันอยู่ จนเป็นการ แน่จนแล้วว่า ผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละรายได้รับเงินจากการบังคับจ้างองมาเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งหากผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายสมัครใจตกลงร่วมกันที่จะนำเงินที่ได้มาจากการบังคับจ้างองมา รวมกัน และแบ่งปันแก่กันตามวิธีการที่จะตกลงกันไว้แล้ว ก็น่าจะกระทำได้ ไม่ว่าจะตกลงให้ แบ่งปันแก่กันตามสัดส่วนวงเงินสินเชื่อ หรือตามสัดส่วนภาระหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่กับผู้ร่วมให้สินเชื่อแต่ละ รายดังได้กล่าวมาแล้วก็ตาม นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปว่า แม้ผู้ร่วมให้ สินเชื่อแต่ละรายจะตกลงให้แบ่งเงินจำนวนดังกล่าวแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งเป็นลำดับ ลดหลั่นกันไป เช่นเดียวกับวิธีการที่กำหนดไว้ใน ปพพ. มาตรา 732 ก็น่าจะกระทำได้เช่นกัน เนื่องจากเป็นความสมัครใจที่จะแบ่งปันทรัพย์สินระหว่างกันเอง โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ที่ แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

2.2.5 ข้อตกลงเกี่ยวกับการจดทะเบียนจ้างองและวิธีปฏิบัติในการจดทะเบียนจ้างอง

หลักกฎหมาย: หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนจ้างองมี บัญญัติไว้ใน ปพพ. มาตรา 714 ที่กำหนดว่า "อันสัญญาจ้างองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่" ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบของการทำสัญญาจ้างอง โดยกำหนดว่าการทำสัญญาจ้างองจะต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ จะต้อง ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย และนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.1.2

อย่างไรก็ดี สำหรับการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเมื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองหลายรายในลำดับเดียวกันนี้ ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบของหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า มีวิธีการเป็นพิเศษอย่างไร ซึ่งในทางปฏิบัติ เจ้าพนักงานที่ดินก็จะรับจดทะเบียนจำนองให้ โดยเป็นการจดทะเบียนจำนองในวันและเวลาเดียวกัน ภายใต้สัญญาจำนองที่ทำร่วมกันในฉบับเดียวกัน* และระบุชื่อผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายเป็นผู้รับจำนองร่วมกันในสารบัญจดทะเบียนหลังโฉนด

ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ: โดยทั่วไป ในการร่วมให้สินเชื่อที่มีการจำนองสังหาริมทรัพย์สิ่งเดียวกันเป็นหลักประกันแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายร่วมกันนั้น ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายมักจะทำสัญญาจำนองร่วมกันในฉบับเดียวกัน โดยระบุชื่อผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายในช่องผู้รับจำนอง

ปัญหาที่ต้องพิจารณา: สำหรับการจำนองทรัพย์สินสิ่งเดียวกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับจำนองหลายรายในลำดับเดียวกันนี้ ได้มีผู้เชี่ยวชาญและผู้ชำนาญการพิเศษด้านการทะเบียนที่ดิน กองทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน ให้ความเห็นเกี่ยวกับวิธีการจดทะเบียนจำนองไว้ว่า การจำนองที่มีผู้รับจำนองหลายรายนั้น ถ้าจดทะเบียนจำนองเป็นลำดับหนึ่ง ลำดับสองก็จะทำให้ผู้รับจำนองลำดับที่สองเสียเปรียบ การจะให้ผู้รับจำนองมีสิทธิอยู่ในลำดับเดียวกัน โดยแยกหน้ากันก็ชอบที่จะกระทำได้ โดยจัดเป็นเรื่องการจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้หลายรายในลำดับเดียวกัน เช่น นายแดงจำนองที่ดินของตนประกันหนี้ต่อธนาคาร ก. 20,000,000 บาท และประกันหนี้ธนาคาร ข. 20,000,000 บาท ก็สามารถจดทะเบียนให้ได้ โดยจดทะเบียนรายการเดียวกันให้มีผู้รับจำนองทั้งธนาคาร ก. และธนาคาร ข. อยู่ในช่องผู้รับสัญญา (ผู้รับจำนอง) และหนังสือสัญญาจำนองก็ทำในฉบับ

เดียวกันโดยระบุแยกหนี้ไว้ให้ชัดเจน⁵⁰ โดยผู้เชียวชาญและผู้ชำนาญการพิเศษได้มีความเห็นต่อไปว่า การจำนองดังกล่าวเป็นการจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้หลายรายในลำดับเดียวกัน การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนจำนองจึงต้องแยกเรียกเก็บเป็นแต่ละราย เช่น กรณีตามตัวอย่างข้างต้น การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนต้องแยกเก็บเป็นสองราย กล่าวคือ เรียกเก็บค่าธรรมเนียมจำนองประกันหนี้ต่อธนาคาร ก. รายหนึ่ง และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจำนองประกันหนี้ต่อธนาคาร ข. อีกรายหนึ่ง⁵¹ ซึ่งสรุปได้ว่า หากเป็นการจดทะเบียนจำนองให้แก่ผู้รับจำนองหลายราย โดยแบ่งวงเงินจำนองของผู้รับจำนองแต่ละรายให้ชัดเจนแล้ว ก็สามารถกระทำได้ กรณีจึงมีปัญหานี้ที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากเป็นการจดทะเบียนจำนองแก่ผู้รับจำนองหลายรายในลำดับเดียวกัน โดยไม่แบ่งวงเงินจำนองในส่วนของผู้รับจำนองแต่ละรายให้ชัดเจนแล้ว จะกระทำได้หรือไม่ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่า จะกระทำได้ เนื่องจากการตกลงแบ่งวงเงินจำนองเป็นส่วนของผู้ร่วมให้สินเชื่อรายใดเป็นจำนวนเท่าใดนั้น เป็นข้อตกลงในรายละเอียดระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อด้วยกันเอง ซึ่งหากผู้ร่วมให้สินเชื่อไม่ประสงค์จะแบ่งวงเงินจำนองดังกล่าวได้ ก็น่าจะกระทำได้ และมีได้ทำให้สัญญาจำนองเสียไป เนื่องจากสัญญาจำนองดังกล่าวก็ได้มีการระบุจำนวนเงินที่เอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันแก่ผู้ร่วมให้สินเชื่อทุกรายไว้แน่นอนตายตัวตามที่ บพพ. มาตรา 708 กำหนดไว้แล้ว ส่วนประเด็นที่ว่า การจดทะเบียนจำนอง โดยแยกวงเงินจำนองของผู้รับจำนองแต่ละราย และการจดทะเบียนจำนองโดยไม่แยกวงเงินจำนองของผู้รับจำนองแต่ละรายให้ชัดเจนขึ้น จะมีผลทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างไรนั้น ก็จะเป็นไปความเห็นที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.2.2

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁰ จารัส วันดี และสถาพร สติตย์ปิยะรัตน์, "ปัญหาที่น่าสนใจ: ผู้รับจำนองหลายรายอยู่ในลำดับเดียวกัน" ใน การจดทะเบียนจำนอง พร้อมระเบียบและคำสั่งที่เกี่ยวข้อง หน้า 155.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน.