

คำนำ

รายงานฉบับสมบูรณ์ฉบับนี้ นำเสนอต่อกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยโครงการดังกล่าวมีระยะเวลาดำเนินการรวมทั้งสิ้น 180 วัน เริ่มตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2557 ถึงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2557 และมีวัตถุประสงค์หลักดังต่อไปนี้

- เพื่อศึกษาปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- เพื่อศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันกับกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงเปรียบเทียบแนวทางการดำเนินการชั้นบังคับคดีในเรื่องดังกล่าว
- เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีความถูกต้องและเหมาะสมยิ่งขึ้น

คณะผู้วิจัย

โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดี
อันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รายนามคณะผู้วิจัย

คณะที่ปรึกษาประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญและผู้ประสานงานดังต่อไปนี้

- | | |
|--------------------------------|---|
| 1. รศ.สุธรรม อยู่ในธรรม | หัวหน้าโครงการวิจัย/ที่ปรึกษา |
| 2. ดร.อรอมล อาระพล | ผู้จัดการโครงการวิจัย/นักวิจัยและผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย |
| 3. ดร.จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน | นักวิจัยและผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย |
| 4. นางสาวปวีณี ไพรทอง | นักวิจัยและผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย |
| 5. ดร.ลลิตา หงษ์รัตนวงศ์ | นักวิจัยและผู้เชี่ยวชาญด้านการเงิน |
| 6. นางสาวเนติมา ยนต์วิทย์ | ผู้ช่วยวิจัยและประสานงาน |
| 7. นางสาวปวีณา วงษ์วิวัฒนาวุฒิ | ผู้ช่วยวิจัยและประสานงาน |

สารบัญ

	หน้า
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย	4
1.3 ขอบเขตงานวิจัย	4
1.4 ระเบียบวิธีวิจัย	5
บทที่ 2 กรอบความคิด (Conceptual Framework) ในการดำเนินงาน	
โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจาก	
ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	7
2.1 กรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย	8
2.1.1 หลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญา	8
2.1.2 หลักกฎหมายว่าด้วยหนี้	20
2.1.3 หลักกฎหมายว่าด้วยหลักประกันการชำระหนี้	
(หลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับจำนอง)	34
2.1.4 การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วย	
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	48
2.1.5 การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้กฎหมายต้นแบบ ROSC	
และ UNCITRAL	59
2.1.6 การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้ร่างพระราชบัญญัติ	
หลักประกันทางธุรกิจ	63
2.1.7 ปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้น	
มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	68
2.2 กรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์	73
2.2.1 ภาพรวมนโยบายการปล่อยสินเชื่อ	73
2.2.2 หลักการวิเคราะห์สินเชื่อ	75
2.2.3 หลักการและโครงสร้างของการวิเคราะห์สินเชื่อ	77
2.2.4 หลักประกัน	80
2.2.5 การอนุมัติสินเชื่อโดยมีหลักประกัน	81
2.2.6 สินเชื่อที่ไม่ให้การสนับสนุนโดยต้องพึงระวังตามกฎหมายต่างๆ	82
2.2.7 คุณสมบัติของทรัพย์สินที่ธนาคารพาณิชย์รับไว้เป็นหลักประกัน	89

2.2.8	การจ้างողหลักประกัน	90
2.2.9	หลักทรัพย์ที่ธนาคารต้องตรวจสอบและประเมินราคา	91
บทที่ 3 การรวบรวมผลการศึกษากจากต่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี		
ทรัพย์จ้างողตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์		95
3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	95
3.1.1	หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจ้างող	95
3.1.2	กระบวนการบังคับจ้างողของประเทศสหรัฐอเมริกา	99
3.1.3	บทสรุป	115
3.2	ประเทศอังกฤษและเวลส์	117
3.2.1	หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจ้างող	117
3.2.2	กระบวนการบังคับจ้างողของประเทศอังกฤษและเวลส์	124
3.2.3	บทสรุป	131
3.3	ประเทศฝรั่งเศส	132
3.3.1	หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจ้างող	132
3.3.2	กระบวนการบังคับจ้างողของประเทศฝรั่งเศส	135
3.3.3	บทสรุป	137
3.4	ประเทศเยอรมัน	138
3.4.1	หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจ้างող	139
3.4.2	กระบวนการบังคับจ้างողของประเทศเยอรมัน	140
3.4.3	บทสรุป	143
3.5	ประเทศญี่ปุ่น	144
3.5.1	หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจ้างող	145
3.5.2	กระบวนการบังคับจ้างողของประเทศญี่ปุ่น	147
3.5.3	บทสรุป	153
บทที่ 4 ข้อเสนอจากการสัมภาษณ์เชิงลึกในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตกลงใช้ช้อยกเว้น		
ตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์		154
4.1	ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา	154
4.2	ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มตัวแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา	156
4.3	ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี	158
4.4	ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี	162
4.5	ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านเศรษฐศาสตร์	163

บทที่ 5 ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง	168
5.1 เสนอแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 214 และ 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	168
5.1.1 เหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์	168
5.1.2 เหตุผลในด้านความเป็นธรรม	172
บทที่ 6 รายงานประเมินผลกระทบหากมีและไม่มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง	174
6.1 หลักการและเหตุผล	174
6.2 ทางเลือกและการประเมินผลกระทบของแต่ละทางเลือก	183
6.3 ข้อเสนอและเหตุผลที่เลือก	190
บทที่ 7 ข้อเสนอแนะแนวทางในกระบวนการบังคับจำนอง	194
7.1 การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure)	194
7.1.1 นิยามของการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล	194
7.1.2 ข้อดีของกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล	195
7.1.3 ข้อเสนอแนะของกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล	199
บทที่ 8 สรุปผลและข้อคิดเห็นจากการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อยและการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น	201
8.1 สรุปผลและข้อคิดเห็นที่ได้จากการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)	201
8.1.1 วัตถุประสงค์ของการจัดการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)	201
8.1.2 ผลการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)	201
8.1.3 ประเด็นข้อหารือ และผลสรุป	202
8.1.4 สรุปข้อหารือและข้อเสนอแนะที่ได้จากการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)	206
8.2 สรุปผลและข้อคิดเห็นที่ได้จากการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing)	207
8.2.1 ลำดับการนำเสนอผลการวิจัย	207
8.2.2 สรุปปัญหาที่ได้จากการศึกษาและเสนอข้อเสนอนแนะ	208
8.2.3 รับฟังข้อเสนอแนะและข้อสังเกตจากผู้เข้าร่วมการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น	209

บทที่ 9 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีทรัพย์สินจำนองตาม	
มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	213
9.1 การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของ กระบวนการหลังการขายทอดตลาดทรัพย์สินทั้งกรณีขายทอดตลาดทรัพย์สิน ผ่านศาลและไม่ผ่านศาล	213
9.2 การจัดตั้งหน่วยงานเอกชนให้เป็นผู้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สิน โดยไม่ผ่านศาลพร้อมทั้งช่วยเหลือลูกหนี้	217
บรรณานุกรม	224
ภาคผนวก	231

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในกระบวนการบังคับคดีโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิบังคับคดีกับบรรดาทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จนกว่าจะครบจำนวนหนี้ ตามคำพิพากษาภายในระยะเวลาตามมาตรา 271 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกรณีการฟ้องบังคับจำนองโดยเฉพาะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาประเภทสถาบันการเงินหรือธนาคารมักจะปรากฏเนื้อหาในหมายบังคับคดีของศาลว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิบังคับเอาค้ำทรัพย์จำนอง หากไม่พอชำระหนี้ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จนกว่าจะเพียงพอกับจำนวนหนี้ดังกล่าว โดยคำพิพากษาในลักษณะนี้เป็นผลมาจากข้อตกลงยกเว้น มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันแม้จะเป็นไปด้วยเจตนาโดยสมัครใจ ของคู่สัญญาฝ่ายผู้จำนอง แต่ก็ยังปรากฏข้อร้องเรียนเป็นจำนวนมากจากฝ่ายลูกหนี้ตามคำพิพากษา เข้ามายังกรมบังคับคดีและกระทรวงยุติธรรมว่าข้อสัญญาดังกล่าว ไม่เป็นธรรม เพราะผู้จำนองต้องตก อยู่ภายใต้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของผู้รับจำนองโดยเฉพาะเจ้าหนี้จำนองประเภทสถาบันการเงิน หรือธนาคาร

หากพิจารณามูลเหตุของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 ข้อความเดิมในมาตรา 733 บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณ ต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้ำชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดทรัพย์สิน ใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้ำชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้ให้ครบ” ต่อมาได้มีการแก้ไขข้อความส่วนท้ายของมาตรานี้ว่า “ลูกหนี้ไม่ต้อง รับผิดในเงินนั้น” นอกจากนี้ยังได้แก้ไขตลอดถึงมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วย กล่าวคือให้มาตรา 214 อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้ถือเป็นข้อยกเว้นว่า ถ้ามีการบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ เจ้าหนี้จะอาศัยมาตรา 214 ยึดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ใช้หนี้ที่ยังขาดจำนวนนั้นไม่ได้

การแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมทย์ มีความเห็นว่า “เป็นการแก้ไขด้วยเหตุผลทางการเมืองจึงทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนเป็นอันมากจนถึงขนาด ที่จะถือไม่ได้ว่า การจำนองเป็นประกันแห่งหนี้ เพราะตามหลักทั่วไปถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว

เมื่อขายทรัพย์สินจำนองแล้ว ได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด การแก้ไขครั้งนี้ไม่ได้แก้ไขตลอดไปถึงเรื่องจำนำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 767 วรรคสอง และในเรื่องค้ำประกันด้วยบุคคล ให้เป็นผลว่า เมื่อเจ้าหนี้บังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้เงินไม่พอชำระหนี้จะมาเรียกอะไรจากลูกหนี้ก็ไม่ได้ แต่ข้อนี้ก็ไม่ได้แก้ไขอีกเหมือนกัน ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขมาตรา 733 แล้วแต่ก็ตกเป็นหมันเพราะทางตุลาการไม่เอาด้วย”

ต่อมาแม้ว่าจะมีการแก้ไขมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังสามารถตกลงกันได้ว่า ถ้าเจ้าหนี้บังคับทรัพย์สินจำนองแล้วหนี้ยังขาดอยู่อีกจำนวนเท่าใดลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด ถือเป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะตามแนวกรณีนินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1313/2480¹ (ประชุมใหญ่) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 168/2518² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 908/2532³ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1507/2538⁴ ซึ่งได้วินิจฉัยให้เหตุผลไว้ว่า มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเพียงบทสันนิษฐานถึงเจตนาของคู่กรณีเท่านั้น มิใช่บทกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่เกี่ยวกับศีลธรรมตามที่นิยมในหมู่ชนโดยทั่วไปหรือธรรมเนียมประเพณีของสังคม ดังนั้นจึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงที่ว่า ในกรณีที่เจ้าหนี้ยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดทรัพย์สินแล้ว

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1313/2480 “จำนองที่ดินกันแล้วผู้จำนองทำสัญญาพิเศษไว้แก่ผู้รับจำนองว่าถ้าเอาที่ดินจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินน้อยกว่าที่ค้างชำระผู้จำนองจะใช้ให้จนครบสัญญาเช่นนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานหน้าที่”

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 168/2518 “จำเลยที่ 1 เป็นผู้จัดการร้านสหกรณ์โจทก์ตามสัญญาจ้างปล่อยปลละเลยให้มีการขายบุหรีโดยไม่ได้รับชำระราคากรณีตั้งนี้ต้องถือว่าจำเลยที่ 1 ปฏิบัติหน้าที่ผู้จัดการบกพร่องอย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายจึงเป็นการประพฤติดิตสัญญาจ้าง โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับจำนองจากทรัพย์สินจำนองอันเป็นประกันค่าเสียหายนั้นได้

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 908/2532 “โจทก์เป็นลูกจ้างของจำเลย ในการทำสัญญาจ้างโจทก์ได้จำนองที่ดินแปลงหนึ่งไว้เป็นประกันความเสียหาย ซึ่งยอมแยกการจำนองกับหนี้ที่เอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันออกจากกันได้เมื่อโจทก์ทำให้จำเลยเสียหายจำเลยจึงมีสิทธิเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจำนองก็ได้เพราะ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ไม่บังคับว่าจำเลยมีสิทธิฟ้องบังคับจำนองเพียงทางเดียวดังนั้นเมื่อจำเลยไม่ประสงค์จะบังคับชำระหนี้ค่าเสียหายจากที่ดินที่จำนองและจำเลยมีหนี้ต้องชำระเงินสะสมและเงินบำเหน็จจำนวนหนึ่งให้โจทก์ประกอบกับจำเลยได้ใช้สิทธิขอหักหนี้มาในค่าให้การแล้ว จำเลยจึงมีสิทธินำเงินบำเหน็จของโจทก์มาหักกับค่าเสียหายของจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 โดยไม่ต้องบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันก่อน (ที่มา-สงเสริม)”

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1507/2538 “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนผู้จำนองอาจตกลงกับผู้รับจำนองเป็นประการอื่นพิเศษนอกเหนือจากที่มาตรา 733 บัญญัติไว้ได้เช่นในกรณีที่ยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดแล้วยังได้เงินไม่พอใช้หนี้ผู้จำนองยอมรับผิดให้ผู้รับจำนองยึดทรัพย์สินของตนมาใช้หนี้จนครบเป็นต้นข้อตกลงนี้ย่อมมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายไม่ตกเป็นโมฆะสัญญาจำนองที่จำเลยทำไว้กับโจทก์ระบุน่าถ้าในการบังคับจำนองได้เงินไม่พอจำนวนเงินที่ค้างชำระจำนวนอยู่เท่าใดผู้จำนองยอมรับผิดขอใช้เงินที่ขาดจำนวนนั้นให้แก่ผู้รับจำนองจนครบจำนวนแต่หนี้ที่ น.ลูกหนี้ค้างโจทก์หลังจากบังคับคดีแล้วไม่พอชำระหนี้เป็นเวลากว่า 10 ปีนับแต่วันมีคำพิพากษาโจทก์จึงหมดสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ลูกหนี้อีกต่อไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 จำเลยในฐานะผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 698 แต่ยังคงรับผิดชอบตามทรัพย์สินที่จำเลยจำนอง”

ได้เงินไม่พอใช้หนี้ จำเลยผู้จำนองยอมรับผิดให้โจทก์ผู้รับจำนองยึดทรัพย์สินของตนมาใช้หนี้จนครบ
ยอมมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะ

จากสภาพปัญหาทางข้อกฎหมายที่กล่าวมา แม้ว่าแนวทางแก้ไขในเบื้องต้นจะสามารถ
ดำเนินการได้ด้วยการเพิ่มความระมัดระวังของผู้จำนองให้ต้องตรวจสอบข้อสัญญาทุกข้อให้รอบคอบ
เสียก่อนว่าสัญญาจำนองนั้นมีข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์หรือไม่ เพราะหากมีข้อตกลงนี้ในสัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา
ย่อมมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะ แต่กรณีก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาวิจัย
เพื่อจักได้ทราบถึงผลดีและผลเสีย รวมทั้งผลกระทบในการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 733
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี
ของเจ้าพนักงานบังคับคดี กล่าวคือ ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาแล้วนั้น ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องลำดับในการบังคับคดีตาม
หมายบังคับคดี เนื่องจากทราบได้ที่ทรัพย์สินจำนองยังไม่สามารถขายทอดตลาดได้ เจ้าหนี้
ตามคำพิพากษาก็ไม่สามารถดำเนินการยึดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในระหว่างเวลานั้นได้
กรณีอาจเป็นผลให้ระยะเวลาในการบังคับคดีกับหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่นั้นสิ้นสุดลงตามมาตรา 271
แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นธรรมในส่วนของลูกหนี้
ตามคำพิพากษาซึ่งจะต้องถูกยึดทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติมและต้องรับภาระดอกเบี้ยในหนี้ตามคำพิพากษา
เป็นระยะเวลานาน ทั้งที่มีมูลหนี้มาจากสัญญาจำนองซึ่งตนได้นำทรัพย์สินของตนเข้าประกันหนี้แล้ว

ปัจจุบัน ปรากฏว่ามีร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. โดยความในมาตรา 54
วรรคสามแห่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดว่า “ถ้าจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว
ได้จำนวนเงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ค้างชำระ เงินยังขาดอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกัน
อาจเรียกร้องจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกัน
ไม่ได้” และวรรคสี่บัญญัติว่า “การใดที่แตกต่างจากความในมาตรานี้ตกเป็นโมฆะ” ดังนั้น ถ้า
ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ข้อมูลดังกล่าวนี้ก็อาจนำมาใช้เป็น
แนวทางประกอบการพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ให้มีความถูกต้องและเหมาะสมยิ่งขึ้นต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน

(2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันกับกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงเปรียบเทียบแนวทางการดำเนินการชั้นบังคับคดีในเรื่องดังกล่าว

(3) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีความถูกต้องและเหมาะสมยิ่งขึ้น

1.3 ขอบเขตงานวิจัย

1) ขอบเขตในเชิงเนื้อหา

ศึกษาเปรียบเทียบทั้งในระบบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีทรัพย์สินจำนองตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2) ขอบเขตในเชิงประชากร/กลุ่มตัวอย่าง

(1) เจ้าพนักงานบังคับคดีข้าราชการตั้งแต่นิติกรระดับปฏิบัติการถึงระดับชำนาญการพิเศษ

(2) เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเฉพาะผู้แทนของสถาบันการเงินประเภทธนาคาร (สำนักงานใหญ่) ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่ของกรมบังคับคดี ได้แก่ ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน) ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน) ธนาคารอาคารสงเคราะห์ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) และธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)

(3) ลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยคณะผู้วิจัยจะใช้วิธีสุ่มตัวอย่างแบบบังเอิญจากกลุ่มตัวอย่างโดยใช้วิธีการกำหนดกลุ่มตัวอย่าง

1.4 ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้เป็นการศึกษาด้วยระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพโดยการศึกษาเอกสาร (Document Analysis) การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) และการสนทนากลุ่ม (Focus Group) โดยมีรายละเอียดการดำเนินงานดังนี้

การศึกษาเอกสาร (Document Analysis)

ผู้วิจัยจะศึกษาข้อมูลทุติยภูมิจากเอกสารวิชาการ งานวิจัย หนังสือ เอกสารเกี่ยวกับนโยบายที่เกี่ยวข้อง เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการดำเนินการบังคับคดีของประเทศตัวอย่างที่มีกระบวนการบังคับคดีในลักษณะเดียวกันกับข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview)

ผู้ให้ข้อมูลหลักในส่วนนี้จะเป็นผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐ และเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี การสัมภาษณ์จะออกแบบแนวคำถามเพื่อหาคำตอบในเชิงลึกเกี่ยวกับสภาพทางปฏิบัติ ปัญหาและอุปสรรค เพื่อที่จะได้นำข้อมูลมาวิเคราะห์และจัดทำข้อเสนอแนะและแนวทางในการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การสนทนากลุ่ม (Focus Group)

หลังจากรวบรวมข้อมูลที่เป็นความคิดเห็นและความต้องการของผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐ และเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี ผู้วิจัยจะพยายามสร้างกรอบเบื้องต้นและประเด็นสำหรับการจัดการสนทนากลุ่มเพื่อระดมความคิดเห็น โดยการอภิปรายและสอบถามความคิดเห็นในการสนทนากลุ่มได้มาจากตัวแทนภาคส่วนต่างๆที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น

- ผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงาน ซึ่งปฏิบัติงานด้านการบังคับคดีทั้งคดีแพ่งและคดีล้มละลายของกรมบังคับคดี
- ตัวแทนกลุ่มเจ้าพนักงานบังคับคดี
- ตัวแทนกลุ่มเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา
- ตัวแทนกลุ่มลูกหนี้ตามคำพิพากษา

การนำเสนอผลการวิจัย

โดยมีผู้เข้าร่วมประชุมเชิงปฏิบัติการ ได้แก่ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีทุกฝ่าย หน่วยงานราชการอื่นภายในกระทรวงยุติธรรม สถาบันการศึกษาในระดับมหาวิทยาลัย รวมถึงประชาชนทั่วไปเข้าร่วมประชุม

กรอบความคิด (Conceptual Framework) ในการดำเนินงาน
โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจาก
ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การศึกษาช้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องพิจารณาหลายส่วนด้วยกัน เนื่องจากการศึกษาช้อยกเว้นของกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในสัญญาทางธุรกิจหรือสัญญาเชิงพาณิชย์ ดังนั้น การศึกษาช้อยกเว้นตามมาตรา 733 จะต้องพิจารณาทั้งด้านหลักกฎหมายและด้านเศรษฐศาสตร์ควบคู่กันไป การศึกษาทางด้านหลักกฎหมายนั้น คณะผู้วิจัยทำการศึกษาหลักการเบื้องต้น เริ่มตั้งแต่ทฤษฎีในการทำสัญญาที่เป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายตลอดจนศึกษาหลักในการทำสัญญาที่กฎหมายไทยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเชื่อมโยงไปถึงการทำสัญญาจำนอง การตกลงกำหนดช้อยกเว้นของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักเกณฑ์ของสัญญาจำนอง หลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ และหลักประกันของสัญญาจำนอง นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังได้ทำการศึกษากฎหมายอื่นนอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค สัญญาจำนองตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ และหลักการของ UNCITRAL และ ROSC

ในส่วนของทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์หาสาเหตุของปัญหาและเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการตัดสินใจเพื่อช่วยแก้ปัญหาในองค์กร โดยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์นี้จะเน้นไปที่การศึกษาภาพรวมนโยบายการปล่อยสินเชื่อ ทบทวนทฤษฎีที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์สินเชื่อต่างๆ รวมทั้งศึกษาหลักการและโครงสร้างของการวิเคราะห์สินเชื่อและการขอสินเชื่อโดยใช้หลักประกันเพื่อวิเคราะห์ผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์ที่เกิดขึ้นจากช้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเสนอแนะแนวทางและมาตรการต่างๆ ที่จะช่วยส่งเสริมให้มีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนต่อไป

2.1 กรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย

2.1.1 หลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญา

การเข้าทำสัญญาของบุคคลมีวัตถุประสงค์ที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือหน้าที่คู่สัญญา ต้องยอมรับและปฏิบัติตาม การทำสัญญามีเจตนาเป็นกลไกสำคัญของขั้นตอนการเจรจาและตกลงทำสัญญา ดังนั้น การเกิดขึ้นของนิติสัมพันธ์นั้น ก่อให้เกิดทฤษฎีหลายทฤษฎีที่นักกฎหมายนำมาใช้กับการทำสัญญา

หลักเกณฑ์ในการทำสัญญาที่นักกฎหมายยอมรับมีอยู่หลายหลักด้วยกัน ทั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายและที่มีได้บัญญัติไว้แต่นักกฎหมายได้ถือว่าเป็นรากฐานของหลักในการทำสัญญา หลักเกณฑ์ของการทำสัญญาที่สำคัญ ได้แก่ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา หรือ (Principle of Autonomy of the Will) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract)

2.1.1.1 หลักการคุ้มครองในการทำสัญญา

(1) ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (Principle of Autonomy of the Will)⁵ หรือหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy)

ทฤษฎีว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีที่มีมาเนิ่นนานและเป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายที่มีความเชื่อว่าบุคคลทุกคนควรมีความเท่าเทียมกัน ทั้งทางด้านอำนาจในการเจรจาและการตัดสินใจในการกำหนดข้อสัญญา และสัญญานั้นจะมีความศักดิ์สิทธิ์ แม้แต่รัฐเองก็ไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงได้ ต่อมาในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่บุคคลมีอิสระในการทำการค้า ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้สัญญาระหว่างเอกชนมีความศักดิ์สิทธิ์มากยิ่งขึ้น ทฤษฎีความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา นั้น ได้รับการยอมรับมากในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี ดังภาษิตภาษาละตินที่ว่า “Pacta Sunt Servanda” หรือ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” นั่นเอง ภาษิตนี้เมื่อนำมาปรับใช้กับหลักของการทำสัญญาระหว่างเอกชน นั้นหมายถึง สัญญาจะก่อให้เกิดหน้าที่ทางกฎหมายได้ จะต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี โดยกฎหมายมีหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี และรัฐไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงได้ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of the Will) มี 2 ทฤษฎี คือ

⁵ Emmanuel Gounot, “le principe de l’autonomie de la volonté’ en droit privé”, *e’tude critique de l’individualisme juridique*, 1912, 16 in FLOUR et AUBERT, *Droit Civil Les Obligations*, Vol.1, l’acte juridique.

1. ทฤษฎีเจตนา (Will Theory) เชื่อตามเจตนาภายใน โดยถือว่าการก่อให้เกิดสัญญาและผลของสัญญาขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาที่มีอยู่โดยแท้จริงภายในเป็นสำคัญ มิใช่เป็นเพียงเจตนาจากภายนอกเท่านั้น ทฤษฎีนี้จะยอมรับหลักเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนาในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์เจตนาที่แท้จริงได้เท่านั้น

2. ทฤษฎีการแสดงเจตนา (Declaration Theory) ทฤษฎีนี้ตรงข้ามกับทฤษฎีแรก โดยถือว่าเจตนาของคู่สัญญานั้นยึดถือตามที่แสดงออกมาภายนอก เนื่องจากการยากที่จะทราบถึงสิ่งที่อยู่ส่วนลึกภายในจิตใจมนุษย์ นอกจากนี้ หลักนี้ยังเพิ่มความมั่นใจในการทำสัญญาอีกด้วย เนื่องจากคู่สัญญายึดถือตามที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้แสดงออกมา ซึ่งนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยึดถือตามหลักทฤษฎีนี้

(2) หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract)

เสรีภาพในการเข้าทำสัญญามีอยู่ 2 ความหมาย⁶

ความหมายแรก หมายถึง⁷ เสรีภาพในการเข้าตกลงทำสัญญา การเริ่มต้นเข้าทำสัญญาจะต้องมีเสรีภาพตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญาด้วยความสมัครใจ ขณะทำสัญญา คู่สัญญามีเสรีภาพในการตกลงข้อสัญญา ตลอดจนการที่คู่สัญญาไม่ต้องการดำเนินการทำความตกลงเข้าทำสัญญา คู่สัญญาที่สามารถที่จะระงับกระบวนการที่ก่อให้เกิดสัญญาได้เช่นเดียวกัน จะเห็นได้ว่า หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญานั้น เกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญาและการดำเนินการเข้าทำสัญญา อาจเรียกได้ว่า⁸ ด้านกระทำการ (Positive sense) ทั้งสองฝ่ายมีเสรีภาพในการคิด ตัดสินใจ สิ่งต่างฝ่ายต้องการเพื่อที่จะก่อให้เกิดสัญญา ในทางกลับกัน ทั้งสองฝ่ายก็มีเสรีภาพในการไม่เข้าทำสัญญาหรือระงับกระบวนการเข้าทำสัญญาหรือระงับกระบวนการในการเจรจาซึ่งเสมือนหนึ่งเป็นการถอนคำสอนนั่นเอง หรือที่เรียกว่า ด้านไม่กระทำ (Negative sense)

ความหมายที่สองหมายถึง เสรีภาพภายหลังการเกิดสัญญาในการที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากบุคคลภายนอกหรือจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม⁹ กล่าวคือ เมื่อรัฐให้เสรีภาพในการเข้าทำสัญญากับประชาชนแล้ว เมื่อสัญญาเกิดขึ้น รัฐจะไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพในเบื้องต้นก่อนทำสัญญานั้นมีอันต้องเปลี่ยนไปเป็นประการอื่น เพราะหากให้รัฐสามารถกระทำเช่นนั้นได้ ย่อมกลับเป็นการทำลายเสรีภาพของปัจเจกชนไปโดยสิ้นเชิง

⁶ Nicholas S. Wilson, "Freedom of contract and Adhesion Contracts", The International and Comparative Law Quarterly, vol.14, 1965, 172.

⁷ Giuseppe Tamburrino, I Vincoli Unilaterali Nella Formazione Progressiva del Contracto, 1991, 25.

⁸ Jack Beatson and Daneil Friedmnn, Good Faith and Fault in Contract Law (Oxford: Clarendon press, 1997), 14.

⁹ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, 2542), 15-16.

สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้มีการเจรจา และทันทีที่คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาจึงเกิด ที่ว่าการเจรจาหรือการต่อรอง (Bargain) มีองค์ประกอบ (Bargain Elements) ด้วยกัน 2 ประการ คือ

1. อำนาจในการเข้าร่วมกำหนดเงื่อนไขหรือข้อความในสัญญา (Mutual Agreement) โดยปราศจากการครอบงำทางด้านความคิดและตัดสินใจ

2. ทั้งสองฝ่ายจะต้องมีเสรีภาพในการร่วมผูกพันตามสัญญา (Freedom of Consent) โดยทั้งสองฝ่ายมิได้ถูกบังคับให้ตกลงใจและทั้งสองฝ่ายจะต้องเข้าใจข้อความอย่างถ่องแท้แล้วจึงจะตกลงใจด้วย¹⁰

หลักนี้จะคล้ายกับหลักแรกคือ การให้เสรีภาพกับบุคคลหรือปัจเจกชน (Individualism) ในการทำสัญญารัฐจะเข้ามาแทรกแซงได้เท่าที่จำเป็นและจำกัดเท่านั้น หลักนี้เป็นที่ยอมรับมากในสังคมและเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม หลักการสำคัญของหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ คือ คู่สัญญาสามารถตกลงที่จะทำสัญญาในรูปแบบใดก็ได้ เช่น เลือกวิธีการทำสัญญาหรือการจัดวางข้อกำหนดใดๆได้อย่างเป็นอิสระเป็นต้น กล่าวคือ¹¹

1. ไม่มีใครจะผูกพันเข้าทำสัญญาถ้าเขาไม่เลือกที่จะเข้าทำสัญญานั้น (nobody was bound to enter into any contracts at all if he did not choose to do so

2. ในสังคมที่มีการแข่งขันทุกคนมีสิทธิเลือกบุคคลที่เข้าทำสัญญาด้วย (in a competitive society, everyone had a choice of persons with whom he could contract)

3. บุคคลสามารถทำสัญญาประเภทใดก็ได้โดยอิสระในการกำหนดข้อสัญญา (people could make virtually any kind of contract on any terms they choose)

แต่ทั้งนี้ การใช้เสรีภาพจะต้องเคารพความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งจะขัดหรือแย้งมิได้เลย

นอกจากนี้ เมื่อสัญญาเกิดด้วยเสรีภาพของบุคคลสองฝ่าย การมีเสรีภาพในการทำสัญญาจะต้องยึดหลัก “หนี้ที่เกิดจากสัญญาเป็นหนี้ที่ยุติธรรมเสมอ” กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างตกลงกำหนดข้อสัญญากันเองตามหลักการมีเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น คู่สัญญาจะต้องยอมรับในหนี้ที่เกิดขึ้น แม้ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบกว่าก็ตาม ลูกหนี้จะอ้างว่าไม่ยุติธรรมภายหลังไม่ได้ เนื่องจากตนมีอิสระในขณะเจรจาทำสัญญา ดังนั้นจะต้องผูกพันในสัญญานั้น เพราะได้ยินดีเข้าผูกพันในหนี้ตั้งแต่ตอนแรกแล้ว

¹⁰ อรุณช อาษาทองสุข, การควบคุมการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2536, 5-6.

¹¹ อ้างแล้ว.

หลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) ที่มีความใกล้เคียงและนักกฎหมายเห็นว่าจะต้องอยู่คู่กับการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างขาดเสียมิได้¹² หลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy)¹³ หมายถึง อำนาจของเอกชนที่สามารถกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน เช่น การกำหนดเรื่อง การสมรส การหย่า หรือการซื้อขายทรัพย์สิน เป็นต้น หลักนี้จึงมีความหมายอย่างกว้าง เนื่องจากเป็นหลักที่นำมาใช้กับทางแพ่งทุกเรื่อง ในส่วนของสัญญานั้น ก็ยอมรับหลักความมีอิสระในทางแพ่งเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี หลักอิสระในทางแพ่งต้องมีขอบเขตอันต้องถูกจำกัดความมีอิสระในบางประการ เช่น ต้องเคารพขอบเขตในทางกฎหมายของบุคคลอื่น เคารพศีลธรรมหรือกฎหมายธรรมชาติ เป็นต้น

(3) หลักความยุติธรรม (Equity)¹⁴

หลักความยุติธรรมเป็นหลักการที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป ซึ่งปกติจะเข้ามามีบทบาทเสมอในเวลาที่เราจะตัดสินคดีพิพาทใดๆ ศาลจะต้องคำนึงหลักดังกล่าวนี้ เพราะในบางครั้ง การคำนึงถึงหลักกฎหมายแต่เพียงประการเดียว อาจขัดต่อความยุติธรรมได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความยุติธรรมนี้เป็นหลักความยุติธรรมเฉพาะคดี

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักความยุติธรรมดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะปรับใช้ได้เสมอไป เพราะพื้นฐานความคิดของระบบกฎหมายแบบ Civil Law มักต้องคำนึงถึงหรือยอมเสียสละความยุติธรรมแห่งคดีให้กับความจำเป็นที่กฎหมายต้องมีความแน่นอน (Principle of Certainty of Law) เพราะเป็นเรื่องที่อันตรายมากที่ยอมมอบความไว้วางใจในเรื่องดังกล่าวให้กับ การประเมินโดยอรรถวิสัยของผู้พิพากษา ดังนั้นในกฎหมายเอกชน การใช้หลักความยุติธรรมนั้น จึงสามารถใช้ได้เฉพาะกรณีที่เป็นข้อยกเว้น และต้องเป็นกรณีที่มีการปรับใช้กฎหมายควรจะเป็นไปโดยเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีที่ เป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาสามารถใช้หลักความยุติธรรมได้ ผู้พิพากษายังคงต้องใช้อย่างมีขอบเขตและเป็นธรรม ไม่ควรที่จะให้นำหนักกับเรื่องส่วนตัว และควรพิจารณาเหตุผลในการร่างกฎหมายประกอบด้วย¹⁵

(4) หลักความเท่าเทียมกัน (Fairness)

หลักความเท่าเทียมกันถือเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นหลักสำคัญของกฎหมายลักษณะสัญญาด้วย เป็นที่ยอมรับกันว่า การมีเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญานั้น จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญานั้นมีความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ รศ.ดร. ศันท์กร โสทธิพันธุ์¹⁶ ได้ขยายความ “ความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ” ดังนี้

¹² ศันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551), 26.

¹³ Renato Scognamiglio, Contratti in Generale : Trattato di Diritto Civile (Milano: Dr.Francesco Vallardi), 1961, 9.

¹⁴ Andrea Torrente and Piero Schlesinger, Manuale di Diritto Privato (Rome: Giuffrè Editore), 16-17.

¹⁵ อ้างแล้ว, ศันท์กรณ์.

¹⁶ อ้างแล้ว, ศันท์กรณ์.

ความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ ถือว่าเป็นความเท่าเทียมกันในความเป็นจริง ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อได้ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอิตาลีพบว่า บทบัญญัติให้สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องทำในขณะที่ตกอยู่ในอันตรายสามารถบอกกล่าวได้ เนื่องจากความผิดปกติของสัญญาก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมเพราะการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายแรก (มาตรา 1447) ทั้งยังบัญญัติให้บอกกล่าวได้อีกเช่นกันในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญาในเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมอย่างมาก เพราะถูกความจำเป็นบีบบังคับและอีกฝ่ายหนึ่งก็ทราบ ทั้งยังเข้าถือเอาประโยชน์จากสถานการณ์ดังกล่าวอีกด้วย (มาตรา 1448) คู่สัญญาสามารถบอกกล่าวได้เพราะกฎหมายอิตาลีพิจารณาว่าคู่สัญญามีได้เข้าทำสัญญาในฐานะที่เท่าเทียมกัน

หลักกฎหมายนี้เป็นการคุ้มครองการได้เปรียบเสียเปรียบที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในสังคม คู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าย่อมมีอำนาจการต่อรองหรืออาจเป็นผู้กำหนดสัญญาฝ่ายเดียว หากไม่มีหลักนี้ อาจทำให้เสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเพียงอุดมคติได้¹⁷

2.1.1.2 หลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีได้บัญญัตินิยามของสัญญาไว้ว่า มีความหมายว่าอย่างไร “สัญญา” ตามความที่บัญญัติไว้ในตำรากฎหมายทั่วไป คือ นิติกรรมหลายฝ่าย¹⁸ ซึ่งประกอบไปด้วยคู่สัญญาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ซึ่งแต่ละฝ่ายจะมีก็คนก็ได้ สัญญายังเป็นข้อตกลงของบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดหนี้ โดยสัญญามีเจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนการเจรจาตกลงทำสัญญา ตลอดจนกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงตามหลักของคำเสนอสนองถูกต้องตรงกัน หนี้ตามสัญญาจึงเกิดจากความตกลงระหว่างเจตนาของบุคคลทั้งสองฝ่ายที่ได้เข้าทำสัญญากัน แม้ภายหลังทั้งสองฝ่ายจะปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่นั้น เป็นเรื่องของบุคคลอีกฝ่ายเกิดสิทธิเรียกร้องให้กระทำหรือไม่กระทำตามสัญญานั้น¹⁹

การทำสัญญาจะต้องพิจารณาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา หรือ (Principle of Autonomy of the Will) และคู่สัญญาจะต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) ที่กล่าวข้างต้น หลักกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญายังมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายหลักด้วยกัน ดังนี้

¹⁷ Konrad Zweigert and Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law (Clarendon press ; OXFORD University Press, 1998), 345.

¹⁸ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม พิมพ์ครั้งที่ 4, 2538), 1.

¹⁹ ดุษฎี จันทระปรีดา, ข้อตกลงในสัญญาจำนอง : พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

(1) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ซ้อนอยู่กับหลักอิสระในทางแพ่ง²⁰ และได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” และสามารถพิจารณาเป็นรูปธรรมได้ดังนี้

1. คู่สัญญาามีเสรีภาพในการทำสัญญากับใครก็ได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

2. คู่สัญญาามีเสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาได้

3. คู่สัญญาามีเสรีภาพในการเลือกวิธีการ หรือแบบในการทำสัญญาได้ไม่ว่าด้วยการทำโดยวาจา กิริยา หรือลายลักษณ์อักษร

4. คู่สัญญาามีเสรีภาพในการคิดและตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่ การคิดและตัดสินใจนี้จะต้องปราศจากการสำคัญผิด การฉ้อฉล การข่มขู่ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้คุ้มครองเรื่องของการแสดงเจตนาไว้อยู่หลายมาตราด้วยกัน โดยผลของการแสดงเจตนาที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงนั้นจะมีผลเป็นโมฆะ หรือโมฆียะแล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ มาตรา 150 ยังให้คู่สัญญาามีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างใดก็ได้ แม้จะแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม หากมิใช่กฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และคู่สัญญาามีเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญาได้อีกด้วย เมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายจะต้องรองรับให้สัญญานั้นมีผลสมดังเจตนาที่ทั้งสองฝ่ายต้องการตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of the Will) หรือตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

การทำสัญญาจำนองก็มีแนวปฏิบัติเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นเดียวกับการทำสัญญาทั่วไปที่คู่สัญญาจะต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญา เมื่อพิจารณาจากมาตรา 151 แล้ว จะเห็นว่าคู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดสัญญาจำนองอย่างใดก็ได้ รวมถึงข้อตกลงต่างๆ ทั้งที่เป็นการเพิ่มเติมตามหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งที่เป็นการเปลี่ยนแปลงขั้นตอนของการบังคับใช้เรื่องการบังคับจำนอง และรวมทั้งการตกลงยกเว้นข้อกำหนดบางประการด้วย แต่ทั้งนี้การมีเสรีภาพในการทำสัญญาจำนองยังต้องอยู่ภายใต้ มาตรา 151 ในตอนท้ายคือ ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั่นเอง

(2) การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Order)

แม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีเสรีภาพดังกล่าว ก็ควรที่จะอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันควร เพื่อมิให้เสรีภาพของการทำสัญญาไป

²⁰ อ้างแล้ว, ศนันท์กรณ.

กระทบหรือสร้างความเสียหายกับบุคคลอื่น หรือคู่สัญญาด้วยตนเอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” บทกฎหมายนี้เป็นการบัญญัติจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การใดที่ศาลพิจารณาแล้วว่ากระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีย่อมเป็นโมฆะ

ในสัญญาจำนอง นอกจากข้อความที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว คู่สัญญาอาจจะกำหนดข้อความหรือรายละเอียดอื่นใดในสัญญาอย่างไรก็ได้ ด้วยหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา แต่จะกำหนดข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้จะมีผลเป็นโมฆะ

ผู้กระทำการตีความว่า การใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ได้แก่ ศาล โดยศาลจะใช้หลักนี้เข้าแทรกแซงเพื่อรักษาความมีเสถียรภาพของสังคม หรือประโยชน์สาธารณะ การแสดงเจตนากำหนดข้อตกลงหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่สามารถกระทำได้ ศาลมีอำนาจในการพิจารณาให้ข้อตกลงของสัญญานั้นเป็นโมฆะไปบางส่วนหรือหากพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญามีวัตถุประสงค์อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะปฏิเสธให้สัญญานั้นไม่มีผลบังคับใช้หรือเป็นโมฆะไปเลยก็ได้

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public order) หมายถึง ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครอง ปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง หรือมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรม ธรรมเนียม ประเพณีของคนในสังคม อันเป็นรากฐานสังคมไทยให้ดำรงไว้ ไม่เปลี่ยนแปลงไปมา ทั้งนี้ ศาลสามารถพิจารณาตามยุคสมัยได้แล้วแต่กรณี²¹

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่า ศาลเป็นผู้มีอำนาจตีความพิจารณาว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะระบุว่ากรณีใดบ้างที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น การพิจารณาศึกษาจึงต้องพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐาน แต่เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลมิใช่กฎหมาย ประกอบกับประเทศไทยมีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร การพิจารณาศึกษาจากคำพิพากษาจึงเป็นเพียงแนวทางของการตีความ ซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ ดังที่ท่านพระยาเทพวิฑูร กล่าวว่า²² “การจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดจะต้องด้วยลักษณะที่ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ปัญหาข้อนี้จะวางหลักโดยเฉียบขาดหาได้ไม่ กฎหมายซึ่งเกี่ยวกับมหาชนโดยทั่วไป

²¹ จีต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2555), 20.

²² พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-220* (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2502), 15.

ไม่ใช่เกี่ยวกับคู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว ซึ่งนับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ดังนั้นการพิจารณากฎหมายเอกชนว่าส่วนใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนบ้าง จะต้องพิจารณาเป็นรายมาตราไป โดยถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

ข้อตกลงยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาจำนองตาม มาตรา 733 มิใช่บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ปัญหาเกี่ยวกับการตกลงยกเว้นหลักการบังคับจำนองในส่วนที่ขาดตามมาตรา 733 มิได้เกิดขึ้นเฉพาะในยุคนี้ แต่ปัญหานี้ได้มีการฟ้องร้องในอดีต ให้ศาลพิจารณาว่าข้อตกลงยกเว้นดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ในเรื่องนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ามิใช่บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150 อันจะมีผลตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาไม่เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญายกเว้นการบังคับจำนองตามมาตรา 733 ได้กล่าวคือ ตกลงกันว่า ถ้าบังคับจำนองแล้วไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เหลือ ข้อตกลงนี้ใช้บังคับกันได้ และข้อตกลงนี้อาจจะตกลงกันในสัญญาจำนองหรือสัญญาอีกฉบับหนึ่งได้²³ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 1313/2480

จำนองที่ดินกันแล้วทำสัญญาเพิ่มเติมสัญญาจำนองว่า ถ้าเอาที่ดินจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินน้อยกว่าหนี้ที่ค้างชำระผู้จำนองจะให้ใช้ให้จนครบ สัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และแม้จะไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็สมบูรณ์ใช้ได้ เพราะสัญญาฉบับนี้ไม่เกี่ยวข้องกับที่ดินพิพาท เป็นแต่ข้อตกลงกันว่า ถ้าเอาทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดได้เงินไม่พอชำระหนี้ ก็ยอมให้ยึดทรัพย์สินอื่นขายให้หนี้ได้จนครบโดยมิได้เอาทรัพย์สินนั้นมาตราไว้เป็นประกันด้วย ทั้งสัญญาฉบับนี้ก็ไม่ทำให้ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิในทรัพย์สินอื่น สัญญาจึงสมบูรณ์โดยไม่ต้องจดทะเบียนตามมาตรา 714 ดังนั้น ถ้าบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เหลือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1507/2538

ป.พ.พ. มาตรา 733 มิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้จำนองอาจตกลงกับผู้รับจำนองเป็นประการอื่นได้ แม้ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองที่จำเลยทำไว้กับโจทก์ระบุว่าถ้าในการบังคับจำนองได้เงินไม่พอจำนวนเงินที่ค้างชำระจำนวนอยู่เท่าใด ผู้จำนองยอมรับผิดชอบใช้เงินที่ขาดจำนวนนั้นให้แก่

²³ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พิมพ์ครั้งที่ 8, 2545), 306.

ผู้รับจ้างนองจนครบจำนวน แต่หนี้ที่ น. ลูกหนี้ค้างใจทกหลังจากบังคับคดีแล้วไม่พอชำระหนี้เป็นเวลากว่า 10 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษา โจทก์จึงหมดสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ลูกหนี้อีกต่อไปตาม ป.วิ.พ. มาตรา 271 จำเลยในฐานะผู้ค้าประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตาม ป.พ.พ. มาตรา 698 แต่ยังคงรับผิดชอบทรัพย์สินที่จำเลยจำนอง ซึ่งยุติตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8260/2550

จำเลยค้างชำระหนี้โจทก์ซึ่งเป็นหนี้เงิน จำเลยต้องชำระเงินให้แก่โจทก์โดยปราศจากเงื่อนไขใดๆ เพราะการชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างไร ลูกหนี้จะต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรงตาม ป.พ.พ. มาตรา 208 วรรคหนึ่ง เมื่อจำเลยเสนอขอชำระหนี้โดยให้โจทก์รับโอนทรัพย์สินจำนองแทนการชำระหนี้ด้วยเงิน จึงมิใช่เป็นการขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบ โจทก์ย่อมมีเหตุผลที่จะปฏิเสธการรับชำระหนี้ได้ โจทก์จึงไม่ตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา 207 มาตรา 733 แห่ง ป.พ.พ. เป็นบทบัญญัติสันนิษฐานถึงเจตนาของคู่กรณี โดยเฉพาะ และมีได้เกี่ยวกับศีลธรรมตามที่นิยมกันในหมู่ชนทั่วไป หรือธรรมเนียมประเพณีของสังคม จึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โจทก์อาจตกลงกับจำเลยเป็นประการอื่นพิเศษนอกเหนือจากที่มาตรา 733 บัญญัติไว้ได้

(3) หลักสุจริต

หลักสุจริตของกฎหมายแพ่งเยอรมันอยู่ในมาตรา 242 ของฝรั่งเศส อยู่ในมาตรา 1134 ส่วนหลักสุจริตของไทยมีทั้งที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตราต่างๆ และหลักสุจริตทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” เกี่ยวกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ว่า บุคคลทุกคนกระทำด้วยความสุจริต

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมันที่เขียนเป็นภาษาละตินว่า Bona Fides แปลว่า ความซื่อสัตย์ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า Good Faith และตรงกับภาษาเยอรมันว่า True Und Glauben (แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ) เป็นหลักที่ใช้บังคับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทางแพ่งโดยทั่วไป เป็นธรรมดาสามัญในสังคมของประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน เป็นหลักทั่วไปสำหรับผดุงความยุติธรรมในการที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติต่อกัน หรือในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิหรือชำระหนี้ของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างกันมิได้แสดงโดยละเอียดถึงการปฏิบัติหรือทำการใดๆ ให้ถือเอาความสุจริตเป็นที่ตั้ง ซึ่งมีที่มาจากหลักที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” (He who comes to the court must come with clean hands) หมายถึง การที่บุคคลใช้สิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาแล้วนั้นจะต้องใช้โดยสุจริตมิฉะนั้นศาลจะไม่รับรองสิทธินั้นหรือไม่รับบังคับให้

(4) หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ (มาตรา 11) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ มีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้เสียในมูลหนี้”

หลักนี้เรียกว่า Contra Proferentem Rule ได้รับอิทธิพลมาจาก มาตรา 162 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสได้ใช้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเครื่องมือ ในการตีความข้อกำหนดในสัญญาให้เป็นปฏิปักษ์แก่ผู้ที่กำหนดข้อสัญญานั้นๆขึ้นไม่ว่าจะอยู่ในฐานะ ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ก็ตาม โดยใช้ประกอบกับหลักสุจริตในมาตรา 1134 ด้วย

ในปัจจุบัน ศาลไทยมักใช้หลักดังกล่าวในการตีความสัญญา ประกันภัย ดังนี้ ถ้าข้อกำหนดในสัญญาประกันภัยเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ ผู้เอาประกันภัย โดยผู้รับประกันภัยจะนำเอาเงื่อนไขของกรมธรรม์ตลอดจนข้อยกเว้นความรับผิด ตามกรมธรรม์มาปฏิเสธความรับผิดตามประกันภัยไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2179/2526)

(5) หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา²⁴
(มาตรา 171)

การตีความการแสดงเจตนา ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนาอัน ให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริง ยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวน หรือตัวอักษร” หลักในการตีความสัญญา จะต้องพิจารณาเจตนาที่แท้จริงของ คู่สัญญาว่าเขามีเจตนาที่แท้จริงในการทำสัญญาอย่างไร แล้วจึงนำมาพิจารณาประกอบกับความสุจริต ของคู่สัญญาและปกติประเพณีในการทำสัญญานั้น

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาตามหลักการตีความสัญญาโดยฟังถึง เจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร

คำพิพากษาฎีกาที่ 1004/2520

การตีความแสดงเจตนาอันต้องฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่า ถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร เอกสารที่ พ. บิดาจำเลยทำให้โจทก์ไว้มีความว่าทำให้เพื่อแสดงว่า พ. ได้นำที่นา 1 แปลงมาเป็นประกัน มีความประสงค์รับเงินจากโจทก์ไปใช้จ่าย 6,000 บาท กำหนดให้ ทำนา 3 ปี เมื่อถึงกำหนดจะไถ่ถอนคืน ถ้าไม่ไถ่ถอนคืนให้ทำต่อไปอีกจนกว่าจะได้ไถ่ถอน แม้จะไม่มี คำว่า “กู้ยืม” ก็มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมอบที่นาให้ทำกินต่างดอกเบี้ยย จำเลยไม่เอาอ้างว่าอาจ เป็นการรับเงินในเรื่องอื่นก็ได้

²⁴ เกียรติศักดิ์ สุวรรณศรี, เอกสารประกอบแนวทางการศึกษา วิชา LA 702 เรื่อง ระบบกฎหมายสำคัญของโลก และสัญญา <www.lawprachin.com/fileadmin/templates/.../702-5.doc> accessed 10 May 2014.

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในหลักการตีความสัญญาให้ตีความประสงค์
ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย (มาตรา 368)

คำพิพากษาฎีกาที่ 621/2527

เงื่อนไขกรรมธรรม์ประกันภัยที่ว่า ผู้เอาประกันจะต้องไม่ตกลงยินยอม
เสนอหรือให้สัญญาว่าจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุคคลใดโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท และที่ว่า
การประกันภัยไม่คุ้มครองความรับผิดตามสัญญา ซึ่งความผิดนั้นจะไม่เกิดขึ้นหากปราศจากสัญญานั้น
เป็นการป้องกันมิให้ผู้เอาประกันภัยไป ตกลงชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนให้แก่
บุคคลภายนอก ในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยเป็นฝ่ายถูกเท่านั้น แต่กรณีเป็นฝ่ายผิดจะเอาเงื่อนไขดังกล่าว
มาบังคับไม่ได้ เพราะถึงอย่างไรผู้รับประกันภัยจะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนอย่างแน่นอน
อยู่แล้ว

2.1.1.3 หลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองเป็นหนึ่งในเอกเทศสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์บัญญัติหลักเกณฑ์ของกฎหมายไว้โดยเฉพาะ สัญญาจำนองเป็นสัญญาสองฝ่ายซึ่งต้องอยู่
ภายใต้หลักเกณฑ์ของการทำสัญญาทั่วไป คือ จะต้องมีเจตนาในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญาตกลงความ
ต้องการโดยลักษณะเฉพาะเข้าหลักเกณฑ์สัญญาจำนอง เมื่อทั้งสองฝ่ายเข้าตกลงเจรจาและมีเจตนา
ถูกต้องตรงกันสัญญาจำนองจึงเกิดและทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องตามมา การจำนองตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 หมายถึง²⁵ “สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สิน
ตราไว้แก่บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่
ผู้รับจำนอง” ซึ่งในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยขออธิบายส่วนของสัญญาจำนองซึ่งถือว่าเป็นสัญญาสองฝ่าย
อันต้องด้วยตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญา

สัญญาจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนด
หลักเกณฑ์ของสัญญาไว้โดยเฉพาะ ภายใต้หลักเกณฑ์ของการทำสัญญาทั่วไป เช่น แบบ วัตถุประสงค์
ของการทำสัญญา และเจตนา เป็นต้น

1. แบบของสัญญาจำนอง

การทำสัญญาจำนองเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งต้องทำตามแบบ
แบบของนิติกรรม หมายถึง พิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้อง
ปฏิบัติตามเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม หากไม่ปฏิบัติตามนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ กรณีที่
กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้โดยอิสระเพียงแต่
แสดงเจตนาโดยชอบนิติกรรมก็เกิดขึ้น แต่มีนิติกรรมบางประเภทที่รัฐเห็นว่าจำเป็นต้องเข้าควบคุม

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702.

การแสดงเจตนาของบุคคล จึงกำหนดแบบไว้ บุคคลใดแสดงเจตนาทำนิติกรรมไม่ถูกต้องตามแบบ กฎหมายย่อมไม่รับรองให้เกิดผลในทางกฎหมาย²⁶ แบบของสัญญาจำนองที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มาตรา 714²⁷ บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดแบบของสัญญาจำนองให้ต้องทำเป็นหนังสือ และในหนังสือนั้นจะต้องมีรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของแบบของสัญญาจำนอง ดังนี้²⁸

ก. ระบุทรัพย์สินที่จะจำนอง เนื่องจากสัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ มาตรา 704²⁹

จึงกำหนดให้ระบุว่าจะต้องมีทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ทรัพย์สินจึงเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของสัญญาจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เจ้าหน้าที่รับจำนองมีทรัพย์สินสิทธิเหนือทรัพย์สิน ซึ่งภายหลัง หากมีการไม่ชำระหนี้ตามหนี้ประธานเจ้าหน้าที่สิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ระบุไว้ในสัญญานั้นก่อนเจ้าหน้าที่สามารยอื่น

ข. ระบุนี้ประธาน มาตรา 704 บัญญัติให้ในสัญญาจะต้องมีการกำหนดว่าทรัพย์สินที่ระบุตามข้อที่ 1 นั้น เป็นการประกันหนี้ประธานใด

ค. ระบุนจำนวนเงินที่จำนอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 708³⁰ บัญญัติให้ระบุจำนวนเงินที่จำนอง การระบุจำนวนเงินหนี้ประธานทำให้คู่สัญญาทราบจำนวนยอดหนี้เงินต้นที่แน่นอนว่าทรัพย์สินที่จำนองนั้นประกันยอดหนี้จำนวนเท่าใด ส่วนดอกเบี้ยเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่คู่สัญญาตกลงกันเองตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หากเป็นกรณีประกันหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วและยอดหนี้จะแน่นอนในอนาคต กล่าวคือ เป็นการประกันหนี้ในอนาคต มาตรา 708 ยังกำหนดให้จะต้องระบุจำนวนเงินสูงสุดของการประกันไว้ในกรณีนี้ด้วย

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังกำหนดแบบอีกว่าสัญญาจำนองจะต้องจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต การจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นจะทำให้บุคคลภายนอกสามารถทราบได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น การซื้อขายก็ดี มีการตราเป็นประกันหนี้ของผู้จะโอนขายอยู่ก่อนแล้วหากบุคคลภายนอกรับการโอนทรัพย์สินนั้น ก็จักต้องรับสภาพของทรัพย์สินที่ได้ประกันติดภาระจำนองด้วยเช่นกัน

²⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 7, 2542), 72.

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 714.

²⁸ อ้างแล้ว, ดุษฎี.

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 704.

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 708.

2. วัตถุประสงค์ของสัญญาจำนอง

สัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ ส่วนวัตถุประสงค์ของสัญญา อาจแปรเปลี่ยนหลากหลายตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งการกำหนดวัตถุประสงค์นั้นคู่สัญญา มีเสรีภาพในการคิดและตัดสินใจ แต่มีข้อจำกัดที่ว่าจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ในแต่ละสัญญาจะมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของสัญญามักมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนในแต่ละสัญญา สัญญาจำนองนั้น เมื่อพิจารณาจาก วัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว มีวัตถุประสงค์คือ การนำทรัพย์สินมาตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้นหากคู่สัญญากำหนดวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากนี้ อาจกระทำได้ แต่อาจทำให้กลายเป็นสัญญาอื่น ซึ่งมีใช้สัญญาจำนอง

3. เจตนาของการทำสัญญาจำนอง

การเสนอสนองถูกต้องตรงกันก่อให้เกิดหนี้ของคู่สัญญาที่ได้มีการเจรจา ตกลงกัน และการแสดงเจตนา นั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา กฎหมายจึง คุ้มครองการแสดงเจตนาหลายประการด้วยกัน การแสดงเจตนาการทำสัญญาจำนองจะต้องไม่วิปลาส กล่าวคือ จะต้องไม่มีการสำคัญผิด ไม่ถูกฉ้อฉล ไม่ถูกข่มขู่ ผู้จำนองและผู้รับจำนองจะต้องมีเจตนาที่ คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจำนองจึงเกิดขึ้นตามหลักการทำสัญญาทั่วไป

2.1.2 หลักกฎหมายว่าด้วยหนี้

2.1.2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับหนี้

“หนี้” (obligation) เป็นรูปแบบหนึ่งของสิทธิเรียกร้อง (claim)³¹ หรือ ที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า “สิทธิทางหนี้” (obligation right) ซึ่งเป็นสิทธิที่มีต่อบุคคลเฉพาะราย โดยเรียกร้องให้บุคคลนั้นโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการบางอย่างได้ ซึ่งหนี้ส่วนใหญ่จะเกิดจากสัญญา หรือการทำละเมิด แต่ก็สามารถเกิดขึ้นได้จากสาเหตุประการอื่น เช่นกัน เช่น เกิดจากลาภมิควรได้ จัดการงานนอกสั่ง หรือเกิดจากการที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็น พิเศษ³²

ในส่วนของหนี้ที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น สิทธิทางหนี้และ สิทธิในทรัพย์สินแม้จะเป็นสิทธิคนละประเภทกันแต่มีความเกี่ยวพันกันจนแยกออกจากกันได้ยาก เนื่องจากว่า หนี้ อาจเกิดจากการละเมิดทรัพย์สิน หรือสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ในขณะเดียวกัน อาจก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินด้วย และนอกจากนี้หนี้ยังรวมถึงสิทธิเรียกร้องในกรณีปกติจะมีมูลค่า และสามารถโอนกันได้เช่นเดียวกับตัวทรัพย์สินเอง

³¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้*, (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2528), 375.

³² โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป*, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2539), 5.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันโดยเด็ดขาด แต่ถึงกระนั้น แม้ในตัวบทกฎหมายจะพยายามแยกเรื่องหนี้ออกจากเรื่องทรัพย์สิน แต่ในทางปฏิบัติอาจกล่าวได้ว่าหนี้เองก็เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง³³ ศาลฎีกาเองก็เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2502 คำพิพากษาฎีกาที่ 1778/2509 และคำพิพากษาฎีกาที่ 767/2518 ว่าสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าซึ่งเป็นสิทธิทางหนี้เป็นสินสมรสระหว่างสามีภริยา

หนี้จากมุมมองเชิงประวัติศาสตร์

แนวคิดเรื่องกฎหมายหนี้ นั้น สามารถย้อนหลังไปได้ถึงยุคกฎหมายโรมัน (Roman law) อันเป็นรากฐานของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (civil law)³⁴ หนี้ถูกจัดให้เป็นประเภทหนึ่งที่เป็นเรื่องการกระทำส่วนบุคคล (*actiones in personam*) ซึ่งบุคคลหนึ่งสามารถนำขึ้นมาเพื่อเรียกร้องเอาอีกบุคคลหนึ่งได้ ภายใต้กฎหมายโรมัน หนี้เป็นกฎหมายย่อยของกฎหมายว่าด้วยเรื่องสิ่งของ (law of things) สิ่งของ หรือในภาษาโรมันคือ *res* ในที่นี้มีความหมายกว้างซึ่งไม่ได้หมายความถึงแค่สิ่งของที่จับต้องได้ แต่ยังรวมถึงทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ซึ่ง “หนี้” ก็ถือเป็นหนึ่งในทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ นั่นด้วย ซึ่งรวมถึงหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย (legal duty) กระทำการ (act) หรืองดเว้นกระทำการ (refrain from acting) ด้วย

อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่าในยุคโรมันนักกฎหมายไม่ได้สนใจเรื่องหนี้เป็นการเฉพาะเจาะจง และไม่ได้พัฒนาหลักการหรือทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยหนี้ขึ้นมา หากแต่ว่าพวกเขาสนใจที่จะศึกษาและพัฒนากฎหมายด้านอื่นๆ ที่อยู่แวดล้อมกฎหมายเรื่องหนี้แทน กฎหมายแวดล้อมดังกล่าว ได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญา (contract) กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำละเมิด (tort) และกฎหมายที่เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหาย (remedy) ซึ่งกฎหมายต่างๆ เหล่านี้รวมๆ กันได้กลายเป็นพื้นฐานของหลักการทั่วไปว่าด้วยเรื่องหนี้ ถึงกระนั้นก็ตาม ท้ายสุดแล้วนักกฎหมายในยุคโรมันก็ไม่ได้ทำการแยกกฎหมายหนี้เชิงเนื้อหาออกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำเชิงกระบวนการอย่างชัดเจน เป็นผลให้กฎหมายในเรื่องหนี้ในสมัยโรมันดูเหมือนจะเป็นเรื่องของกฎหมายว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายเสียมากกว่า³⁵

สำหรับหนี้ในกฎหมายโบราณของไทยก่อนที่จะเปลี่ยนมาเป็นระบบประมวลกฎหมายนั้น ก็ไม่ได้แยกความรับผิดชอบหรือหนี้ันเกิดจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่มีต้นตอมาจากเหตุทางแพ่งหรือเหตุทางอาญา และไม่ได้มีการแบ่งแยกที่ชัดเจนระหว่าง

³³ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, *อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์* (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), 11, 28.

³⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Oxford : Oxford University Press, 1996), 4-6.

³⁵ Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies*, (2nd ed), (London : Cavendish Publishing Limited, 2001), 1-2.

ความรับผิดที่เกิดจากสัญญาและความรับผิดที่เกิดจากการละเมิดแต่อย่างใด เมื่อมองในเรื่องของสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ตามกฎหมายไทยโบราณจะพบว่า สัญญาอาจไม่ได้เกิดจากเจตนาเข้าทำการตกลงกันอย่างสัญญาในปัจจุบัน แต่เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพราะเหตุบางอย่างซึ่งมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก สัญญาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามแบบพิธีของจารีตประเพณี กล่าวคือ คู่สัญญาได้มีการแสดงกิริยาท่าทางบางอย่าง หรือให้ถ้อยคำบางอย่าง ตามประเพณี ซึ่งการแสดงกิริยาท่าทางหรือวาจาบางอย่างนั้นทำให้เกิดความผูกพันตามสัญญา สัญญาประเภทนี้เรียกว่า สัญญาตามประเพณี และประเภทที่สอง เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพราะมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ทำให้ผู้รับทรัพย์สินนั้นมีหน้าที่ต้องชำระคืนให้กับเจ้าของทรัพย์สิน เช่น สัญญาอัยม สัญญาซื้อขาย สัญญาฝากทรัพย์สิน สัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งสัญญาประเภทนี้จะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายหนึ่งมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ตราบเท่าที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้น แต่เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ฝ่ายที่รับไม่ส่งมอบทรัพย์สินในภายหลังหรือไม่ทำตามที่สัญญากำหนดให้เป็นการตอบแทนเท่ากับเป็นละเมิดฐานลักทรัพย์หรือประบัตสิน โดยในสมัยโบราณแรกเริ่มฝ่ายผู้ถูกละเมิดจะทำการแก้แค้นได้ ต่อมาการแก้แค้นเปลี่ยนเป็นการชดใช้เงินแทนการถูกแก้แค้น ถึงเงินนั้นจะเป็นการชดใช้เพราะกระทำละเมิด แต่เงินในลักษณะนี้ก็เป็นเงินค่าปรับทางอาญาและเป็นการชดใช้ค่าเสียหายผู้ละเมิดมีฐานะเป็นลูกหนี้ และผู้ถูกละเมิดมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ นอกจากนี้ประเด็นที่น่าสนใจคือ เจ้าหนี้อาจบังคับชำระหนี้เอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้ คือ เอาตัวลูกหนี้ไปทុบตีหรือจองจำจนกว่าจะชำระหนี้ หรือแม้กระทั่งทำการขายตัวลูกหนี้ไปเพื่อเอาเงินมาชดใช้หนี้ก็ได้³⁶

อย่างไรก็ตามเมื่อประเทศไทยมีการปฏิรูประบบกฎหมาย และกลายมาเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน หนี้ก็แยกตัวออกจากกฎหมายอาญา และกลายเป็นความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางเอกชนระหว่างบุคคลต่อบุคคล แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้ระบุชัดเจนไปว่าอะไรบ้างที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ตามกฎหมายยุคปัจจุบัน แต่เมื่อพิจารณาโดยรวมจะพบว่าบ่อเกิดแห่งหนี้ตามกฎหมายในปัจจุบันมีอยู่สี่ประเภทหลักๆ คือ หนี้ที่เกิดจากการละเมิด หนี้ที่เกิดจากการจัดการงานนอกสั่ง หนี้ที่เกิดจากลาภอันมิควรได้ และหนี้ที่เกิดจากสัญญา โดยสัญญาในที่นี้ถือเป็นเรื่องนิติกรรมที่เป็นเรื่องของการที่คู่สัญญาเข้าทำการตกลงผูกพันตนโดยเจตนาเพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกัน³⁷

คำนิยามของคำว่าหนี้

ถึงแม้ว่าในสมัยโรมันนักกฎหมายจะไม่ได้สร้างหลักการหรือทฤษฎีทางกฎหมายอะไรที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องหนี้ แต่ในยุคต่อมาของกฎหมายโรมัน ก็ได้มีการให้คำจำกัดความเกี่ยวกับ “หนี้” ไว้ว่า หนี้หมายถึงข้อผูกพันทางกฎหมาย (*vinculum iuris*) ซึ่งบุคคล

³⁶ ร. แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 203-204.

³⁷ โสภณ รัตนกร, *op.cit.*, 27.

บังคับให้กระทำการตามกฎหมายของรัฐ โดยคำนิยามนี้มีอิทธิพลต่อแนวคิดในการสร้างคำนิยามของ คำว่า “หนี้” ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อย่างเช่น ตามกฎหมายเรื่องหนี้ของประเทศ ฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามกับคำว่า “หนี้” ไว้ว่าหมายถึงความผูกพันทางกฎหมาย (legal bond) ระหว่าง เจ้าหนี้ (creditor) และลูกหนี้ (debtor)³⁸

ในกรณีของกฎหมายไทย คำถามว่า “หนี้” คืออะไรนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันไม่ได้มีการให้คำจำกัดความไว้โดยเฉพาะ³⁹ บทบัญญัติ ในบรรพที่สองที่ว่าด้วยเรื่องหนี้ที่ก็เริ่มต้นด้วยการกล่าวถึงผลแห่งหนี้ว่าจะบังคับชำระกันอย่างไร เช่น ตามมาตรา 194 บัญญัติไว้ว่า

ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่ง ก็ย่อมมีได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อย้อนกลับไปดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466 ซึ่งถูกยกเลิกไปก่อนการประกาศใช้นั้นได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “หนี้” ไว้ว่า

อันว่าหนี้นั้นโดยนิตินัย เป็นความเกี่ยวพันระหว่างบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกหนี้ ต้องส่งทรัพย์สินก็ดี หรือทำการ หรือเว้นทำการให้แก่บุคคลคนเดียวหรือหลายคน อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้⁴⁰

2.1.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับหนี้

ทฤษฎีทั่วไปที่อธิบายความผูกพันว่าด้วยหนี้มีอยู่ 3 ทฤษฎีหลัก ได้แก่

- ทฤษฎีเจตนา
- ทฤษฎีภาวะวิสัย
- ทฤษฎีระบบคู่

ทฤษฎีเจตนา

ทฤษฎีเจตนา (หรือทฤษฎีอัตวิสัย) เป็นแนวความคิดดั้งเดิมที่เน้น ความสำคัญของเจตนาว่าเป็นปัจจัยสำหรับหนี้ทุกประเภท กล่าวคือ ความผูกพันทางกฎหมาย อันก่อให้เกิดหนี้ นั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่าง “หน้าที่” ที่บุคคลหนึ่งต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้อีกบุคคลหนึ่ง กับ “สิทธิ” เรียกร้องซึ่งบุคคลหนึ่งมี ทั้งนี้ “หน้าที่” และ “สิทธิเรียกร้อง” นั้นเกิดจากเจตนาของบุคคลทั้งสองฝ่าย ในความสัมพันธ์ของสองฝ่ายในสิทธิ เรียกร้องนั้น ฝ่ายหนึ่งมีเจตนาที่จะควบคุมการกระทำ หรือการปฏิบัติของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีเจตนาที่จะ

³⁸ Geoffrey Samuel, op.cit., 2.

³⁹ กุศล บุญยืน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2540), 1.

⁴⁰ โสภณ รัตนกร, op.cit., 22.

ผู้มัดตนเองเข้ากับความสัมพันธ์นั้น ตัวอย่างที่สำคัญเช่น หนี้อันเกิดจากสัญญา (contract) ซึ่งสัญญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเข้าผูกพันตามคำมั่นสัญญา (promise) ว่าอะไรก่อให้เกิดสัญญา จะปฏิบัติตามสัญญาอย่างไร⁴¹

ในกรณีของสัญญากู้ยืมเงิน ฝ่ายหนึ่งเข้าผูกพันกับอีกฝ่ายหนึ่งตามสัญญากู้ยืมเงิน โดยฝ่ายผู้ให้กู้ยืมมีหน้าที่จะต้องให้เงินแก่ผู้กู้ยืมไป ในกรณีนี้ฝ่ายผู้กู้ยืมมีเจตนาควบคุมการกระทำของฝ่ายผู้ให้กู้ และในขณะเดียวกันฝ่ายผู้กู้ยืมเงินก็ผูกพันตนเองตามสัญญาที่จะชำระเงินคืนพร้อมดอกเบี้ยเมื่อถึงระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ ในกรณีหลัง เป็นการที่ฝ่ายผู้ให้กู้ยืมเงินมีเจตนาควบคุมการกระทำของฝ่ายผู้กู้ยืมเงิน หรือถ้ามองในรูปแบบความสัมพันธ์ของเจ้าหนี้และลูกหนี้ เจ้าหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องให้เงินกู้ยืมแก่ลูกหนี้ และในขณะเดียวกันลูกหนี้ก็มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะชำระเงินพร้อมดอกเบี้ยคืนแก่เจ้าหนี้ตามระยะเวลาที่ตกลงกันในสัญญา ทฤษฎีนี้จึงอธิบายหนี้ในมุมมองของสิทธิที่จะได้รับการชดเชย⁴² และการบังคับให้ชำระหนี้เป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ของหนี้⁴³

ทฤษฎีภาวะวิสัย

ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ที่มองว่าหนี้เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกองทรัพย์สิน 2 กอง ไม่ใช่เรื่องของสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ กล่าวคือ จะมีการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นได้นั้น ต้องมีการฟ้องร้องบังคับคดี ความสามารถในการบังคับชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ ไม่ใช่เรื่องหน้าที่ของลูกหนี้ที่ต้องชำระหนี้ หรือจะกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า ทฤษฎีนี้ถือเอาสภาพบังคับแห่งกฎหมายเป็นจุดเริ่มต้นแห่งหนี้ หน้าที่ต้องชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นเพียงเหตุจูงใจ (ทางศีลธรรม) หรือเหตุผลของการชำระหนี้เท่านั้น การฟ้องร้องบังคับคดีเพื่อการชำระหนี้จึงฟ้องร้องบังคับเอากับตัวลูกหนี้ ซึ่งมีกองทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นอุปกรณ์ของลูกหนี้เท่านั้น แต่ไม่สามารถฟ้องร้องแยกต่างหากจากตัวลูกหนี้ได้ กล่าวคือ ลูกหนี้เป็นผู้ต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ โดยการชำระหนี้เป็นการชำระจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้⁴⁴

ทฤษฎีระบบคู่

ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดใหม่ที่พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน และกฎหมายเยอรมัน โดยถือว่าหนี้มีองค์ประกอบด้วยกัน 2 ส่วน คือ หน้าที่และความรับผิดชอบที่มีความเกี่ยวข้องกัน โดยทฤษฎีไม่ได้มองว่าหนี้เป็นเรื่องของหน้าที่อย่างเดียวย่างในกรณีของทฤษฎีเจตนา และก็ไม่ได้

⁴¹ Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations : Essays on Contract, Tort and Restitution*, (Hart Publishing : Oxford, 1998), 3.

⁴² โสภณ รัตนานกร, op.cit., 17.

⁴³ Ibid., 19.

⁴⁴ Ibid., 18.

มองว่านี่เป็นเรื่องของความรับผิดชอบแต่อย่างใดดังเช่นทฤษฎีภาวะวิสัย แต่เห็นว่านี่เป็นเรื่องขององค์ประกอบทั้งสองที่ผสมผสานกัน

แนวความคิดนี้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องหนี้ของคอมมอนลอว์ (common law) ที่มองว่าสัญญาก่อให้เกิดหน้าที่ และเมื่อหน้าที่กลายเป็นพันธวิสัย ก็หาใช่เป็นความรับผิดชอบของลูกหนี้ไม่ ในขณะที่ละเมิดก่อให้เกิดความรับผิดชอบเท่านั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ใหม่แต่อย่างใด และในกรณีที่หนี้เป็นหน้าที่สามารถโอนหน้าที่กันได้ แต่ถ้าหนี้เป็นความรับผิดชอบจะมีลักษณะเป็นการส่วนตัวจะโอนกันไม่ได้

2.1.2.3 ลักษณะทั่วไปของหนี้

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหนี้มีลักษณะสำคัญโดยทั่วไปอยู่ 6 ประการอันได้แก่⁴⁵

- หนี้เป็นบุคคลสิทธิ หมายความว่าหนี้ที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายเฉพาะระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหนี้เท่านั้น เช่น นาย ก. ทำสัญญากู้ยืมเงินจาก นาย ข. เฉพาะนาย ก. และ นาย ข. นั้นมีความผูกพันทางกฎหมาย กล่าวคือ นาย ก. เท่านั้นที่เป็นลูกหนี้ของนาย ข. และต้องทำการชำระหนี้ตามที่กู้ยืมมาจากนาย ข. บุคคลสิทธิในลักษณะนี้แตกต่างจากทรัพย์สินที่มีผลผูกพันทางกฎหมายกับทุกคน เช่น นาย ก. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในบ้านและที่ดิน นาย ก. ก็สามารถอ้างสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งในที่นี้ก็คือกรรมสิทธิ์ในบ้านและที่ดินนั้นได้กับทุกคน
- หนี้เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิทางหนี้มีราคาและสามารถโอนกันได้ ซึ่งก็มีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สิน ตรงกันข้ามกับสิทธิเฉพาะตัวบางอย่าง เช่น สิทธิที่เกี่ยวกับบุคคลหรือครอบครัว เช่น สิทธิในการรับรองบุตร หรือสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งไม่อาจโอนกันได้ และในบางกรณีก็ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งไม่อาจถือว่ามีราคาได้
- หนี้เป็นสิทธิทางแพ่ง กล่าวคือ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้น ก็จะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องกันในทางแพ่ง ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิเอกชนไม่ใช่สิทธิในทางมหาชน ผู้ที่ต้องชำระหนี้จึงไม่มีหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด เช่น ชายไทยมีหน้าที่ต้องเข้าทำการเกณฑ์ทหารซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน
- อย่างไรก็ตามกฎหมายมหาชนบางส่วนก็สามารถก่อให้เกิดหน้าที่ในทางหนี้ได้เช่นกัน เช่น เงินที่บุคคลต้องชำระให้แก่รัฐ เช่น ภาษีอากร เงินค่าธรรมเนียมการให้บริการของรัฐต่างๆ ซึ่งในบริบทนี้อาจถือได้ว่ารัฐมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ตามกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เช่น กฎหมายภาษีอากร และประชาชนก็เป็นลูกหนี้เพราะมีหน้าที่ในการชำระเงินให้แก่รัฐตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

⁴⁵ Ibid., 23-24.

- ลูกหนี้มีตัวตนแน่นอน เพราะว่านี่เป็นสิทธิเรียกร้องที่เป็นบุคคลสิทธิ (jus in personam) ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องที่มีต่อคนทั่วไป (jus in rem) อย่างทรัพย์สิน ผู้ที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้จึงต้องเป็นตัวบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ถ้าไม่มีลูกหนี้ที่แน่นอนเฉพาะเจาะจงความสัมพันธ์ทางหนี้ก็ย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งต่างจากทรัพย์สินที่ไม่จำเป็นต้องมีบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะเจาะจง เจ้าของทรัพย์สินสามารถอ้างกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนเหนือใครก็ได้ และบุคคลทั่วไปมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยปริยายที่จะต้องไม่ไปละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น

- มีวัตถุประสงค์ที่แน่นอน กล่าวคือ สิทธิที่เรียกร้องที่เกิดจากหนี้ นั้นจะเป็นในรูปของการเรียกร้องให้กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือโอนทรัพย์สิน ซึ่งทั้งหมดนี้ต้องเป็นเรื่องที่มีการกำหนดไว้อย่างแน่นอน เช่น นาย ก. ทำสัญญาจ้างนาย ข. ให้สร้างบ้าน ในความสัมพันธ์เช่นนี้ นาย ข. มีหน้าที่ต้องกระทำการ คือ สร้างบ้านให้นาย ก. กรณีนี้เป็นหน้าที่เป็นการกระทำการหรือบริษัท ก. ทำการตกลงกับบริษัท ข.ว่าจะขายสินค้าคนละชนิดกัน จะไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันแข่งกันตัดราคา กรณีนี้ทั้งบริษัท ก. และบริษัท ข. ก็มีหน้าที่เป็นหน้าที่ในการงดเว้นกระทำการ คือ การขายสินค้าชนิดเดียวกันตัดราคากัน และในกรณีของหนี้ที่เป็นหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สิน เช่น นาย ก. ทำสัญญาซื้อบ้านจาก นาย ข. เมื่อนาย ก. ทำการชำระราคาบ้านให้นาย ข. ตามที่ตกลงกันไว้แล้ว นาย ข. มีหนี้ ซึ่งก็คือหน้าที่ในการโอนกรรมสิทธิ์ (กล่าวคือ โอนทรัพย์สิน) ให้กับนาย ก. ในกรณีต่างๆเหล่านี้จะเห็นได้ว่า หน้าที่กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือโอนทรัพย์สินนั้น มีการตกลงแน่นอนว่า ต้องกระทำการอะไร งดเว้นกระทำการอะไร หรือมอบทรัพย์สินอะไร トラบเท่าที่คู่สัญญาตกลงไม่ได้ว่าหนี้ ที่เป็นการกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือให้มีการส่งมอบทรัพย์สินอะไร ความผูกพันอันเป็นผลมาจากหนี้ก็ยังไม่อาจเกิดขึ้นได้

2.1.2.4 ทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้⁴⁶

มาตรา 195 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า
เมื่อทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้ระบุไว้แต่เพียง เป็นประเภท และถ้าตามสภาพแห่งนิติกรรม หรือตามเจตนาของคู่กรณีไม่อาจจะกำหนดได้ว่าทรัพย์สินนั้นจะพึงเป็นชนิดอย่างไรไซ้ร้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดปานกลาง

คำว่า ประเภท หมายถึง จำพวกของทรัพย์สิน เช่น นาย ก. ทำสัญญาซื้อข้าวสารจำนวน 10 กระสอบจาก นาย ข. นาย ข. มีหน้าที่ต้องส่งมอบข้าวสารจำนวน 10 กระสอบให้นาย ก. จะไปส่งมอบข้าวเปลือกจำนวน 10 กระสอบให้นาย ก. ไม่ได้ ส่วนคำว่า “ชนิด” หมายถึง รายละเอียดคุณภาพของทรัพย์สินที่ส่งมอบกัน จากกรณีการซื้อข้าวสาร นาย ก. อาจจะชนิดของข้าวสารไปว่า ข้าวสาร 10 กระสอบนั้นต้องเป็นข้าวหอมมะลิชั้นหนึ่ง เป็นต้น

⁴⁶ กุศล บุญเย็น, op.cit., 7-8.

มาตรา 195 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า
ถ้าลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำ เพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้น
ทุกประการแล้วก็ดี หรือถ้าลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่จะส่งมอบ แล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้
ก็ดี ท่านว่าทรัพย์สินนั้นจึงเป็นวัตถุ แห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป

ตามปกติแล้วเจ้าหนี้และลูกหนี้จะกำหนดตัวทรัพย์สินในการชำระหนี้ไว้
แน่นอนก่อนการส่งมอบทรัพย์สิน แต่อาจมีบางกรณีที่อาจไม่ได้กำหนดตัวทรัพย์สินได้แน่นอนในขณะที่
คู่สัญญาทำการตกลงกัน เช่น นาย ก. ตกลงซื้อข้าวสารหอมมะลิชั้นหนึ่งจาก นาย ข. จำนวน
10 กระสอบ แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็น 10 กระสอบใด เมื่อนาย ข. เลือกข้าวสาร 10 กระสอบจาก
ยุงฉางมาให้ นาย ก. โดยอาจใส่ธรรทุกที่ นาย ก. นำมา หรือนาย ข. ได้แยกข้าวจำนวน 10 กระสอบ
ไว้ต่างหาก และนาย ก. ก็ตกลงยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย มาตรา 195 วรรคสอง ถือว่า
ข้าวสาร 10 กระสอบนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หรือเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาการซื้อข้าวนี้ กล่าวคือ
ต้องเป็นข้าว 10 กระสอบนี้เท่านั้น

มาตรา 196 บัญญัติไว้เกี่ยวกับเรื่องการชำระหนี้ด้วยเงิน โดยบัญญัติไว้ว่า
ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ ท่านว่า จะส่งใช้เป็นเงินไทยก็ได้
การเปลี่ยนเงินนี้ ให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ณ สถานที่ และในเวลาที่ใช้เงิน

ตัวอย่างเช่น นาย ก. กู้เงิน นาย ข. 500 ปอนด์สเตอร์ลิง เมื่อถึงกำหนด
ชำระหนี้ นาย ก. ไม่จำเป็นต้องนำเงินปอนด์สเตอร์ลิงไปชำระให้แก่ นาย ข. ก็ได้ นาย ก. จะเลือกที่จะ
ชำระหนี้เป็นเงินบาทไทยก็ได้ โดยคิดอัตราแลกเปลี่ยน ณ สถานที่และเวลาที่ใช้เงิน⁴⁷

2.1.2.5 หลักประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนอง

การจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินวิธีหนึ่ง ซึ่งมาตรา 702
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ว่า

อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนองเอาทรัพย์สิน
ตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้น
ให้แก่ผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อน เจ้าหนี้
สามัญมิพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่

⁴⁷ ฎีกาที่ 1693/2523 1883/2497.

กล่าวโดยทั่วไปมีลักษณะที่สำคัญดังนี้⁴⁸

- หนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ก่อน เช่น มีสัญญากู้ยืมเงินระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ส่วนหนี้ที่เกิดจากสัญญาจำนองนั้นเป็นหนี้อุปกรณ์ เกิดขึ้นเพื่อประกันการชำระหนี้ของหนี้ที่เกิดจากสัญญาประธาน

- มีผู้จำนองสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ ตัวลูกหนี้เอาทรัพย์สินของตนเองจำนองประกันหนี้ เช่น นาย ก. ทำสัญญากู้ยืมเงินจาก นาย ข. นาย ก. จดทะเบียนเอาที่ดินของตนจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ประธาน หรืออีกกรณีหนึ่งคือ บุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินของตนจดทะเบียนจำนองประกันการชำระหนี้ก็ได้ เช่น นาย ก. ทำสัญญากู้ยืมเงินจากนาย ข. นาย ค. เอาที่ดินมาจดทะเบียนจำนองประกันการชำระหนี้ระหว่างนาย ก. และ นาย ข. ก็ได้

- มาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ว่าทรัพย์สินที่จะจำนองได้จะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน บ้านเรือน เรือ กสวน ไร่นา⁴⁹ อสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่มีการจดทะเบียนก็สามารถจำนองได้เช่นกัน ได้แก่

(1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพ

(3) สัตว์พาหนะ

(4) อสังหาริมทรัพย์อื่นๆซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียน

เฉพาะการ

- การจำนองเป็นการเอาทรัพย์สินไปตราไว้กับผู้รับจำนอง ซึ่งหมายความว่าต้องมีการทำเป็นหนังสือและมีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

- การจำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง เมื่อได้มีการทำสัญญาจำนองตามแบบ คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ก็ถือว่าสัญญาจำนองนั้นสมบูรณ์ โดยไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้รับจำนองแต่อย่างใด การทำสัญญาจำนองเป็นการทำให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น ผู้จำนองยังคงมีสิทธิต่างๆ เช่น กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่จำนองอยู่

- ผู้รับจำนองมีสิทธิในการรับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นๆ และหากทรัพย์สินที่จำนองมีการโอนไปยังบุคคลอื่น ไม่ว่าโอนไปกี่ทอด สิทธิจำนองก็จะตามไปด้วย และผู้รับจำนองยังมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาที่ทรัพย์สินที่จำนองได้อยู่ โดยบุคคล

⁴⁸ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 51-52.

⁴⁹ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะคำประกัน จำนอง จำน่า, (พิมพ์ครั้งที่ 6), (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: กรุงเทพฯ, 2539), 52.

ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองจะอ้างว่าไม่รู้ว่าทรัพย์สินนั้นติดจำนองไม่ได้เพราะหลักฐานการจำนองมีการจดทะเบียนอยู่

2.1.2.6 ผลแห่งหนี้

เมื่อเกิดหนี้ขึ้น ประเด็นหลักที่สำคัญ คือ ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ถูกต้องครบถ้วนตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ และตรงตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ หนี้ก็เป็นอันระงับไป มาตรา 203 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับเวลาในการชำระหนี้ไว้ดังต่อไปนี้

ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้ นั้นมิได้กำหนดลงไว้ หรือจะอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้อย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันดุจกัน

ถ้าได้กำหนดเวลาไว้ แต่หากกรณีเป็นที่สงสัย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงเวลานั้นหาได้ไม่ แต่ฝ่ายลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนกำหนดนั้นก็

กล่าวคือ ถ้าไม่ได้มีการกำหนดเวลาให้ชำระหนี้กันเมื่อใด และอนุมานไม่ได้ เจ้าหนี้อาจมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที และลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยทันทีเช่นกัน อย่างไรก็ตามหากมีการกำหนดเวลาการชำระหนี้ไว้ เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนเวลาที่กำหนดไม่ได้ แต่ลูกหนี้สามารถทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก่อนได้

อย่างไรก็ตามผลแห่งหนี้จะเกิดขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ หรือตามเวลาที่ได้ตกลงกัน ก็ถือว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ มาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า

ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัด เพราะเขาเตือนแล้ว

ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้ อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้บอกกล่าว

กล่าวคือ เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว ถ้าเจ้าหนี้ได้แจ้งลูกหนี้แล้ว แต่ลูกหนี้ยังไม่ยอมชำระหนี้ ก็ถือว่าลูกหนี้ผิดนัด หรือถ้าเป็นกรณีที่กำหนดเวลาการชำระหนี้เป็นไปตามวันบนปฏิทิน และลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตามวันที่ตกลงกันไว้ ก็ถือว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีการแจ้งเตือน

นอกจากเรื่องการผิดนัดไม่ชำระหนี้ซึ่งเป็นเรื่องของเงื่อนไขเวลา การกระทำที่ถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้หมายความว่าความถึงการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ซึ่งได้แก่ การไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิง

หรือการชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน เช่น นาย ก. ทำสัญญากู้ยืมเงินนาย ข. มา 100,000 บาท แต่เมื่อถึงกำหนดชำระ นาย ก. ไม่ชำระหนี้ให้แก่ นาย ข. เลย หรือจะเป็นกรณี que เมื่อถึงกำหนดชำระ นาย ก. ชำระเงินคืนให้แก่ นาย ข. เพียง 30,000 บาท เช่นนี้ก็ถือว่า นาย ก. ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

นอกจากนี้การชำระหนี้ไม่ถูกต้องยังหมายความถึง การชำระหนี้โดยที่วัตถุแห่งหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ เช่น ส่งมอบทรัพย์สินคนละประเภท คนละชนิด หรือทรัพย์สินที่มีคุณภาพต่ำ ชำระครบพร้อม เช่น นาย ก. ขายข้าวสารหอมมะลิชั้นหนึ่งให้กับ นาย ข. แต่เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ นาย ก. กลับส่งมอบข้าวสารข้าวเหนียว หรือข้าวสารหอมมะลิชั้นสองให้กับ นาย ข. หรือกรณี นาย ก. ขายนาฬิกาตั้งโต๊ะให้กับนาย ข. แต่นาฬิกาที่ส่งมอบไม่สามารถใช้งานได้ เป็นต้น

การชำระหนี้ผิดสถานที่ก็ถือเป็นการชำระหนี้ไม่ถูกต้องเช่นกัน เช่น นาย ก. ขายข้าวสารหอมมะลิชั้นหนึ่งให้กับนาย ข. โดยตกลงให้นาย ก. มีหน้าที่นำไปส่งให้กับนาย ข. ที่ยู้งฉางของนาย ข. แต่นาย ก. กลับไปส่งข้าวสารหอมมะลิที่บ้านของนาย ข. ซึ่งอยู่คนละที่กับยู้งฉางของนาย ข. เป็นต้น

สิทธิโดยทั่วไปของเจ้าหนี้

การผิดนัดชำระหนี้จะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ สิทธิในการได้รับการชดเชยทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการผิดนัดชำระหนี้ รวมถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้⁵⁰

คำถามว่าสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ

- หนี้เป็นหนี้ที่สมบูรณ์
- หนี้ถึงกำหนดแล้ว ซึ่งในกรณีที่หนี้ไม่ได้กำหนดเวลา ก็เป็นไปตามมาตรา 203 วรรคแรก คือ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที
- และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ กล่าวคือ ผิดนัดชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

สิทธิในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้

เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ได้ โดยการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ต้องอาศัยกลไกทางกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหนี้ต้องมีการฟ้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งวิธีการต่างๆในการที่เจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ผ่านกลไกทางศาลมีอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน อันได้แก่

⁵⁰ โสภณ รัตนกร, op.cit., 79.

- การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เป็นหลักการพื้นฐานในการชำระหนี้ ซึ่งได้แก่ การระงับการ การงดเว้นการกระทำ และการโอนทรัพย์สิน ซึ่งการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นการให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยตัวเอง ซึ่งในส่วนของหนี้ที่เป็น การระงับการ หรืองดเว้นการกระทำ ถ้าลูกหนี้ไม่ยอมระงับการ หรืองดเว้นการกระทำ เจ้าหนี้ใช้กำลังบังคับไม่ได้ แต่อาจร้องขอต่อศาลให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทนได้ ส่วนในกรณีของการโอนทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากลูกหนี้ไม่ยอมโอนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้ ศาลสามารถที่จะพิพากษาให้โอนโดยให้ถือเอาคำพิพากษาแทนเจตนาการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ และในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ที่เป็นเงิน ศาลอาจมีคำพิพากษาออกหมายบังคับคดีให้เจ้าพนักงานบังคับคดีไปทำการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระให้แก่เจ้าหนี้ได้

- การให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ กรณีที่บุคคลภายนอกชำระหนี้ไม่ใช่กรณีของการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น ในกรณีทำสัญญาให้ลูกหนี้มาถางหญ้า แต่ลูกหนี้ไม่ยอมมา เจ้าหนี้สามารถไปว่าจ้างให้บุคคลอื่นมาทำการถางหญ้าแทนลูกหนี้ได้ โดยให้บุคคลภายนอกที่มาทำการถางหญ้าแทนลูกหนี้คิดค่าใช้จ่ายจากลูกหนี้ได้ ตามมาตรา 213 วรรคสอง

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับ ให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้

- การถือเอาคำพิพากษาแทนเจตนาของลูกหนี้ เป็นกรณีที่ลูกหนี้สัญญาว่าจะทำนิติกรรมบางอย่าง กล่าวคือ การปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ในกรณีนี้คือการแสดงเจตนาทำนิติกรรม เมื่อลูกหนี้ไม่ยอมแสดงเจตนาทำนิติกรรม เจ้าหนี้สามารถฟ้องร้องต่อศาล และเมื่อศาลมีคำพิพากษา เจ้าหนี้สามารถถือเอาคำพิพากษานั้นแทนการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของลูกหนี้ได้ ตามมาตรา 213 วรรคสอง

แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญาขายที่ดินให้นาย ข. แต่เมื่อนาย ข. ชำระราคาที่ดินให้นาย ก. แล้วนาย ก. กลับไม่ยอมไปจดทะเบียนเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้นาย ข. เช่นนี้ นาย ข. มาฟ้องร้องต่อศาล เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว นาย ข. สามารถนำคำพิพากษานั้นไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินจากนาย ก. มาเป็นของตนได้ ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลเป็นเสมือนการแสดงเจตนาของนาย ก.

- การให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายในการรื้อถอน กรณีนี้เป็นกรณีที่ลูกหนี้ต้องงดเว้นการกระทำ แต่ลูกหนี้กระทำการไป เช่น นาย ก. ทำสัญญากับนาย ข.ว่าจะไม่ทำการสร้างกำแพงบังทางลมพัดเข้าบ้านนาย ข. แต่นาย ก. กลับสร้างกำแพงดังกล่าว นาย ข. ในฐานะเจ้าหนี้สามารถบังคับให้นาย ก. รื้อกำแพงได้ แต่ถ้านาย ก. ไม่ยอมรื้อกำแพง นาย ข. จัดการรื้อเอง

โดยนาย ก. ในฐานะลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการรื้อกำแพงดังกล่าว ตามมาตรา 213
วรรคสาม

ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นอันจะให้งดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้อง
ให้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้น โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อ
กาลภายหน้าด้วยก็ได้

- การเรียกค่าเสียหาย ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้มีการบังคับ
ชำระหนี้ได้เลย เจ้าหนี้มีทางเลือกเพียงทางเดียวคือ เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระค่าสินไหมทดแทนสำหรับ
การที่ลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้

หลักการสำคัญในเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีก
ประการหนึ่งนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้
ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอก
ค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย

ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้นำมาชำระหนี้ได้ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของ
มาตรา 214 หมายความว่า ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งหมายความ
รวมถึงทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย เช่น นาย ก. เป็นหนี้กู้ยืมเงินนาย ข. และ
นาย ค. เป็นหนี้กู้ยืมเงินจากนาย ก. ดังนี้ตามหลักการแล้วทรัพย์สินที่นาย ก. เป็นหลักประกัน
การชำระหนี้ให้แก่ นาย ข. รวมถึงหนี้ที่นาย ค. มีต่อนาย ก. ด้วย อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตดังนี้⁵¹

- หนี้เฉพาะเจาะจง จะบังคับเอาทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้
(ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้พ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ต้องฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน)

- ถ้าเป็นการฟ้องร้องเอาค่าสินไหมทดแทน ถ้าลูกหนี้ไม่มีเงิน สามารถ
บังคับเอาทรัพย์สินอื่นไปขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระได้

- ค่าสินไหมทดแทน เจ้าหนี้จะบังคับเองโดยพลการไม่ได้ ต้องฟ้องศาล

ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะนำมาชำระหนี้ได้ก็เป็นไปตามมาตรา 138
ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคา
และอาจถือเอาได้

กล่าวคือ มีรูปร่าง หรือไม่มีรูปร่างก็ได้ เป็นสังหาริมทรัพย์หรือ
อสังหาริมทรัพย์ก็ได้ เป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นที่บุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ ซึ่งรวมถึง
สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีต่อบุคคลภายนอก เช่น สิทธิเรียกร้องชำระหนี้เงินกู้ แต่ต้องเป็นสิทธิที่ถึง
กำหนดชำระแล้ว

⁵¹ www.nudpop.com/th/download3/กฎหมายแพ่ง%20(20).doc, เข้าถึง 7 มิถุนายน 2557.

เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง เป็นหลักการสำคัญ ซึ่งหมายความว่า ลูกหนี้เป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้เท่าใด เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้เท่านั้น อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้จะเอาทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เกินกว่าหนี้ไม่ได้ เช่น นาย ก. เป็นหนี้กู้ยืมเงินนาย ข. 1,000,000 บาท นาย ข. มีที่ดินราคา 2,000,000 บาท เช่นนี้ นาย ก. บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สิน นาย ข. คือ ที่ดิน (เมื่อนำไปขายทอดตลาด) ได้แค่ 1,000,000 บาทเท่านั้น จะเอาทั้งหมดไม่ได้

ประเด็นที่น่าสนใจประการต่อมาคือ ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เจ้าหนี้มีสิทธิยึดมาชำระหนี้ นั้น หมายถึง ทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะมีในอนาคตด้วย เช่น ดอกเบี้ย เงินที่บุคคลอื่นค้างชำระลูกหนี้

2.1.2.7 หนี้และการบังคับจำนอง⁵²

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะบังคับชำระจำนองทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ได้ ซึ่งวิธีการในการบังคับจำนองนั้นกฎหมายได้กำหนดวิธีการไว้สองวิธีก็คือ

- การเอาทรัพย์สินที่จำนองไว้ออกขายทอดตลาด และนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ตามมาตรา 728

เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร ซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตาม คำบอกกล่าวผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้

- การบังคับจำนองด้วยวิธีการให้ทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเองตามมาตรา 729

นอกจากทางแก้ดังบัญญัติไว้ใน มาตรา ก่อนนั้นผู้รับจำนองยังชอบที่จะเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดได้ภายในบังคับแห่งเงื่อนไข ดังจะกล่าวต่อไปนี้

- (1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี
- (2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่า ราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ
- (3) ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง

ในการบังคับจำนองนั้น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ให้ชำระหนี้ในเวลาอันสมควรเสียก่อน จะบอกกล่าวด้วยวาจาไม่ได้ ข้อความใน

⁵² สุตา วิศรุตพิชญ์, op.cit., 87.

หนังสือบอกกล่าวจะต้องมีข้อความระบุให้ชำระหนี้และมีการกำหนดเวลาพอสมควรให้ชำระหนี้ การบอกเพียงให้ชำระหนี้โดยเร็วที่สุดโดยไม่ได้กำหนดเวลาไม่ถือเป็นการกำหนดเวลาอันสมควร⁵³

นอกจากการทำหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แล้ว หากเป็นกรณีที่ บุคคลภายนอกเป็นผู้จำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องทำหนังสือบอกกล่าวแก่ ผู้จำนองด้วย

เมื่อมีการบอกกล่าวการบังคับจำนองโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว และเป็นเวลาพอสมควรที่เรียกให้ลูกหนี้มาชำระหนี้ตามในหนังสือบอกกล่าวนั้นแล้ว ลูกหนี้ไม่มา ชำระหนี้ หรือผู้รับจำนองไม่มาขอไถ่ถอนการจำนอง ผู้รับจำนองต้องดำเนินการฟ้องต่อศาล ขอให้ศาล มีคำพิพากษาให้เอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดทรัพย์สินหรือเอาทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิของ เจ้าหนี้ถ้าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 729

ผลแห่งการบังคับจำนองเป็นไปตามมาตรา 733 ซึ่งบัญญัติว่า

ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่า จำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สิน ซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวน สุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดีเงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น

ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะในการที่เจ้าหนี้จำนองเลือกที่จะบังคับ จำนอง ซึ่งหลักการคือ เมื่อเจ้าหนี้จำนองบังคับเอาที่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นหลักประกันแล้วได้รับ ชำระหนี้ไม่ครบ ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด ซึ่งรายละเอียดของมาตรา 733 นี้ อันเป็น ประเด็นหลักของงานวิจัยชิ้นนี้จะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.1.3 หลักกฎหมายว่าด้วยหลักประกันการชำระหนี้ (หลักประกันตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับจำนอง)

2.1.3.1 ความหมายของหลักประกัน

หลักประกัน หมายถึง สิ่งที่ให้เพิ่มเติมแก่เจ้าหนี้ เพื่อเป็นการรับประกันว่า เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนถูกต้อง⁵⁴ สามารถแบ่งนิยามของหลักประกันได้เป็นความหมาย อย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ

⁵³ ฎีกาที่ 1608/2506.

⁵⁴ รชต จำปาทอง, ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... , วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขา กฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554, 8.

ก) หลักประกันในความหมายอย่างแคบ หมายถึง มาตรการที่ใช้แก้ไข เยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ในการรับชำระหนี้เมื่อเกิดมีการผิดสัญญาขึ้น ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. การประกันหนี้ด้วยบุคคล คือการที่บุคคลภายนอกยอมผูกพันตนเองต่อเจ้าหนี้ โดยรับรองว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระหนี้ให้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า ค้ำประกัน โดยเจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้แทนได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

2. การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน คือ การเจาะจงเอาทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของบุคคลอื่นมาทำสัญญาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้เชื่อในมูลค่าของทรัพย์สินนั้นว่าเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นเพียงพอแก่การชำระหนี้⁵⁵

ข) หลักประกันในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง หลักประกันในความหมายอย่างแคบและรวมถึงมาตรการในการควบคุมป้องกันเพื่อมิให้ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยอาจอยู่ในรูปของเงื่อนไขในสัญญา เช่น การให้ลูกหนี้ดำรงสัดส่วนการถือหุ้น การห้ามลงทุน ห้ามก่อหนี้ การทำประกันภัยความเสี่ยง การทำค้ำรับรองเกี่ยวกับสถานภาพของลูกหนี้ เป็นต้น⁵⁶

ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิจารณาในเรื่องหลักประกัน โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. การประกันด้วยบุคคล หรือการค้ำประกัน
2. การประกันด้วยทรัพย์สิน ซึ่งแบ่งออกเป็น จำนำ และจำนอง

2.1.3.2 การบังคับหลักประกันตามกฎหมายไทย หลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับจำนอง

จำนอง เป็นการประกันการชำระหนี้อย่างหนึ่ง โดยการนำทรัพย์สินมาจำนองไว้เป็นประกันแก่เจ้าหนี้ ถือเป็นหลักประกันที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ โดยปกติเจ้าหนี้ตามกฎหมายมีสิทธิบังคับทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีต่อบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วลูกหนี้อาจไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ มีผลทำให้เจ้าหนี้เสียหาย ดังนั้น เจ้าหนี้จึงอาจให้ลูกหนี้หาหลักประกัน หากถึงกำหนดเวลาชำระหนี้และลูกหนี้ไม่สามารถ

⁵⁵ รชต จำปาทอง, ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ...., วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554, 9.

⁵⁶ รชต จำปาทอง, ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 10.

ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เฝ้ากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็น
การชำระหนี้ได้⁵⁷

ลักษณะของสัญญาจำนอง

ตามมาตรา 702 สัญญาจำนอง คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า
ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่
ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง สามารถจำแนกลักษณะของสัญญาจำนองได้ดังต่อไปนี้

1. ต้องมีหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อน ส่วนสัญญาจำนอง
เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อประกันการชำระหนี้ประธานนั้น
2. ผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้ในหนี้ประธานเองหรือเป็นบุคคลภายนอก
เอาทรัพย์สินไปตราไว้กับผู้รับจำนองก็ได้ โดยการตราไว้ทำแต่เพียงเจ้าของทรัพย์สินนำทรัพย์สินที่
ต้องการให้เป็นหลักประกันในการจำนองไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องส่งมอบ
ทรัพย์สิน
3. ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้
สามัญรายอื่นๆ⁵⁸

ทรัพย์สินที่จำนองได้

มาตรา 703 บัญญัติว่า อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใดๆ
สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้อาจจำนองได้ดุจกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมายคือ

- (1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
- (2) แพ
- (3) สัตว์พาหนะ
- (4) สังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียน

เฉพาะการ

เมื่อพิจารณามาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
สามารถจำแนกทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้ 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์สิน
ที่ติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึง
ทรัพย์สินสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย

⁵⁷ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, สิทธิเกี่ยวและการยกข้อต่อสู้ของผู้จำนองต่อผู้รับจำนอง งานวิจัยเสริมหลักสูตร วิชา กฎหมายว่าด้วย
บุคคลและทรัพย์สิน เรื่อง สิทธิเกี่ยวและการยกข้อต่อสู้ของผู้จำนองต่อผู้รับจำนอง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บทนำ.

⁵⁸ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ,
2540), 75-78.

2. สंहारิมทรัพย์บางอย่างตามมาตรา 703

มาตรา 703 วรรคสอง ได้กำหนดให้สังหาริมทรัพย์บางประเภทสามารถนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ โดยมีดังนี้

- (1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
- (2) แพง หมายถึง เรือแพซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยในแม่น้ำลำคลอง ไม่ใช่แพซุงหรือแพไม้เพราะไม่มีลักษณะเป็นเรือนโรงที่อยู่อาศัย
- (3) สัตว์พาหนะ หมายถึง ช้าง ม้า โค กระบือ ลา ล่อ ที่จำนองได้ต้องมีตัวจำนารูปพรรณ ตาม พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482
- (4) สंहาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเป็นการเฉพาะ ซึ่งในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติเครื่องจักร พ.ศ. 2514

แบบและข้อความของสัญญาจำนอง

มาตรา 714 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องแบบของสัญญาว่า “อันสัญญาจำนองนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

1. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริต เนื่องจากทรัพย์จำนองนั้นไม่ต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองอาจโอน หรือขายต่อ หรือจำนองซ้ำให้แก่บุคคลภายนอกได้ ดังนั้น การจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จะทำให้บุคคลที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์ที่จำนองได้ทราบว่า ทรัพย์ที่จำนองนั้นจำนองไว้เป็นจำนวนเท่าใด เพราะผู้รับจำนองคนแรกก็ยังสามารถที่จะบังคับจำนองเอากับทรัพย์จำนองนั้นได้ถึงแม้จะมีการโอนทรัพย์จำนองไปก็ทอด หรือมีการจำนองซ้ำอีกก็ครั้งก็ตาม การจดทะเบียนเป็นการทำให้บุคคลภายนอกทราบ และบุคคลภายนอกจะอ้างว่าไม่ทราบถึงการจำนองไม่ได้ โดยการทำเป็นหนังสือ ทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนองต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย และนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁵⁹

2. สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง

มาตรา 704 บัญญัติว่า สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง เพื่อที่จะให้เป็นที่ทราบชัดเจนนว่าจำนองทรัพย์สินสิ่งใดบ้าง เพราะผู้รับจำนองเป็นเจ้าของบุริมสิทธิที่ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์จำนองจะโอนไปที่บุคคลใด และผู้รับโอนไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าทรัพย์สินที่ตนได้รับโอนมานั้นติดภาระจำนอง หากไม่มี

⁵⁹ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ค้ำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 135.

การระบุทรัพย์สินที่จำนองจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 704 ซึ่งเป็นผลให้สัญญาจำนองเป็นโมฆียะตามมาตรา 152⁶⁰

3. สัญญาจำนองต้องระบุจำนวนเงิน

มาตรา 708 สัญญาจำนองนั้นต้องมีจำนวนเงินระบุไว้ เป็นเรือนเงินไทยเป็นจำนวนแน่ตรงตัว หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราไว้เป็นประกัน

วัตถุประสงค์ของการให้ระบุจำนวนเงินก็เพื่อที่จะให้บุคคลภายนอกได้ทราบถึงจำนวนเงินที่แน่นอนว่าทรัพย์สินนั้นจำนองไว้ในวงเงินเท่าใด ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินที่จำนองไปยังบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกจะทราบว่าหนี้จำนองอยู่จำนวนเท่าใด ทำให้บุคคลภายนอกตัดสินใจได้ว่าจะทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ติดจำนองนั้นหรือไม่⁶¹

4. ข้อตกลงล่วงหน้าในสัญญาจำนองไม่สมบูรณ์

มาตรา 711 บัญญัติว่า การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่าถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใดนอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองนั้นไซ้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์

สัญญาจำนองต้องระบุข้อความตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งได้แก่ระบุทรัพย์สิน และจำนวนเงินที่จำนอง อย่างไรก็ตามคู่สัญญาอาจกำหนดข้อความในสัญญาในรายละเอียดอื่นๆ ที่เป็นไปโดยสมควรใจตามหลักทั่วไปในเรื่องสัญญา เว้นแต่เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶² เช่น ตกลงกันว่า ถ้าหากมีการผิดนัดชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือให้จัดการทรัพย์สินที่จำนองเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ ข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์ โดยการตกลงดังกล่าวต้องเป็นการตกลงก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระเท่านั้น⁶³

จำนองทรัพย์สินหลายสิ่ง

มาตรา 710 บัญญัติว่า ทรัพย์สินหลายสิ่งมีเจ้าของคนเดียว หรือหลายคน จะจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียวท่านก็ให้ทำได้และในการนี้คู่สัญญาจะตกลงกันดังต่อไปนี้ก็ได้ คือว่า

(1) ให้ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินซึ่งจำนองตามลำดับอันระบุไว้

⁶⁰ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 141.

⁶¹ อ้างแล้ว.

⁶² สุดา วิศรุตพิชญ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 87.

⁶³ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 143.

(2) ให้ถือเอาทรัพย์สินแต่ละสิ่งเป็นประกันหนี้เฉพาะแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดที่
ระบุไว้

ในบางกรณีหนี้รายหนึ่งอาจมีทรัพย์สินหลายสิ่งจำนองเป็นประกันได้
ซึ่งอาจมีเจ้าของคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เพราะบางกรณีมีหนี้จำนวนมาก
ไม่อาจหาทรัพย์สินเพียงสิ่งหนึ่งสิ่งใดเพียงสิ่งเดียวมาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้เพียงพอ
กฎหมายจึงอนุญาตให้ผู้จำนองหาทรัพย์สินหลายสิ่งมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ โดยแบ่งได้
เป็น 2 กรณี คือ

1. มาตรา 710 วรรคสอง (1) ให้ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับเอากับ
ทรัพย์สินที่จำนองตามลำดับที่ระบุไว้ โดยการระบุลำดับนั้นเป็นการตกลงกันระหว่างผู้จำนองและ
ผู้รับจำนอง โดยการนำทรัพย์สินมาจำนองก่อนหรือหลังไม่ถือว่าเป็นการระบุลำดับ⁶⁴

2. มาตรา 710 วรรคสอง (2) คู่สัญญาอาจตกลงกันไว้ให้ถือสิทธิเอา
ทรัพย์สินแต่ละสิ่งประกันหนี้เฉพาะแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด ถ้าหากผู้จำนองไม่ได้ตกลงระบุลำดับและไม่ได้
ระบุจำนวนเงิน ทั้งที่มีการนำทรัพย์สินหลายอย่างมาจำนอง เจ้าหนี้มีสิทธิตามมาตรา 734 คือ บังคับเอา
กับทรัพย์สินจำนองทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ โดยจะบังคับจำนองจากทรัพย์สินชิ้นไหนก่อนก็ได้⁶⁵

ทรัพย์สินเดียวจำนองประกันหนี้หลายราย

มาตรา 712 บัญญัติว่า แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตามทรัพย์สิน
ซึ่งจำนองไว้แก่บุคคลหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในช่วงเวลาที่สัญญา
ก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้

ในบางกรณีทรัพย์สินที่จำนองมีมูลค่ามากกว่าหนี้ที่เป็นประกันเป็นจำนวนมาก
เพื่อที่จะให้มีการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวอย่างคุ้มค่า กฎหมายจึงให้โอกาสที่จะให้มีการนำทรัพย์สิน
ดังกล่าวไปใช้เป็นหลักประกันในหนี้รายอื่นๆ ได้อีก ในทางปฏิบัติเรียกว่า “จำนองซ้อน” ถึงแม้ว่า
คู่สัญญาจะตกลงกันไม่ให้นำทรัพย์สินที่ได้นำมาจำนองเป็นหลักประกันไปใช้เป็นหลักประกันในหนี้
รายอื่นๆ ข้อตกลงนี้ไม่มีผล เจ้าของทรัพย์สินก็สามารถนำทรัพย์สินนั้นไปจำนองเป็นหลักประกันในหนี้
รายอื่นๆ ได้อีก⁶⁶

สำหรับผลของการนำทรัพย์สินเดียวไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้
หลายราย เจ้าหนี้ผู้รับจำนองก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น โดยดูจากวันเวลาที่
จดทะเบียนจำนอง และผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เป็นที่เสียหายแก่ผู้รับจำนอง

⁶⁴ สุตา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 91.

⁶⁵ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 144.

⁶⁶ สุตา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 93.

คนก่อนไม่ได้ ผู้รับจำนองคนหลังจึงต้องพิจารณาว่าจะรับจำนองทรัพย์สินที่ได้มีการจำนองติดมาก่อนแล้วหรือไม่ และเมื่อทรัพย์สินที่จำนองนั้นถูกนำออกขายทอดตลาดให้จัดสรรให้แก่ผู้รับจำนองเป็นลำดับไป⁶⁷

ผู้จำนองชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆได้

มาตรา 713 บัญญัติว่า ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาจำนอง ท่านว่าผู้จำนองจะชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆ ก็ได้

กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษในเรื่องการชำระหนี้ด้วยการจำนอง โดยให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่จะชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดๆได้ โดยจำนวนเงินที่ชำระหนี้จะเป็นจำนวนเท่าไรก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเท่ากันทุกงวด และเจ้าหนี้จะปฏิเสธการชำระหนี้ไม่ได้ เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองว่าจะไม่ให้ชำระหนี้เป็นงวดๆ ก็ต้องเป็นไปตามข้อตกลงนั้น⁶⁸

อำนาจสิทธิจำนอง

มาตรา 715 ทรัพย์สินซึ่งจำนองย่อมเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้กับทั้งค่าอุปกรณ์ต่อไปนี้ด้วยคือ

- (1) ดอกเบี้ย
- (2) ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้
- (3) ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง

จากมาตรา 715 นอกจากทรัพย์สินที่จำนองจะเป็นหลักประกันในหนี้ประธานแล้ว ยังเป็นประกันรวมถึงอุปกรณ์แห่งหนี้⁶⁹ ดังต่อไปนี้

1. ดอกเบี้ย หมายถึง ดอกเบี้ยตามหนี้ประธาน ถ้าหากผู้จำนองเป็นบุคคลภายนอกจะหมายถึงดอกเบี้ยตามสัญญาจำนองซึ่งดอกเบี้ยตามสัญญาจำนองอาจไม่เท่ากับดอกเบี้ยตามหนี้ประธานก็ได้
2. ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ หมายถึง ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้สำหรับหนี้ที่มีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สิน (มาตรา 213 มาตรา 215 และมาตรา 222)
3. ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง หมายถึง ค่าฤชาธรรมเนียมที่ต้องเสียไปในการบังคับจำนอง ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องขอบังคับจำนอง ค่าฤชาธรรมเนียมในการยึดทรัพย์ขายทอดตลาด ฯลฯ⁷⁰

⁶⁷ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 145.

⁶⁸ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 146.

⁶⁹ สุดา วิศรุตพิชญ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 97.

มาตรา 716 จำนองย่อมครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนอง
หมดทุกสิ่งแม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน

หมายถึง มีการนำทรัพย์สินหลายสิ่งมาจำนองเป็นประกันหนี้รายเดียว
เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะบังคับจำนองเอาทั้งทรัพย์สินทุกชิ้นที่นำมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้
แม้จะมีการชำระหนี้ไปแล้วบางส่วนก็สามารถที่จะบังคับจำนองเอาทั้งทรัพย์สินทุกชิ้นที่ยังคงเป็นประกัน
การชำระหนี้สำหรับหนี้ที่ยังค้างชำระอยู่ เว้นแต่ผู้จำนองกับผู้รับจำนองอาจตกลงกันให้มีการปลด
จำนองด้วยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนทำให้จำนองระงับ

มาตรา 717 แม้ว่าทรัพย์สินซึ่งจำนองจะแบ่งออกเป็นหลายส่วน
ก็ตาม ท่านว่าจำนองก็ยังคงครอบไปถึงส่วนเหล่านั้นหมดทุกส่วนด้วยกันอยู่นั่นเอง

ถึงกระนั้นก็ดี ถ้าผู้รับจำนองยินยอมด้วย ท่านว่าจะโอนทรัพย์สิน
ส่วนหนึ่งส่วนใดไปปลอดจากจำนองก็ทำได้แต่ความยินยอมตั้งว่านี้หากมิได้จดทะเบียน ท่านว่า
จะยกเอาขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่บุคคลภายนอกหาได้ไม่

กรณีทรัพย์สินที่จำนองแยกเป็นหลายส่วน หรือมีการแยกส่วน
ภายหลัง จำนองนั้นย่อมครอบไปถึงทุกส่วน อย่างไรก็ดี ในวรรคสอง บัญญัติให้ทรัพย์สินบางส่วนหลุด
จากการจำนองได้ โดยให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองยินยอมด้วยในการปลดจำนอง และต้องจดทะเบียน
ปลดจำนอง มิฉะนั้นจะไต่ชนบุคคลภายนอกไม่ได้

มาตรา 718 จำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์สินที่วางอันติดพันอยู่กับ
ทรัพย์สินซึ่งจำนองแต่ต้องอยู่ภายในบังคับซึ่งท่านจำกัดไว้ในสามมาตราต่อไปนี้

กรณีตามมาตรา 718 เป็นกรณีที่ทรัพย์สินติดพันกับทรัพย์สินที่จำนอง
ผลของการจำนองจะครอบไปถึงทรัพย์สินที่ติดพันอยู่กับทรัพย์สินที่จำนองนั้นด้วย ซึ่งการจะพิจารณาว่า
ทรัพย์สินที่จำนองนั้นผูกพันไปถึงทรัพย์สินสิ่งใดบ้างนั้นต้องพิจารณาหลักในเรื่องส่วนควบ⁷¹

ในเรื่องนี้ ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นไว้ 3 กรณีใหญ่ๆตามมาตรา
719 มาตรา 720 และมาตรา 721

มาตรา 719 จำนองที่ดินไม่ครอบไปถึงเรือนโรงอันผู้จำนอง
ปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง เว้นแต่จะมีข้อความกล่าวไว้ โดยเฉพาะในสัญญาว่าให้ครอบไปถึง
แต่กระนั้นก็ดี ผู้รับจำนองจะให้ขายเรือนโรงนั้นรวมไปกับที่ดินด้วย
ก็ได้แต่ผู้รับจำนองอาจใช้บุริมสิทธิของตนได้เพียงแก่ราคาที่ดินเท่านั้น

มาตรา 719 ได้ยกเว้นว่าไม่ให้จำนองครอบไปถึงเรือนโรงที่
ผู้จำนองปลูกสร้างลงไปภายหลัง ถึงแม้ว่าเรือนโรงที่ปลูกสร้างลงไปภายหลังนั้นจะเป็นส่วนควบ

⁷⁰ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 148,149.

⁷¹ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 148,149.

ของทรัพย์ที่จำนองก็ตาม เว้นแต่ผู้จำนองกับผู้รับจำนองทำสัญญาตกลงกันว่าให้จำนองครอบไปถึง
เรือนโรงที่สร้างขึ้นใหม่ด้วย⁷²

มาตรา 720 จำนองเรือนโรงหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นซึ่งได้ทำขึ้น
ไว้บนดินหรือใต้ดินในที่ดินอันเป็นของคนอื่นเขานั้นย่อมไม่ครอบไปถึงที่ดินนั้นด้วยฉันทัดกลับกันก็
ฉันทัน

สำหรับมาตรา 720 กล่าวว่า ถ้าหากมีเรือนโรงหรือสิ่งปลูกสร้างที่
ติดจำนองได้ปลูกติดอยู่บนพื้นดินหรือใต้ดินของบุคคลอื่น จำนองไม่ครอบไปถึงที่ดินนั้น ซึ่งในทาง
กลับกัน ถ้าหากที่ดินซึ่งติดจำนองมีเรือนโรงของบุคคลอื่นปลูกสร้างอยู่บนที่ดินที่จำนองนั้น จำนอง
ย่อมไม่ครอบไปถึงเรือนโรงหรือสิ่งปลูกสร้างของบุคคลอื่นเช่นกัน⁷³

มาตรา 721 จำนองไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง
เว้นแต่ในเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองหรือผู้รับโอนแล้วว่าตนจำนองจะบังคับจำนอง

ดอกผลตามกฎหมายที่สิทธิจำนองจะครอบไปถึงรวมทั้งดอกผล
ธรรมดา เช่น ผลไม้ที่เกิดจากต้นไม้ในที่ดิน และลูกของสัตว์ และดอกผลทางนิติบัญญัติ เช่น ค่าเช่าโรงเรือน
โดยการบังคับจำนองจะครอบไปถึงดอกผลก็ต่อเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวไปยังผู้จำนองว่าจะบังคับ
ทรัพย์ที่จำนองไม่ว่าตอนบอกกล่าวบังคับจำนองจะได้กล่าวถึงดอกผลแห่งทรัพย์ที่จำนองด้วยหรือไม่
ก็ตาม⁷⁴

การบังคับจำนอง

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ผู้รับจำนอง
สามารถที่จะบังคับจำนองเอากับทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกันได้ โดยการบังคับจำนองสามารถทำได้
2 วิธี คือ ฟ้องเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ (มาตรา 728) และอีกวิธี
หนึ่งคือ การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด (มาตรา 729) โดยการบังคับจำนองทั้ง 2 วิธี ต้องฟ้องผู้จำนองเป็น
คดีต่อศาล หากเป็นกรณีที่ผู้จำนองโอนทรัพย์สินที่จำนองไปยังบุคคลภายนอกให้ฟ้องบุคคลภายนอก
ผู้รับโอนเข้ามาในคดีด้วย⁷⁵

⁷² สุตา วิสตุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 103-104.

⁷³ สุตา วิสตุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 105-106.

⁷⁴ สุตา วิสตุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 107.

⁷⁵ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ คำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 165.

การบังคับจำนอง

มาตรา 728 เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้

การบังคับจำนองตามมาตรา 728 ผู้รับจำนองต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาอันสมควร หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามเวลาในคำบอกกล่าว และผู้รับจำนองประสงค์ที่จะบังคับจำนองต้องฟ้องคดีต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด การบอกกล่าวนั้นต้องบอกเป็นหนังสือจะบอกกล่าวด้วยวาจาไม่ได้

การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด

มาตรา 729 นอกจากทางแก้ตั้งบัญญัติไว้ในมาตราก่อนนั้น ผู้รับจำนองยังชอบที่จะเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดได้ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปนี้

- (1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี
- (2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ
- (3) ไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง

การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ผู้รับจำนองต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้จำนองเช่นเดียวกับการบังคับจำนองและต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ

1. ลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ยในเงินต้นมาแล้วอย่างน้อย 5 ปี นับถึงวันฟ้อง
2. ผู้จำนองต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าราคาทรัพย์สินนั้นมีราคามากกว่าจำนวนหนี้
3. ต้องไม่มีการจดทะเบียนจำนองเหนือทรัพย์สินรายเดียวกันนี้ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนจำนองก่อนหรือหลังจำนองที่จะขอบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด

การบังคับจำนองซ้อน

มาตรา 730 เมื่อทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวได้จำนองแก่ผู้รับจำนองหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจำนองเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียน และผู้รับจำนองคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง

ทรัพย์สินสิ่งเดียวกันสามารถใช้เป็นหลักประกันในการชำระหนี้โดยการ
จำนองได้หลายครั้ง การพิจารณาว่าผู้รับจำนองคนใดมีสิทธิเพียงใดในทรัพย์สินที่จำนองสามารถพิจารณา
ได้จากลำดับวันเวลาในการจดทะเบียนจำนอง ผู้รับจำนองที่ได้จดทะเบียนจำนองก่อน ย่อมมีสิทธิที่จะ
ได้รับการใช้หนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง ทั้งนี้ผู้รับจดทะเบียนจำนองคนหลังจะบังคับใช้สิทธิจำนองให้
เป็นที่เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อนไม่ได้ (มาตรา 731) และเมื่อนำทรัพย์สินที่จำนองออกขาย
ทอดตลาดแล้วได้เงินสุทธิเท่าใดให้แบ่งชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองตามลำดับ หากมีเงินเหลือให้คืนแก่
ผู้จำนองที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น (มาตรา 732)

ผลของการบังคับจำนอง (ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด)

มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณ
ต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาด ใช้หนี้ได้
เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้อง
รับผิดชอบในเงินนั้น

ในเรื่องของการบังคับจำนองได้มีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ให้ลูกหนี้ไม่ต้อง
รับผิดชอบในส่วนที่ขาด ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 214 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติไว้ว่า
“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของ
ลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย”

โดยผลของการบังคับจำนองตามมาตรา 733 มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ

1. ต้องมีการบังคับจำนองไม่ว่าจะเป็นการบังคับจำนองโดยเอาทรัพย์สินออก
ขายทอดตลาดตามมาตรา 728 หรือเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตามมาตรา 729 หากเป็นแต่เพียงการเอา
ทรัพย์สินจำนองมาใช้หนี้ แล้วยังเหลือหนี้ในส่วนที่ขาดอยู่ จะไม่อยู่ในบังคับตามมาตรา 733 ลูกหนี้ยังคง
ต้องรับผิดชอบอยู่
2. เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องตามมูลหนี้เดิม หรือจะใช้สิทธิในฐานะ
ผู้รับจำนองก็ได้ หากใช้สิทธิอย่างเจ้าหนี้สามัญตามมาตรา 214 กรณีไม่ต้องคำนึงถึงมาตรา 733
3. กรณีตามมาตรา 733 ใช้บังคับกับการจำนองทุกกรณี ไม่ว่าทรัพย์สินที่
ถูกบังคับจำนองจะเป็นของลูกหนี้เอง หรือเป็นของบุคคลภายนอก หรือทรัพย์สินนั้นได้ถูกโอนไปยัง
บุคคลภายนอกก็ตาม หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันแล้ว
ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด (ลูกหนี้ประธาน)
4. กรณีตามมาตรา 733 คู่สัญญาคือผู้จำนองและผู้รับจำนองสามารถ
ตกลงยกเว้นว่า ถ้าบังคับจำนองชำระหนี้แล้วหนี้ยังขาดอยู่อีกเท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดได้
เพราะไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

5. หากผู้จำนองและผู้รับจำนองตกลงยกเว้นกรณีบังคับตามมาตรา 733 ทำให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด ต้องพิจารณาว่ามูลหนี้ในส่วนที่ขาดนี้เป็นความรับผิดชอบของลูกหนี้ตามมูลหนี้เดิมที่ขาดอายุความ หรือขาดหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ ซึ่งลูกหนี้อาจจะยกเป็นข้อต่อสู้ได้⁷⁶

การบังคับจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งจำนองประกันหนี้รายเดียวและไม่ได้ระบุ

ลำดับ

มาตรา 734 ถ้าจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งเพื่อประกันหนี้ แต่รายหนึ่งรายเดียวและมีได้ระบุลำดับไว้ไซ้ ท่านว่าผู้รับจำนองจะใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินนั้นๆ ทั้งหมดหรือแต่บางสิ่งก็ได้ แต่ท่านห้ามมิให้ทำเช่นนั้น แก่ทรัพย์สินมากกว่าที่จำเป็นเพื่อใช้หนี้ตามสิทธิแห่งตน

ถ้าผู้รับจำนองใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินทั้งหมดพร้อมกัน ท่านให้แบ่งภาระแห่งหนี้นั้นกระจายไป ตามส่วนราคาแห่งทรัพย์สินนั้นๆ เว้นแต่ ในกรณีที่ได้ระบุจำนวนเงินจำนองไว้เฉพาะทรัพย์สินแต่ละสิ่งๆ เป็นจำนวนเท่าใด ท่านให้แบ่งกระจายไปตามจำนวนเงินจำนองที่ระบุไว้เฉพาะทรัพย์สินนั้นๆ

แต่ถ้าผู้รับจำนองใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งแต่เพียงสิ่งเดียวไซ้ ผู้รับจำนองจะให้ชำระหนี้อันเป็นส่วนของตนทั้งหมดจากทรัพย์สินอันนั้นก็ได้ ในกรณีเช่นนั้นท่านให้ถือว่าผู้รับจำนองคนถัดไปโดยลำดับยอมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับจำนองคนก่อนและจะเข้าบังคับจำนองแทนที่คนก่อนก็ได้แต่เพียงเท่าจำนวน ซึ่งผู้รับจำนองคนก่อนจะพึงได้รับจากทรัพย์สินอื่นๆ ตามบทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น

ในวรรคแรก กฎหมายให้ผู้รับจำนองใช้สิทธิในการเลือกบังคับเอากับทรัพย์สินจำนองทั้งหมด หรือแต่บางสิ่งก็ได้ แต่จะบังคับจำนองทรัพย์สินหนึ่งแต่เพียงบางส่วนไม่ได้ และผู้รับจำนองต้องไม่ใช่สิทธิของตนบังคับเอาแก่ทรัพย์สินจนเกินความจำเป็น

วรรคที่สอง เป็นกรณีที่ผู้รับจำนองบังคับเอากับทรัพย์สินที่จำนองทั้งหมดพร้อมกัน เมื่อได้เงินสุทธิจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินแต่ละสิ่ง ทรัพย์สินใดขายได้ราคามากก็ต้องรับผิดชอบในหนี้มาก ทรัพย์สินใดขายได้ราคาน้อยก็รับผิดชอบในหนี้้น้อย แต่ถ้าหากมีการระบุจำนวนเงินที่ต้องรับผิดชอบไว้กับทรัพย์สินแต่ละสิ่งแล้ว ให้กระจายไปตามจำนวนเงินจำนองที่ระบุไว้เฉพาะทรัพย์สินนั้น โดยไม่คำนึงถึงราคาทรัพย์สินว่าจะขายได้ราคาสุทธิมากหรือน้อยกว่าจำนวนเงินที่ได้ระบุไว้

⁷⁶ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 134-136.

วรรคที่สาม เป็นกรณีที่ผู้รับจำนองบังคับเอาทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งเดียวที่มี
จำนองหลายราย กฎหมายให้สิทธิผู้รับจำนองคนถัดไปโดยลำดับของทรัพย์สิ่งนั้นเข้ารับช่วงสิทธิของ
ผู้รับจำนองคนก่อน และเข้าบังคับจำนองแทนที่คนก่อนได้

สิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สิ่งจำนอง

เนื่องจากการจำนองมิได้มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สิ่งจำนอง ดังนั้น
เจ้าของทรัพย์ที่นำทรัพย์ไปจำนองยังสามารถที่จะนำทรัพย์นั้นไปโอนให้แก่บุคคลภายนอกได้
โดยบุคคลภายนอกที่ได้รับทรัพย์นั้นมาเรียกว่า ผู้รับโอน โดยไม่ว่าทรัพย์นั้นจะถูกโอนไปที่ทอดก็ตาม
ผู้รับจำนองก็ยังสามารถที่จะบังคับจำนองเอาทรัพย์นั้นได้⁷⁷ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 702
วรรคสอง “ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สิ่งจำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญมีพักต้อง
พิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิในทรัพย์สิ่งจำนองจะได้ออนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

ผู้รับโอนจำนองมีสิทธิไถ่ถอนจำนอง

มาตรา 736 ผู้รับโอนทรัพย์สิ่งจำนองจะไถ่ถอนจำนองก็ได้ ถ้าหากมิได้
เป็นตัวลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน หรือเป็นทายาทของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน

ตามปกติผู้รับโอนมีสิทธิที่จะไถ่ถอนจำนองได้อยู่แล้ว เว้นเสียแต่ว่าผู้รับโอนนั้น
มีฐานะเป็นลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกัน หรือเป็นทายาทของบุคคลดังกล่าวที่จะต้องมีความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้
จนเต็มจำนวน

กำหนดเวลาไถ่ถอนจำนอง

มาตรา 737 ผู้รับโอนจะไถ่ถอนจำนองเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้าผู้รับจำนองได้
บอกกล่าวว่ามีจำนองจะบังคับจำนองไซ้ ผู้รับโอนต้องไถ่ถอนจำนองภายในเดือนหนึ่งนับแต่วันรับ
คำบอกกล่าว

ผู้รับโอนมีสิทธิที่จะไถ่ถอนจำนองเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้าหากผู้รับจำนองมิได้
มีบอกกล่าวว่าจะบังคับจำนอง ผู้รับโอนต้องไถ่ถอนจำนองภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับ
คำบอกกล่าว โดยวิธีการในการไถ่ถอนจำนองเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 738 โดยผู้รับโอน
ที่ประสงค์จะไถ่ถอนจำนองต้องบอกกล่าวความประสงค์นั้นไปยังลูกหนี้ชั้นต้น โดยต้องทำเป็นคำบอก
กล่าว ไม่ใช่เป็นเพียงแต่คำเสนอ และลูกหนี้ชั้นต้นไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านได้ ซึ่งเจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องให้
ผู้รับโอนทำคำเสนอว่าจะให้ชำระหนี้เท่าไร ซึ่งเจ้าหนี้สามารถที่จะปฏิเสธไม่ให้ไถ่ถอนจำนองตามที่มี

⁷⁷ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 145.

คำเสนอจากผู้ไถ่ถอนได้⁷⁸ ถ้าหากเจ้าหนี้ไม่พอใจในคำเสนอขอไถ่ถอนจำนอง ต้องปฏิบัติตามมาตรา 739 คือ เจ้าหนี้คนนั้นต้องฟ้องศาลภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่รับคำเสนอ โดยต้องฟ้องบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนเพื่อให้ศาลสั่งขายทอดตลาดและนำเงินมาชำระหนี้ ทั้งนี้เจ้าหนี้รายที่ไม่พอใจในคำเสนอและร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองต้องออกค่าฤชาธรรมเนียมในการขายทอดตลาด ต้องเข้าสู่ราคาหรือแต่งตั้งคนเข้าสู่ราคาด้วย เมื่อได้เงินสุทธิตามจำนวนเท่าใดให้จัดสรรใช้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ในส่วนของค่าฤชาธรรมเนียมในการขายทอดตลาดนั้นถ้ามากกว่าจำนวนที่ผู้รับโอนเสนอจะใช้ ผู้รับโอนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ (มาตรา 740)

ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง

มาตรา 744 อันจำนองยอมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใด มิใช่เหตุอายุความ

(2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

(3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น

(4) เมื่อถอนจำนอง

(5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การ

บังคับจำนอง หรือถอนจำนอง

(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด

จำนองยอมระงับสิ้นไปเพราะเหตุต่างๆ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 744

1. กรณีที่หนี้ประธานระงับสิ้นด้วยเหตุต่างๆ เช่น การชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลืนกัน จำนองจะระงับไปก็ต่อเมื่อหนี้ประธานระงับไปทั้งหมด ถ้าหนี้ประธานระงับไปบางส่วน จำนองไม่ระงับสิ้นไป

2. การปลดจำนองที่จะทำให้จำนองระงับต้องทำเป็นหนังสือ โดยในหนังสือต้องมีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าผู้รับจำนองปลดจำนองให้ผู้จำนอง ซึ่งมีผลให้หนี้ประธานกลายเป็นหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน

3. เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น หมายถึง กรณีตามมาตรา 727 คือ บุคคลคนเดียวจำนองทรัพย์สินแห่งตนเพื่อประกันหนี้กับบุคคลอื่นชำระ

4. ในกรณีที่ผู้รับโอนมีคำเสนอขอไถ่ถอนจำนองต่อผู้รับจำนอง โดยเสนอราคาตามสมควร และเจ้าหนี้ผู้รับจำนองยอมรับคำเสนอ

⁷⁸ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 181.

5. จำนองระงับเมื่อมีการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ซึ่งเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองและศาลมีคำสั่งให้อาทรัพย์ออกขายทอดตลาดตามมาตรา 728 อีกกรณีหนึ่งคือ ผู้รับโอนมีคำเสนอต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายเพื่อขอไถ่ถอนทรัพย์ที่จำนอง แต่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดไม่ยอมรับคำเสนอ เจ้าหนี้คนนั้นจึงต้องฟ้องต่อศาลขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์ที่จำนองตามมาตรา 739

6. กรณีตามมาตรา 729 เมื่อลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ย 5 ปี ผู้จำนองไม่ได้แสดงว่าราคาทรัพย์สินท่วมหนี้ที่ค้างชำระ และไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้ ผู้รับจำนองจะฟ้องบังคับจำนองโดยขอให้ศาลสั่งเอาทรัพย์จำนองหลุด⁷⁹

2.1.4 การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

การทำสัญญาจำนองระหว่างบุคคลธรรมดาที่ดี หรือระหว่างบุคคลธรรมดากับสถาบันการเงินก็ดี ฝ่ายผู้รับจำนองหรือฝ่ายสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น มักเป็นผู้ที่มีสถานะเหนือกว่าในการเข้าทำสัญญาจำนองมากกว่าผู้จำนองเสมอเนื่องจากเป็นฝ่ายเจ้าหนี้ นอกจากนี้ ผู้รับจำนอง หรือฝ่ายสถาบันการเงินมักจะเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาและเขียนสัญญาขึ้นฝ่ายเดียวอยู่บ่อยครั้ง โดยทั้งสองฝ่ายจะใช้สัญญาจำนองดังกล่าวโดยที่ลูกหนี้มิได้ตกลงหรือกำหนดข้อสัญญาตั้งแต่ต้นมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ระหว่างทั้งสองฝ่าย จะเห็นได้ว่าการทำสัญญาในลักษณะนี้ ลูกหนี้มักจะอยู่ในฐานะที่อยู่ภายใต้อำนาจในการต่อรองสินเชื่อ และการกำหนดข้อตกลงยกเว้นหลักกฎหมายว่าด้วยการจำนองเสมอ ลูกหนี้ต้องจำยอมที่จะใช้สัญญาดังกล่าวด้วยสภาวะการที่ถูกบังคับ

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันมีการตรากฎหมาย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นเพื่อคุ้มครองการทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวข้างต้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อาจไม่รู้ข้อกฎหมายและใช้สัญญาสำเร็จรูปโดยความไม่รู้กฎหมาย และเพื่อคุ้มครองผู้ที่เสียเปรียบในเชิงการพาณิชย์ในการเข้าทำสัญญากับผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่า การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงจำเป็นอย่างยิ่งต่อการวิจัยนี้ เพื่อให้ทราบถึงสถานะของสัญญาจำนองในลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป รวมทั้งข้อตกลงอันเป็นการยกเว้นตามมาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าชอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

⁷⁹ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำน่า, (สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540), 157-160.

2.1.4.1 ความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาและหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

จากที่ได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้นถึงหลักการและทฤษฎีในการทำสัญญา ได้แก่ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of the Will) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) อันเป็นแนวคิดทฤษฎีที่เป็นรากฐานของกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ให้เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างไม่จำกัด โดยเป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานาน ปัจจุบันสังคมที่มีการแข่งขันสูงในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น มีการเอาเปรียบของคนในสังคมมากขึ้นเพื่อความอยู่รอดและความมั่งคั่ง ดังนั้น จึงมีการโต้แย้งทฤษฎีดังกล่าวและเห็นว่ามนุษย์ควรถูกจำกัดเสรีภาพบางประการเพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุข และเห็นว่ารัฐควรเข้ามามีส่วนควบคุมและจำกัดเสรีภาพ อันรวมถึงเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย ไม่ควรปล่อยให้เอกชนเข้าทำสัญญาตามความสมัครใจอย่างไม่จำกัดอีกต่อไป การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงจะก่อให้เกิดผลดีหลายประการ เช่น เป็นการลดช่องว่างของความเหลื่อมล้ำทางสังคมและเศรษฐกิจ

เห็นได้ว่า หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของทุกประเทศส่วนใหญ่มีการบัญญัติถึงการรองรับหลักการแสดงเจตนา หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาไว้อยู่แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน และได้มีการแก้ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญา โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างๆ หรือวางหลักกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายด้วย โดยให้อำนาจศาลในการพิจารณาตีความ และสามารถเข้าไปแทรกแซงแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

หลักสำคัญที่ศาลนำมาใช้ในการบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนนี้ ผู้วิจัยได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้นถึงหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการพิจารณาการทำสัญญา จะเห็นได้ว่าก่อนมีการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศาลในประเทศไทยสามารถที่จะใช้หลักดังต่อไปนี้ พิจารณาให้ความเป็นธรรมกับคู่สัญญาได้อยู่แล้ว เท่าที่กฎหมายจะเปิดช่องให้ ได้แก่

1. หลักสุจริต มาตรา 5
2. หลักการตีความที่เป็นคุณแก่ผู้ที่ไม่ได้ร่างสัญญา มาตรา 11
3. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี มาตรา 150 – 151
4. หลักตีความตามความประสงค์ที่แท้จริง มาตรา 171
5. หลักตีความตามสุจริตและประเพณี มาตรา 368

อย่างไรก็ดี สังคมและเศรษฐกิจที่มีการเปลี่ยนแปลง ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่อาจเอื้ออำนวยความยุติธรรมเท่าที่ควรได้ ด้วยเหตุนี้เอง จึงเกิดแนวความคิดในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น

2.1.4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

1. ที่มาของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เนื่องจากแต่ก่อนนั้นประเทศไทยเป็นประเทศที่ให้เสรีภาพในการทำธุรกิจกับเอกชนอย่างเต็มที่ หรือที่เรียกว่า “ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม” กล่าวคือ⁸⁰ ระบบเศรษฐกิจที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทุกชนิด และมีเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีกำไรจูงใจ (Profit incentives) ในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมนี้ รัฐบาลมีหน้าที่ดูแลพิทักษ์ผลประโยชน์ เช่น จัดระเบียบ ออกกฎหมาย โดยรัฐบาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงธุรกิจของเอกชน

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมนี้มีข้อดีหลายประการด้วยกัน เช่น ทำให้การจัดสรรทรัพยากรไปอย่างมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และก่อให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว เพราะเอกชนมีอิสระในการแข่งขันในตลาดสูง สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ นอกจากนี้ ด้านการบริโภค ผู้บริโภคสามารถเลือกใช้สินค้าหรือบริการได้อย่างหลากหลาย ทำให้ผู้ประกอบการต่างต้องแข่งขันกันทั้งทางด้านราคาและคุณภาพของสินค้าและบริการ และยังก่อให้เกิดการจ้างงานขึ้นมากมายอีกด้วย⁸¹

แต่อย่างไรก็ตาม ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมก็มีข้อเสียเช่นกัน เช่น เมื่อผู้ประกอบการมีการแข่งขันกันสูงเพื่อให้ตนได้กำไรสูงสุด แนวคิดการทำอย่างไรก็ได้อันจะส่งผลให้ได้กำไรสูงสุดจึงตามมา นอกจากนี้ยังอาจก่อให้เกิดช่องว่างระหว่างชนชั้นขึ้นในสังคม เนื่องจาก ผู้ที่มีทุนมากก็ย่อมลงทุนมาก ย่อมได้กำไรมาก ทำให้คนรวยก็รวยขึ้น คนจนก็จนต่อไป ความเหลื่อมล้ำระหว่างคนจนและคนรวยก่อให้เกิดปัญหาทางด้านการพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจ และอาจจะส่งผลไปยังเสถียรภาพทางการเมืองต่อไปอีกด้วย อีกหนึ่งตัวอย่างหนึ่งของข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม คือ นายทุนอาจรวมตัวกันเพื่อผูกขาดสินค้าและบริการได้ง่าย เพราะรัฐไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงระบบธุรกิจดังกล่าวได้ ผู้ประกอบการอาจขึ้นราคาสินค้าได้ตามใจชอบ และอาจจะกดค่าแรงคนงานเพื่อลดต้นทุนได้ ซึ่งสภาวะดังกล่าวส่งผลต่อเศรษฐกิจโดยรวม ทำให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้น และชนชั้นแรงงานเกิดความยากจน เมื่อคนจนในประเทศมีจำนวนมาก ทำให้รัฐบาลไม่มีรายได้มาพัฒนาประเทศ⁸²

⁸⁰ ธรรมชญ โสภารัตน์, *หลักเศรษฐศาสตร์* (กรุงเทพมหานคร: ป สัมพันธ์พาณิชย์, 2529), 20.

⁸¹ รัตน์ สายคณิต และ ชลดา จามรกุล, *หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น* (กรุงเทพมหานคร: เอียร์บุคพับริชเชอร์, 2537), 20.

⁸² ระวัง เนตรโพธิแก้ว, *หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิทักษ์อักษร, 2530), 35.

เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างที่ดีหลายประเทศในยุโรปและอเมริกาต่างก็พยายามแก้ปัญหาดังกล่าว การใช้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามหลักเศรษฐศาสตร์ไม่อาจก่อให้เกิดประโยชน์อย่างสูงสุดได้ ดังนั้นรัฐบาลจึงต้องมีการควบคุมโดยการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อคุ้มครองบุคคลกลุ่มที่ไม่ใช่เงินทุน และเพื่อก่อให้เกิดความสมดุลของระบบเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น กฎหมายที่ยกเว้นมาแก้ไขข้อเสียของระบบทุนนิยม เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-Monopoly Law) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Law) กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Contract Terms Law) เป็นต้น

ประเทศไทยในปัจจุบันมีระบบเศรษฐกิจแบบผสม กล่าวคือ เป็นระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมและสังคมนิยมผสมผสานกันไป มิได้ใช้ระบบใดอย่างสุดโต่ง ประกอบกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว มีการแข่งขันกันสูง มีการทำสัญญาทางธุรกิจต่างๆ มากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยยังมีช่องว่างระหว่างบุคคลในสังคมอยู่มาก ทำให้เกิดปัญหาของความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา อันส่งผลก่อให้เกิดสภาพปัญหาว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงมีแนวคิดที่จะยกเว้นกฎหมายเพื่อแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าวขึ้นในปี พ.ศ. 2533⁸³ และได้มีการประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2540 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 เป็นต้นมา

2. เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคลเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมิได้มีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ดังนี้ จึงจำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีเจตนารมณ์ที่ต้องการแก้ไขความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า (Superior Bargaining Power) ได้มีการอาศัยหลักการเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์

⁸³ นพดล ปกรณ์นิมิตร์, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

แห่งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาในลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจในการต่อรองด้อยกว่าอย่างมาก

3. ขอบเขตและการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจศาลในการตีความข้อสัญญาหรือข้อตกลงอันไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้น ความสำเร็จของพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นอยู่กับบทบาทและความสำนึกแห่งความยุติธรรม (Sense of Justice) อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจศาลพิจารณาตีความสัญญาประเภทต่างๆได้เป็นการทั่วไป แต่ได้มอบอำนาจให้ศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาข้อสัญญาเฉพาะนิติกรรมบางประเภทตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4-9 เท่านั้น ซึ่งได้แก่ นิติกรรมสัญญา ดังต่อไปนี้⁸⁴

1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (มาตรา 4)
2. สัญญาสำเร็จรูป (มาตรา 4)
3. สัญญาขายฝาก (มาตรา 4)
4. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (มาตรา 5)
5. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคตามสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (มาตรา 6)
6. ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ (มาตรา 7)
7. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (มาตรา 8)

8. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด (มาตรา 9)

นิติกรรมสัญญาประเภทอื่นๆนอกเหนือจากนิติกรรมสัญญาที่ได้กล่าวไปข้างต้น ที่มีได้อยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 คู่กรณีจะต้องผูกพันตามสัญญาที่ได้ตกลงกันตามหลักว่าด้วยความมีอิสระในการทำสัญญา ศาลไม่สามารถใช้อำนาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายฉบับนี้ไปปรับข้อสัญญาดังกล่าวให้เกิดความเป็นธรรมได้

⁸⁴ อ่างแล้ว, นพดล.

มาตรา 10 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็น
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยการพิจารณานี้มีปัจจัยในการพิจารณาความเป็นธรรมหลายประการ
ด้วยกันดังนี้⁸⁵

- 1) ความสุจริตของคู่สัญญา สามารถนำมาพิจารณาหาจุดที่เป็น
ธรรมแก่กรณีได้
- 2) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา พิจารณาว่ามีความไม่เป็นธรรม
อยู่หรือไม่ แม้จะเป็นข้อสัญญาที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นธรรม เมื่อมาอยู่ในสัญญาที่มีความเหลื่อมล้ำ
กันทางด้านอำนาจมาก ๆ อาจเกิดความไม่เป็นธรรมได้
- 3) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยส่วนย่อย
ส่วนหนึ่งของอำนาจการต่อรอง สามารถนำมาพิจารณาได้ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้ระบุ
รายละเอียดในส่วนนี้ไว้อย่างชัดเจน
- 4) ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญา ผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจ
มักจะได้เปรียบในการทำสัญญา มีทางเลือกที่ดีกว่า และมักจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองที่มากกว่า
- 5) ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา ข้อนี้จะคล้ายกับข้อที่ 4
เรื่องความรู้ความเข้าใจ และส่งผลไปในทิศทางเดียวกัน
- 6) ความคาดหวังของคู่สัญญา ข้อนี้ถือเป็นปัจจัยหลักในการ
ตีความสัญญา ความคาดหวังนั้นมีความหมายกว้างกว่าเจตนา เช่น การซื้อขายที่ดิน ผู้ซื้อที่ดินอาจมี
ความคาดหวังว่าจะขายต่อได้ในราคาที่สูงขึ้น เป็นต้น
- 7) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติกันมาก่อน ปัจจัยนี้ตรงกับ
แนวทางที่ใช้ในการตีความสัญญาทั่วไป หากตีความสัญญาได้ว่าคู่สัญญาต้องการอย่างไร โดยใช้
แนวปฏิบัติที่เคยมีกันมาก่อน ก็ไม่จำเป็นต้องปรับลดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรมอีก
- 8) ทางเลือกอื่นของคู่สัญญา ผู้ที่มีทางเลือกที่จะเข้าทำสัญญา
ในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นได้ ย่อมเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ที่ไม่มีความเลือก ดังนั้น
ศาลอาจจะต้องตีความเป็นคุณกับผู้ที่ไม่มีความเลือก
- 9) ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ซึ่งต้อง
ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามตามหลักสุจริตเท่านั้น
- 10) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนี้ ปัจจัยในข้อนี้ถูกแยกออกไป
อยู่ในมาตรา 10 (2) เป็นคนละเรื่องกับมาตรา 10 (1) ว่าด้วยปัจจัยที่เคยปฏิบัติกันมาของคู่สัญญา
ในข้อนี้หมายถึงประเพณีในทางปฏิบัติของสัญญาประเภทเดียวกัน ว่าปกติแล้วมีการตีความว่าอย่างไร

⁸⁵ อ่างแล้ว, นพดล.

11) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญา ปัจจัยในข้อนี้ใช้ในการพิจารณาปรับลดเบี้ยปรับตามสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

12) การรับภาระที่หนักกว่า ของ คู่สัญญา ฝ่ายหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ปัจจัยข้อนี้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 10 (4) ซึ่งศาลนำมาปรับใช้กับกรณีการชะลอเบี้ยปรับเช่นเดียวกัน

13) พฤติการณ์ทั้งปวง ปัจจัยในข้อนี้อยู่ในตอนต้นของมาตรา 10 มีลักษณะเป็นบทเบ็ดเตล็ด (Sweeping clause) หลักนี้จะนำมาใช้ภายหลังพิจารณาปัจจัยอื่นๆ แล้ว หากไม่พบปัจจัยที่นำมาพิจารณาได้ อาจนำหลักในข้อนี้มาพิจารณาเพื่อสร้างความเป็นธรรมได้

4. ลักษณะสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract หรือ Adhesive Contract) : พิจารณาสัญญาจำนองตามความของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 3 ให้คำนิยามคำว่า สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

ท่านจรูญ ภักดีธนากุล⁸⁶ ได้สรุปลักษณะสำคัญของสัญญาสำเร็จรูป (Adhesive Contract) ไว้ 3 ประการด้วยกัน คือ

1. เป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Contract) สัญญาที่ทำด้วยวาจาจึงไม่ถึงเป็นสัญญาสำเร็จรูป

2. ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนทำสัญญา ส่วนนี้หมายถึง ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญที่ทั้งสองฝ่ายควรที่จะมีการเจรจาตกลงกัน แต่หาได้มีการเจรจาไม่ แม้เป็นเพียงการเขียนขึ้นมาล่วงหน้าให้คู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ ก็ถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปเช่นกัน ประเด็นสำคัญอยู่ที่การเจรจาต่อรองกันในส่วนข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญนั้น หากมีการตกลงเจรจากันได้ ก็มีใช้สัญญาสำเร็จรูป

ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ต้องตีความสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ดังนั้น หากจะต้องตีความข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าว่าเป็นข้อสาระสำคัญหรือไม่ จึงต้องนำหลักการตีความให้เป็นที่คุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้นมาใช้ด้วย

3. ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า จะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว ลักษณะสัญญาสำเร็จรูปในข้อนี้ ไม่จำเป็นว่า

⁸⁶ จรูญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: วิเคราะห์ หลักการ ผลกระทบ ปัญหาอุปสรรค และ Workshop 6 มิถุนายน 2541 ณ. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ.

จะต้องเป็นการประกอบกิจการที่ดำเนินมานานแล้ว แม้การใช้สัญญานั้นเป็นการใช้ครั้งแรกก็ถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้ว

การตกลงทำสัญญาจ้างและข้อตกลงทำสัญญาจ้างในปัจจุบันพบว่าอยู่ในรูปแบบของสัญญาที่ฝ่ายผู้รับจ้างซึ่งส่วนใหญ่เป็นธนาคารพาณิชย์ จะเป็นผู้ร่างข้อสัญญาโดยกำหนดข้อตกลงไว้ล่วงหน้าเพื่อใช้กับลูกหนี้หรือผู้จ้างที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง โดยลูกหนี้หรือผู้จ้างจะอยู่ในลักษณะที่มีอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่า จึงต้องจำยอมต่อข้อสัญญานั้นโดยมิได้ทำการต่อรองด้วย

จากลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปที่กล่าวไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการอธิบายลักษณะทั่วไปของสัญญาจ้างที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้อำนาจศาลในการปรับข้อสัญญาหากเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นหากคู่สัญญาจ้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ทำการกำหนดข้อสัญญาขึ้นล่วงหน้าโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้ตกลงด้วยเป็นแต่เพียงจฝ่ายตัดสินใจเข้าทำสัญญาเท่านั้น สัญญาจ้างในลักษณะนี้ก็จะถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ยังไม่มีกรณีศาลต้องตีความสัญญาจ้างว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือไม่แต่อย่างใด จึงยังไม่มีประเด็นที่สามารถยกเป็นกรณีศึกษาของสัญญาจ้างว่าข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญใดที่ศาลตีความว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม

2.1.4.3 ความแตกต่างของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญากับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ก่อนหน้าที่จะมีการบัญญัติกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น มีการบัญญัติกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยมิได้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองการทำสัญญาที่สอดคล้องกับส่วนอื่นๆ จึงมีการเพิ่มเติมในส่วนของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาขึ้นในการแก้ไขครั้งที่ 2 พ.ศ. 2541 การแก้ไขในครั้งนี้มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่ผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนเข้ามาว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการ จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนี้ใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 คือ มุ่งที่จะคุ้มครองผู้ที่มีอำนาจต่อรองทางธุรกิจด้อยกว่าในการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่า โดยกฎหมายทั้งสองฉบับมอบอำนาจให้หน่วยงานของรัฐเข้ามาใช้ดุลพินิจปรับข้อสัญญาให้เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี แตกต่างกันตรงที่หน่วยงานที่เข้ามาดูแล กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ผู้ใช้กฎหมาย คือ ศาล แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ผู้ใช้กฎหมายคือคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

มาตรา 35 ทวิแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้ความคุ้มครองทางด้านสัญญาซึ่งมีลักษณะ คือ เป็นสัญญาซื้อขายหรือให้บริการ โดยต้องมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ

หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติยังให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจที่จะกำหนดให้ธุรกิจใดที่ต้องควบคุมการทำสัญญา โดยปัจจุบัน คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศให้หลายธุรกิจต้องมีการควบคุมการทำสัญญา เช่น บัตรเครดิต การให้เช่าซื้อรถยนต์ และรถจักรยานยนต์ การให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า การขายห้องชุด การให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ และการขายรถยนต์ที่มีการจอง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การทำสัญญาจำนอง กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้กำหนดให้เป็นธุรกิจที่ต้องมีการควบคุมการทำสัญญา ดังนั้น การพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตรา 733 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในสัญญาจำนองนั้นจะต้องพิจารณาว่าต้องถูกควบคุมด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เท่านั้น ไม่ต้องพิจารณาความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค จากการศึกษาจึงพบว่าการทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นั้นอยู่นอกเหนืออำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

2.1.4.4 พิจารณาข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733 ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การตกลงยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สิน ซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิ น้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดีเงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น ” การกำหนดข้อตกลงยกเว้นหลักดังกล่าวของคู่สัญญาที่ให้อำนาจเจ้าหนี้จำนองสามารถบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อีกนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และสามารถบังคับใช้ได้ ดังแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่มีมาจนถึงปัจจุบัน

แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นข้างต้นต้องพิจารณาต่างหากจากการพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวนั้นถือเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ตามหลักของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่ เนื่องจากการพิจารณาว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เป็นการพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดกับหลักมาตรา 150 ซึ่งจะพิจารณาตามหลักดังกล่าวก็ต่อเมื่อเป็นการทำสัญญาจำนองและมีการทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไว้ในลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการเจรจาและตกลงกัน มิใช่เป็นการใช้สัญญาสำเร็จรูปดังเช่นในปัจจุบันนี้เมื่อคู่สัญญาอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันในการทำสัญญา ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวที่ฝ่ายที่ด้อยกว่ามิได้ตกลงด้วยนั้นเป็นธรรมหรือไม่

มีการถกเถียงกันในวงกรณักกฎหมายถึงข้อยกเว้นดังกล่าวว่าข้อตกลงตามมาตรา 733 ของธนาคารพาณิชย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปขัดกับหลักพระราชบัญญัติว่าด้วย

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากเห็นว่า ทรัพย์ที่จำนองนั้น เจ้าหนี้ต้องพิจารณาแล้วว่าเพียงพอแก่การชำระหนี้ และคงไม่มีใครที่จะจำนองทรัพย์ที่มีราคามากกว่าหนี้มาก ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้ได้เงินมาจำนวนเท่าใดจากการบังคับจำนองหรือเอาทรัพย์จำนองหลุดก็ดี การบังคับจำนองก็ควรยุติเพียงเท่านั้น ไม่ควรที่จะให้ผู้รับจำนองรับผิดชอบอีก การตีความมาตรา 733 นั้นไม่ควรตีความในลักษณะที่ว่าทำได้ ไม่ทำได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จะยึดตามหลักมาตรา 733 ก็ได้ หรือมาตรา 214 ตามหลักทั่วไปก็ได้ นั่นย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง⁸⁷

อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีการพิจารณาข้อตกลงยกเว้นตามมาตรา 733 ที่ธนาคารทำกับลูกหนี้อันถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปแบบหนึ่งนั้นถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ การพิจารณาในส่วนนี้จึงยังไม่มีแนวของคำพิพากษาศาลฎีกาว่าจะวินิจฉัยอย่างไร และใช้ปัจจัยอะไรบ้าง ในการพิจารณาความไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกำหนดข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไม่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งยังไม่ถือเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากพิจารณาจากในอดีตที่มีการแก้ไขกฎหมาย การศึกษาเจตนารมณ์ของการแก้ไขกฎหมายจะทำให้ทราบถึงการตีความว่าบทบัญญัติมาตรา 733 ที่มีการแก้ไขนี้ ต้องการให้มีความหมายอย่างไร แต่เดิมนั้น มาตรา 733 บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงิน ที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระอยู่นั้นก็ดี เงินขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้จนครบ” และต่อมาในปี พ.ศ. 2478 ได้มีการแก้ไขข้อความในตอนท้ายว่า “...เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น”

พิจารณาจากเอกสารประกอบการประชุมเมื่อครั้งที่มีการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 เข้าใจว่าเหตุผลในการแก้ไข มีดังนี้⁸⁸

1. ประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม ซึ่งเกษตรกรมักประสบปัญหาในเรื่องหนี้สินและปัญหาอื่นๆ โดยเฉพาะในเรื่องที่ดินทำกิน ซึ่งส่วนมากต้องนำที่ดินที่ทำกินอยู่ไปจำนอง ขาย หรือขายฝากไว้กับเจ้าหนี้เพราะเหตุจากการขาดความรู้ในการทำนิติกรรมสัญญา สุดท้ายเมื่อเจ้าหนี้บังคับจำนอง เกษตรกรมักจะถูกบังคับจำนองจากที่ดินทำกินจนไม่เหลืออะไรอีก

2. เนื่องจากเมื่อลูกหนี้ไปกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้โดยมีทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ ปกติแล้วเจ้าหนี้จะให้กู้เพียงครึ่งหนึ่ง หรือไม่เกินร้อยละ 75 ของราคาทรัพย์สินจำนอง เว้นแต่จะเป็นการสมยอมกัน ดังนั้น ผู้รับจำนองมักจะได้รับชำระหนี้เพียงพออยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องไปบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นอีก

⁸⁷ สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, “ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” *วารสารอัยการ* เล่มที่ 158 (เมษายน 2534) 91-98.

⁸⁸ อ้างแล้ว, ดุษฎี.

แต่อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยในการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าเป็นการแก้ไขหลักการจำนองอย่างสิ้นเชิง ความเห็นของท่าน อาร์.กียอง ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขมาตรา 733 เมื่อ ปี 2476 ว่า “1) นโยบายที่เสนอแก้ไขนั้นเป็นการตรงข้ามกับความในมาตรา 733 ที่เดียว และ 2) ตามกฎหมายทั่วโลกเป็นที่ยอมรับกันว่า (ก) ลูกหนี้จำต้องชำระหนี้สินของตนจนสิ้น และจะต้องเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ออกจำหน่ายเพื่อการนั้น ข้อบังคับทั่วไป อันมีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสยามมาตรา 214 ซึ่งมีข้อความว่า เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย (ข) เมื่อลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตราไว้เพื่อชำระหนี้ของตน โดยวิธีก่อให้เกิดเอกสิทธิ์เป็นคุณแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ต้องได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ การกล่าวว่าลูกหนี้ต้องชำระหนี้ของตนและต้องเอาทรัพย์สินออกจำหน่ายเพื่อการนั้น トラบเท่าที่ตนยังมีทรัพย์สินอยู่นั้น ไม่ใช่เป็นเพียงหลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักในทางสุจริตด้วย และเพราะเหตุว่าเป็นหลักในทางสุจริตนี้เอง จึงกลายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไป หลักทำนองว่า เจ้าหนี้ผู้เอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อใช้หนี้ เมื่อได้เงินไม่เพียงพอจะเรียกร้องให้ใช้หนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้นั้น ย่อมเป็นการนำมาใช้ในกฎหมายแพ่งของเรา ซึ่งเป็นการตรงกันข้ามกับหลักการที่ใช้อยู่ในบรรดาประเทศทั้งหลายและหากมีการใช้กฎหมายนี้ในประเทศสยาม คงไม่มีเจ้าหนี้ผู้รอบคอบคนใดที่จะละเลยไม่ทำสัญญาเพื่อไว้ให้ลูกหนี้รับผิดชอบออกไปจากประมวลแพ่ง เพื่อเป็นประกันการที่จะได้เห็นเงินของตนคืน”

ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมทย์ มีความเห็นว่า “เป็นการแก้ไขด้วยเหตุผลทางการเมืองจึงทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนเป็นอันมากจนถึงขนาดที่จะถือไม่ได้ว่าการจำนองเป็นประกันแห่งหนี้ เพราะตามหลักทั่วไปถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว เมื่อขายทรัพย์สินจำนองแล้วได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด การแก้ไขครั้งนี้ไม่ได้แก้ไขตลอดไปถึงเรื่องจำนำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 767 วรรคสอง และในเรื่องค้ำประกันด้วยบุคคล ให้เป็นผลว่าเมื่อเจ้าหนี้บังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้เงินไม่พอชำระหนี้จะมาระงับจากลูกหนี้ อีกไม่ได้ แต่ข้อนี้ก็ไม่ได้แก้ไขอีกเหมือนกันซึ่งแม้จะมีการแก้ไขมาตรา 733 แล้วแต่ก็ตกเป็นหมันเพราะทางตุลาการไม่เอาด้วย”

นอกจากนี้ ศาลฎีกาได้มีการวินิจฉัยข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ว่าเป็นพิธีการบังคับจำนองเท่านั้น แต่ไม่ได้ห้ามให้คู่สัญญาตกลงทำการยกเว้นไว้ เนื่องจากก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกาศเรื่องการจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 ซึ่งใช้อยู่ในขณะนั้น ให้การจำนองเล็กน้อย ห้ามบังคับกับทรัพย์สินใดของลูกหนี้อีก ดังนั้นจึงมีการทำสัญญายกเว้นข้อกฎหมายดังกล่าว และเมื่อต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกาศใช้ และมีข้อกฎหมายที่ให้บังคับเอากับทรัพย์สินอื่นได้ หากทรัพย์สินจำนองนั้นไม่พอชำระหนี้ และมีการแก้กฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ให้กลับไปใช้หลักกฎหมายสมัย ร.ศ. 118 แนวทางของตุลาการคือ พิจารณาแล้วว่าการทำ

ข้อตกลงยกเว้นนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแต่อย่างไร นอกจากนี้ยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า การตกลงยกเว้นเป็นผลดีต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง หากกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้ทำสัญญาพิเศษ กฎหมายคงห้ามโดยชัดแจ้ง ซึ่งควรใช้ถ้อยคำว่า “ห้ามมิให้...” มากกว่าคำที่มีน้ำหนักเบาบางว่า “ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด” ดังที่กฎหมายมาตรา 733 ปัจจุบันกำหนด

จากความเห็นทางกฎหมายผู้วิจัยมีความเห็นว่า มาตรา 733 เป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญาเท่านั้น แม้มิได้บัญญัติว่า “ให้สันนิษฐานว่า” ก็ตาม แต่พิจารณาได้ว่าหากไม่ตกลงยกเว้นตามมาตรา 733 ไว้ ก็ย่อมบังคับไปตามนั้น คือ เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับกับทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้หากทรัพย์ที่จำนองไม่เพียงพอกับหนี้ภายหลังการขายทอดตลาดหรือเอาทรัพย์จำนองหลุด แต่หากคู่สัญญาดกลงทำข้อตกลงยกเว้นไว้ก็ถือว่าคู่สัญญาต้องการให้ลูกหนี้ชำระหนี้เงินสินนั้นเอง และข้อตกลงยกเว้นดังกล่าวนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมา ดังนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วศาลจึงไม่สามารถพิจารณาปรับข้อสัญญาตามอำนาจในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็ตาม

2.1.5 การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้กฎหมายต้นแบบ UNCITRAL และ ROSC

2.1.5.1 Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSC)

ระบบของกระบวนการล้มละลายและคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ที่ได้รับการชำระหนี้ที่มีประสิทธิภาพเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของเสถียรภาพของระบบการเงิน ด้วยเหตุนี้ธนาคารโลก (World Bank) จึงทำงานร่วมกับองค์กรต่างๆ เพื่อพัฒนาหลักการสำหรับระบบกระบวนการล้มละลายและสิทธิเจ้าหนี้ที่มีประสิทธิภาพ (The Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems) ขึ้นมาในปี ค.ศ. 2001 โดยให้ถือเอาหลักการดังกล่าวนี้เป็นมาตรฐานในการประเมินประสิทธิภาพของระบบกระบวนการล้มละลายและสิทธิภายในของแต่ละประเทศ โดยหลักการนี้จะใช้ร่วมกับโปรแกรมร่วมกันระหว่างกองทุนเงินระหว่างประเทศ (IMF) กับธนาคารโลกเพื่อที่จะพัฒนารายงานการปฏิบัติงานตามมาตรฐานและกฎหมาย หรือ Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSC) ขึ้นมา

ซึ่งในรายงาน ROSC นั้นแบ่งออกเป็น 4 หัวข้อหลัก อันได้แก่

- การกำหนดกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการให้ทรัพย์สินหลักประกัน (การให้สินเชื่อ การบังคับเอากับทรัพย์สินหลักประกัน และระบบการจัดการทรัพย์สินหลักประกัน)
- การกำหนดกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายล้มละลาย (การบังคับเอากับทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระหนี้และการฟื้นฟูกิจการ)
- การบริหารจัดการความเสี่ยง การเจรจาตกลงระหว่างองค์กรธุรกิจ และการปรับปรุงโครงสร้างหนี้
- การพิจารณาประสิทธิภาพขององค์กรและการนำกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาใช้บังคับ

ในรายละเอียดของ ROSC ที่ประเทศไทยเองได้จัดทำขึ้นในปี พ.ศ. 2555 สามารถแบ่งการประเมินได้ 4 หัวข้อดังนี้

- การประเมินเกี่ยวกับระบบกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบรรดาเจ้าหนี้
- การประเมินเรื่องการบริหารจัดการความเสี่ยงและการเจรจาตกลงระหว่างองค์กรทางธุรกิจ
- การกำหนดกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายล้มละลาย
- การนำมาบังคับใช้ซึ่งกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญา หนี้ และการบังคับตามสัญญาจำนองจะเป็นในส่วนของ PART A – การประเมินเกี่ยวกับระบบกรอบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบรรดาเจ้าหนี้ ซึ่งมีหลักการต่างๆ ดังต่อไปนี้
 - **หลักการ A1** ระบบการให้สินเชื่อควรส่งเสริมให้มีการเข้าถึงสินเชื่อได้โดยง่ายและมีค่าใช้จ่ายในอัตราที่เหมาะสม โดยให้มีความครอบคลุมถึงลักษณะของทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันได้มากที่สุด โดยมีระบบกฎหมายที่มีความสอดคล้องระหว่างกฎหมายพาณิชย์เพื่อส่งเสริมให้เกิดกรณีดังต่อไปนี้
 - การส่งเสริมความน่าเชื่อถือของมาตรการในการคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับสินเชื่อ รวมถึงการลดอัตราความเสี่ยงเกี่ยวกับการผิมนัดชำระหนี้
 - การกำหนดให้มีกระบวนการสำหรับผู้ให้สินเชื่อหรือนักลงทุนในการที่จะสามารถทำการประเมิน และบริหารจัดการความเสี่ยงกรณีผู้ขอสินเชื่อประสบปัญหาทางการเงิน

- การกำหนดให้มีระบบนโยบายที่มีความสอดคล้องระหว่างกันใน เรื่องการเข้าถึงระบบสินเชื่อ การคุ้มครองความเสี่ยง ตลอดจนการเยียวยาความเสียหาย
- **หลักการ A2** ทรัพย์สินหลักประกันประเภทสังหาริมทรัพย์
หนึ่งในประเด็นเรื่องระบบเศรษฐกิจที่มีความทันสมัยคือ การที่จะมีซึ่ง สิทธิในทรัพย์สินที่จะสามารถจำหน่ายโอนความเป็นเจ้าของได้โดยอิสระ หรือสิทธิในการใช้ที่ดิน รวมถึงการให้หลักประกัน เช่น การจำนองทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ทั้งนี้ โดยจะมีประเด็นเกี่ยวข้อง กับกรณีดังต่อไปนี้
 - การมีกฎระเบียบที่ชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการให้หลักประกัน การเจรจาตกลง และการดำเนินการทางกฎหมายต่อทรัพย์สินทุกประเภทที่เป็นอสังหาริมทรัพย์
 - การมีหลักเกณฑ์ที่แจ่มชัดเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ รวมถึง หลักเกณฑ์ลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้หรือบุริมสิทธิ
- **หลักการ A3** ทรัพย์สินหลักประกันประเภทสังหาริมทรัพย์
ระบบเศรษฐกิจควรสนับสนุนหลักเกณฑ์การให้สินเชื่อทุกรูปแบบ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้
 - การมีกฎระเบียบที่ชัดเจนในเรื่องการสร้างทรัพย์สินหลักประกัน เหนือสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าจะโดยการตกลงหรือโดยผลของกฎหมาย
 - การกำหนดให้สามารถนำทรัพย์สินประเภทใดก็ได้ที่เป็น สงหาริมทรัพย์มาใช้เป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือไม่ เช่น เครื่องมือ บัญชีเงินฝาก หลักทรัพย์ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น
- **หลักการ A4** ระบบการจดทะเบียน
ควรจัดสรรให้มีระบบการจดทะเบียนทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และมีค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล
 - A4.1 ระบบการจดทะเบียนทรัพย์สินจำนอง ซึ่งรวมถึงทรัพย์สินที่เป็น ส่วนควบ ระบบการจดทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นที่ดินจะแบ่งออกตามส่วนภูมิภาคตามที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่
 - A4.2 การจดทะเบียนสังหาริมทรัพย์ ควรจะมีระบบที่สอดคล้องกัน และมีระบบการยื่นคำร้องไปยังศูนย์กลางผ่านการนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้บังคับ
 - A4.3 ระบบการจดทะเบียนทรัพย์สินแบบพิเศษ เช่น ทรัพย์สินประเภท เครื่องบิน เรือ เป็นต้น
- **หลักการ A5** ระบบการบังคับคดี
 - A5.1 การบังคับคดีอาภักกับนี้ไม่มีหลักประกัน ระบบการให้สินเชื่อควร สนับสนุนให้มีมาตรการและกระบวนการรองรับที่มีประสิทธิภาพและมีความโปร่งใสโดยผ่าน กระบวนการทางศาลหรือการระงับข้อพิพาทนอกศาล

A5.2 การบังคับคดีเกี่ยวกับหนี้มีหลักประกันควรผ่านระบบที่มีประสิทธิภาพ ค่าใช้จ่ายสมเหตุผลและมีความโปร่งใสทั้งระบบผ่านกระบวนการทางศาลหรือการระงับข้อพิพาทนอกศาล

2.1.5.2 Legislative Guide on Secured Transaction (UNCITRAL)

หลังจาก 12 ปีแห่งความพยายาม ในที่สุดในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2007 สิบสองคณะทำงาน (working group) ของ United Nations Commission on International Trade Law หรือคณะกรรมการสิทธิประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ก็ได้ประกาศ Legislative Guide on Secured Transaction หรือแนวทางยกร่างกฎหมายหลักประกันขึ้น ซึ่งแนวทางการยกร่างกฎหมายนี้ก็ได้รับการรับรองโดยสหประชาชาติในปี ค.ศ. 2008⁸⁹

ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น แนวทางการยกร่างกฎหมายหลักประกัน ได้วางหลักการไว้ในข้อเสนอแนะซึ่งมีเนื้อหา ดังนี้

กฎหมายควรบัญญัติให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งเกิดขึ้นโดยการตกลงระหว่างผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ผู้ให้หลักประกัน

กฎหมายควรจะบัญญัติให้ข้อตกลงเรื่องหลักประกันต้อง

- สะท้อนให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาในการให้มีหลักประกัน
- ระบุตัวผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ผู้ให้หลักประกันให้ชัดเจน
- บ่งชี้ถึงหนี้ที่มีหลักประกัน
- บ่งชี้ถึงทรัพย์สินที่มีภาระติดพันในลักษณะที่จะทำให้สามารถระบุถึง

ตัวทรัพย์สินนั้นได้

- ระบุถึงจำนวนเงินสูงสุดที่จะสามารถบังคับเอาได้กับทรัพย์สินนั้น

กฎหมายควรบัญญัติให้มีรูปแบบของการตกลงให้มีหลักประกัน ซึ่งอาจเป็นรูปแบบของการบอกกล่าวถ้าเจ้าหนี้ได้มีการครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้แล้ว มิเช่นนั้นรูปแบบของการตกลงให้มีหลักประกันต้องทำเป็นหนังสือ

กฎหมายควรบัญญัติให้สิทธิในหลักประกันนั้นครอบคลุมหนี้ทุกประเภท ไม่ว่าในปัจจุบันหรือในอนาคต หนี้นั้นระบุได้หรือสามารถระบุได้ หนี้นั้นมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข เฉพาะหรือหนี้ที่เปลี่ยนแปลงได้

กฎหมายควรบัญญัติให้สิทธิในหลักประกันนั้นใช้บังคับได้กับทรัพย์สินทุกประเภท รวมถึงบางส่วนของทรัพย์สินและสิทธิอื่นไม่อาจแบ่งแยกได้

⁸⁹ Neil B. Cohen, 'Should UNCITRAL Prepare a Model Law on Secured Transactions?', (2010) *UNIF. L. REV.*, 15, 325.

กฎหมายควรบัญญัติว่ากฎหมายนี้ไม่มีผลยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมาย
อื่นๆที่กำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการเกิดขึ้นและการบังคับสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินบางประเภท
ไว้โดยเฉพาะเจาะจง หรือในส่วนของความสามารถในการโอนสิทธิ

2.1.6 การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ประเทศไทยได้ริเริ่มร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับหลักประกันทางธุรกิจโดยอาศัยต้นแบบ
จากร่างกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในกฎหมายที่เรียกว่า Floating Charge และประเทศ
สหรัฐอเมริกา ที่เรียกว่า Uniform Commercial Code Article 9 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ Secured
Transaction โดยได้มีการยกร่างและพัฒนาร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของไทยตั้งแต่
ปี พ.ศ. 2540 และพยายามปรับปรุงให้สอดคล้องกับบริบทของสภาพสังคมและเศรษฐกิจของไทย⁹⁰
เรื่อยมา

อย่างไรก็ดีกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ ไม่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายจำนอง
จำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เป็นการเพิ่มช่องทางในการหาหลักประกันทางธุรกิจ
ให้กับผู้ที่ต้องการเริ่มทำธุรกิจ โดยสาระสำคัญของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ การที่ผู้ให้
หลักประกันสามารถตราทรัพย์สินไว้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็น
หลักประกันไว้กับผู้รับหลักประกัน ทำให้ผู้ที่ต้องการลงทุนทำธุรกิจมีทางเลือกในการที่จะนำทรัพย์สิน
ที่มีความจำเป็นในการยังประโยชน์ใช้สอยมาเป็นหลักประกันได้ ทำให้ผู้ลงทุนทำธุรกิจสามารถเข้าถึง
เงินทุนในการทำธุรกิจได้ง่ายขึ้น⁹¹

การประกันหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ได้แก่ ทรัพย์สินที่มีมูลค่า
ทางเศรษฐกิจ โดยสามารถจำแนกได้เป็นประเภทดังต่อไปนี้

1. **กิจการ** ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ และ
สิทธิต่างๆในการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน-จำนองที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น เช่น
กิจการโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ ก็อาจนำแผงโซลาร์เซลล์ ที่ดิน อาคาร โรงไฟฟ้า รถยนต์
รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เครื่องจักร เครื่องกำเนิดไฟฟ้า ที่ใช้ในการประกอบกิจการมาเป็น
หลักประกันได้ กิจการทันตแพทย์ ก็อาจนำสิทธิในการเช่าอาคาร เครื่องมือเครื่องใช้ในการทำฟัน
อุปกรณ์และวัสดุต่างๆในการทำฟัน มาเป็นหลักประกันได้ กิจการร้านขายอาหารสมุนไพรไทย ก็อาจ

⁹⁰ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrc.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 18.

⁹¹ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrc.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 27.

นำสิทธิในการเช่าที่ดินและอาคารพาณิชย์ที่ใช้ประกอบกิจการ โต๊ะ เก้าอี้ อุปกรณ์ตกแต่งร้านรถยนต์
ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ มาเป็นหลักประกันได้

2. สิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ ไม่ว่าจะได้รับชำระหนี้เป็นเงิน หรือ
ได้รับชำระหนี้เป็นทรัพย์สินอย่างอื่น และสิทธิอื่นๆ แต่ไม่รวมถึงสิทธิที่มีตราสาร เช่น ผู้ประกอบการ
อาจนำสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้มาเป็นหลักประกันได้ หรือนำสิทธิเรียกร้องเงินฝาก
ในบัญชีเงินฝากมาเป็นหลักประกันก็ได้ หรือนำสิทธิในการเช่ามาเป็นหลักประกันก็ได้

3. สิ่งหามทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้า
คงคลัง ไม่ว่าจะ เป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าหรือสินค้าสำเร็จรูปที่รอการจำหน่าย อุปกรณ์
เครื่องใช้ในการประกอบกิจการทั้งหลาย สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้

4. อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน อาคารสถานที่ แต่ต้องเป็นกรณีให้ผู้ให้หลักประกัน
ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง คือต้องเป็นผู้ประกอบกิจการหมู่บ้านจัดสรร หรือจัดสรร
ที่ดินเปล่า เป็นต้น

5. ทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า

6. ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทรัพย์สินประเภทนี้ กฎหมาย
เปิดช่องไว้สำหรับอนาคต หากมีทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นๆ ที่กฎหมายยังมิได้บัญญัติ
ครอบคลุมถึงเอาไว้ก็สามารถกำหนดเพิ่มเติมได้ด้วยกฎกระทรวงต่อไป⁹²

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

1. ผู้ให้หลักประกัน

คือผู้ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน โดยอาจจะเป็น
ตัวลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกก็ได้ และจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

2. ผู้รับหลักประกัน

คือ ผู้ที่เป็นเจ้าหนี้และเป็นบุคคลที่รับหลักประกันจากผู้ให้หลักประกัน โดยผู้รับ
หลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลที่ได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

โดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็ได้กำหนดนิยามของ
สถาบันการเงินไว้ในมาตรา 3 ความว่า

1. สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน

2. บริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วย
ประกันชีวิต และบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วย
การประกันวินาศภัย

⁹² กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrc.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24
มิถุนายน 57, 28-29.

3. ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายจัดตั้ง⁹³

การบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจแบ่งการบังคับหลักประกันเป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้

1. การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ 2 วิธี คือ 1) จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน 2) เอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ โดยการที่จะนำเอาทรัพย์สินของลูกหนี้หลุดเป็นสิทธินั้น จะทำได้ต่อเมื่อ ลูกหนี้ค้างชำระหนี้เงินต้นมากกว่าหรือเท่ากับมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี โดยไม่มีหลักประกันอื่นหรือทรัพย์สินอื่นจดทะเบียนไว้เป็นหลักประกัน⁹⁴ กรณีที่มีการนำทรัพย์สินที่มีการประกันไว้ตามกฎหมายอื่นมาจดทะเบียนเป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ หรือในทางกลับกัน มีการนำทรัพย์สินที่ได้จดทะเบียนเป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจไปประกันชำระหนี้จำนองตามกฎหมายอื่น ผู้รับจำนองจะบังคับหลักประกันตามวิธีการที่ระบุไว้ในกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจก็ได้⁹⁵

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับหลักประกัน เมื่อมีเหตุให้บังคับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันเพียงแต่มีหนังสือแจ้งไปยังผู้ให้หลักประกันถึงเหตุที่จะบังคับหลักประกัน ทำให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยอาจมีการพิจารณาใน 2 กรณี คือ

1. หากผู้ให้หลักประกันยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้และผู้ให้หลักประกันชำระหนี้ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว หากผู้รับหลักประกันไม่ได้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ สามารถที่จะบังคับหลักประกันได้ 2 กรณี คือ (1) จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการประมูลโดยเปิดเผย (2) การเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นหลุดเป็นสิทธิโดยไม่มีการคัดค้าน ถ้าหากมีการคัดค้านต้องดำเนินการบังคับหลักประกันนั้นผ่านการประมูลโดยเปิดเผย

2. ถ้าเป็นกรณีผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมที่จะส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน กรณีนี้ผู้รับหลักประกันต้องยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาบังคับ

⁹³ รชต จำปาทอง, ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 98.

⁹⁴ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrc.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 28-29.

⁹⁵ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrc.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 43-44.

หลักประกัน โดยระบุวิธีที่ต้องการให้บังคับหลักประกันด้วยว่าจะให้บังคับหลักประกันโดยการนำ
ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกขายหรือโดยการเอาหลุดเป็นสิทธิ⁹⁶

2. การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการทำโดยผ่านผู้บังคับหลักประกันซึ่งเป็นผู้
ได้รับอนุญาตและได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญา โดยต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่
กฎหมายกำหนดไว้ ผู้บังคับหลักประกันสามารถเป็นนิติบุคคลก็ได้ และใบอนุญาตของผู้บังคับ
หลักประกันมีอายุ 3 ปี⁹⁷

โดยเมื่อมีเหตุต้องบังคับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยัง
ผู้บังคับหลักประกัน และผู้บังคับหลักประกันจะมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกันและ
ผู้ให้หลักประกัน พร้อมทั้งดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงที่ต้องบังคับหลักประกัน เมื่อผู้ให้หลักประกัน
ได้รับหนังสือแจ้งจากผู้บังคับหลักประกันแล้วต้องไม่จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน⁹⁸

โดยแนวทางในการบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจนั้น
มี 2 แนวทางใหญ่ๆ คือ 1. กรณีที่คู่กรณีตกลงกันได้ 2. กรณีที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้ โดยเมื่อมีเหตุให้
บังคับหลักประกัน ถ้าคู่กรณีตกลงกันได้ คือ เจ้าหนี้ตกลงใจที่จะบังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน
ตกลงยินยอมส่งมอบทรัพย์สินให้บังคับหลักประกันได้ กรณีนี้ก็ไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล แต่ถ้าหากเป็น
กรณีที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้ เช่น ผู้ให้หลักประกันไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินให้บังคับหลักประกัน เพราะ
อาจยังมีข้อโต้แย้งในเรื่องใดๆก็ตาม กรณีนี้ต้องไปฟ้องศาลซึ่งในกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้
ออกแบบให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างรวดเร็ว โดยกำหนดวันพิจารณา ออกหมายเรียกไปยัง
ผู้ให้หลักประกัน แจ้งถึงวิธีการบังคับหลักประกันในหมายนั้น ให้ศาลนั่งพิจารณาคดีติดต่อกัน จนกว่า
จะเสร็จการพิจารณาซึ่งเป็นประโยชน์ต่อทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้⁹⁹

เปรียบเทียบการบังคับหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วย
หลักประกันทางธุรกิจกับการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การบังคับจำนองและการบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจมี
หลักการที่เหมือนกัน คือ เลือกบังคับหลักประกันได้ 2 วิธี คือ จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

⁹⁶ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrcet.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 73.

⁹⁷ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrcet.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 43-44.

⁹⁸ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrcet.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 73-74.

⁹⁹ กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrcet.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 71-72.

หรือการเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ ทั้งนี้ มีข้อแตกต่างในการบังคับหลักประกัน และการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

1. การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีการบังคับจำนองหลักประกันที่เป็นกิจการทั้งกิจการซึ่งจะต้องดำเนินการโดยผู้บังคับหลักประกัน
2. การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล แต่การบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจหากผู้ให้หลักประกันยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันสามารถที่จะบังคับหลักประกันนั้นโดยไม่ต้องฟ้องบังคับคดีต่อศาล¹⁰⁰

ประโยชน์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

ประโยชน์ของกฎหมายฉบับนี้ มีดังนี้

1. ทำให้ผู้ประกอบการทุกระดับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการรายเล็กรายย่อยสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายและสะดวกขึ้น และในต้นทุนดอกเบี้ยที่ต่ำลง อันเป็นการลดความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน
2. ธนาคารมีความมั่นคงมากขึ้น เพราะสินเชื่อของสถาบันการเงินมีหลักประกันที่มั่นคงมากขึ้น
3. ผู้ฝากเงินมีความมั่นคง ไม่ต้องกังวลว่าธนาคารจะล้มจากการปล่อยสินเชื่อแล้วเรียกชำระหนี้คืนไม่ได้
4. ธนาคารสามารถให้สินเชื่อได้มากขึ้น กระจายสินเชื่อสู่ธุรกิจที่หลากหลายมากขึ้น
5. ผู้ประกอบการไทยมีความสามารถในการแข่งขันได้มากขึ้น ประเทศไทยมีความสามารถในการแข่งขันได้มากขึ้น ดึงดูดนักลงทุนมาลงทุนในประเทศไทยได้มากขึ้น
6. สนับสนุนให้มีการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญา
7. ก่อให้เกิดการขยายตัวของธุรกิจบางประเภท อาทิ การประเมินราคาทรัพย์สิน การเป็นผู้บังคับหลักประกัน
8. จัดแหล่งทุนนอกระบบ ปัญหาความไม่เป็นธรรม ปัญหาสังคมและเศรษฐกิจ อันเนื่องมาจากหนี้เงินกู้ยืมจะลดน้อยลง
9. จะมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจโดยภาพรวมดีขึ้น มีการจ้างแรงงานมากขึ้น อัตราการว่างงานลดลง GDP ของประเทศสูงขึ้น มูลค่าการส่งออกเพิ่มมากขึ้น¹⁰¹

¹⁰⁰ ก้าชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrcd.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 76.

¹⁰¹ ก้าชัย จงจักรพันธ์, เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, http://www.lrcd.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึง 24 มิถุนายน 57, 98-99.

การเรียกร้องทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

สำหรับประเด็นความซ้ำซ้อนในการบังคับประกันที่เป็นทรัพย์สินในร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจตามมาตรา 54 วรรคสาม แห่งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... ที่ได้กำหนดว่า “ถ้าจำหน่ายทรัพย์สินแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกันอาจเรียกจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้ จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกันไม่ได้” ประกอบกับวรรคสี่ที่บัญญัติว่า “การใดที่แตกต่างจากความในมาตรานี้ตกเป็นโมฆะ” ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 ได้บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดทรัพย์สินใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี เงินที่ขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” ดังนั้นถ้าร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ..... ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ จึงอาจเป็นแนวทางในการประกอบการพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ถูกต้องและเหมาะสมมากขึ้น

2.1.7 ปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิ น้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” ในทางปฏิบัติคู่สัญญาซึ่งส่วนมากเป็นธนาคาร สถาบันการเงินมักจะใช้สัญญาสำเร็จรูปในการทำสัญญากับผู้ที่มาขอสินเชื่อประเภทต่างๆ โดยได้ตกลงยกเว้นมิให้นำมาตรา 733 มาใช้บังคับ เนื่องจากมาตรา 733 เป็นข้อกำหนดที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสามารถที่จะตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ เป็นผลให้ลูกหนี้จำต้องชำระหนี้ให้ครบตามมูลหนี้ประธานที่ได้ตกลงทำสัญญากับสถาบันการเงินหรือธนาคาร โดยสามารถที่จะยึดทรัพย์ชิ้นอื่นๆเพื่อบังคับจำนองเอาเงินมาใช้หนี้ให้กับเจ้าหนี้ต่อไปได้ ซึ่งถ้าหากลูกหนี้ไม่สามารถที่จะหาเงินหรือทรัพย์สินมาชำระหนี้ในส่วนที่เหลือได้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจฟ้องลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้อีกโดยอาศัยมูลหนี้ที่เหลือจากการยึดทรัพย์บังคับจำนอง นอกจากนี้ยังส่งผลให้มีการดำเนินการบังคับคดีทรัพย์สินจำนองล่าช้า ซึ่งอาจเกิดโดยตัวลูกหนี้เอง เพราะลูกหนี้สามารถที่จะชำระหนี้ได้ตลอดเวลาอยู่แล้ว แต่ตัวลูกหนี้เองอาจทำการประวิงคดีเพื่อไม่ให้เกิดการขายทอดตลาดทรัพย์สินของตนโดยแยกปัญหาในทางปฏิบัติได้ดังต่อไปนี้

1. ลูกหนี้ทำให้คดีล่าช้าโดยการประวิงคดี โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการร้องขอชดเชยทรัพย์ ตามมาตรา 288 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 55 ถ้าบุคคลใดกล่าวอ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่ เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ก่อนที่ได้เอาทรัพย์สินเช่นว่านี้ออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้ปล่อยทรัพย์สินเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนี้ให้ผู้กล่าวอ้างนั้นนำส่งสำเนาคำร้องขอแก่โจทก์หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา และเจ้าพนักงานบังคับคดีโดยลำดับเมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีได้รับคำร้องขอเช่นว่านี้ ให้งดการขายทอดตลาด หรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทนั้นไว้ในระหว่างรอคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลดังที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้

เมื่อได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลแล้วให้ศาลพิจารณา และชี้ขาดตัดสินคดีนั้นเหมือนอย่างคดีธรรมดา เว้นแต่

(1) เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ยื่นคำขอ โดยทำเป็นคำร้องไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนวันกำหนดชี้สองสถานหรือวันสืบพยาน หากมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าคำร้องขอนั้นไม่มีมูลและยื่นเข้ามาเพื่อประวิงให้ชักช้า ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้ผู้กล่าวอ้างวางเงินต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลจะกำหนดไว้ในคำสั่งตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสำหรับความเสียหายที่อาจได้รับเนื่องจากเหตุเนิ่นช้าในการบังคับคดีอันเกิดแต่การยื่นคำร้องขอนั้น ถ้าผู้กล่าวอ้างไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

(2) ถ้าทรัพย์สินที่พิพาทนั้นเป็นสิ่งหามิทรัพย์ และมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าคำร้องขอนั้นไม่มีเหตุอันควรฟัง หรือถ้าปรากฏว่าทรัพย์สินที่ยึดนั้นเป็น สิ่งหามิทรัพย์ที่เก็บไว้นานไม่ได้ ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินเช่นว่านี้ โดยไม่ชักช้า

คำสั่งของศาลตามวรรคสอง (1) และ (2) ให้เป็นที่สุด”

โดยลูกหนี้ทำการร้องขอชดเชยทรัพย์ในระหว่างที่ทำการขาย ซึ่งการร้องขอชดเชยทรัพย์ถือเป็นคำฟ้องชนิดหนึ่ง ซึ่งหากเป็นคำร้องขอชดเชยทรัพย์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย ศาลต้องรับคำร้องไว้พิจารณา และไต่สวนเหมือนคดีทั่วไป โดยเป็นการร้องขอชดเชยทรัพย์เข้ามา โดยระหว่างลูกหนี้ตามคำพิพากษานี้ก็จะยื่นคำร้องขอให้งดเว้นการบังคับคดีไว้ โดยอ้างว่ามีการร้องขอชดเชยทรัพย์ไว้แล้ว ซึ่งก็จะทำให้กระบวนการบังคับคดีล่าช้า จากสถิติของกรมบังคับคดีพบว่าคดีที่มีคำร้องมากที่สุดทำให้การบังคับคดีล่าช้าไปถึง 10 กว่าปี โดยมีคำร้องหลายอย่างทำให้ไม่มีการจำหน่ายทรัพย์สิน และในบางครั้งทำให้คดีกลับมายังศาลเพื่อที่จะต้องพิจารณา หรือมีการโต้แย้งไปยังศาลอุทธรณ์อีก ซึ่งกระบวนการที่ล่าช้านี้ยังส่งผลให้ลูกหนี้ต้องรับภาระในดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นไปอีก

2. ปัญหาที่เกิดกับลูกหนี้จำนองอีกประการหนึ่งคือ ลูกหนี้ต้องรับภาระในดอกเบี้ยนี้ประธาน ซึ่งหากมีการขาดการส่งดอกเบี้ยเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ดอกเบี้ยนั้นจะมีการคำนวณทบต้น ทำให้หนี้ประธานที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระให้กับเจ้าหนี้ได้อยู่แล้ว ยิ่งทำให้เป็นหนี้เพิ่มมากขึ้นไปอีก จนทรัพย์สินที่จำนองไม่สามารถครอบคลุมกับจำนวนหนี้ที่จำนองที่เพิ่มขึ้นจากตอนแรกได้ ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับคดีกับทรัพย์สินอื่นๆของลูกหนี้ในกรณีที่มีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย เพราะการขายทอดตลาดทรัพย์สินใช้ระยะเวลาดำเนินการระยะหนึ่ง ซึ่งระยะเวลานั้นการคำนวณดอกเบี้ยก็เกิดขึ้นทุกวัน จนทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถใช้หนี้ได้หมด และในบางรายอาจถึงขั้นถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายได้อีก

โดยทั่วไปแล้ว การคำนวณดอกเบี้ยตามกฎหมายนั้น มาตรา 654 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี” จากบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การทำสัญญาต่างๆ ที่มีการคำนวณดอกเบี้ยกันแล้ว ห้ามมิให้มีการคิดเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี อย่างไรก็ตาม หากมีการบัญญัติในสัญญาว่าให้คิดดอกเบี้ยในอัตราที่มากกว่าร้อยละ 15 ส่วนที่เกินจากที่กฎหมายบัญญัติจะตกเป็นโมฆะ ส่วนหนี้เงินต้นนั้นลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบตามเดิม¹⁰² ยกเว้นแต่จะไม่สามารถแยกดอกเบี้ยที่เป็นโมฆะออกมาจากเงินต้นได้ กรณีนี้ศาลฎีกาจะพิจารณาให้ยกฟ้อง¹⁰³ ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2535 ดอกเบี้ยที่เกินอัตราตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น แต่เงินต้นลูกหนี้ยังต้องมีหน้าที่ชำระให้กับเจ้าหนี้ อยู่ตามเดิม ซึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการกำหนดโทษอาญาไว้อีกด้วย ซึ่งมีโทษจำคุกถึง 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁰⁴

อย่างไรก็ดี กรณีสถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์ไม่ถูกจำกัดการกำหนดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี เนื่องจากพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 กำหนดให้สถาบันการเงินสามารถเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้¹⁰⁵ ดังนั้นสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารพาณิชย์สามารถกำหนดอัตราดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปีได้ แต่ทั้งนี้ การกำหนดดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์จะต้องอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายของธนาคารแห่งประเทศไทย ในการประกาศอัตราดอกเบี้ยที่เหมาะสมอีกทีหนึ่ง

¹⁰² เลขที่ฎีกา 2657/2534 โจทก์ให้จำเลยกู้ยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด แต่จำเลยยินยอมให้เอาดอกเบี้ยรวมกับต้นเงินรอกลงในสัญญา จึงไม่เป็นเอกสารปลอมโดยแยกส่วนต้นเงินที่สมบูรณ์ออกต่างหากได้ สัญญาผู้คงตกเป็นโมฆะเฉพาะส่วนดอกเบี้ย หากตกเป็นโมฆะทั้งฉบับไม่หนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่จำเลยมอบให้โจทก์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินไม่ใช่หลักฐานแห่งการกู้ยืม การเวนคืนเอกสารดังกล่าว จึงรับฟังไม่ได้ว่าจำเลยชำระหนี้ให้แก่โจทก์แล้ว

¹⁰³ ฎีกาที่ 2147/2535 หนี้ตามสัญญาฉบับใหม่รวมหนี้เงินกู้เดิม เข้าไปจำนวน 87,150 บาท แต่หนี้เงินจำนวน 87,150 บาท รวมดอกเบี้ยที่เกินอัตราอยู่ด้วย และไม่สามารถแยกดอกเบี้ยที่เป็นโมฆะออกมาเพื่อให้ทราบต้นเงินกู้เดิมได้ จึงหาอาญาหนี้จำนวน 87,150 บาท หรือต้นเงินกู้เดิมที่แน่นอนมารวมเป็นยอดหนี้เงินกู้ใหม่เพื่อให้จำเลยรับผิดชอบได้ใหม่

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2527 มาตรา 3.

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523.

ในส่วนของการคิดดอกเบี้ยทบต้นนั้น มาตรา 655 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงิน แล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นก็ได้แต่การตกลงเช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ ส่วนประเพณีการค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัดก็ดี ในการค้าขายอย่างอื่นทำนองเช่นว่านี้ก็ดี หาอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติซึ่งกล่าวมาในวรรคก่อนนั้นไม่ มาตรานี้บัญญัติห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยจากดอกเบี้ยที่ค้างชำระเว้นแต่ดอกเบี้ยนั้นค้างชำระเกินกว่า 1 ปีขึ้นไป และจะทำเช่นนั้นได้จะต้องมีการตกลงเป็นหนังสือในกรณีที่มีการตกลงขัดแย้งกับมาตรานี้ เช่น กำหนดให้คิดดอกเบี้ยทบต้นได้หากผิดนัดชำระงวดใดงวดหนึ่ง กรณีเช่นนี้ข้อตกลงเป็นโมฆะ

กรณีการทำข้อตกลงของสถาบันการเงินกับลูกหนี้ในส่วนการคิดดอกเบี้ยทบต้นนี้เองที่เป็นอีกปัญหาหนึ่งของการบังคับคดีในมูลหนี้ประธานที่มีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้ กล่าวคือ ทำให้ลูกหนี้บางรายต้องรับภาระในหนี้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ยทบต้นจำนวนมาก หากไม่ทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ได้โดยเร็ว ซึ่งหากการขายทอดตลาดทรัพย์สินล่าช้ามากเท่าใด ดอกเบี้ยทบต้นก็พอกพูนมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งดอกเบี้ยทบต้นที่เวลานี้อาจสูงถึงร้อยละ 20 ได้ ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระดอกเบี้ยเป็นระยะเวลาเดียวกันหลายปี ดอกเบี้ยทบต้นนี้อาจเพิ่มเป็นหลายเท่าตัวของหนี้เงินต้นก็เป็นไปได้¹⁰⁶

3. ปัญหาในเรื่องกำหนดเวลาในการบังคับคดีตามมาตรา 271 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"ถ้าคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายแพคดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) มิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทั้งหมด หรือบางส่วนคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) ชอบที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ได้ภายในสิบปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยอาศัยและตามคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น"

ซึ่งหลักการโดยทั่วไปของการบังคับคดีตามมาตรา 271 นี้ คือ ถ้าคู่ความที่เป็นฝ่ายผู้แพ้คดี หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษามีได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่ว่าจะเป็นกรณีทั้งหมดหรือบางส่วน คู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ชนะคดี ซึ่งก็คือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ก็สามารถที่จะ

¹⁰⁶ ฎีกาที่ 5291/2540 โจทก์เป็นสถาบันการเงิน มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ไม่เกินร้อยละ 21 ต่อปี ตามประกาศกระทรวงการคลัง เมื่อสัญญาผู้ยืมได้มีการตกลงกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้เกินกว่าร้อยละ 15 และยินยอมให้โจทก์นำดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 1 ปี ทบเข้ากับเงินต้นและให้โจทก์คิดดอกเบี้ยในอัตราที่ตกลงในสัญญาเงินกู้ต่อไปด้วย โจทก์ยอมมีสิทธิที่จะคิดดอกเบี้ยในอัตราที่ตกลงในสัญญาและคิดดอกเบี้ยค้างชำระเกินกว่า 1 ปีได้ ทบต้นได้ต่อไปจนกว่าจะชำระเงินต้นและดอกเบี้ยคืนให้แก่โจทก์จนเสร็จสิ้น การที่โจทก์นำดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 1 ปี มาทบรวมกับยอดเงินต้นดอกเบี้ยที่ทบต้นนั้นจึงกลายเป็นเงินต้นไม่เป็นดอกเบี้ยที่ค้างอีกต่อไป ข้อตกลงตามสัญญาเงินกู้ดังกล่าวมีผลบังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 655 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่อยู่ในบังคับข้อห้ามไม่ให้คิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดตามมาตรา 244 วรรคสอง.

ร้องขอให้มีการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นได้ภายใน 10 ปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยอาศัยและตามคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น¹⁰⁷

การร้องขอให้มีการบังคับคดีนั้น เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่ต้องกระทำให้ครบถ้วนตามวิธีการที่จะบังคับไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อให้การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นสามารถดำเนินการไปได้¹⁰⁸ โดยในกรณีที่หนี้ตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้เงินเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะต้องร้องขอให้มีการบังคับคดีเพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถดำเนินการบังคับคดีโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อนำไปขายทอดตลาดทรัพย์สินหรือจำหน่ายเอาเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษา

กระบวนการและขั้นตอนของการร้องขอให้มีการบังคับคดีมีดังนี้

- เริ่มแรกเจ้าหนี้ต้องร้องขอต่อศาลให้ออกหมายบังคับคดี
- ต่อมาต้องไปแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบว่าศาลได้ออกหมายบังคับคดี

ได้บ้าง

- ในกรณีที่มีลูกหนี้ตามคำพิพากษามากหลายคนต้องระบุว่าต้องการให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาคคนใด

เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ดำเนินการดังกล่าวครบถ้วนแล้วภายในกำหนดเวลา 10 ปี ก็ถือว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ร้องขอให้บังคับคดีตามมาตรา 271 โดยชอบแล้ว

การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะไปดำเนินการบังคับคดีไม่ว่าจะเป็นกรณีการยึด การอายัด ตลอดจนการขายทอดตลาดทรัพย์สิน หรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดได้เมื่อใด¹⁰⁹ หรือได้ยึดไว้แล้วแต่ยังไม่ได้ขายทอดตลาดทรัพย์สินหรือจำหน่าย¹¹⁰ เจ้าพนักงานบังคับคดีก็สามารถดำเนินการต่อไปได้แม้จะพ้นกำหนดเวลา 10 ปีแล้วก็ตาม ทั้งนี้เพราะว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการดำเนินการในส่วนของเจ้าพนักงานบังคับคดี¹¹¹ ไม่ใช่หน้าที่ของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่กำหนดไว้ในมาตรา 271

ในทางกลับกัน ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่ดำเนินการเพื่อร้องขอให้มีการบังคับคดีภายในกำหนดเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็หมดสิทธิที่จะบังคับแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา นอกจากนี้ประเด็นเรื่องกำหนดเวลาใน

¹⁰⁷ สมชัย ฑีฆาอุดมกร, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค ๔ วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง*, (กรุงเทพฯ : ส.ไพบูลย์การพิมพ์, 2549), 90.

¹⁰⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 5476/2536.

¹⁰⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 6382/2531, คำพิพากษาฎีกาที่ 5709/2537.

¹¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1949/25718, คำพิพากษาฎีกาที่ 7209/2547.

¹¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 7262/2542.

การร้องขอให้มีการบังคับคดี แม้จะไม่มีฝ่ายใดยกขึ้นอ้าง ศาลก็มีอำนาจยกประเด็นนี้ขึ้นวินิจฉัย
ได้เอง¹¹²

ข้อพิจารณาที่สำคัญ คือ กำหนดเวลา 10 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษาหรือ
คำสั่งที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้องร้องขอให้มีการบังคับคดีตามมาตรา 271 นั้นไม่ใช่กำหนด
อายุความ แต่เป็นเรื่องของระยะเวลาในการบังคับคดี¹¹³

เนื่องจากระยะเวลา 10 ปีตามมาตรา 271 ไม่ใช่เรื่องของอายุความ
แม้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะได้ชำระหนี้บางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาในระหว่างนั้น ก็ไม่มีผล
เป็นการต่อระยะเวลาการบังคับคดี¹¹⁴ จึงนำเรื่องของอายุความสะดุดหยุดลงตามมาตรา 193/14
มาใช้กับกำหนดเวลาให้มีการบังคับคดีไม่ได้¹¹⁵

ประการต่อมา กำหนดเวลาในการบังคับคดีก็ไม่อาจนำเรื่องการ
สละประโยชน์แห่งอายุความตามมาตรา 193/24 มาใช้บังคับกับหนังสือขอผ่อนชำระหนี้ของจำเลยที่
ทำถึงโจทก์ภายหลังล่วงเลยกำหนดเวลาบังคับคดีแล้วได้ หนังสือขอผ่อนชำระหนี้ดังกล่าวจึงไม่ใช่
การสละประโยชน์แห่งอายุความ จำเลยไม่ต้องรับผิดตามหนังสือดังกล่าว¹¹⁶

นอกจากนี้ ศาลอาจขยายหรือย่นระยะเวลา 10 ปี ซึ่งเป็นกำหนดระยะเวลา
ในการบังคับคดีได้ตามมาตรา 23¹¹⁷ และถ้าวันสุดท้ายแห่งระยะเวลาในการบังคับคดีตรงกับ
วันหยุดราชการ ก็สามารถใช้สิทธิขอให้บังคับคดีในวันแรกที่เปิดทำการได้ตามมาตรา 193/8
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹⁸

2.2 กรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์

2.2.1 ภาพรวมนโยบายการปล่อยสินเชื่อ

สินเชื่อ หมายถึง สิ่งที่ใช้เป็นตัวแทนมูลค่าสิ่งของที่จะซื้อขายแลกเปลี่ยนระหว่าง
กัน โดยมีสมมติฐานว่าเมื่อฝ่ายหนึ่ง (เจ้าหนี้) ส่งมอบสินค้าหรือบริการ ให้อีกฝ่ายหนึ่ง (ลูกหนี้)
ผู้ส่งมอบหรือเจ้าหนี้อย่อมคาดหวังว่า ลูกหนี้จะปฏิบัติตามข้อตกลงต่อกันว่าจะชำระราคาให้ตามวัน
เวลา สถานที่ และจำนวนตามที่ได้ตกลงกัน ซึ่งในการส่งมอบสินค้า หรือบริการนั้น เจ้าหนี้จะมี
ความเสี่ยงที่อาจไม่ได้รับชำระหนี้ จึงต้องเรียกร้องผลตอบแทนในรูปของดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม

¹¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 7308/2538.

¹¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 7190/2538.

¹¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 12054/2547.

¹¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4229/2539, คำพิพากษาฎีกาที่ 2900/2543.

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 5323/2542.

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2278/2526, คำพิพากษาฎีกาที่ 4869/2541.

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 7258/2540.

ส่วนลด หรือการเรียกร้องสิ่งของมีค่าไว้เพื่อเป็นหลักประกัน กรณีที่ฝ่ายเจ้าหนี้ทำธุรกิจหรือปล่อยสินเชื่อ เช่น ธนาคารพาณิชย์ กิจการค้าส่ง ค้าปลีก ก็จะต้องพิจารณาสินเชื่อกับลูกหนี้ทุกราย เพื่อให้กิจการมีกำไรดำรงอยู่ได้ในระยะยาว มีสภาพคล่องเพียงพอต่อการหมุนเวียนเงินทุน มีความเสี่ยงต่ำ และไม่เอาเปรียบลูกหนี้เกินสมควร นอกจากนี้ยังควรช่วยเหลือสังคมและสนับสนุนเศรษฐกิจชุมชนด้วย

ความสำคัญของสินเชื่อในระบบเศรษฐกิจ

สินเชื่อมีความสำคัญมากต่อระบบเศรษฐกิจ โดยช่วยให้เกิดสภาพคล่อง ช่วยให้ผู้ประกอบการมีเงินมาลงทุนสร้างหรือขยายกิจการ เพื่อการเติบโตของยอดขายสินค้า หรือให้บริการได้มากขึ้น ส่งผลให้มีส่วนแบ่งตลาดสูงขึ้น มีกำไรมากขึ้น มีการจ้างงานเพิ่มขึ้น สร้างความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นแก่ประชาชน เมื่อประชาชนมีรายได้มากขึ้น ก็จะใช้จ่ายมากขึ้น ทั้งซื้อสินค้าและบริการจากผู้ประกอบการ ทำให้มีเงินหมุนเวียนในระบบมากขึ้น สถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์มีเงินรับฝากเพิ่มขึ้น จึงสามารถนำไปปล่อยกู้หรือให้สินเชื่อได้มากขึ้น ส่งผลให้ธนาคารพาณิชย์มีกำไรจากดอกเบี้ย ส่วนลดและค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้น และทำให้เศรษฐกิจโดยรวมมีความแข็งแกร่งมากขึ้น

การปล่อยสินเชื่อของสถาบันการเงิน หรือธนาคารพาณิชย์

รายได้หลักของธนาคารพาณิชย์มาจากดอกเบี้ยรับจากเงินให้สินเชื่อและเงินลงทุนในหลักทรัพย์ต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจธนาคารพาณิชย์ต้องประเมินความเสี่ยงและบริหารความเสี่ยงต่อเงินที่จะให้สินเชื่อ โดยเน้นการสร้างรายได้สูงสุดภายใต้การประเมินความเสี่ยงทั้งในระดับและประเภทความเสี่ยงที่ยอมรับได้และความเสี่ยงใดที่ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถยอมรับได้ นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นๆ ได้แก่ การเพิ่มและรักษาไว้ซึ่งคุณภาพของการให้เครดิต โดยกำหนดโครงสร้างวงเงินเครดิตอย่างสมเหตุสมผล หลักประกันและการกระจายสัดส่วนของการให้เครดิต การกำหนดราคาเพื่อให้ได้รับอัตราผลตอบแทนที่เหมาะสม ตลอดจนการรักษาความสัมพันธ์ในการให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ขอสินเชื่อ การให้คำปรึกษาทางการเงินและการสร้างเครือข่ายผู้ขอสินเชื่อใหม่

โดยทางธนาคารพาณิชย์คาดหวังว่าแหล่งการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ยของผู้ขอสินเชื่อจะมาจากกระแสเงินสดของผู้ขอสินเชื่อ ไม่ว่าจะเป็นลูกค้าที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือลูกค้าที่เป็นนิติบุคคลแต่อย่างไรก็ตามธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถพิจารณากระแสเงินสดของผู้ขอสินเชื่อในการชำระหนี้แต่เพียงอย่างเดียว ธนาคารพาณิชย์จะพิจารณาทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อด้วย เนื่องจากผู้ขอสินเชื่อสามารถขายสินทรัพย์เหล่านั้นเพื่อนำเงินมาชำระหนี้คืนแก่ธนาคารพาณิชย์ในกรณีที่จำเป็นได้ ดังนั้น ธนาคารพาณิชย์จึงเน้นความพอเพียงของหลักประกันในการค้าประกันการชำระหนี้ของลูกค้าด้วย

โดยหลักทรัพย์ที่นำมาใช้เป็นหลักประกันนั้น ธนาคารพาณิชย์ต้องได้รับการจำนอง
จำนำ โอนสิทธิ (สิทธิการเช่า) เป็นลำดับแรก และเป็นหลักประกันที่มีสภาพคล่องสูง มีมูลค่าที่
สามารถพิสูจน์หรือตรวจสอบได้ เป็นลำดับต่อมา

2.2.2 หลักการวิเคราะห์สินเชื่อ

ทฤษฎีการวิเคราะห์สินเชื่อ ประกอบด้วย ส่วนของการประเมินความสามารถ
ในการชำระหนี้ (Ability to pay) ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์และทฤษฎีต่างๆมารองรับอยู่ค่อนข้างมาก
และความเต็มใจในการชำระหนี้ (Willingness to pay) ซึ่งเป็นเรื่องนามธรรมที่ไม่สามารถจับต้องได้
จึงยังไม่มีทฤษฎีมารองรับ โดยจะเน้นไปที่ประสบการณ์ที่มีกับลูกค้า

2.2.2.1 ความสามารถในการชำระหนี้ (Ability to pay)

สำหรับบุคคลธรรมดา นั้น ความสามารถในการชำระหนี้จะขึ้นอยู่กับรายได้
หลังหักภาษี เงินชำระหนี้ สินทรัพย์ที่มีสภาพคล่อง และหนี้สิน ในปัจจุบัน จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง
ที่ธนาคารพาณิชย์ต้องมีข้อมูลดังกล่าวของลูกค้าที่เป็นปัจจุบันหรือใกล้เคียงปัจจุบันในการประเมิน
ความสามารถในการชำระหนี้ และข้อมูลดังกล่าวนี้ต้องสามารถพิสูจน์ได้

กรณีที่เคยติดได้รับการค้ำประกันจากบุคคลที่สาม ธนาคารพาณิชย์
จำเป็นต้องได้ข้อมูลต่างๆของผู้ที่ค้ำประกันเช่นเดียวกับผู้ขอสินเชื่อเองด้วย

ธนาคารพาณิชย์ต้องมีความเข้าใจในกระแสเงินที่ธุรกิจสามารถสร้างได้
และต้องตระหนักถึงความน่าเชื่อถือทางธุรกิจในการสร้างกระแสเงินสด และความสามารถในการสร้าง
กระแสเงินสดอย่างเพียงพอต่อการชำระหนี้อย่างต่อเนื่อง และต่อการดำรงกิจการอย่างมีคุณภาพ
ตลอดจนการขยายธุรกิจ ซึ่งถ้าธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถเข้าใจธุรกิจหรือกระแสเงินของธุรกิจ
ดังกล่าวได้แล้ว ก็ยากที่ธนาคารพาณิชย์จะมีความมั่นใจในการให้สินเชื่อบนพื้นฐานของกระแสเงินสด
ดังกล่าวได้ และธนาคารพาณิชย์ตั้งข้อสังเกตว่าผู้ขอสินเชื่อมักจะมี ความมั่นใจในสถานภาพและ
ความมั่นคงของธุรกิจ แต่ในมุมมองของธนาคารพาณิชย์ ธนาคารพาณิชย์จำเป็นต้องได้รับข้อมูล
ดังกล่าวข้างต้นเพื่อสนับสนุนความมั่นใจของธนาคารพาณิชย์ที่มีต่อผู้ขอสินเชื่อ

โดยหลักการวิเคราะห์สินเชื่อจะเน้นการวิเคราะห์ความสามารถใน
การชำระหนี้เป็นหลัก ทฤษฎีที่นิยมนำมาใช้ ได้แก่ ทฤษฎี 6C's ได้แก่

1. Character หรือ Credit Reputation คือ คุณลักษณะหรือวินัย
ในการใช้และการชำระหนี้ในอดีต ซึ่งแสดงถึงการรักษาสัญญาในการใช้สินเชื่อ ความสามารถ
ในการชำระหนี้ตรงเวลา การจัดการกับสินเชื่อโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่มีปัญหาสะดุดทาง

การเงิน ลูกหนี้ได้ติดต่อสถาบันการเงินเพื่อแก้ไขปัญหาหรือไม่อย่างไร ซึ่งคุณลักษณะในปัจจุบันจะสามารถหาได้จากรายงานของเครดิตบูโร

2. Capacity to repay คือ ความสามารถในการชำระหนี้สิน โดยพิจารณาจากความมั่นคงทางการงานของผู้ขอสินเชื่อ อายุการทำงานในบริษัทที่ทำอยู่ในปัจจุบัน รายได้เทียบกับหนี้สินที่มีอยู่ และความสามารถของผู้ขอสินเชื่อที่จะสามารถชำระหนี้ได้ในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งปัจจัยในข้อนี้แสดงถึงความมั่นคงของรายได้ที่จะนำมาชำระหนี้ในอนาคต

3. Capital ประกอบด้วย เงินทุน สินทรัพย์ หรือเงินฝากของผู้ขอสินเชื่อ โดยปัจจัยนี้มีความสำคัญมากสำหรับการขอสินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจ เนื่องจากสถาบันการเงินจะพิจารณาเฉพาะเงินทุนหรือสินทรัพย์ของผู้ขอสินเชื่อในขณะพิจารณาสินเชื่อต่างๆ แม้ว่าเงินทุน หรือสินทรัพย์ หรือเงินฝากจะไม่ใช่แหล่งของเงินที่สถาบันการเงินคาดหวังว่าจะได้รับการชำระจากแหล่งเงินเหล่านี้ก็ดี แต่แหล่งเงินทุนนี้จะแหล่งเงินสำรองสำหรับการชำระหนี้ของผู้กู้ในกรณีที่เกิดปัญหากับรายได้ของผู้กู้ขึ้น

4. Collateral คือ หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินซึ่งผู้กู้จะนำมาจำนำ หรือจำนองเพื่อให้สถาบันการเงินมีความมั่นใจและลดความเสี่ยงหากผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถชำระหนี้ตามกำหนด สถาบันการเงินก็สามารถนำมาขายทอดตลาดได้ตามที่กฎหมายกำหนด อาทิเช่น สินเชื่อที่อยู่อาศัย เป็นต้น ซึ่งการให้สินเชื่อประเภทนี้ก็จะมียอดราคาดอกเบี้ยที่ต่ำ

5. Conditions คือ ปัจจัยที่เป็นเงื่อนไขอื่นที่มีผลกระทบต่อรายได้ เช่น วัฏจักรทางเศรษฐกิจ อาชีพ หรือเงื่อนไขในการกู้ ตัวอย่างเช่น ในสถานะของเงินเพื่อที่เพิ่มสูงขึ้นจะทำให้รายได้สุทธิลดลง ซึ่งจะมีผลต่อความสามารถในการชำระหนี้ สถาบันการเงินจึงต้องคำนึงถึงสิ่งนี้ในการพิจารณาสินเชื่อ อาชีพบางอาชีพมีความมั่นคงในรายได้และการงาน เช่น การรับราชการ นอกจากนี้การกู้ร่วมก็เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการพิจารณาสินเชื่อเช่นกัน

6. Common Sense คือ ปัจจัยที่สถาบันการเงินใช้ในการพิจารณาสินเชื่อว่า ผู้ขอสินเชื่อจะใช้สินเชื่ออย่างสมเหตุสมผลและจะไม่เป็นการก่อร่างสร้างหนี้จนเกินตัว หรือไม่มีเหตุผลที่จะต้องมียอดสินเชื่อที่ขอเพิ่ม อาทิเช่น การที่ผู้ขอสินเชื่อมีบัตรเครดิตจำนวนหลายใบ ถึงแม้จะไม่เคยมีประวัติการผิดนัดชำระ หรือการใช้บัตรในแต่ละใบเลยก็ตาม การพิจารณาของสถาบันการเงินอาจมองว่าไม่มีเหตุผลที่จะให้บัตรเครดิตอีกใบเพิ่ม เพราะอาจทำให้สร้างหนี้จนเกินตัว หรือได้ไปก็ไม่ใช้ก็เป็นได้ ดังนั้น หากผู้ขอสินเชื่อมีบัตรเครดิตหลายใบและไม่ได้ใช้วงเงินสินเชื่อดังกล่าว ก็ควรที่จะแจ้งยกเลิกและปิดบัญชีเสีย

นอกจากนี้ ยังสามารถดูความสามารถในการชำระหนี้ได้ โดยดูจากกระแสเงินสดสุทธิ โดยคำนวณจากรายจ่ายหลักในการดำเนินธุรกิจของกิจการ เช่น รายรับที่ได้จากการขายสินค้าหรือบริการ จะถูกนำไปจ่ายค่าต้นทุนวัตถุดิบของสินค้าหรือบริการนั้น ค่าจ้าง เงินเดือน และค่าใช้จ่ายในการขายและบริหารต่างๆ ค่าภาษีอากร รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการซื้อสินทรัพย์ถาวร

ส่วนต่างนั้นจะเป็นเงินที่ลูกหนี้สามารถนำมาชำระหนี้คืน โดยจ่ายเป็นค่าเงินต้นและดอกเบี้ย ในแต่ละงวด ถ้าสามารถชำระหนี้คืนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดถือว่าลูกหนี้มีความสามารถในการชำระหนี้

2.2.2.2 ความเต็มใจในการชำระหนี้ (Willingness to pay)

ในการวิเคราะห์ความเต็มใจในการชำระหนี้ นั้น นักวิเคราะห์อาจใช้ข้อมูลต่างๆ มาประกอบ เช่น ประวัติการเดินบัญชีของลูกหนี้ หรือใช้วิจารณ์ฐานส่วนบุคคลเพื่อสังเกตนิสัยของลูกหนี้ว่าจะผิดนัดชำระหนี้หรือไม่ โดยส่วนใหญ่ผู้ขอสินเชื่อที่มีชื่อเสียง เป็นที่รู้จักในสังคม จะมีความเชื่อว่าสถาบันการเงินจะปล่อยสินเชื่อให้ จึงไม่กลัวที่จะเสียเครดิต ซึ่งต่างจากผู้ขอสินเชื่อรายย่อยที่มีบัญชีหมุนเวียนผ่านธนาคารพาณิชย์เพียงแห่งเดียว ถ้าเกิดการผิดนัดชำระหนี้จะเสียเครดิต ซึ่งเมื่อเปลี่ยนธนาคารพาณิชย์แล้วจะทำให้เจ้าหนี้เชื่อว่ามีปัญหาถึงต้องย้ายธนาคารพาณิชย์ ทำให้ได้รับอนุมัติขอสินเชื่อยากขึ้น

2.2.3 หลักการและโครงสร้างของการวิเคราะห์สินเชื่อ

คุณภาพของกระบวนการวิเคราะห์สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์จะอยู่บนพื้นฐานของกระบวนการที่มุ่งเน้นการตรวจสอบเพื่อให้เกิดความสมดุลของปริมาณและคุณภาพของสินเชื่อ โดยธนาคารพาณิชย์สร้างความสมดุลของกระบวนการอนุมัติสินเชื่อเพื่อให้เกิดความโปร่งใส โดยแยกขั้นตอนการสร้างความสัมพันธ์ลูกค้าและการอนุมัติสินเชื่อออกจากกันชัดเจน

นอกจากนี้ธนาคารพาณิชย์ยังเสริมสร้างการตรวจสอบคุณภาพของกระบวนการบริหารสินเชื่อ และส่งเสริมความมีประสิทธิภาพของกระบวนการสินเชื่อภายใต้นโยบายสินเชื่อของธนาคารพาณิชย์ โดยกำหนดให้อยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบของหน่วยงานที่ทำหน้าที่ทบทวนสินทรัพย์เสี่ยงภายใต้กระบวนการให้เครดิตของธนาคารพาณิชย์ด้วย

การแบ่งกลุ่มที่ชัดเจนจะช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพการบริหารงานที่มุ่งเน้นตามมูลค่าผลตอบแทนและตอบสนองความต้องการใช้บริการของลูกค้าที่เหมาะสม โดยแบ่งตามลูกค้าบริษัท ลูกค้าผู้ประกอบการ และลูกค้าบุคคล ตามลักษณะตลาด ความต้องการทางการเงิน ความเสี่ยงด้านเครดิต รวมถึงกระบวนการทางเครดิต และกำหนดบทบาทของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเครดิตที่แตกต่างกันในแต่ละกลุ่มประเภทลูกค้า

การแบ่งตามลักษณะของผู้ขอสินเชื่อ

1. สินเชื่อรัฐบาลหรือสินเชื่อสาธารณะ (Public Credit) โดยภาครัฐเป็นผู้กู้จากแหล่งเงินทุนในต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ เพื่อนำเงินมาพัฒนาประเทศ
2. สินเชื่อการอุปโภคบริโภค (Consumer Credit) เป็นสินเชื่อที่ลูกหนี้รายย่อยกู้มาเพื่อดำรงชีวิตอย่างมีความสุข เช่น ซื้อปัจจัยสี่ รวมทั้งสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และสิ่งของฟุ่มเฟือยต่างๆ เช่น รถยนต์ เครื่องใช้ไฟฟ้า
3. สินเชื่อธุรกิจ (Business Credit) เป็นสินเชื่อที่องค์กรธุรกิจกู้เงินมาเพื่อใช้ในการทำการค้า การลงทุนในธุรกิจอุตสาหกรรมประเภทต่างๆ

การแบ่งตามลักษณะของการให้บริการ

1. ลักษณะสินค้าที่มีคล้ายคลึงกันจะถูกจัดรวมไว้ในหมวดหมู่เดียวกัน เช่น กลุ่มยานยนต์ กลุ่มเครื่องใช้ไฟฟ้า
2. บริการที่คล้ายคลึงกันจะถูกจัดรวมไว้ในหมวดหมู่เดียวกัน เช่น กลุ่มขนส่งสินค้า กลุ่มการบริการทางการแพทย์ กลุ่มการท่องเที่ยวและบริการ
3. การให้กู้ยืมเป็นเงินสดตามวัตถุประสงค์ของผู้กู้ เช่น เพื่อการศึกษา เพื่อการใช้จ่ายฉุกเฉินช่วงเปิดภาคเรียน รวมทั้งบัตรเครดิต

แบ่งตามระยะเวลาการชำระคืน

1. การรับชำระคืนครั้งเดียวตามสัญญา (Single-Payment Credit)
2. การรับชำระคืนเป็นรายงวดหรือแบบผ่อนส่ง (Installment credit)

แบ่งตามประเภทของผู้ให้สินเชื่อ

1. เอกชนให้กู้ต่อกัน เช่น การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ การฝากเงินในธนาคารถือเป็นการให้ธนาคารกู้ยืมเงิน
2. ธุรกิจให้สินเชื่อในรูปการขายสินค้าต่อกันเป็นเงินเชื่อ
3. ธนาคารปล่อยกู้ให้กับประชาชนเพื่อนำไปใช้ตามความประสงค์ หรือปล่อยกู้องค์กรธุรกิจ เพื่อทำการค้า
4. องค์กรที่ไม่หวังกำไรเป็นผู้ให้กู้ เช่น การกู้ยืมสหกรณ์ออมทรัพย์

แบ่งตามระยะเวลาการรับชำระคืนสินเชื่อ

1. ชำระคืนเมื่อทวงถามทันที
2. ระยะสั้นไม่เกิน 1 ปี นับจากวันที่มีภาระหนี้สินต่อกัน
3. ระยะปานกลาง ประมาณ 1-5 ปี
4. ระยะยาว มีระยะเวลาการชำระคืน มากกว่า 5 ปี ขึ้นไป

แบ่งตามลักษณะของหลักประกัน

1. มีหลักประกัน
2. ไม่มีหลักประกัน

แบ่งตามประเภทของรายการสินเชื่อ

1. สินเชื่อค้ำปลีก
2. สินเชื่อบุคคลแบบผ่อนชำระ
3. สินเชื่อธุรกิจ
4. สินเชื่อระหว่างธนาคารพาณิชย์
5. สินเชื่อเพื่อการขายบัญชีลูกหนี้
6. สินเชื่อเพื่อการเกษตร
7. สินเชื่อที่กู้หรือค้ำประกันโดยรัฐบาล
8. สินเชื่อเพื่อการทำธุรกิจนำเข้าส่งออก

แบ่งตามขนาดของธุรกิจ

1. สินเชื่อเพื่อลูกค้าที่ประกอบธุรกิจรายใหญ่ ได้แก่ สินเชื่อโครงการขนาดใหญ่ การร่วมกันให้กู้ (Loan Syndication) สินเชื่อเพื่อเป็นเงินทุนหมุนเวียนในการดำเนินงาน โดยสินเชื่อประเภทนี้จะมีโครงสร้างธุรกิจที่ซับซ้อนยากแก่การวิเคราะห์ และมีเงินลงทุนสูงมากจึงทำให้การวิเคราะห์สินเชื่อมีความซับซ้อนมากขึ้นตามไปด้วย

2. สินเชื่อเพื่อลูกค้า SMEs โดย SMEs หมายถึง วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งครอบคลุมกิจการหลักๆ 3 กลุ่ม และแบ่งตามขนาดของสินทรัพย์ และขนาดของแรงงาน ได้แก่

ขนาดของสินทรัพย์ (หน่วย: ล้านบาท)	ขนาดกลาง	ขนาดย่อม
1. กลุ่มการผลิต ได้แก่ อุตสาหกรรมการเกษตร อุตสาหกรรมการผลิต และอุตสาหกรรมเหมืองแร่	< 200	< 50
2. กลุ่มบริการต่างๆ	< 200	< 50
3. กลุ่มการค้า หรือการพาณิชย์		
- ธุรกิจค้าส่ง	< 100	< 50
- ธุรกิจค้าปลีก	< 60	< 30
ขนาดของแรงงาน (หน่วย: คน)		
1. กลุ่มการผลิต ได้แก่ อุตสาหกรรมการเกษตร อุตสาหกรรมการผลิต และอุตสาหกรรมเหมืองแร่	< 200	< 50
2. กลุ่มบริการต่างๆ	< 200	< 50
3. กลุ่มการค้า หรือการพาณิชย์		
- ธุรกิจค้าส่ง	< 100	< 25
- ธุรกิจค้าปลีก	< 60	< 15

ที่มา : ธนาคารพาณิชย์กสิกรไทย, 2556.

2.2.4 หลักประกัน

หลักประกัน หมายถึง หลักทรัพย์ที่ผู้ขอสินเชื่อใช้เป็นประกันในการชำระหนี้กับธนาคารพาณิชย์ โดยทำนิติกรรมสัญญาไว้ให้ธนาคารพาณิชย์ เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินการบังคับชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ถ้าผู้ขอเครดิตไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามเงื่อนไข

ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นว่าถึงแม้ในการพิจารณาสินเชื่อ นั้น ธนาคารพาณิชย์จะพิจารณากระแสเงินสดของกิจการในการชำระคืนเงินกู้ของลูกค้าเป็นสำคัญก็ตาม แต่ธนาคารพาณิชย์ยังต้องการหลักประกันที่มีมูลค่าเพียงพอต่อวงเงินเครดิต ดังนั้น การพิจารณาประเภทของหลักประกัน โดยเฉพาะมูลค่าของหลักประกันว่ามีมูลค่าครอบคลุมเพียงพอ สามารถรองรับวงเงินสินเชื่อที่อาจเสียหายในอนาคตได้หรือไม่ยังคงเป็นสิ่งสำคัญ

โดยหลักประกันที่เป็นสินทรัพย์ถาวร ได้แก่ อาคาร เครื่องจักร ที่ดิน และสิ่งปลูกสร้าง มักมีมูลค่าเสื่อมลง เมื่อเวลาผ่านไป และในบางครั้งไม่สามารถจำหน่ายได้ จึงทำให้การตีมูลค่าสินทรัพย์เป็นเรื่องยาก เนื่องจากการเสื่อมค่าและสภาวะทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

รายงานการประเมินราคาที่ดินอาคารพาณิชย์ได้รับจากบริษัทประเมินภายนอก จะเป็นข้อมูลที่ธนาคารพาณิชย์คาดหวังว่า สามารถแสดงสภาพที่แท้จริงของหลักประกันที่น่าเชื่อถือได้ เนื่องจากธนาคารพาณิชย์ต้องการทราบมูลค่าหลักประกันเมื่อต้องการนำออกขาย ดังนั้นหากผู้ประเมินขาดความระมัดระวังหรือนำเสนอข้อมูลที่เกินมูลค่าที่แท้จริงแล้ว รายงานการประเมินราคานั้นจะไม่มีคุณค่าแต่อย่างใด นอกจากนี้หลักประกันจะต้องถูกประเมินอย่างสม่ำเสมอเป็นระเบียบปฏิบัติ เพื่อให้ทราบมูลค่าที่แท้จริงในปัจจุบัน รวมถึงธนาคารพาณิชย์ต้องมั่นใจว่าหลักประกันมีการจดทะเบียนนิติกรรมถูกต้องตามกฎหมาย

สำหรับผู้ขอสินเชื่อขั้นต้นนั้นมักไม่มีหลักประกัน แต่ในบางกรณีผู้ขอสินเชื่ออาจเสนอการจำนองหลักทรัพย์เป็นหลักประกัน หากผู้ขอสินเชื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าต้นทุนการกู้ยืมถูกลงสำหรับลูกค้ากิจการขนาดเล็กถึงขนาดกลางที่มีภาระหนี้สูง และกิจการที่เพิ่งเริ่มดำเนินการ หรือมีผลการดำเนินงานที่ไม่ปกติ การพิจารณาให้สินเชื่อขึ้นต้องมีหลักประกัน แม้ว่ากรณีการกู้ยืมโดยมีหลักประกันนั้น กระแสเงินสดเป็นแหล่งชำระคืนเงินกู้ลำดับแรกก็ตาม นอกจากนี้หลักประกันอื่นที่ธนาคารพาณิชย์รับไว้ อาจเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ เช่น การประกันภัย และเพื่อให้มั่นใจว่าหลักทรัพย์นั้นมีได้ใช้เพื่อประกันหนี้กับสถาบันการเงินอื่น หรือถูกนำออกขายเว้นแต่กรณีขายและนำเงินชำระหนี้คืนธนาคารพาณิชย์ ธนาคารพาณิชย์ไม่ต้องการยึดหลักประกันเป็นหลักในการพิจารณาการอนุมัติสินเชื่อ เนื่องจากแหล่งชำระคืนเงินกู้ที่แท้จริงคือกระแสเงินสดของกิจการมิใช่หลักประกัน ดังนั้นหากธนาคารพาณิชย์ไม่มั่นใจว่าผู้ขอสินเชื่อจะสามารถชำระหนี้คืนได้ ธนาคารพาณิชย์จะไม่ควรพิจารณาให้เครดิตตั้งแต่แรก แต่การเชื่อว่าลูกค้าจะชำระคืนได้โดยไม่มีข้อมูลทางการเงินสนับสนุนความเชื่อนั้น ก็มีใช้เป็นเกณฑ์การให้สินเชื่อ การมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้ขอสินเชื่อเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาเครดิตก่อนการให้สินเชื่อเป็นสิ่งสำคัญ แต่เท่านั้นยังไม่พอ ธนาคารพาณิชย์ยังต้องรับข้อมูลของลูกค้าอยู่อย่างสม่ำเสมอตลอดระยะเวลาของการกู้ยืม เพื่อที่ธนาคารพาณิชย์จะได้มีเกณฑ์การประเมินคุณภาพของเงินกู้ได้อย่างต่อเนื่อง

2.2.5 การอนุมัติสินเชื่อโดยมีหลักประกัน

การพิจารณาการอนุมัติสินเชื่อโดยมีหลักประกันนั้น จะพิจารณาจากคุณภาพเครดิตของลูกค้าและวัตถุประสงค์การกู้ยืมเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต โดยส่วนใหญ่แล้วธนาคารพาณิชย์จะเรียกหลักประกันจากผู้ขอสินเชื่อที่มีวัตถุประสงค์การกู้ยืมหรือมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. การให้กู้ยืมเพื่อลงทุนในสินทรัพย์ ควรนำสินทรัพย์เป็นหลักประกันของธนาคารพาณิชย์ แม้ผู้ขอสินเชื่อจะมีอันดับเครดิตดีเยี่ยม แต่ถ้าผู้ขอสินเชื่อมีสินทรัพย์ที่ลงทุนและแนวทางการลงทุนไม่เหมาะสม อาจรับหลักประกันประเภทอื่นแทน

2. ผู้ขอสินเชื่อที่มีอันดับเครดิต (CRR) ตั้งแต่อันดับที่ 7-12 รวมถึงลูกหนี้จัดชั้นต่ำกว่ามาตรฐาน
3. ผู้ขอสินเชื่อที่ไม่สามารถจัดอันดับเครดิตได้
 - a) ธุรกิจเกี่ยวกับอาหาริมทรัพย์
 - b) ธุรกิจก่อสร้าง (รับเหมาก่อสร้างทั่วไป อาคารพักอาศัย การสร้างอาคารและโรงงานทั่วไป)
 - c) ผู้ขอสินเชื่อที่ไม่มีงบการเงิน
 - d) การกู้ในนามบุคคล
 - e) บริษัทที่ผ่านการปรับโครงสร้างหนี้ไม่เกิน 2 ปี หรือปัจจุบันเป็นหนี้เสียอยู่
4. ผู้ขอสินเชื่อที่งบการเงินไม่สะท้อนภาพที่แท้จริงของบริษัท
 - a) การให้สินเชื่อโครงการ
 - b) ธุรกิจที่เพิ่งก่อตั้ง ธุรกิจที่ยังไม่ดำเนินการผลิต / ให้บริการ
 - c) ธุรกิจที่มีการขยายสินทรัพย์รวมเพิ่มขึ้นเกินร้อยละ 40 ของสินทรัพย์รวมปีล่าสุด
 - d) Refinance ส่วนขยายงานที่ดำเนินการผลิตไม่ถึง 1 ปี

2.2.6 สินเชื่อที่ไม่ให้การสนับสนุน โดยต้องพึงระวังตามกฎหมายต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 48
2. พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 3
3. อ่างอิงหนังสือชปท. ที่ ผกช. (02) ว. 371/2551 เรื่องขอความร่วมมือปฏิบัติตามมาตรการป้องกันปราบปรามการแก่งำไรค่าเงินบาท ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2551 และหนังสือ ชปท. ที่ ผกช. (ว.) 31/2541 เรื่อง หลักเกณฑ์การปล่อยสภาพคล่องเงินบาทให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ ลงวันที่ 1 ธันวาคม 2541 โดยมีคำจำกัดดังต่อไปนี้
 - การปล่อยสภาพคล่องเงินบาท หรือสร้างภาระผูกพันใดๆ ที่มีผลให้ต้องจ่ายเงินตราต่างประเทศในอนาคตแก่ NR เช่น การให้เบิกเงินเกินบัญชี (O/D) ธุรกิจการค้าขายตราสารหนี้ที่ออกและขายโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ ธุรกิจ Derivatives การให้กู้ยืมเงินบาทโดยตรง (Direct loan เช่น Term loan, P/N)
 - ผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non-Resident : NR) หมายถึง
 - a) กิจการ สถาบัน กองทุน สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลที่ตั้งอยู่นอกประเทศไทย องค์กรของรัฐบาลต่างประเทศที่ตั้งอยู่นอกประเทศไทย

- b) สำนักงานสาขาและตัวแทนของนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศซึ่งตั้งอยู่นอกประเทศไทย
- c) บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย และไม่มีใบต่างด้าว หรือใบสำคัญถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย (ทะเบียนบ้าน อาคารชุดไม่ถือเป็นใบสำคัญถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย) ทั้งนี้ผู้มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศไม่รวมถึง
- สถานทูตไทย สถานกงสุลไทย หรือหน่วยงานของรัฐบาลไทยที่ตั้งอยู่นอกประเทศไทย
 - องค์การของรัฐบาลต่างประเทศที่ตั้งอยู่นอกประเทศไทย
 - สำนักงานสาขาและตัวแทนของนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศซึ่งตั้งอยู่นอกประเทศไทย
 - ชาวต่างชาติที่มีเลขประจำตัวประชาชนที่ขึ้นต้นด้วยเลข 8 ซึ่งหมายถึง บุคคลต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย หรือบุคคลที่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมาย
- e) ธุรกิจการค้าหรือการลงทุนในประเทศ (Underlying) ตามมาตรการการจำกัดการปล่อยสภาพคล่องเงินบาท หมายถึง กิจกรรมทางการค้า การบริการ หรือการลงทุนของผู้มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศเป็นกลุ่มเดียว
- f) ธุรกิจในเครือ หมายความว่า
- ธุรกิจที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศที่มีหุ้นในอีกนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละ 30 ของจำนวนหุ้นที่จ่ายได้แล้วทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
 - ธุรกิจที่นิติบุคคลตาม a. มีหุ้นในอีกนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละ 30 ของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
4. มติคณะกรรมการอำนวยการ ครั้งที่ 6/2542 ลงวันที่ 9 ก.พ. 2542
 5. มติคณะกรรมการอำนวยการ ครั้งที่ 3/2544 ลงวันที่ 29 มี.ค. 2544
 6. พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 49
 7. อ่างอิงหลักเกณฑ์การนับภาระเครดิต ตามนโยบายเครดิตบทที่ 6.2.1 เรื่องภาระเครดิตรวม
 8. ไม่รวมวงเงินเครดิตต่อไปนี้
 - 8.1 ให้สินเชื่อหรือก่อภาระผูกพันที่กระทรวงการคลังกำกับต้นเงินและดอกเบี้ย ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เกินจำนวนที่ได้รับการกำกับ
 - 8.2 ให้สินเชื่อหรือก่อภาระผูกพันแก่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย
 - 8.3 ลงทุนโดยการซื้อ

- a) หลักทรัพย์รัฐบาลไทย หรือ
- b) หลักทรัพย์ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย หรือ
- c) หลักทรัพย์กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน หรือ
- d) หลักทรัพย์สถาบันคุ้มครองเงินฝาก หรือ
- e) หลักทรัพย์ที่ออกโดยวิสาหกิจที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือ
- f) หลักทรัพย์ที่ค้ำประกันต้นเงินและดอกเบี้ยโดยกระทรวงการคลัง
ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน หรือสถาบัน
คุ้มครองเงินฝาก ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เกินราคาที่ตราไว้

8.4 ให้สินเชื่อ โดยมี

- a) เงินฝากของสถาบันการเงินนั้น หรือ
- b) หลักทรัพย์รัฐบาลไทย หรือ
- c) หลักทรัพย์ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย หรือ
- d) หลักทรัพย์กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน หรือ
- e) หลักทรัพย์สถาบันคุ้มครองเงินฝาก หรือ
- f) หลักทรัพย์ที่ออกโดยวิสาหกิจที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือ
- g) หลักทรัพย์ที่ค้ำประกันต้นเงินและดอกเบี้ยโดยกระทรวงการคลัง
ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน หรือสถาบัน
คุ้มครองเงินฝากเป็นประกัน ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เกินจำนวนเงินฝากที่เป็นประกันหรือราคาหลักทรัพย์ที่ ตราไว้

8.5 ค้ำประกันการขายหลักทรัพย์ตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารพาณิชย์ แห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

8.6 ให้กู้ยืมระหว่างสถาบันการเงินตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารพาณิชย์ แห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

8.7 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพันหรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการ ให้สินเชื่อที่มีความเสี่ยงน้อย หรือมีความเสี่ยงเทียบเท่าหลักทรัพย์รัฐบาล ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่ ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

8.8 ออกเล็ดเตอร์ออฟเครดิตเพื่อการค้า

- 8.9 การให้กู้ยืมระหว่างสถาบันการเงินที่เข้าลักษณะดังต่อไปนี้
 - a. การให้กู้ยืมประเภทชำระคืนเมื่อทวงถาม (Call loan) ไม่เกิน
12 เดือน เฉพาะสกุลเงินบาทแก่ธนาคารพาณิชย์หรือธนาคารพาณิชย์เพื่อรายย่อยในประเทศไทย
 - b. การให้กู้ยืมเงินประเภทมีระยะเวลา (Term loan) ไม่เกิน 12 เดือน
เฉพาะสกุลเงินบาทแก่ธนาคารพาณิชย์หรือธนาคารพาณิชย์เพื่อรายย่อยในประเทศไทย

8.10 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพันหรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการให้สินเชื่อที่มีความเสี่ยงน้อยที่เข้าลักษณะต่อไปนี้

a. การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพันหรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการให้สินเชื่อแก่กระทรวงการคลัง หรือส่วนราชการอื่นใด หรือการลงทุนในหลักทรัพย์ที่ออกโดยกระทรวงการคลัง

b. การก่อภาระผูกพัน หรือการธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการให้สินเชื่อ โดยมีเงินฝากที่ธนาคารพาณิชย์ หลักทรัพย์รัฐบาลไทย หลักทรัพย์ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย หลักทรัพย์กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน หรือ หลักทรัพย์สถาบันคุ้มครองเงินฝาก หลักทรัพย์ที่ออกโดยกระทรวงการคลัง หรือรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือ หลักทรัพย์ที่ค้ำประกันต้นเงินและดอกเบี้ยโดยกระทรวงการคลัง ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน หรือสถาบันคุ้มครองเงินฝากเป็นประกัน ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เกินจำนวนเงินฝากที่เป็นประกันหรือราคาหลักทรัพย์ที่ตราไว้

c. การให้สินเชื่อโดยมีหรือลงทุนในหลักทรัพย์รัฐบาลต่างประเทศที่มีน้ำหนักความเสี่ยง 0 ตามประกาศธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย ว่าด้วยหลักเกณฑ์การคำนวณสินทรัพย์เสี่ยงด้านเครดิตสำหรับธนาคารพาณิชย์ประกันเต็มจำนวน

d. การให้สินเชื่อ ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการให้สินเชื่อ ที่มีตัวแลกเงินหรือตัวสัญญาใช้เงินของสถาบันการเงินนั้น หรือเงินสดเป็นประกัน

e. การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการให้สินเชื่อที่เป็นเงินตราต่างประเทศแก่บุคคลที่มีภูมิลำเนาในประเทศไทย โดยสำนักงานใหญ่ หรือสาขาอื่นที่อยู่ในต่างประเทศของธนาคารพาณิชย์ที่ตั้งอยู่ต่างประเทศและมีสาขาที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย

f. การให้สินเชื่อ ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายการให้สินเชื่อที่ได้รับการค้ำประกันจากสถาบันการเงินอื่น สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือสถาบันการเงินในต่างประเทศ

g. ภาระผูกพันตามสัญญารับประกันการจำหน่ายตราสารแสดงสิทธิในหนี้ที่ออกโดยรัฐบาลไทย กระทรวงการคลัง ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน หรือสถาบันคุ้มครองเงินฝาก หรือรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น แบบรับประกันทั้งจำนวน (Firm underwrite)

9. การให้สินเชื่อ หรือลงทุน หรือก่อภาระผูกพันใด รวมกับการรับประกันการจำหน่ายตราสารในกรณีต่อไปนี้สามารถให้เกินร้อยละ 18.75 แต่ต้องไม่เกินร้อยละ 37.5 ของเงินกองทุนชั้นที่ 1 ของธนาคารพาณิชย์ในระหว่างวันที่ทำสัญญารับประกันการจำหน่ายจนถึงปิดการขาย

a. การรับประกันการจำหน่ายตราสารแสดงสิทธิในหนี้แบบรับประกัน
ทั้งจำนวน (Firm underwrite) ตามตราสารต่อไปนี้

- หุ้นกู้หรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้ที่ออกเพื่อระดมทุนจาก
ประชาชนหรือบุคคลใดๆที่ได้รับการจัดอันดับ AA หรือเทียบเท่าขึ้นไป โดยสถาบันการจัดอันดับ
ความน่าเชื่อถือที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และ
ตลาดหลักทรัพย์

- หุ้นกู้หรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้ที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์หรือ
บริษัทเงินทุน

b. ภาวะผูกพันตามสัญญารับประกันการจำหน่ายตราสารแสดงสิทธิในหนี้
ตาม a. เมื่อนับรวมกับจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่
มีลักษณะการให้สินเชื่อต้องมีมูลค่าไม่เกินร้อยละ 50 ของเงินกองทุน โดยให้นับแต่ธนาคารพาณิชย์
ทำสัญญารับประกันการจำหน่ายจนถึงวันปิดการเสนอขาย และในกรณีที่ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถ
จำหน่าย จำเป็นต้องลงทุน หรือให้สินเชื่อเพื่อซื้อตราสารดังกล่าว ให้จำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้
สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อได้ไม่เกินร้อยละ 50
ของเงินกองทุนเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 เดือนนับแต่วันปิดการเสนอขายตราสารนั้น

10. ไม่รวมการทำธุรกรรมดังต่อไปนี้ (ประกาศ ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย
ปี พ.ศ. 2551 เรื่อง การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่
ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือแก่กิจการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง)

10.1 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะ
การให้สินเชื่อแก่ส่วนราชการ หรือกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน

10.2 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะ
การให้สินเชื่อแก่บริษัทที่ส่วนราชการ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ถือหุ้น
เกินร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทจำกัดนั้น หรือนิติบุคคลที่ส่วนราชการ
มีอำนาจควบคุมกิจการทั้งทางตรงและทางอ้อม

10.3 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้
สินเชื่อแก่กองทุนรวมที่จัดตั้งขึ้นโดยส่วนของราชการ

10.4 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้
สินเชื่อโดยมีหลักประกันเต็มจำนวนเป็นเงินสด เงินฝากที่สถาบันการเงินนั้น ตัวเงินที่ออกโดยสถาบัน
การเงินนั้น หลักทรัพย์รัฐบาลไทยที่ปลอดภาระผูกพัน และโอนเปลี่ยนมือได้ หรือหลักทรัพย์ที่ออก
โดยกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ทั้งนี้ การตีราคาหลักทรัพย์ให้ถือเอามูลค่าที่
ตราไว้ของหลักทรัพย์หรือตราสารนั้น

10.5 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อในบริษัทที่เกี่ยวข้องกับสถาบันการเงินอันเนื่องมาจากการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ในบริษัทที่สถาบันการเงิน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกิจการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องไม่ได้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในธุรกิจนั้นก่อนการปรับโครงสร้างหนี้

ส่วนในกรณีที่สถาบันการเงิน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกิจการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับธุรกิจดังกล่าวก่อนการปรับโครงสร้างหนี้ หรือเป็นการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ภายหลังที่สถาบันการเงิน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกิจการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องเนื่องจากการปรับโครงสร้างหนี้ หากมีความจำเป็นต้องให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อเพิ่มจนเกินอัตราที่กำหนด (เกินปริมาณเกินสมควร) จะต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทยก่อน

10.6 การก่อภาระผูกพันตามสัญญาอนุพันธ์กับสาขาของธนาคารพาณิชย์ที่อยู่ในต่างประเทศของธนาคารพาณิชย์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริหารความเสี่ยงของธุรกรรมอนุพันธ์ที่ธนาคารพาณิชย์ทำไว้กับบุคคลอื่น

10.7 การให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่บริษัทในกลุ่มธุรกิจทางการเงินของธนาคารพาณิชย์ (เฉพาะกลุ่มธุรกิจทางการเงินของธนาคารพาณิชย์)

11. การพิจารณาจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่บุคคลรวมกันหลายคนในโครงการหนึ่งโครงการใด หรือเพื่อใช้ในวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ให้พิจารณาฐานะการเงินและความสามารถในการชำระหนี้ของกลุ่มลูกหนี้ว่ามีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด (Financial interdependence) จนเสมือนเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการให้สินเชื่อแก่บุคคลเดียวกัน (Single risk) เป็นสำคัญ

12. การนับปริมาณธุรกรรมกับลูกหนี้รายใหญ่ จะไม่นับรวมถึงเงินที่เกิดจากการให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่บริษัทลูกในกลุ่มธุรกิจทางการเงินที่บริษัทแม่ได้หักเงินลงทุนในบริษัทลูกดังกล่าวออกจากเงินกองทุนของกลุ่มธุรกิจทางการเงินตาม a. และ b. แล้ว และจะไม่นับรวมเงินลงทุนในบริษัทนอกกลุ่มธุรกิจทางการเงินที่บริษัทแม่ได้นำเงินลงทุนในบริษัทนั้นไปหักออกจากเงินกองทุนของกลุ่มธุรกิจทางการเงินตาม c. แล้ว

a. เงินลงทุนในบริษัทลูกในกลุ่มธุรกิจทางการเงินที่ประกอบธุรกิจประกันภัย และธุรกิจประกันชีวิตในทุกกรณี (แม้ว่าบริษัทแม่ถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปก็ตาม)

b. เงินลงทุนในบริษัทลูกในกลุ่มธุรกิจทางการเงินที่บริษัทแม่ถือหุ้นทางตรง และ/หรือถือหุ้นทางอ้อม รวมถึงหุ้นที่ถือโดยผู้ที่เกี่ยวข้องที่เกินร้อยละ 10 แต่ไม่เกินร้อยละ 50 ของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทนั้น

c. เงินลงทุนในบริษัทนอกกลุ่มธุรกิจทางการเงินทั้งหมดที่ถือหุ้นเกินร้อยละ 10 ของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทนั้น ยกเว้นเงินลงทุนในบริษัทดังต่อไปนี้

ก. บริษัทที่ประกอบธุรกิจสนับสนุน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานของสถาบันการเงินและระบบสถาบันการเงินโดยรวม เช่น บริษัทข้อมูลเครดิตแห่งชาติ บริษัท เนชั่นแนลไอทีเอ็มเอ็กซ์ บริษัท S.W.I.F.T. และบริษัทไทยเรตติ้งอินฟอร์เมชัน เซอร์วิส เป็นต้น

ข. บริษัทที่ได้มาจากการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ การชำระหนี้ การบังคับชำระหนี้ หรือการประกันการให้สินเชื่อที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย

ค. บริษัทที่อยู่ระหว่างการชำระบัญชี

13. หลักเกณฑ์การผ่อนผัน

a. ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทยจะพิจารณาผ่อนผันการให้สินเชื่อลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่กลุ่มธุรกิจที่มีศักยภาพ หรือมีฐานะกิจการที่มั่นคงเกินกว่าอัตราที่กำหนดเป็นรายการหนี้ ซึ่งกรณีที่จะเข้าข่ายได้รับการพิจารณาผ่อนผันจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. วงเงินที่ขอผ่อนผันสำหรับกลุ่มธุรกิจหนึ่งธุรกิจใดไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ต้องเป็นการให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่นิติบุคคลที่ได้รับการจัดอันดับเครดิตไม่ต่ำกว่าระดับ BBB+ หรือเทียบเท่า โดยสถาบันการจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่ได้รับการเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือสถาบันการจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่ได้รับการยอมรับในสากล ทั้งนี้ การจัดอันดับดังกล่าวจะต้องเป็นผลการประเมินล่าสุดในระยะเวลาไม่เกินกว่า 1 ปี หรือนิติบุคคลที่มีผลกำไรจากการดำเนินงานตามงบการเงินที่ผู้สอบบัญชีรับรองปีล่าสุดย้อนหลังติดต่อกันไม่น้อยกว่า 2 ปี ทั้งนี้ วงเงินดังกล่าวไม่รวมวงเงินที่ให้แก่นิติบุคคลรายที่ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ตามเกณฑ์ที่ธนาคารพาณิชย์ประเทศไทยกำหนด

ข. นิติบุคคลในกลุ่มที่จะได้รับสินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อต้องมีรายได้ที่ได้รับจากบริษัทอื่นๆในกลุ่มรวมกันไม่เกินกว่าร้อยละ 50 ของรายได้ของธุรกิจในกลุ่มรวมกันทั้งสิ้น โดยพิจารณาจากงบการเงินที่ผู้สอบบัญชีรับรองปีล่าสุด

ค. นิติบุคคลในกลุ่มที่จะได้รับสินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อต้องมีรายได้ที่ได้จากผลประกอบการในประเภทธุรกิจเดียวกันรวมกันไม่เกินกว่าร้อยละ 50 ของรายได้รวมทั้งสิ้นของธุรกิจในกลุ่มที่จะได้รับสินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรมที่มีลักษณะการให้สินเชื่อดังกล่าว โดยพิจารณาจากงบการเงินที่ผู้สอบบัญชีรับรองปีล่าสุด

ทั้งนี้ประเภทธุรกิจเดียวกันอาจใช้รหัสตามมาตรฐานที่กำหนดใน
แนวทางการจัดประเภทอุตสาหกรรมตามกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (ISIC-BOT) ที่มีหมวดหลักและ
หมวดย่อย 3 ระดับเดียวกันประกอบการพิจารณาจัดประเภทธุรกิจดังกล่าว หลักเกณฑ์ตาม ข.
และ ค. นี้ไม่รวมถึงนิติบุคคลที่เป็นรัฐวิสาหกิจที่ประกอบกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน

b. การขอผ่อนผันการให้สินเชื่อ ลงทุน ก่อภาระผูกพัน หรือทำธุรกรรม
ที่มีลักษณะการให้สินเชื่อแก่กลุ่มธุรกิจดังกล่าว สถาบันการเงินต้องจัดส่งแบบคำขออนุญาตผ่อนผัน
และเอกสารประกอบที่ธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทยกำหนดล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน
ทั้งนี้ สถาบันการเงินต้องรับผิดชอบในความถูกต้องและครบถ้วนของข้อมูลและเอกสารประกอบ

14. อาวุธและยุทธโศปกรณ์ หมายถึง

- a. อาวุธ หรือวัสดุใดๆที่เกี่ยวข้องกับอาวุธ
- b. เครื่องกระสุนปืน
- c. ยานพาหนะทางทหารและอุปกรณ์
- d. อุปกรณ์เสริมทางทหาร รวมถึงอะไหล่ของสิ่งของดังกล่าว

2.2.7 คุณสมบัติของทรัพย์สินที่ธนาคารพาณิชย์รับไว้เป็นหลักประกัน

1. ธนาคารพาณิชย์ต้องมีบุริมสิทธิเหนือหลักประกัน หมายถึง ทรัพย์สินที่ธนาคาร
พาณิชย์รับเป็นหลักประกันต้องสามารถทำนิติกรรมตามกฎหมายเพื่อให้ธนาคารพาณิชย์มีสิทธิ
เหนือทรัพย์สินนั้นได้ถูกต้องตามกฎหมาย และธนาคารพาณิชย์สามารถใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้
จากหลักประกัน แต่ไม่สามารถรับเอกสารประเภทการมอบอำนาจจำนองหรือมอบอำนาจจำนำ
เป็นหลักประกันได้

2. การประเมินราคาหลักประกัน หมายถึง ทรัพย์สินต้องสามารถประเมินราคาได้
อย่างโปร่งใสและยุติธรรม โดยธนาคารพาณิชย์สามารถอ้างอิงราคาได้จากแหล่งข้อมูลที่ยอมรับ เช่น
ราคาหลักทรัพย์ที่ประกาศในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หรือราคาตราสารหนี้ในตลาดซื้อขาย
ตราสารหนี้ไทย สำหรับทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์จะต้องใช้ราคาที่บริษัทประเมินราคาที่เป็น
คู่สัญญาของธนาคารพาณิชย์ประเมินให้ และข้อมูลที่ได้จากการประเมินจะต้องได้รับการรับรองจาก
หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อมูลนั้นถูกต้องและน่าเชื่อถือได้ ในกรณีที่เป็นที่ดินในต่างจังหวัดที่ไม่มี
บริษัทประเมินราคาให้บริการ สาขาของธนาคารพาณิชย์สามารถทำการประเมินเองและให้สำนักงานเขต
รับรองราคาให้ได้

3. สภาพคล่องของหลักประกัน หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นที่ต้องการของตลาด
และมีตลาดรองรับในการขายและแปลงสภาพได้ และมีค่าความผันผวนของราคาต่ำ

4. ความรับผิดชอบของธนาคารพาณิชย์ต่อหลักประกัน หมายถึง ความรับผิดชอบที่ธนาคารพาณิชย์ต้องคำนึงถึงเมื่อธนาคารพาณิชย์ได้รับทรัพย์สินนั้นๆเป็นหลักประกัน เช่น ค่าใช้จ่ายและความรับผิดชอบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น

5. ครอบคลุมระยะเวลาการกู้ยืม หมายถึง หลักประกันที่ธนาคารพาณิชย์รับเป็นหลักประกันจะต้องนำมาวางเป็นหลักประกันตลอดอายุของภาระหนี้และต้องมีอายุการใช้งานครอบคลุมระยะเวลาการกู้ยืมเงิน

2.2.8 การจำนองหลักประกัน

การจำนองหลักประกัน หมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้จำนอง” (ลูกหนี้) เอาทรัพย์สินตราไว้แก่ บุคคลหนึ่ง เรียกว่า “ผู้รับจำนอง” (ธนาคารพาณิชย์) เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยผู้จำนองไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองแก่ผู้รับจำนองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สัญญาจำนองต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่กรมที่ดินเพื่อให้ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิเหนือหลักประกัน ถ้าไม่จดทะเบียนนิติกรรมตกเป็นโมฆะ เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์มีบุริมสิทธิตามกฎหมาย โดยมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่นๆ

ข้อพิจารณา

1. ทรัพย์สินที่จำนองต้องสามารถจำนองได้ตามกฎหมาย
2. บุคคลที่จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินและมีความสามารถตามกฎหมายที่จะจำนองได้
3. ตรวจสอบในสารบัญญัตจดทะเบียนว่าทรัพย์สินที่จะจำนองมีภาระติดพันหรือไม่ เช่น การเช่า ภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน ถ้ามีต้องได้อนุมัติเสียก่อนจึงจะสามารถจำนองได้
4. สัญญาจำนองต้องระบุว่ารับประกันหนี้บุคคลใดและครอบคลุมถึงหนี้ที่มีอยู่ในปัจจุบัน และที่จะเกิดในภายภาคหน้าด้วย

การจำนองลำดับสอง สาม สี่ หมายถึง สัญญาจำนองที่เป็นประกันหนี้แก่เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ต่างรายกัน โดยใช้หลักประกันเดิมแต่ทำสัญญาจำนองในลำดับถัดไปซึ่งผลของสัญญาจำนองลำดับสองจะมีบุริมสิทธิหลังจากเจ้าหนี้ที่จำนองลำดับหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สัญญาจำนองต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่กรมที่ดินเพื่อให้ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิเพิ่มขึ้นเหนือหลักประกัน ถ้าไม่จดทะเบียนนิติกรรมตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้เพื่อให้ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ต่าง รายกันต้องการนำทรัพย์สินที่จำนองไว้แล้ว (ลำดับ 1,2,...) กับเจ้าหนี้รายอื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือกว่ามาจำนองเป็นประกันลูกหนี้หรือเจ้าหนี้รายใหม่ ซึ่งต้องจดทะเบียนจำนองในลำดับถัดไป

ข้อพิจารณา

1. ธนาคารพาณิชย์จะพิจารณาอนุมัติให้ลูกค้าจำนองในลำดับสอง สาม สี่ นั้น ต้องเป็นกรณีที่ถูกค่าต่างรายนั้นเป็นกลุ่มบริษัทในเครือเดียวกัน
2. นโยบายธนาคารพาณิชย์ไม่อนุโลมให้นำหลักประกันที่จดจำนองกับธนาคารไว้ในลำดับหนึ่งไปเป็นหลักประกันจดจำนองลำดับสองและลำดับที่ต่ำกว่ากับเจ้าหนี้อื่นๆ

2.2.9 หลักทรัพย์ที่ธนาคารต้องตรวจสอบและประเมินราคา

โดยทั่วไปจะแบ่งหลักประกันตามหลักกฎหมายได้เป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ โดยอ้างอิงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บางมาตรา ดังนี้

1. อสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 100 ได้แก่
 - 1.1 ที่ดิน หมายถึง ที่ดินทั่วไป รวมถึงภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง
 - 1.2 ทรัพย์สินอันติดกับที่ดิน
 - 1.2.1 ทรัพย์ที่เกิดหรือติดกับที่ดินโดยธรรมชาติ เช่น ไม้ยืนต้น ไม้ใช้ธัญชาติอายุไม่เกิน 3 ปี เช่น ข้าวเปลือก
 - 1.2.2 ทรัพย์ที่ติดกับที่ดินโดยมีผู้นำมาติด เช่น ตึก บ้าน เจดีย์ อนุสาวรีย์ เป็นต้น
 - 1.3 ทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน คือ ทรัพย์ที่เป็นส่วนรวม หรือประกอบเป็นพื้นดิน เช่น แม่น้ำ ลำคลอง ไร่ธาตุ กรวดทราย ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ
 - 1.4 สิทธิอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน
 - 1.4.1 สิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยตรง เช่น สิทธิครอบครอง สิทธิได้ดอกผล สิทธิใช้สอย
 - 1.4.2 สิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยอ้อม เป็นสิทธิเกี่ยวกับสินทรัพย์ฝ่ายอื่นๆ ซึ่งติดกับที่ดินอีกทอดหนึ่ง เช่น บ้าน นำบ้านไปจำนอง สิทธิจำนองบ้านถือเป็นสิทธิเกี่ยวกับที่ดินด้วย
2. สังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 101 ได้แก่
 - 2.1 ทรัพย์ที่อาจขนเคลื่อนจากแห่งหนึ่งไปแห่งอื่นได้ โดยไม่เสียรูปทรงหรือรูปลักษณะของทรัพย์นั้น เช่น ช้าง ม้า วัว ควาย โตะ แก้อี้ รถยนต์ จะเคลื่อนได้ด้วยตัวเอง หรือกำลังภายนอกมาทำให้เคลื่อนที่ก็ได้

2.2 กำลังแรงแห่งธรรมชาติที่อาจถือเอาได้และอาจมีราคาได้ด้วย เช่น พลังน้ำตก พลังไอน้ำ แก๊ส เป็นต้น

2.3 สิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ เช่น กรรมสิทธิ์หรือ สิทธิครอบครองในสังหาริมทรัพย์ เช่น เป็นกรรมสิทธิ์เจ้าของ ช่าง ม้า วัว ควาย เป็นต้น นอกจากนั้นก็ มีลิขสิทธิ์เครื่องหมายการค้า สิทธิในหุ้นส่วน (สิทธินอกจากนี้ไม่มีตัวทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ มาเกี่ยว) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 103 กล่าวว่า อสังหาริมทรัพย์จำนองได้ ส่วนสังหาริมทรัพย์ เช่น เรือกำปั่น เรือกลไฟ เรือยนต์ตั้งแต่ 5 ตัน สัตว์พาหนะ เครื่องจักรกลนั้นก็อาจ จำนองได้ แต่ปกติจะเป็นการจำนำ

การจำนองต่างจากการจำนำตรงที่ ถ้าจำนองเจ้าของหรือลูกหนี้ยังคงใช้ ทรัพย์สินนั้นได้ แต่ถ้าเป็นการจำนำ จะต้องส่งทรัพย์สินนั้นให้กับเจ้าหนี้ เจ้าของเดิมจะไม่มีสิทธิใช้ ทรัพย์สินนั้น

นอกจากนี้ผู้ประเมินต้องมีความเข้าใจเรื่องที่ดิน เพราะเป็นหลักประกันที่ ต้องสำรวจ และประเมินราคาอยู่เสมอ ที่ดินสามารถแบ่งอย่างกว้างๆได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

1. ที่ดินของเอกชน คือ ที่ดินที่เอกชนครอบครองอยู่และมีกรรมสิทธิ์ตาม ประมวลกฎหมายที่ดิน แบ่งย่อยๆได้ดังนี้

1.1 ที่ดินมือเปล่า หมายถึง ที่ดินที่ยังไม่มีกรรมสิทธิ์เจ้าของ แต่มีสิทธิ ครอบครองในที่ดินเท่านั้น ได้แก่บุคคลที่ครอบครองที่ดินดังต่อไปนี้

1.1.1 บุคคลที่มีการจ้างแบบการครอบครอง หรือ สค.1

1.1.2 บุคคลที่มีใบเหยียบย่ำ

1.1.3 บุคคลที่มีใบจอง (น.ส.2)

1.1.4 บุคคลที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (นส. 3 นส.3ก.)

1.1.5 บุคคลที่มีหลักฐานที่ได้รับการจัดสรรที่ดินเพื่อการครองชีพ ตามพระราชบัญญัติการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ 2511 มีหลักฐานคือ น.ค.3

1.1.6 บุคคลผู้ตกค้างการจ้างการครอบครองที่ดิน คือ ผู้ที่ไม่ได้ จ้าง ส.ค.1

1.1.7 บุคคลผู้ครอบครองที่ดินของรัฐโดยผลการเมื่อใช้ประมวล กฎหมายที่ดินแล้ว

1.1.8 บุคคลที่มีใบไต่สวน (น.ส.5)

1.2 ที่ดินมีกรรมสิทธิ์ ได้แก่ ที่ดินที่มีหนังสือสำคัญในที่ดินดังต่อไปนี้ คือ

1.2.1 โฉนดแผนที่

1.2.2 โฉนดตราจอง

1.2.3 ตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว

1.2.4 โฉนดที่ดิน

นอกจากนี้ ยังมีบ้านและที่สวนตามกฎหมายลักษณะ
เบ็ดเสร็จ ซึ่งเป็นบ้านและสวนที่ทำมาก่อนปี พ.ศ. 2475 ถือเป็นที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน แม้จะ
ไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ก็ตาม

1.3 ที่ดินเอกชนครอบครองหรือมีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่
ประมวลกฎหมายที่ดิน

1.3.1 บุคคลที่ครอบครองตามเอกสารสิทธิ์ ส.ป.ก. 4-01 ออกโดย
สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (โอนขายไม่ได้เว้นแต่ตกทอดทางมรดก)

1.3.2 บุคคลที่ครอบครองตามเอกสารสิทธิ์ทำกิน (ส.ท.ก.)
ของกรมป่าไม้ออกหนังสืออนุญาตให้ทำกินขนาด 15 ไร่ (โอนขายไม่ได้เว้นแต่ตกทอดทางมรดก)

1.3.3 บุคคลที่ครอบครองตามหนังสือแสดงการทำประโยชน์
(น.ค.3) ออกโดยกรมประชาสัมพันธ์โดยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ
พ.ศ. 2511 ในรูปนิคมสหกรณ์ทำกิน 5 ปีก่อน จึงออก น.ส.3 หรือโฉนดให้ และหากเป็น น.ส.3 หรือ
โฉนดอยู่แล้วต้องถือครอบครองมาแล้วอีก 5 ปี ถึงจะโอนขายได้ (แต่ไม่ห้ามตกทอดทางมรดกก่อน
เวลากำหนด)

1.3.4 ภ.บ.พ. 5 ในการชำระภาษีบำรุงท้องที่ ไม่ใช่เอกสาร
การถือครองที่ดิน เป็นเพียงใบเสียภาษีในการทำมาหากินทางกรรมการปกครองออกใบเสร็จให้

2. ที่ดินของรัฐ เป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์นำมาจำนองกับธนาคารไม่ได้
ได้แก่

2.1 ที่ดินรกร้างว่างเปล่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 1304 (1) หมายถึง ที่ดินที่ยังไม่ได้ออกโฉนดให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ใด ที่ดินที่มีผู้จับจองขอทำ
ประโยชน์แล้วไม่เป็นที่รกร้างว่างเปล่า ที่ดินรกร้างว่างเปล่าเป็นทรัพย์สินสมบัติของแผ่นดิน
ชนิดพิเศษที่สามารถโอนให้เอกชนได้ โดยปฏิบัติการถูกต้องตามกฎหมายที่ดิน (เช่น ครอบครอง
ที่ดินรกร้างว่างเปล่ามาก่อนหน้าการประกาศการใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้จับจอง
โดยถูกต้อง เช่น ใบเหี้ยบย่ำ หรือตราจองเมื่อกฎหมายที่ดินได้ประกาศใช้แล้วได้แจ้ง ส.ค. 1
ต่อเจ้าหน้าที่ โดยผู้มีสิทธิต้องได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้ว)

2.2 ทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์มาตรา 1304 (2) ประกอบด้วย

2.2.1 ที่ดินชายตลิ่ง

2.2.2 ที่ชายทะเล

2.2.3 ทางน้ำ เช่น แม่น้ำ ลำคลอง คู

2.2.4 ทะเลสาบ

2.2.5 หนองน้ำสาธารณะ

2.2.6 ที่เลี้ยงสัตว์สาธารณะ

2.2.7 ป่าช้าสาธารณะ

2.2.8 ทางหลวง

2.3 ทรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ที่ไม่ใช่ทรัพยากร
สมบัติของแผ่นดินประเภทที่รกร้างว่างเปล่า และไม่ใช่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ประเภทพลเมือง
ใช้ร่วมกัน เช่น

2.3.1 สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เช่น ศาลากลางจังหวัด
สถานีตำรวจ

2.3.2 ทรัพย์สินของแผ่นดินประเภททรัพย์สินธรรมดา เช่น
เงินภาษีอากรคงค้าง รัฐบาลยึดที่มาเป็นของรัฐ และรัฐบาลยังไม่ได้นำมาใช้เป็นสถานที่ทำการใด

2.4 สาธารณะสมบัติของแผ่นดินประเภทสงวน หรือหวงห้าม
ในปัจจุบันการหวงห้ามในที่ดินมีในกฎหมายดังต่อไปนี้

2.4.1 ประมวลกฎหมายที่ดิน ม.9 มาตรา 20 (3) เป็นต้น

2.4.2 ตามกฎหมายพิเศษ เช่น กฎหมายว่าด้วยทางหลวงให้
รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม มีอำนาจประกาศหวงห้ามที่ดินสองข้างทางของทางหลวง
เพื่อใช้เป็นประโยชน์แก่ทางการได้

โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่าธนาคารจะพิจารณาหลักประกัน
เพื่อนำมาเป็นสินทรัพย์ค้ำประกันนั้นได้ จะต้องเป็นที่ดินของเอกชนเท่านั้น

การรวบรวมผลการศึกษจากต่างประเทศ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีทรัพย์สินจำนอง ตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจำนอง

ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่ใช้ในการบังคับชำระหนี้จากสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน (Security Interest) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผู้กู้ตกลงในสัญญาหลักประกันว่าผู้ให้กู้จะถือเอาหลักทรัพย์ที่เป็นของผู้กู้ ถ้าหากผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้เงินกู้ โดยแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามมาตรา 9 (Article 9) ของ Uniform Commercial Code (UCC) ซึ่งควบคุมดูแลสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันในสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) ได้ถูกนำไปปรับใช้กับทุกรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา อีกประเภทคือการจำนองสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ

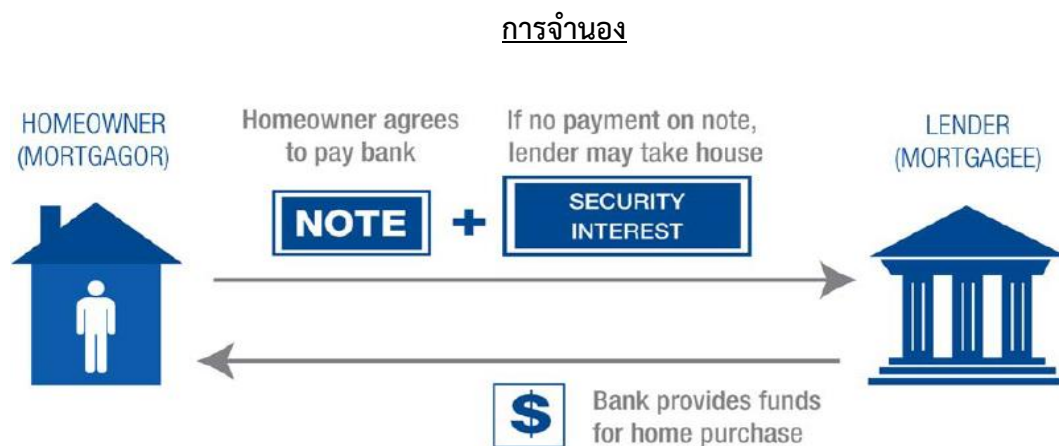
ความหมายของคำว่า Mortgage ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐขึ้นอยู่กับว่ารัฐใดจะยึดถือทฤษฎีใดเป็นหลัก โดยมีทฤษฎีหลัก 3 ทฤษฎี คือ

1. Title Theory เป็นแนวคิดที่มีที่มาจากประเทศอังกฤษ โดยที่ผู้รับจำนอง (Mortgagee) ได้รับสิทธิทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ในทรัพย์สินที่ตนรับเป็นหลักประกัน นับตั้งแต่วันที่ได้มีการทำสัญญา กล่าวคือ ได้รับทั้งกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่สิทธิดังกล่าวสามารถที่จะโอนกลับไปยังลูกหนี้หรือผู้จำนอง (Mortgager) ได้ หากมีการชำระหนี้ประธานที่ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกัน

2. Lien Theory ตามแนวคิดนี้ เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองมีแต่เพียงสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่านั้น หรือเรียกว่า security interest อันมีผลให้ผู้รับจำนองมีสิทธิในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ ของผู้จำนอง แต่ผู้รับจำนองไม่ได้กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยผู้รับจำนองจะมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินได้ต่อเมื่อได้มีการบังคับหลักประกันแล้วเท่านั้น

3. Intermediate Theory เป็นแนวคิดผสมระหว่าง Title Theory และ Lien Theory โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะได้เพียงสิทธิเหนือทรัพย์สินที่รับเป็นหลักประกัน แต่มีข้อแตกต่างคือสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินได้ตั้งแต่วันที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ไม่ต้องรอไปถึงเวลาที่เจ้าหนี้จะบังคับหลักประกัน

ปัจจุบันในหลายมลรัฐส่วนใหญ่มีแนวปฏิบัติตาม Lien Theory และ Intermediate Theory ได้รับความนิยมนองลงมา¹¹⁹ โดยในหลายๆรัฐให้การยอมรับว่าการจำนองเป็นเรื่องของสิทธิยึดเหนี่ยวที่ไม่ก่อให้เกิดกรรมสิทธิ์ และถือว่าการจำนองเป็นการให้หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะอย่าง เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ หรือเพื่อเป็นการปฏิบัติตามสัญญาในรูปแบบใดๆ



ที่มา: An Overview of the Home Foreclosure Process, Federal Housing Finance Agency, Office of Inspector General, 3. http://fhfaoig1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf

¹¹⁹ กฎหมายต่างประเทศ. [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก : http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content_1/detail/th/7619/7619.doc. เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2557.

โดยหลักทั่วไปการจำนองคือการเป็นหนี้ระหว่างกัน ซึ่งมีเอกสารสำคัญ 2 ประเภท คือ

(1) ตัวเงิน (Note) หรือตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ซึ่งเป็นเอกสารที่ลูกหนี้ตกลงที่จะชำระเงินคืนให้แก่เจ้าหนี้ เป็นเอกสารที่แสดงถึงหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ตัวเงินดังกล่าวอาจเป็นชนิดเปลี่ยนมือได้ (Negotiable Note) หรือชนิดเปลี่ยนมือไม่ได้ (Nonnegotiable Note) และอาจเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยได้ (Recourse Note) หรือเป็นประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ (Nonrecourse Note) สำหรับตัวเงินประเภทไล่เบี้ยได้ ลูกหนี้ผู้ออกตัวต้องรับที่จะใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ครบตามจำนวนหนี้ประธาน หากมีการบังคับจำนองแล้วเงินที่ได้จากการจำนองไม่พอชำระหนี้ประธานตามตัวเงิน สำหรับตัวเงินประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ประธานตามตัวเงิน ลูกหนี้ผู้ออกตัวไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด¹²⁰

(2) สัญญาจำนอง หรือเอกสารที่ลูกหนี้ผู้จำนองมอบให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อเป็นภาระผูกพัน (Lien) ให้ผู้รับจำนองมีทรัพย์สินในตัวทรัพย์สินที่จำนองจนกว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้คืนจนครบ ซึ่งแต่ละรัฐจะมีรูปแบบการให้หลักประกันที่แตกต่างกันไป โดยหลักๆจะมี 2 รูปแบบ คือ สัญญาจำนอง (Mortgage) หรือหนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ (Deed of Trust)¹²¹

การจำนองเป็นการให้หลักประกันการชำระหนี้ตามหนี้ประธานในตัวเงินที่ให้กับเจ้าหนี้ โดยสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือ ระบุชื่อสัญญา บรรยายลักษณะทรัพย์สินที่จำนอง และคำรับรองคำประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ ระบุสิทธิ (Words of Grant) และต้องทำการจดทะเบียนการจำนองตามฟอร์มที่กฎหมายกำหนด โดยผู้จำนองต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง (ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง) และส่งมอบสัญญาจำนองที่ลงนามแล้วให้แก่ผู้รับจำนองเก็บรักษาไว้¹²²

การจำนองเกี่ยวพันกับการโอนผลประโยชน์ในที่ดินในฐานะที่เป็นหลักประกันสำหรับการกู้ยืมหรือซื้อผูกพันตามสัญญาอื่นๆ ซึ่งเป็นวิธีการปกติในการดำเนินการทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ผู้จำนอง (Mortgagor) คือฝ่ายที่จะทำการโอนผลประโยชน์ในที่ดิน ส่วนผู้รับจำนอง (Mortgagee) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสถาบันการเงินเป็นผู้จัดหาเงินกู้หรือสิทธิประโยชน์อื่นๆให้เป็นการแลกเปลี่ยนสำหรับสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน โดยปกติหนี้จำนองจะถูกจ่ายเป็นงวดๆซึ่งรวมถึงดอกเบี้ยและการจ่ายตามจำนวนที่ได้มีการกู้ยืมกัน ผลของการละเลยไม่จ่ายหนี้ตามกำหนดคือการบังคับจำนอง (Foreclosure) การบังคับจำนองอนุญาตให้ผู้รับจำนองแสดงจำนวนหนี้ทั้งหมดที่ถึง

¹²⁰ ดุษฎี จันทรปริดา, ข้อตกลงในสัญญาจำนอง : พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานพนธ์ปริญา มหาบัณฑิต ภาควิชาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546, หน้า 118-120.

¹²¹ ดุษฎี จันทรปริดา, ข้อตกลงในสัญญาจำนอง : พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานพนธ์ปริญา มหาบัณฑิต ภาควิชาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546, หน้า 118-119.

¹²² ดุษฎี จันทรปริดา, ข้อตกลงในสัญญาจำนอง : พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานพนธ์ปริญา มหาบัณฑิต ภาควิชาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546, หน้า 120-122.

กำหนดชำระและจ่ายคืนในทันที การผัดนัดชำระหนี้จำนองจะถูกบังคับจำนองในทันที โดยจะทำการยึดหลักทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน และนำออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้จำนองที่เหลือ กระบวนการบังคับจำนองขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐและเงื่อนไขของการจำนอง กระบวนการปกติคือการบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการศาล (Judicial Foreclosure) หรือการให้อำนาจแก่ผู้รับจำนองในการขายทรัพย์สิน (Power of Sale / Non-Judicial Foreclosure) ในหลายๆรัฐ ได้บัญญัติข้อความในสัญญาที่กำหนดให้หนี้ทั้งหมดถึงกำหนดชำระถ้าหากผัดนัดชำระหนี้งวดใดงวดหนึ่งหรือเมื่อกระทำผิดเงื่อนไขในสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง (Acceleration Clause) และอนุญาตให้มีการชำระล่าช้า เพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับจำนอง¹²³

ประเภทของหนี้กู้ยืมที่มีหลักประกัน

ในสหรัฐอเมริกามีการกู้ยืมที่มีหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ แบ่งได้ 2 ประเภท คือ Recourse loans และ Non-recourse loans

1. Recourse loans คือ หนี้กู้ยืมที่ผู้ให้กู้สามารถบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นๆ ที่ผู้กู้ได้ให้เป็นหลักประกันไว้ ถ้าหากเป็นกรณีที่มีการผัดนัดชำระหนี้ และมีการบังคับคดีแต่เงินที่ได้จากการบังคับคดีไม่เพียงพอกับหนี้ประธาน ผู้ให้กู้สามารถที่จะฟ้องคดีต่อผู้กู้เพื่อให้ชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ได้ (Deficiency Judgment)¹²⁴

2. Non-recourse loans คือ หนี้กู้ยืมที่ผู้ให้กู้ไม่สามารถที่จะฟ้องบังคับคดีในส่วนที่ขาดได้ ผู้ให้กู้มีสิทธิแต่เพียงเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้ให้กู้เท่านั้น ซึ่งเป็นความเสี่ยงของผู้ให้กู้ที่จะทำสัญญากู้ยืมที่มีหลักประกันประเภทนี้ ดังนั้นดอกเบี้ยของหนี้เงินกู้ประเภทนี้อาจจะมีอัตราสูงกว่าเงินกู้ประเภท recourse loans¹²⁵

¹²³ Mortgage Law: An Overview. Cornell University Law School. [Online]. Access from: <http://www.law.cornell.edu/wex/mortgage>. Accessed 23 August 2014.

¹²⁴ Octavia Nuiry and Staff Writer, Recourse VS. Non-Recourse Loans, access from <http://www.realtytrac.com/content/news-and-opinion/recourse-vs-non-recourse-loans-7240>.

¹²⁵ Frederic Deraiche, Deficient in Deficiencies: The Potential Effects of the Refusal to Uphold Full-Recourse, Residential Real Estate Loans, [Online]. Access from: <http://www.law.illinois.edu/bljournal/post/2009/11/03/Deficient-in-Deficiencies-The-Potential-Effects-of-the-Refusal-to-Uphold-Full-Recourse-Residential-Real-Estate-Loans.aspx> Accessed 23 August 2014. page 2.

3.1.2 กระบวนการบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยส่วนใหญ่แล้วการซื้ออสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกามักจะมีแหล่งเงินกู้มาจากธนาคารหรือผู้ให้กู้รายอื่น ซึ่งผู้ให้กู้ก็จะเรียกทรัพย์สินที่มีหลักประกันหรือจำนองบนหลักทรัพย์ที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกู้ยืม ผู้กู้ตกลงยอมรับสิทธิที่มีหลักประกันบนทรัพย์สินของตนและเพื่อที่จะใช้ชำระคืนเงินกู้ที่ล่วงเวลา กระบวนการการบังคับจำนอง (Foreclosure Process) จะเริ่มต้นทันทีที่ผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้ ผู้ให้กู้จะใช้กระบวนการการบังคับคดีเพื่อที่จะฟื้นฟูชั้นตอนของการกู้ยืมผ่านการขายทอดตลาดทรัพย์สิน การบังคับจำนองเกี่ยวพันกับสิทธิและหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงอันเกี่ยวเนื่องกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ผู้กู้ ผู้ให้กู้ หรือตัวแทนผ่านกระบวนการอย่างเป็นทางการเป็นขั้นตอน¹²⁶

การบังคับจำนองและผลกระทบ

ถ้าหากความพยายามในการที่จะบรรเทาหนี้เงินกู้ไม่สำเร็จ หนี้ที่ผิดนัดชำระจะดำเนินสู่ขั้นตอนของการบังคับจำนอง ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกามีการบังคับจำนองพื้นฐานอยู่ 2 ประเภท

1. Judicial Foreclosure คือ การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล ถือได้ว่า เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ได้ดีที่สุด การขายทรัพย์สินภายใต้กระบวนการของศาลจะดำเนินด้วยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์สินอย่างเปิดเผย (public sale) โดยเจ้าหน้าที่ที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง และการขายเป็นที่ยุติเมื่อได้รับอนุมัติจากศาลแล้ว

การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาลเป็นกระบวนการการดำเนินคดีด้วยการเยียวยาอย่างเฉพาะเจาะจง โดยทั่วไปแล้วผู้ให้กู้ยืม (loan servicer) หรือผู้กระทำการแทนเริ่มดำเนินการบังคับจำนองโดยการฟ้องคดีต่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ถ้าหากผู้ที่ดำเนินการฟ้องคดีไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าพวกเขากระทำการ ในนามของฝ่ายที่ผูกพันกับการชำระคืนตามสัญญา พวกเขาจะขาดซึ่งอำนาจฟ้อง ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการบังคับจำนองจะตกเป็นโมฆะ ถ้าหากฝ่ายที่บังคับจำนองหรือตัวแทนยื่นฟ้องคดีก่อนที่จะกลายเป็นผู้ถือสิทธิตามสัญญาที่มีหลักประกันและผู้รับจำนอง

เพื่อที่จะเริ่มกระทำการบังคับจำนอง ตัวแทนของผู้ถือหนังสือที่มีหลักประกันจะยื่นเอกสารหลายฉบับแก่ศาลในรูปของคำร้องที่ร้องไปยังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ แจ้งถึงการดำเนินคดี นอกจากนี้ คำร้องยังต้องถูกส่งไปยังผู้ครอบครองรายอื่น เช่น ผู้ให้กู้ที่ใช้อสังหาริมทรัพย์

¹²⁶ Federal Housing Finance Agency Office of Inspector General Website, An Overview of the Home Foreclosure Process. [Online]. Access from: http://fhfaog1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf. Accessed 23 August 2014. page 2.

เป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันข้อเรียกร้องอื่นๆแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ แต่โดยส่วนใหญ่ฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองจะถือสิทธิดังต่อไปนี้

- เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นหนี้ต่อฝ่ายที่ทำการบังคับจำนอง
- เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผิदनชำระหนี้เงินกู้
- เงินกู้มีหลักประกันโดยการจำนอง ฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองเป็นหรือทำหน้าที่แทนผู้รับจำนอง และ
- การส่งหมายหรือคำคู่ความกระทำโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

ซึ่งข้อความเหล่านี้จะทำในรูปแบบคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อยื่นต่อศาล ยกตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงและจำนวนที่เป็นหนี้ กฎหมายของรัฐเรียกให้ยื่นคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษร และสาบานโดยผู้ให้การซึ่งมีความรู้ในข้อเท็จจริงในการรับรองความถูกต้อง

คดีฟ้องบังคับจำนองส่วนใหญ่ ผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มักจะไม่ค่อยเข้ามาต่อสู้คดี กรณีเช่นนี้ศาลก็เพียงแต่ตรวจสอบเอกสารของฝ่ายผู้ฟ้องบังคับจำนองเท่านั้นว่าเพียงพอตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่¹²⁷

ถ้าหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์คัดค้านในการบังคับจำนอง ไม่ว่าจะโดยเหตุที่กระบวนการไม่สมบูรณ์ถูกต้อง หรือเหตุที่อยู่บนพื้นฐานของการทำความผิดของเจ้าพนักงานและมีการเรียกร้องสิทธิ คดีจะขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาทางแพ่งตามปกติ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถที่จะยกข้อต่อสู้และเรียกร้องสิทธิ ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายที่บังคับจำนองเป็นผู้ถือสิทธิโดยชอบในตัวหรือไม่ (holder-in-due-course)¹²⁸ ถ้าหากศาลได้ตัดสินเข้าข้างฝ่ายที่บังคับจำนอง อสังหาริมทรัพย์นั้นจะถูกกำหนดวันขาย ซึ่งปกติจะขายโดยนายอำเภอ ตารางการขายถูกกำหนดโดยพิจารณาถึงระยะเวลาในการโฆษณาก่อนการขาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาบังคับจำนองได้¹²⁹

2. Non-judicial foreclosure or Power of Sale เป็นกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล แต่เป็นวิธีการซึ่งอำนาจในการขายได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญาให้หลักประกัน ซึ่งวิธีการขายในแต่ละมลรัฐอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ โดยทั่วไปจะมีการบอกกล่าวการขายโดยประกาศในหนังสือพิมพ์ระยะเวลาหนึ่ง และมีการขายโดยวิธีประมูลอย่างเปิดเผย¹³⁰

¹²⁷ Federal Housing Finance Agency Office of Inspector General Website, An Overview of the Home Foreclosure Process. [Online]. Access from: http://fhfaoig1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf. Accessed 23 August 2014. page 11.

¹²⁸ *Ibid* at 8, p.12.

¹²⁹ *Ibid* at 8, p.13.

¹³⁰ กฎหมายต่างประเทศ. [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก : http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content_1/detail/th/7619/7619.doc. เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2557.

การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลมีการดำเนินการที่แตกต่างจากการบังคับจำนองที่ผ่านการดำเนินการของศาล เพราะไม่มีการยื่นเอกสารต่อศาลหรือขอเรียกฟ้องให้ต้องพิสูจน์ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองต้องแจ้งไปยังเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อมีการผิदनชำระหนี้และกำหนดของการขาย ในบางกรณีการแจ้งต้องแจ้งอย่างเป็นทางการ โดยแสดงเจตนาที่จะบังคับจำนอง และต้องมีการโฆษณาตามข้อกำหนดที่แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ แต่โดยทั่วไปการขายต้องมีการประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ล่วงหน้า 2-3 สัปดาห์ก่อนการขาย ข้อเสนอแนะในกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลคือ ฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองมีสิทธิในการบังคับจำนอง และทำการจัดการอย่างเหมาะสมในการแจ้งและการโฆษณาการขาย

การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลอาจจะเปลี่ยนไปสู่การบังคับคดี โดยกระบวนการของศาลได้ ถ้าหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นำคดีความสู่ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือทรัพย์สินที่เป็นข้อโต้แย้ง เพื่อคัดค้านการบังคับจำนองขาย ในทางตรงข้ามผู้ซื้อทรัพย์สินจากการบังคับจำนองขายในบางครั้งจะนำคำชี้ขาดของศาลที่รับรองการเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (quiet title) และฟ้องต่อศาลในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเหมาะสมของการดำเนินการของการขาย¹³¹

ขั้นตอนของการบังคับจำนองและประเภทของการบังคับจำนองจะถูกกำหนดโดยลักษณะเฉพาะตามกฎหมายของรัฐซึ่งมีความหลากหลายกันไปในแต่ละรัฐ บางรัฐอนุญาตให้มีการบังคับจำนองได้เพียง 1 ประเภท ในขณะที่บางรัฐอนุญาตให้มีการบังคับจำนองได้มากกว่า 1 ประเภท กฎหมายของรัฐจะแปรผันไปตามชนิดของอสังหาริมทรัพย์ที่ กล่าวคือ ขนาดและการใช้งาน¹³² นั่นเอง

การบังคับจำนองขาย (The Foreclosure Sale)

กฎระเบียบที่ควบคุมการบังคับจำนองขายแตกต่างกันไปตามเขตอำนาจศาล การขายทำโดยการประมูลขายทอดตลาดทรัพย์สิน เวลาและการประมูลสำหรับการบังคับจำนองขาย โดยผ่านกระบวนการของศาลจะระบุไว้โดยเฉพาะในระเบียบ โดยระบุถึงราคาต่ำสุดที่จะประมูลได้ เงื่อนไขการประเมิน การวางเงินมัดจำ และความสมบูรณ์ของการชำระเงิน อย่างไรก็ตามในบางเขตอำนาจจะให้รายละเอียดของการเพิ่มราคาประมูลไว้แก่หน่วยงานราชการท้องถิ่น ซึ่งก็คือเจ้าพนักงานผู้ปกครองท้องถิ่น (sheriff) ซึ่งเป็นผู้ที่ทำการขายทอดตลาดทรัพย์สิน

กฎระเบียบ 2 ข้อที่มีอยู่เสมอสำหรับการบังคับจำนองขายทุกชนิด คือ เอกสารการส่งจ่าย และผลของสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินที่ถูกบังคับจำนองขาย รายได้จากการบังคับจำนองขายในขั้นแรกจะถูกใช้เป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการขาย หลังจากนั้นจะถูกจ่ายให้แก่

¹³¹ Federal Housing Finance Agency Office of Inspector General Website, An Overview of the Home Foreclosure Process. [Online]. Access from: http://fhfaoir1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf. Accessed 23 August 2014. Page 13.

¹³² *Ibid* at 12, p.9.

ฝ่ายที่ทำการบังคับจำนอง และถ้าหากมีส่วนที่เหลือจากการขายจะจ่ายให้แก่ผู้ที่มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินในลำดับรองลงไป (junior lienholder) ตามลำดับ กฎระเบียบของลำดับของการครอบครองเป็นไปตามทฤษฎีที่ว่า ฝ่ายใดที่ถือเอาผลประโยชน์ในทรัพย์สินก่อนจะมีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นก่อน (first-in-time, first-in-right pattern) กล่าวคือ ผู้ที่มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินลำดับแรกจะมีสิทธิยึดหน่วงโดยสมบูรณ์¹³³

ฝ่ายที่เป็นผู้ทำการบังคับจำนองไม่มีสิทธิในการที่จะตรวจสอบทรัพย์สินก่อนที่จะทำการบังคับจำนองขาย เนื่องจากก่อนการขายจะเสร็จสมบูรณ์ทรัพย์สินยังเป็นของผู้จำนอง (เจ้าของอสังหาริมทรัพย์) ดังนั้น บุคคลภายนอกมีแนวโน้มที่จะหักราคาประมูลของการบังคับจำนองออกมาพอสมควร ถึงแม้ว่า จะสามารถตรวจสอบสภาพภายนอกของทรัพย์สินได้ แต่ก็ไม่สามารถที่จะดูสภาพภายในของทรัพย์สินได้ ซึ่งทรัพย์สินที่ถูกบังคับจำนองส่วนใหญ่ได้มีการถูกทำให้เสียหายก่อนที่จะทำการขาย

การบังคับจำนองขายอาจจะถูกยกเลิกหรือเลื่อนไป ซึ่งเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ เช่น การเจรจาต่อรองกันระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ การที่มีการยื่นฟ้องคดีล้มละลายแทรกเข้ามา การที่ไม่สามารถทำตามขั้นตอนตามกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์ รวมถึงการที่ไม่สามารถรวบรวมเอกสารที่จำเป็นได้ครบถ้วน¹³⁴

การเยียวยา (Cures)

เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถที่จะเยียวยาการผิดนัดชำระหนี้และหยุดการบังคับจำนองขายได้ตราบดีที่การบังคับจำนองขายยังไม่สมบูรณ์ ซึ่งโดยปกติจะต้องมีการจ่ายหนี้จำนองทั้งหมดโดยเร็ว โดยผู้กู้อาจจะเต็มใจที่จะหยุดการขายถ้าหากมีการเสนอการจ่ายเงินที่ตรงเวลา

ถ้าหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยื่นขอล้มละลาย การบังคับจำนองขายจะถูกพักโดยอัตโนมัติ และกฎหมายล้มละลายของรัฐบาลกลางอนุญาตให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผ่อนคลายการจำนองและเยียวยาโดยการชำระค่าวงเฉพาะงวดที่ผ่านมา และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง¹³⁵

การพิจารณาในส่วนที่ขาด (Deficiency Judgment)

การบังคับจำนองขายอาจจะไม่พอเพียงที่จะชดใช้หนี้จำนอง ในกรณีเช่นนี้ผู้ที่ถือหนังสือจำนองหรือตัวแทนอาจจะเรียกให้มีการพิจารณาในส่วนที่ขาด (คำพิพากษาสำหรับหนี้

¹³³ *Ibid at 12, p.14.*

¹³⁴ Federal Housing Finance Agency Office of Inspector General Website, An Overview of the Home Foreclosure Process. [Online]. Access from: http://fhfaig1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf. Accessed 23 August 2014. Page 14.

¹³⁵ *Ibid at 15, p.15.*

ในส่วนที่เหลือ) การพิจารณาในส่วนที่ขาดคือหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน (unsecured debt) คล้ายกับหนี้บัตรเครดิต และกระบวนการจะเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับหนี้ที่ไม่มีหลักประกันอย่างอื่น

ขั้นตอนของการพิจารณาในส่วนที่ขาดแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ โดยทั่วไปการพิจารณาในส่วนที่ขาดจะไม่มีอยู่ในกรณีที่มีการบังคับจำนองแบบไม่ผ่านกระบวนการของศาล เพราะว่าการขายของเอกชนนั้นอาจดำเนินการโดยมีการกดราคาขายจำนองเพื่อที่จะให้มีส่วนที่ขาดจำนวนมาก ในบางรัฐการพิจารณาในส่วนที่ขาดมีอยู่โดยอัตโนมัติตามกระบวนการของการบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล ในบางรัฐฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองจะต้องยื่นคำร้องสำหรับการพิจารณาในส่วนที่ขาด อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในส่วนนี้ขึ้นอยู่กับว่าการพิจารณาในส่วนที่ขาดจะถูกวินิจฉัยว่าเป็นสิทธิ หรือการใช้ดุลพินิจของศาล¹³⁶

สิทธิในการไถ่ถอน (Right of Redemption)

ในบางรัฐเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิหลังจากการบังคับจำนองขายหรือเรียกว่าสิทธิในการไถ่ถอน หมายถึง การที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถที่จะซื้อคืนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้โดยการเสนอทำข้อเสนอการประมูลในจำนวนของหนี้ที่ยังไม่ได้ชำระและค่าใช้จ่ายที่ใช้ไปในการบังคับจำนอง ระยะเวลาของการให้สิทธิซื้อคืนแตกต่างกันไป ตั้งแต่ 10 วัน (มลรัฐนิวเจอร์ซีย์) ถึง 2 ปี (มลรัฐเทนเนสซี) การมีอยู่ของสิทธิในการไถ่ถอนจึงเป็นปัจจัยสำคัญในการที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจะต้องพิจารณา เพราะผู้ซื้อทรัพย์สินอาจจะต้องถูกเพิกถอนสิทธิในทรัพย์สินที่ซื้อได้จากการบังคับจำนองขาย¹³⁷

การฟ้องขับไล่ (Eviction)

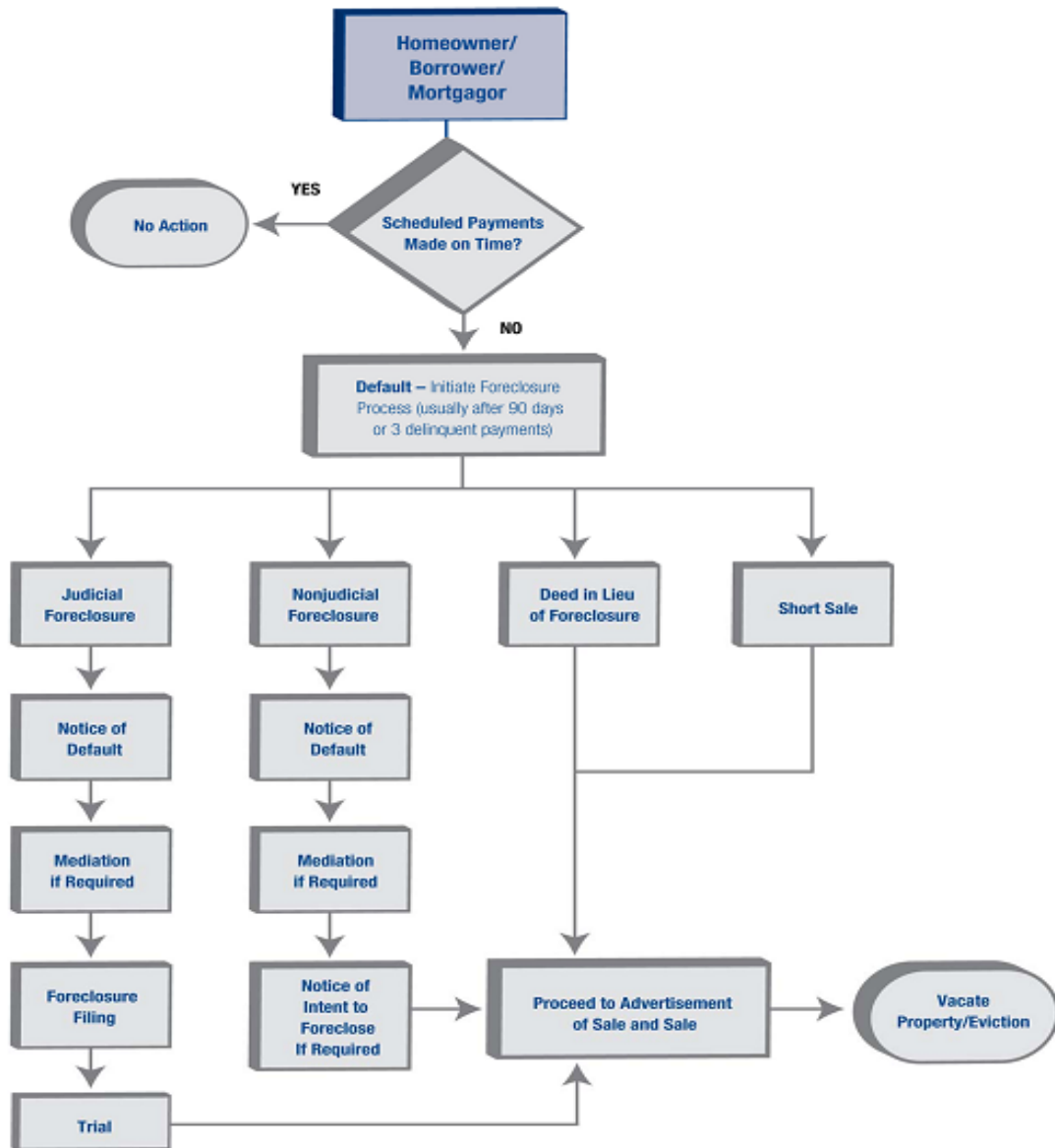
ถ้าหากผู้ที่อาศัยอยู่ในอสังหาริมทรัพย์ไม่สมัครใจที่จะออกจากทรัพย์สินที่ได้ถูกบังคับจำนองขาย ผู้ซื้อทรัพย์สินที่ได้จากการบังคับจำนองขายสามารถที่จะฟ้องขับไล่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนก่อนได้ การฟ้องขับไล่จะเป็นไปตามกระบวนการของกฎหมายในแต่ละรัฐ ซึ่งอาจจะไม่เป็นไปโดยอัตโนมัติด้วยเหตุที่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการบังคับจำนองมักจะคำนึงถึงการที่ผู้อาศัยในทรัพย์สินคนก่อนจะทำให้ทรัพย์สินเสียหายก่อนที่จะออกจากทรัพย์สินไป ผู้ซื้อทรัพย์สินจึงมักจะทำการเจรจาต่อรองกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนก่อนเกี่ยวกับตารางเวลาการปรับปรุงพื้นที่ และค่าใช้จ่าย แต่อย่างไรก็ตามไม่มีข้อผูกพันให้จำเป็นต้องทำเช่นนั้น¹³⁸

¹³⁶ Federal Housing Finance Agency Office of Inspector General Website, An Overview of the Home Foreclosure Process. [Online]. Access from: http://fhfaig1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf. Accessed 23 August 2014. Page 16.

¹³⁷ *Ibid* at 17, p.16.

¹³⁸ *Ibid* at 17, p.16.

ขั้นตอนการบังคับจำนอง



Federal Home Finance Agency Office of Inspector General | 6

ที่มา: An Overview of the Home Foreclosure Process, Federal Housing Finance Agency, Office of Inspector General page 3. http://fhfaioig1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf

3.1.2.1 กรณีศึกษาการบังคับจำนองของมลรัฐคอนเนคติกัต

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำนองและบังคับจำนองของมลรัฐคอนเนคติกัต คือ Connecticut General Statutes Chapter 846 Section 49 ในเรื่องจำนองและสิทธิครอบครอง ผู้ให้กู้สามารถที่จะบังคับจำนองได้โดยวิธีการบังคับจำนองเด็ดขาด (Strict Foreclosure) และการบังคับจำนองโดยผ่านศาล (Judicial Foreclosure)

1) การบังคับจำนองเด็ดขาด คือการบังคับจำนองโดยไม่ต้องมีการประมูลที่สั่งโดยศาล ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นเมื่อมูลค่าที่ของส่วนที่ขาดไม่เป็นสาระสำคัญเมื่อเทียบกับการบังคับจำนองโดยการประมูลขาย ศาลจะกำหนดวันที่จะให้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หลุดจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (Law Day) ซึ่งจะกำหนดใน 21 วันหลังจากการพิพากษาเข้าสู่บันทึกของศาล Law Day เป็นวันที่กำหนดให้ลูกหนี้ชำระหนี้ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย ดอกเบี้ยต่างๆ ซึ่งถ้าหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ครบในวันนั้น ลูกหนี้ (เจ้าของอสังหาริมทรัพย์) จะเสียกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยอัตโนมัติในวันต่อมาโดยไม่ต้องมีการประมูล¹³⁹

2) การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล (judicial foreclosure) ซึ่งหมายความว่าถ้าหากธนาคาร บริษัทผู้รับจำนอง หรือผู้ให้บริการเงินกู้ต้องการบังคับจำนองต้องดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆผ่านศาล เริ่มตั้งแต่การนำคดีขึ้นสู่ศาล การยื่นเอกสารคำร้องต่างๆเพื่อการบังคับจำนอง ซึ่งรวมถึงข้อมูลที่สำคัญสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาคำร้อง นอกจากนี้การบังคับจำนองของมลรัฐคอนเนคติกัตยังมีขั้นตอนที่สำคัญคือการไกล่เกลี่ย ซึ่งผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้ความพยายามในการเจรจาต่อรองโดยการเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดยศาล กระบวนการนี้จะใช้เวลา 60 วัน สำหรับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (ผู้กู้) ในการเจรจาต่อรองกับธนาคาร ถ้าหากการไกล่เกลี่ยไม่เป็นผลสำเร็จ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังมีโอกาสที่จะให้เหตุผลต่อผู้พิพากษาถึง การยับยั้งการบังคับจำนอง อย่างไรก็ตาม ธนาคาร ผู้ให้กู้ หรือผู้ให้บริการเงินกู้ยังสามารถที่จะยื่นคำร้องให้มีการบังคับจำนองถึงแม้ว่าจะอยู่ในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ แต่จะยังไม่มีคำชี้ขาดจากศาลจนกว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยจะแล้วเสร็จ¹⁴⁰

¹³⁹ CT Fair Housing Center, Representing Yourself in Foreclosure: A Guide for Connecticut Homeowners. [Online]. Access from: <http://www.hartfordinfo.org/issues/wsd/HomeOwnership/CFHCForeclosureManualR3.pdf>. Accessed 23 August 2014. Page 17.

¹⁴⁰ *Ibid* at 20, p.6.

ขั้นตอนของการบังคับจำนองของมลรัฐคอนเนคติกัต

1. ก่อนที่จะมีการบังคับจำนอง ธนาคาร บริษัทผู้รับจำนอง ผู้ให้กู้ หรือ ผู้ให้บริการเงินกู้ส่งจดหมายโดยจะระบุถึงเงินกู้ที่มีการผิดนัดให้แก่ผู้กู้ และให้ชำระหนี้ภายใน 30 วัน หรือมิเช่นนั้นจะทำการบังคับจำนอง¹⁴¹

2. คดีขึ้นสู่ศาล มีการยื่นเอกสารคำร้องเพื่อเป็นการแจ้งถึงการเริ่มต้นในการบังคับคดี โดยคำร้องอธิบายถึงเหตุผลของธนาคาร บริษัทผู้รับจำนอง หรือผู้ให้บริการเงินกู้ในการที่จะขอให้ศาลสั่งให้มีการบังคับจำนอง การปรากฏตัวในศาลของคู่ความ มีการร้องขอการไกล่เกลี่ย

3. การให้การของคู่ความและการไกล่เกลี่ย โดยทั้ง 2 ส่วนเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน โดยการให้การในกระบวนการศาลซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องได้แก่ธนาคารและเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ยื่นเอกสารต่างๆต่อศาลและปรากฏตัวต่อศาล

สำหรับการไกล่เกลี่ย จะเป็นการพยายามแก้ไขข้อพิพาทโดยการพูดคุย โดยตรงต่อตัวแทนของธนาคารด้วยความช่วยเหลือของเจ้าหน้าที่ของศาล หลังจากที่ศาลได้ทบทวนเอกสารต่างๆที่ยื่นโดยคู่ความทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจะสั่งให้มีการบังคับจำนองขั้นตอนต่อไป ฝ่ายผู้ให้กู้จะต้องยื่นเอกสารเพื่อให้มีการออกคำพิพากษา

การไกล่เกลี่ยในการบังคับจำนอง เป็นกระบวนการที่เจ้าหน้าที่ของศาลช่วยเหลือคู่กรณีในการพยายามเจรจาต่อรองในการบังคับจำนอง โดยกระบวนการเป็นการเจรจาสามฝ่าย ได้แก่ ผู้ไกล่เกลี่ย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และตัวแทนของผู้ให้กู้ การไกล่เกลี่ยสามารถทำได้ภายในระยะเวลา 60 วัน

4. ขั้นตอนของการออกคำชี้ขาด / การไกล่เกลี่ยที่ประสบความสำเร็จ

ถ้าหากการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จ คดีจะถูกถอนออกจากระบบและการบังคับจำนองจะสิ้นสุดลง แต่ถ้าหากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ ศาลจะมีคำพิพากษา และศาลจะกำหนดวันที่ให้มีการขายซึ่งจะเป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินให้แก่ผู้ที่มีประมูลได้ในราคาสูงสุด เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมในอสังหาริมทรัพย์ของเขา (มูลค่าอสังหาริมทรัพย์ หักด้วย ค่าจำนองหรือสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ใดๆ) หากมีส่วนที่เหลือจากหนี้จำนอง หรือค่าใช้จ่ายในการขายก็จะตกแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์

คำพิพากษาให้มีการขายเป็นคำชี้ขาดที่เป็นที่สุดจากศาลเพื่อที่จะสั่งให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินให้แก่ผู้ที่มีประมูลได้ในราคาสูงสุด คำพิพากษามีรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹⁴¹ CT Fair Housing Center, Representing Yourself in Foreclosure: A Guide for Connecticut Homeowners. [Online]. Access from: <http://www.hartfordinfo.org/issues/wsd/HomeOwnership/CFHCForeclosureManualR3.pdf>. Accessed 23 August 2014. Page 7.

- (1) กำหนดวันที่จะมีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน
- (2) แต่งตั้งคณะกรรมการ ซึ่งประกอบด้วยนายที่ศาลแต่งตั้งเพื่อให้

ดำเนินการในการขาย และ

(3) กำหนดวันซึ่งคณะกรรมการอาจจะเริ่มนับวันที่เริ่มมีค่าใช้จ่ายสำหรับการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เช่น การโฆษณาในหนังสือพิมพ์ และมีการตีประกาศขายในอสังหาริมทรัพย์ที่จะทำการขาย ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ถือเป็นภาระของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

การกำหนดวันที่จะทำการขายปกติจะกำหนดภายใน 60-90 วันหลังจากมีคำพิพากษาจากศาล การขายปกติจะมีขึ้นในช่วงบ่ายวันเสาร์ การขายจะต้องได้รับการรับรองจากศาล ดังนั้นวันที่มีการขายอาจจะไม่ใช่กรณีสิ้นสุดของคดี หากแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถที่จะเจรจาต่อรองกับผู้ให้กู้ได้ ตราบใดที่การขายยังไม่ได้มีการรับรองจากศาล

5. ขั้นตอนหลังมีคำพิพากษา

ถ้าหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังต้องการที่จะรักษาอสังหาริมทรัพย์เอาไว้ ถึงแม้ว่าจะมีคำพิพากษาให้มีการขายแล้ว โดยการยื่นเอกสารต่อศาลให้เลื่อนวันที่มีการขายออกไป โดยต้องอธิบายถึงเหตุผลในการขอ เช่น อยู่ในระหว่างเจรจาต่อรองกับธนาคาร ผู้ให้กู้ บริษัทผู้รับจำนอง หรือผู้ให้บริการเงินกู้ การเปลี่ยนแปลงในสถานการณ์ทางการเงิน เมื่อได้รับคำร้องศาลจะพิจารณาให้เลื่อนการขายก่อนวันที่กำหนดให้มีการขาย (ต้องยื่นเอกสารขอเลื่อนการขายล่วงหน้า 1 อาทิตย์ก่อนกำหนดวันขาย) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการยกเลิกการขายในวันที่มีการกำหนดการขายได้โดยยื่นเอกสารต่อศาล

คณะกรรมการจะเรียกให้ยื่นคำร้องให้ขออนุมัติการขาย (Motion for Approval of Sale) เพื่อที่ศาลจะได้รับการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ได้มีขึ้นในวันที่มีการขาย (Sale date) ศาลจะทำการตัดสินว่าจะแบ่งสัดส่วนจากกระบวนการขายอย่างไร ถ้าหากเงินที่ได้จากการขายเพียงพอแก่หนี้ค้างชำระที่เกิดจากการนำอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน บวกกับค่าใช้จ่ายในการบังคับจำนองและการขาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะได้สิทธิในส่วนที่เหลือ ถ้าหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีเหตุผลที่ดีต่อศาลว่า ไม่ควรรับรองการขาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องมีหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรในวันที่มีการนั่งพิจารณาคำร้องขอให้ศาลรับรองการขายเพื่อที่จะอธิบายแก่ผู้พิพากษาว่าเพราะเหตุใดเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จึงเชื่อว่าไม่ควรรับรองการขาย¹⁴²

¹⁴² CT Fair Housing Center, Representing Yourself in Foreclosure: A Guide for Connecticut Homeowners. [Online]. Access from: <http://www.hartfordinfo.org/issues/wsd/HomeOwnership/CFHCForeclosureManualR3.pdf>. Accessed 23 August 2014. Page 5-15.

การพิจารณาหนี้ในส่วนที่ขาดของมลรัฐคอนเนคติกัต

ในกรณีที่ราคาบังคับจำนองขายไม่พอท่วมหนี้จำนอง ผู้ให้กู้สามารถที่จะเรียกร้อง ส่วนที่ขาดในภายหลังจากที่ได้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ภายใต้หลักเกณฑ์ตาม Section 49-14 ของ Connecticut General Statutes โดยให้สิทธิผู้ให้กู้ บริษัทผู้รับจำนอง หรือผู้ให้บริการเงินกู้ ในการยื่นคำร้องสำหรับการพิจารณาหนี้ในส่วนที่ขาดได้¹⁴³ การพิจารณาในหนี้ส่วนที่ขาด ศาลจะพิจารณาไม่เต็มจำนวนหนี้ในส่วนที่ขาดแต่จะพิจารณาให้ตามสมควร โดยก่อนการขาย ศาลจะให้ผู้ประเมินราคาทรัพย์สินพิจารณามูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ ถ้าหากทรัพย์สินนั้นจะขายได้ในราคาที่เท่ากับหรือมากกว่าราคาประเมิน ผู้ให้กู้สามารถที่จะฟ้องศาลขอให้ได้รับชำระหนี้ในส่วนที่ขาดได้เต็มจำนวน ถ้าหากทรัพย์สินอาจจะขายได้ในราคาที่ต่ำกว่าราคาประเมิน ครึ่งหนึ่งของส่วนต่างระหว่างราคาประเมินและราคาบังคับจำนองขายจะโดนหักจากจำนวนที่ขาดซึ่งสามารถเรียกได้จากผู้ให้กู้ เช่น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีอสังหาริมทรัพย์ราคา \$300,000 ในการจำนอง อสังหาริมทรัพย์ขายได้ในราคา \$250,000 ในการประมูล ราคาประเมิน \$280,000 ดังนั้นการพิจารณาในหนี้ส่วนที่ขาด จะเท่ากับ \$35,000 โดยผู้ให้กู้จะโดนหักครึ่งหนึ่งออกและได้รับส่วนที่ขาดในจำนวน \$17,500¹⁴⁴

3.1.2.2 กรณีศึกษาการบังคับจำนองของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจะเป็นไปตาม California Civil Code section 2924

ประเภทของการจำนอง ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียแบ่งได้ 2 ประเภทโดยผู้ให้กู้สามารถ บังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล (judicial foreclosure) หรือการบังคับจำนองโดยไม่ผ่าน กระบวนการของศาล (non-judicial foreclosure) ซึ่งเป็นการบังคับจำนองส่วนใหญ่ ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล เป็นประเภทของการ บังคับจำนองที่ใช้เป็นส่วนใหญ่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งจะถูกนำมาใช้เมื่อมีข้อกำหนดให้ใช้อำนาจ ในการขาย (power of sale) ในสัญญาจำนอง เมื่อผู้ให้กู้ใช้การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการ ทางศาล จะถือว่าผู้ให้กู้สละสิทธิ์ที่จะขอพิจารณาในส่วนที่ขาด (deficiency judgment) แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้กู้ส่วนใหญ่เลือกที่จะใช้กระบวนการบังคับคดีโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล เพราะรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่า

¹⁴³ CT Fair Housing Center, Representing Yourself in Foreclosure: A Guide for Connecticut Homeowners. [Online]. Access from: <http://www.hartfordinfo.org/issues/wsd/HomeOwnership/CFHCForeclosureManualR3.pdf>. Accessed 23 August 2014. Page 17.

¹⁴⁴ JinAh Lee, Connecticut Laws on Post-Foreclosure Deficiency Judgments. [Online]. Access from: <http://www.alllaw.com/articles/nolo/foreclosure/deficiency-laws-in-connecticut.html>. Accessed 23 August 2014.

การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการทางศาลจะต้องการทำผ่านการฟ้องร้องเป็นคดีความในศาล เพื่อที่จะนำคำสั่งของศาลมาใช้ในการบังคับจำนอง การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาลจะถูกนำมาใช้เมื่อไม่มีข้อกำหนดให้ใช้อำนาจในการขายในสัญญาจำนอง ซึ่งการบังคับจำนองโดยวิธีการนี้อนุญาตให้ผู้ให้กู้เรียกร้องให้พิจารณาในส่วนที่ขาดต่อผู้กู้ อย่างไรก็ตาม เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิในการไถ่ถอนอสังหาริมทรัพย์ของตนโดยซื้อคืนจากการประมูลภายใน 1 ปีหลังจากมีการขาย กระบวนการบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาลใช้เวลานานกว่าและค่าใช้จ่ายที่แพงกว่าการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล¹⁴⁵

ขั้นตอนของกระบวนการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

1. แจ้งถึงการผิดนัดชำระหนี้ (Notice of Default) cc 2924c. (a)(1)
2. แจ้งกำหนดการขาย (Notice of Trustee Sale) โดยจะกำหนดวันขายทอดตลาดทรัพย์สินภายใน 3 เดือนจะทำการหลังจากการแจ้งการผิดนัดชำระหนี้ cc 2924c. (b)(1)
3. การขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งแรกสามารถทำได้ภายใน 20 วันหลังจากวันประกาศการขายทอดตลาดทรัพย์สิน cc 2924f. (b)(1)
 - 3.1 การขายทอดตลาดทรัพย์สินสามารถเลื่อนออกไปได้ถึง 1 ปี CC 2924 g. (c) (1)
 - 3.2 หรือสามารถขายทรัพย์สินนั้นแก่ธนาคาร หรือบุคคลภายนอก หรือยกเลิกการขายได้

สำหรับเหตุผลของการเลื่อนการขายอาจเกิดมาจากการที่ผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (ผู้กู้) และผู้ให้กู้ออกไปหรือผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (ผู้กู้) ยื่นขอล้มละลายที่จะทำให้มีการพักชำระหนี้ (automatic stay) โดยอัตโนมัติรวมถึงการบังคับจำนองด้วย หรือ trustee พิจารณาแล้วเห็นควรให้เลื่อนการขายออกไป¹⁴⁶

การพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด (deficiency judgment)

การพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาดของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นไปตาม California Civil Procedure Code sections 580a และ 580b ซึ่งผู้ให้กู้สามารถที่จะเรียกให้ศาลพิจารณาในส่วนที่ขาดได้เฉพาะกรณีที่เป็นการบังคับจำนองโดยศาลเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่เป็นการบังคับ

¹⁴⁵ California Court: The Judicial Branch of California, Foreclosure, [Online]. Access from: <http://www.courts.ca.gov/1048.htm>. Accessed 23 August 2014.

¹⁴⁶ CA Foreclosure Postponement Reasons. [Online]. Access from: <http://www.propertyradar.com/guides/foreclosure-101/foreclosure-process/california/postponement-reasons>. Accessed 23 August 2014.

จำนองโดยไม่ผ่านศาล ผู้ให้กู้จะไม่สามารถที่จะฟ้องศาลให้พิจารณาในส่วนที่ขาดได้ ซึ่งถือเป็นการปกป้องลูกหนี้จากการถูกฟ้องร้องบังคับคดีในส่วนที่ขาด (Anti-Deficiency Statutes)

มลรัฐแคลิฟอร์เนียถือเป็นมลรัฐที่เป็น single action state ซึ่งกฎหมายได้ให้ผู้ให้กู้ต้องบังคับจำนองเข้ากับทรัพย์สินหลักประกันและไม่สามารถที่จะฟ้องผู้กู้เป็นคดีใหม่สำหรับการพิจารณาหนี้ในส่วนที่เหลือจากการการบังคับจำนอง หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ (California Civil Procedure Code section 580b)

(1) เป็นการกู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัยเท่านั้น (purchase money loans) และไม่รวมถึงการกู้เงินก้อนใหม่เพื่อใช้คืนเงินกู้ก้อนเก่า (re-financed loans) หรือสินเชื่อบ้าน (home-equity lines of credit (HELOCs))

(2) ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยเท่านั้น และมีขนาด 1-4 ยูนิตเท่านั้น ไม่ใช่กับอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ หรือที่ดินที่ยังไม่ได้ทำประโยชน์ (raw land)

(3) ใช้ได้กับการที่ผู้กู้อยู่อาศัยถาวรในทรัพย์สินนั้น และไม่ใช้บ้านหลังที่สอง หรือบ้านที่ซื้อเพื่อการลงทุนหรือให้เช่า¹⁴⁷

ในกรณีที่ผู้กู้เลือกที่จะฟ้องบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล เจ้าหนี้จะสามารถขอให้ศาลพิจารณาหนี้ในส่วนที่ขาดได้ โดยต้องยื่นเป็นคดีต่อศาลภายใน 3 เดือน หลังจากมีการบังคับจำนองขาย ผู้พิพากษาจะพิจารณาราคาที่เป็นธรรม การพิจารณาในส่วนที่ขาดจะถูกจำกัดในจำนวนที่น้อยกว่า โดยเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ (California Civil Procedure Code section 580d)

1) จำนวนหนี้เกินกว่ามูลค่าตามความยุติธรรม (fair value) ของอสังหาริมทรัพย์ ณ ขณะที่มีการบังคับจำนองขาย หรือ

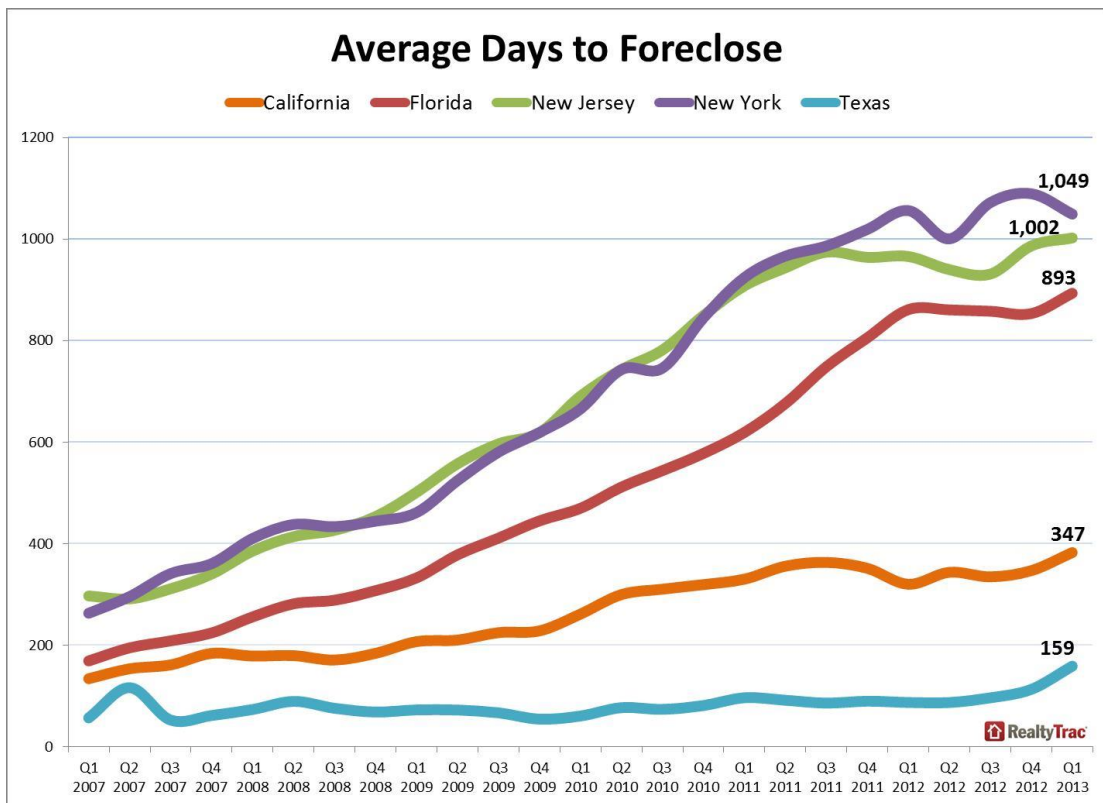
2) จำนวนหนี้เกินกว่าราคาขายของอสังหาริมทรัพย์ ณ ขณะที่มีการบังคับจำนองขาย

3.1.2.3 กรณีศึกษาการบังคับจำนองของมลรัฐเท็กซัส

กระบวนการบังคับจำนองของมลรัฐเท็กซัสใช้ระยะเวลาสั้นที่สุดเมื่อเทียบกับกระบวนการบังคับจำนองของรัฐอื่นๆ ในสหรัฐอเมริกา (ข้อมูลจัดทำโดย RealtyTrac เว็บไซต์ที่เกี่ยวกับการจำนองของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2013) ซึ่งเวลาที่ใช้ในกระบวนการบังคับจำนอง

¹⁴⁷ Deficiency Judgments and the Perils of Anti-Deficiency Statutes, Foreclosure. [Online]. Access from: <http://www.forbes.com/sites/jayadkisson/2012/06/24/foreclosure-deficiency-judgments-and-the-perils-of-anti-deficient-statutes/> Accessed 23 August 2014.

ทั้งหมดประมาณ 159 วัน รองลงมา คือ มลรัฐ เวอจิเนีย (166 วัน) เดลาแวร์ (168 วัน) เมน (182 วัน) และ อลาบามา (186 วัน) ตามลำดับ¹⁴⁸



ที่มา: U.S. Foreclosure Starts Edge Higher For Second Straight Month in March as Bank Repossessions Continue to Drop, available at <http://www.realtytrac.com/Content/foreclosure-market-report/march-and-first-quarter-2013-foreclosure-market-report-7683> (accessed 4 Feb 2015)

¹⁴⁸ U.S. Foreclosure Starts Edge Higher For Second Straight Month in March as Bank Repossessions Continue to Drop. [Online]. Access from: <http://www.realtytrac.com/Content/foreclosure-market-report/march-and-first-quarter-2013-foreclosure-market-report-7683>, Accessed 23 August 2014.

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองของมลรัฐเท็กซัสอยู่ภายใต้ chapter 51 ของ Texas Property Code โดยวิธีการบังคับจำนองที่ใช้เป็นส่วนใหญ่ในมลรัฐเท็กซัสจะเป็น การบังคับจำนองที่ไม่ผ่านกระบวนการของศาล (non-judicial foreclosure) เพราะประหยัดเวลา และค่าใช้จ่ายมากกว่าการบังคับจำนองที่ผ่านกระบวนการของศาล (judicial foreclosure)

สำหรับขั้นตอนของการบังคับจำนองในมลรัฐเท็กซัสอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ขั้นตอนหลักๆ คือ

1. เริ่มตั้งแต่ผู้ผิดนัดในหนี้เงินกู้จำนองต่อผู้ให้กู้ ผู้ให้กู้สามารถเริ่มที่จะทำการบังคับจำนองได้ ซึ่งตามกฎหมายผู้ให้กู้ต้องส่งหนังสือไปยังผู้กู้เพื่อให้ผู้กู้ชำระหนี้เต็มจำนวน หรือเยียวยาภายใน 20 วัน ในหนี้ที่ได้ผิดนัด หลังจากระยะเวลา 20 วันในการเยียวยาหรือชำระหนี้ที่ผิดนัด ให้เต็มจำนวนอย่างน้อย 21 วัน ก่อนการขายจะต้องมีการกำหนดให้ผู้ให้กู้ประกาศการบังคับจำนอง และยื่นเอกสารไปยังปลัดเทศมณฑล (county clerk) พร้อมกับแจ้งไปยังผู้กู้เกี่ยวกับวันที่และเวลาของวันที่มีการบังคับจำนองขาย ซึ่งโดยกฎหมายการบังคับจำนองขาย (การประมูล) จะมีขึ้นในวันอังคารแรกของทุกเดือน¹⁴⁹

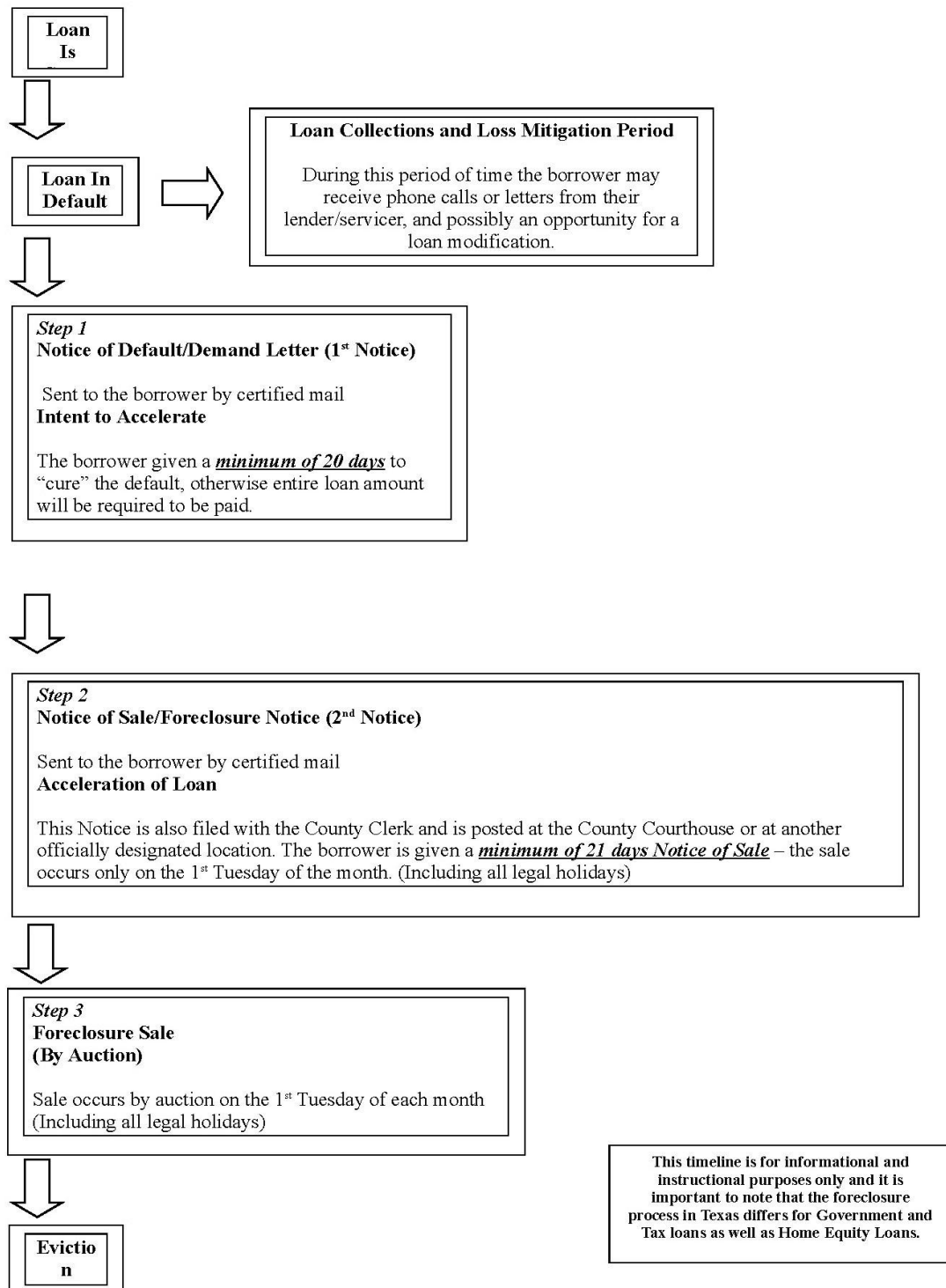
2. ตัวแทนของผู้บังคับจำนองได้อ่านประกาศบังคับจำนองแล้ว การขาย คือ การที่มีผู้ประมูลให้ราคาสูงสุดซึ่งอาจจะเป็นผู้ให้กู้หรือผู้ที่ให้ราคาสูงสุด กรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้กู้หรือผู้ประมูลที่ให้ราคาสูงสุด

3. เมื่อการขายเสร็จสิ้น ผู้ให้กู้หรือผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รายใหม่ อาจยื่นขอให้มีการฟ้องขับไล่ ถ้าหากผู้ครอบครองคนก่อนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ประกาศฟ้องขับไล่รับรองโดยเทศมณฑล (county) โดยผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินอยู่ก่อนมีเวลา 5 วันในการที่จะอพยพออกจากอสังหาริมทรัพย์หรืออุทธรณ์คำสั่งของศาล เมื่อพ้นกำหนด 5 วัน ผู้ครอบครองทรัพย์สินอยู่ก่อนจะต้องออกจากอสังหาริมทรัพย์ภายใน 24 ชั่วโมง และเมื่อมีการบังคับจำนองขายแล้วไม่มีระยะเวลาให้ผู้กู้ซื้อทรัพย์สิน (right of redemption)¹⁵⁰

¹⁴⁹ The Foreclosure Process. [Online]. Access from: <http://www.keepmytexashome.org/process>. Accessed 23 August 2014.

¹⁵⁰ *Ibid* at 30.

ขั้นตอนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลของมลรัฐเท็กซัส



ที่มา: The Foreclosure Process available at <http://www.keepmytexashome.org/process>

การพิจารณาในส่วนที่ขาด (deficiency judgment)

กฎหมายที่เกี่ยวกับการพิจารณาในส่วนที่ขาดของมลรัฐเท็กซัสมีที่มาเนื่องจากการที่ลูกหนี้ต้องรับภาระในหนี้เมื่อตนผิดนัดชำระหนี้และมีอสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน การชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องสูญเสียทรัพย์สินและยังต้องรับภาระในส่วนที่ขาดซึ่งอาจจะยังมีจำนวนมาก ในกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยก็คือ ลูกหนี้ได้ยื่นขอให้ตนเองล้มละลาย ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น กฎหมายของมลรัฐเท็กซัสจึงได้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับราคาตลาดที่เป็นธรรม (fair market value) ไว้ในกฎหมาย Texas Property Code เพื่อที่จะลดความไม่เป็นธรรมต่างๆ ของบทบัญญัติในปัจจุบันที่เกี่ยวกับการพิจารณาในส่วนที่ขาด

กฎหมาย Texas Property Code Section 51.003 บัญญัติสาระสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาส่วนที่ขาดจากการบังคับจำนองสำหรับการบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล กฎหมายได้ย่นระยะเวลาสำหรับการที่เจ้าหนี้จะฟ้องคดีในส่วนที่เหลือจากการบังคับจำนองได้ในระยะเวลา 2 ปี จากแต่เดิมที่ให้ฟ้องคดีขอให้ลูกหนี้ชำระในส่วนที่เหลือได้ภายใน 4 ปี ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายได้อนุญาตให้ลูกหนี้ทำคำร้องสำหรับการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมจากกระบวนการบังคับจำนองที่ไม่ผ่านศาล ถ้าหากราคาตลาดที่เป็นธรรมถูกพิจารณาว่ามีจำนวนมากกว่าราคาบังคับจำนองขาย ลูกหนี้สามารถที่จะยกเป็นข้อต่อสู้ให้ชดเชยในส่วนที่ขาดได้

การหาข้อเท็จจริงที่ใช้ในการตัดสินราคาตลาดที่เป็นธรรมในเวลาที่มีการบังคับจำนองขายทำโดยผ่านหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ราคาตลาดที่เป็นธรรม Section 51.003 แสดงรายการของหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมของทรัพย์สินซึ่งประกอบด้วย

- (1) หลักฐานความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักประเมินราคาอิสระ (expert testimony sale)
- (2) ราคาเปรียบเทียบ (comparable sales)
- (3) ระยะเวลาในการทำตลาดโดยประมาณและต้นทุนการถือครอง (Anticipated marketing time and holding costs)
- (4) ต้นทุนในการขาย เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าโฆษณา (Cost of sale) และ
- (5) ส่วนลดจากราคาขายในอนาคตใดๆที่จำเป็น หรือกระแสเงินสดที่ได้รับจากสินทรัพย์นั้นตามราคาตลาดที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม รายการที่แสดงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์แบบกว้างๆ ลูกหนี้สามารถที่จะเสนอหลักฐานอื่นๆ เพื่อแสดงถึงราคาตลาดที่เป็นธรรม ถ้าหากศาลพิจารณาว่าราคาขายที่เป็นธรรมมีจำนวนมากกว่าราคาขาย ณ วันที่มีการขาย¹⁵¹

¹⁵¹ Greg Weselka, Real Property Deficiency Judgments-Texas Enacts Fair Market Value Statutes –Tec.Prop. Code. Ann Section 51.003-.005 (VERNON SUPP.1992). School of Law, Texas Tech University.

วิธีการในการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมสำหรับกระบวนการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลและกระบวนการบังคับคดีโดยผ่านศาลใช้วิธีการและเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นแบบเดียวกัน

3.1.3 บทสรุป

กฎหมายในเรื่องบังคับจำนองและการบังคับคดีของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบังคับจำนองพื้นฐานอยู่ 2 ประเภท คือ

1) การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล (Judicial Foreclosure) คือ การบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล ถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ได้ดีที่สุด การขายทรัพย์สินภายใต้กระบวนการของศาลจะดำเนินด้วยวิธีการขายทอดตลาดอย่างเปิดเผย (public sale) โดยเจ้าหน้าที่ที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง และการขายเป็นที่ยุติเมื่อได้รับอนุมัติจากศาลแล้ว

2) การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล (Non-judicial foreclosure or Power of Sale) เป็นกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล แต่เป็นวิธีการซึ่งอำนาจในการขายได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญาให้หลักประกัน ซึ่งวิธีการขายในแต่ละมลรัฐอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ในแต่ละมลรัฐ โดยทั่วไปจะมีการบอกกล่าวการขายโดยประกาศในหนังสือพิมพ์ ระยะเวลาหนึ่ง และมีการขายโดยวิธีประมูลอย่างเปิดเผย

การบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลเป็นที่นิยมมากกว่าการบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล เพราะรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย สำหรับขั้นตอนของการบังคับจำนองและประเภทของการบังคับจำนองจะถูกกำหนดโดยลักษณะเฉพาะตามกฎหมายของรัฐซึ่งมีความหลากหลายกันไป ในแต่ละรัฐ บางรัฐอนุญาตให้มีการบังคับจำนองได้เพียง 1 ประเภท ในขณะที่บางรัฐอนุญาตให้มีการบังคับจำนองได้มากกว่า 1 ประเภท กฎหมายของรัฐสามารถแปรผันไปตามชนิดของอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับขนาดและการใช้งาน

ในกรณีที่การบังคับจำนองขายอาจจะไม่สามารถที่จะดำเนินการให้พอเพียงที่จะชดใช้หนี้จำนอง กรณีเช่นนี้ ผู้ที่ถือหนังสือจำนองหรือตัวแทนอาจเรียกให้มีการพิจารณาในส่วนของที่ขาด (คำพิพากษาสำหรับหนี้ในส่วนที่เหลือ) ซึ่งขั้นตอนของการพิจารณาในส่วนของที่ขาดจะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ โดยทั่วไป การพิจารณาในส่วนของที่ขาดจะไม่มีอยู่ในกรณีที่มีการบังคับจำนองแบบไม่ผ่านกระบวนการของศาล เพราะว่าการขายของเอกชนนั้นอาจดำเนินการโดยมีการกดราคาขายจำนองเพื่อที่จะให้มีส่วนที่ขาดจำนวนมาก ในบางรัฐการพิจารณาในส่วนของที่ขาดมีอยู่โดยอัตโนมัติตามกระบวนการของการบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการของศาล ในบางรัฐฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองจะต้องยื่นคำร้องสำหรับการพิจารณาในส่วนของที่ขาด อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในส่วนนี้ขึ้นอยู่กับว่าการพิจารณาในส่วนของที่ขาดจะถูกวินิจฉัยว่าเป็นสิทธิหรือ การใช้ดุลพินิจของศาล

บทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาดนี้นำมาปรับใช้กับกระบวนการบังคับคดีของไทยได้ และจะเป็นการแก้ปัญหาและลดข้อเรียกร้องต่างๆที่อาจมีขึ้นหลังการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เช่น การพิจารณาในส่วนของมลรัฐเท็กซัสที่มีที่มาเนื่องจากการที่ลูกหนี้ต้องรับภาระในหนี้เมื่อตนผิดนัดชำระหนี้และมีอสังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องสูญเสียทรัพย์สินและยังต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่ขาดซึ่งอาจจะมีจำนวนมาก ในกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยก็คือ ลูกหนี้ได้ยื่นขอให้ตนเองล้มละลาย ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น กฎหมายของ มลรัฐเท็กซัสจึงได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับราคาตลาดที่เป็นธรรม (fair market value) ไว้ในกฎหมาย Texas Property Code Section 51.003 เพื่อที่จะลดความไม่เป็นธรรมต่างๆของบทบัญญัติในปัจจุบันที่เกี่ยวกับการพิจารณาในส่วนของขาด โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาส่วนที่ขาดจากการบังคับจำนองสำหรับการบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล โดยได้อนุญาตให้ลูกหนี้ทำคำร้องสำหรับการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมจากกระบวนการบังคับจำนองที่ไม่ผ่านศาล ถ้าหากราคาตลาดที่เป็นธรรมถูกพิจารณาว่ามีจำนวนมากกว่าราคาบังคับจำนองขาย ลูกหนี้สามารถที่จะยกเป็นข้อต่อสู้ให้ชดเชยในส่วนที่ขาดได้ ทั้งนี้ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ราคาตลาดที่เป็นธรรม โดยต้องแสดงรายการของหลักฐานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมของทรัพย์สิน ซึ่งประกอบด้วย

- (1) หลักฐานความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักประเมินราคาอิสระ (expert testimony sale)
- (2) ราคาเปรียบเทียบ (comparable sales)
- (3) ระยะเวลาในการทำตลาดโดยประมาณและต้นทุนการถือครอง (Anticipated marketing time and holding costs)
- (4) ต้นทุนในการขาย เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าโฆษณา (Cost of sale) และ
- (5) ส่วนลดจากราคาขายในอนาคตใดๆที่จำเป็น หรือกระแสเงินสดที่ได้รับจากสินทรัพย์นั้นตามราคาตลาดที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม รายการที่แสดงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์แบบกว้างๆ ลูกหนี้สามารถที่จะเสนอหลักฐานอื่นๆเพื่อแสดงถึงราคาตลาดที่เป็นธรรม ถ้าหากศาลพิจารณาราคาขายที่เป็นธรรมมีจำนวนมากกว่าราคาขาย ณ วันที่มีการขาย

3.2 ประเทศอังกฤษและเวลส์¹⁵²

สำหรับตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและเวลส์นั้น หนี้ (obligation) สามารถเกิดขึ้นได้จากสาเหตุประการหนึ่ง คือ สัญญา (contract) ในกรณีของหนี้อันเกิดจากสัญญานั้นเมื่อคู่สัญญาตกลงที่จะเข้าทำสัญญาต่างก็มีหน้าที่และสิทธิเรียกร้องต่อกันซึ่งหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันก็คือ “หนี้” นั่นเอง¹⁵³

ส่วนในกรณีของสัญญาการกู้ยืมเงิน (loan) ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องสัญญา (contract) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สัญญาการกู้ยืมเงินเป็นไปตามหลักการทั่วไปของกฎหมายเรื่องสัญญา เพียงแต่ในกรณีของสัญญาการกู้ยืมเงินนั้นสาระสำคัญของสัญญา คือ การที่ผู้กู้ (debtor) จะต้องคืนเงิน (repay) ให้แก่ผู้ให้กู้ (creditor) ครบตามจำนวนที่กู้ยืมมา (ซึ่งอาจมีการคิดดอกเบี้ยด้วยหรือไม่ก็ได้)^{154 155}

3.2.1 หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจำนอง

หลักประกันการชำระหนี้ (security) และกฎหมายเรื่องการจำนอง (mortgage) นั้นถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากทั้งต่อระบบเศรษฐกิจและทางสังคมในประเทศอังกฤษและเวลส์ ทั้งนี้เนื่องจากการทำสัญญากู้เงินโดยมีหลักประกันการชำระหนี้เป็นการจำนองนั้นเปิดโอกาสให้บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลที่อยู่ในสถานะที่ต้องการเงินทุนจำนวนมากจำนวนหนึ่งเพื่อทำกิจกรรมบางอย่าง เช่น การซื้อบ้านที่พักอาศัย หรือการเปิดกิจการธุรกิจสามารถที่จะหาเงินทุนก้อนนั้นเพื่อดำเนินการตามกิจกรรมที่ต้องการได้ แม้ว่าในขณะนั้นผู้นั้นจะไม่มีเงินสะสม (saving) เพียงพอถึงขนาดที่จะสามารถดำเนินการตามกิจกรรมดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตามการที่บุคคลธรรมดาที่จะมีการกู้ยืมเงินกันนั้น ผู้กู้ (borrower) จำเป็นที่จะต้องทำให้ ผู้ให้กู้ (lender) มีความมั่นใจว่า ผู้ให้กู้จะได้รับการรับชำระหนี้คืน (repayment) ซึ่ง ณ จุดนี้หลักประกันการชำระหนี้จึงกลายเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ผู้ให้กู้สามารถวางใจได้ในระดับหนึ่งว่า เมื่อมีสัญญาการกู้เงินเกิดขึ้นแล้ว ผู้ให้กู้จะได้รับการชำระเงินตามหนี้เงินที่เกิดขึ้น กล่าวคือหนี้เงินกู้ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้กู้และผู้กู้จะได้รับการรองรับโดยหลักประกันการชำระหนี้เงินกู้ ซึ่งใน

¹⁵² ประเทศสหราชอาณาจักร หรือ ชื่อเต็มๆ คือ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland ประกอบด้วยประเทศย่อยๆ 4 ประเทศ อันได้แก่ อังกฤษ เวลส์ สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ แต่กฎหมายอังกฤษ (English law) จะใช้บังคับเฉพาะในประเทศอังกฤษและเวลส์เท่านั้น และการวิจัยในส่วนนี้จะศึกษาเฉพาะกฎหมายอังกฤษเท่านั้น ไม่รวมกฎหมายของสกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ.

¹⁵³ Andrew Burrows, *Understand the Law of Obligation*, Oxford: Hart Publishing, 1998, Page 5.

¹⁵⁴ Geoffrey Samuel, *Law of Obligation and Legal Remedies*, London: Cavendish Publishing Limited, 2nd ed., 2001, Page 287.

¹⁵⁵ โปรดดูคดี Slade's Case (1602) 76 ER 1074

กรณีของการจำนอง หลักประกันการชำระหนี้เงินกู้โดยปกติจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินที่ไม่อาจเคลื่อนที่ได้ (real property)

ถึงกระนั้นก็ตามนักกฎหมายในประเทศอังกฤษและเวลส์มีความเห็นว่า คำว่า “real property” นั้นมีความล้าสมัยและไม่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ในปี ค.ศ. 1925 ซึ่งก็คือ the Law of Property Act 1925 (อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าประเทศสหรัฐอเมริกายังคงใช้คำว่า real property อยู่)¹⁵⁶ ทั้งนี้เพราะ real property มีความหมายถึง freehold ซึ่งก็คือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินและอาคารบ้านเรือนที่ตั้งอยู่บนนั้นโดยสมบูรณ์และตลอดไป¹⁵⁷ แต่จะไม่ได้หมายความรวมถึง leasehold จึงใช้คำว่าสิทธิที่เกิดจากการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่น การได้ใช้อสังหาริมทรัพย์ที่เช่า ซึ่งอาจจะเป็นสัญญาเช่าระยะยาวตั้งแต่ 90 ถึง 120 ปี หรือในบางกรณีเช่ายาวเกิน 999 ปี ก็มี (แต่ผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์จะต้องจ่ายค่าเช่า และค่าบำรุงรักษาอสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ)¹⁵⁸ ซึ่งทั้ง freehold และ leasehold มีการปฏิบัติทางกฎหมายที่ต่างกันกรณีเมื่อผู้มีสิทธิดังกล่าวถึงแก่ความตาย ดังนั้นตามกฎหมายในปัจจุบันของประเทศอังกฤษและเวลส์จะใช้คำว่า “land” ซึ่งมีแนวคิดทางกฎหมายใกล้เคียงกับอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้มากกว่าคำว่า “real property”¹⁵⁹

เป็นที่น่าสังเกตว่าโดยปกติ แม้ผู้กู้จะมีอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้เงินกู้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้ให้กู้จะพิจารณาเพียงแค่มูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น (แม้จะตั้งสมมุติฐานว่ามูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้จะไม่ลดลงเลยตลอดช่วงเวลาการชำระหนี้) สิ่งที่สำคัญที่สุดสำหรับผู้ให้กู้คือความสามารถในการชำระหนี้ของผู้กู้ ดังนั้นผู้ให้กู้ต้องเป็นที่พอใจว่าท้ายที่สุดแล้วผู้กู้มีความสามารถที่จะชำระหนี้คืนได้ เพราะอันที่จริงแล้วเมื่อมีสัญญากู้เงินเกิดขึ้น ผู้ให้กู้ก็ไม่อยากจะทำตกอยู่ในฐานะที่จะต้องนำอสังหาริมทรัพย์ออกขายเพื่อนำเงินไปชำระหนี้เงินกู้ การได้รับชำระหนี้เงินกู้เป็นตัวแทนเงินจากผู้กู้จึงเป็นทางเลือกที่ดีกว่าเสมอสำหรับผู้ให้กู้ในฐานะเจ้าหนี้¹⁶⁰

¹⁵⁶ Habil. Christoph U. Schmid, Christian Hertel and Hartmut Wicke, Real Property Law and Procedural in European Union, [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>. Accessed 10 August 2014. Page 9.

¹⁵⁷ Home Owners Alliance. [Online]. Access from: <http://hoa.org.uk/advice/guides-for-homeowners/i-am-buying/leasehold-v-freehold-whats-the-difference/>, Accessed 10 August 2014.

¹⁵⁸ *Ibid.* at 25.

¹⁵⁹ Peter Sparks, Real Property and Procedure in European Union : Annotated Draft Questionnaire. [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/England%20and%20Wales.PDF>. Accessed 10 August 2014.

¹⁶⁰ Roger J. Smith, Introduction to Land Law. Harlow: Pearson, 2nd ed., 2010, Page 273.

ในทางกฎหมายของประเทศอังกฤษและเวลส์มีคำศัพท์ที่ใช้เรียกผู้ที่เกี่ยวข้องในการจำนองดังนี้

1. ฝ่ายหนึ่งคือ ผู้กู้ (borrower) ซึ่งเป็นผู้ที่ยอมให้อสังหาริมทรัพย์ของตนจำนองค้ำประกันเงินกู้ ดังนั้นในทางสัญญาจำนองจึงเรียกว่า “mortgagor” หรือผู้ให้จำนอง โดยผู้ให้จำนองจะได้รับเงินกู้ (loan) มา

2. อีกฝ่ายคือ ผู้ให้กู้ (lender) หรือในทางสัญญาจำนองเรียกว่า “mortgagee” หรือผู้รับจำนองจะเป็นผู้ให้กู้ยืมเงินไป และจะได้รับประโยชน์จากหลักประกันเงินกู้ (security interest)

ในทางประวัติศาสตร์แล้ว ก่อนที่จะมีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการจำนอง (และกฎหมายเรื่องอื่นๆเกี่ยวกับทรัพย์สิน) ในปี ค.ศ. 1925 การจำนองในประเทศอังกฤษและเวลส์นั้นจะเป็นในรูปแบบของการโอน (transfer) กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ (fee simple) ให้กับผู้ให้กู้ โดยกรรมสิทธิ์ดังกล่าวจะกลับคืนมาสู่ผู้กู้เมื่อมีการชำระหนี้ครบถ้วน รูปแบบการจำนองดังกล่าวอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า เมื่อมีการจำนองเกิดขึ้น ความเป็นเจ้าของ (ownership) ในอสังหาริมทรัพย์จะถูกโอนจากผู้กู้ไปยังผู้ให้กู้ ในขณะที่ผู้ให้กู้คงมีเพียงสิทธิครอบครอง (possession) อสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้น ซึ่งการจำนองในรูปแบบนี้อาจไม่เข้ากับแนวคิดเรื่องการจำนองตามกฎหมายสมัยใหม่ที่มองว่าผู้กู้เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่แม้จะมีการทำสัญญาจำนองไปแล้ว และผู้ให้กู้มีเพียงประโยชน์ในหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น¹⁶¹

ต่อมา มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการจำนองขึ้นในปี ค.ศ. 1925 โดยแทนที่การจำนองจะเป็นการที่ ผู้กู้โอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้กับผู้ให้กู้ แต่จะเป็นการที่กฎหมายถือว่าการจำนองทำให้ผู้ให้กู้มีสิทธิอันเกิดจากการเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นเวลา 3000 ปีด้วยกัน และยังคงมีสิทธิในการที่จะขายอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองอยู่ (เมื่อมีการไม่ชำระหนี้) แม้ว่าหลักการทางกฎหมายในเรื่องจำนองในลักษณะนี้จะดูค่อนข้างแปลก แต่เป็นการที่กฎหมายต้องการให้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ยังคงเป็นของผู้กู้อยู่ (ซึ่งต่างจากการจำนองในรูปแบบก่อนปี ค.ศ. 1925 ที่กรรมสิทธิ์ถูกโอนไปยังผู้ให้กู้เมื่อมีการทำสัญญาจำนอง)¹⁶²

จึงพอสรุปได้ว่า สัญญาจำนอง (mortgage) เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญากู้เงิน โดยผู้รับจำนอง (mortgagee) จะให้เงินแก่ผู้ให้จำนอง (mortgagor) โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ให้จำนองจะต้องทำการชำระหนี้เงินกู้ตามจำนวนพร้อมด้วยดอกเบี้ยภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา เนื่องจากการจำนองเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นการจำนองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเรื่องสัญญา ทั้งในเรื่องรูปแบบ (formation) ข้อกำหนด (terms) และการสิ้นสุดของสัญญา (termination)¹⁶³

¹⁶¹ Roger J. Smith, Introduction to Land Law. Harlow: Pearson, 2nd ed., 2010, Page 273.

¹⁶² Ibid at 39.

¹⁶³ Ibid at 39.

อย่างไรก็ตามการจำนองต่างจากสัญญากู้ยืมเงินในลักษณะอื่นๆตรงที่ว่าผู้รับจำนองได้สิทธิบางอย่างเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ในเรื่องความเป็นเจ้าของ (proprietary interest) ในกรณีให้ผู้จำนองละเมิดสัญญา เช่น ไม่ยอมชำระหนี้ โดยสามารถที่จะทำการขายอสังหาริมทรัพย์นั้นได้¹⁶⁴

ในเรื่องที่เกี่ยวกับการจำนอง มาตรา 85 ของ the Law of Property Act 1925 ได้กำหนดสิทธิ หน้าที่ และสาระสำคัญต่างๆของผู้รับจำนองไว้ว่ามีสิทธิในการครอบครอง (possession) อสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมาย Common Law¹⁶⁵ และมีสิทธิที่จะขายอสังหาริมทรัพย์นั้นตามอำนาจแห่งพระราชบัญญัตินี้

Section 85 : the Law of Property Act 1925

Mode of mortgaging freeholds.

(1) A mortgage of an estate in fee simple shall only be capable of being effected at law either by a demise for a term of years absolute, subject to a provision for cesser on redemption, or by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage:

การทำสัญญากู้เงินในบางกรณีก็เป็นเรื่องที่มีอำนาจในการต่อรองมีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ให้กู้กับผู้กู้ ซึ่งความได้เปรียบเสียเปรียบในความสัมพันธ์ระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้นั้นอาจเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้กู้อยู่ในสภาวะที่ต้องการเงินอย่างมาก เช่น ต้องการเงินมาซื้อที่อยู่อาศัย หรืออยู่ในวิกฤติทางการเงิน จนยอมที่จะตกลงทุกเงื่อนไขทุกประการกับผู้ให้กู้ ซึ่งประเด็นนี้ก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่ตัวผู้กู้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีเรื่องการจำนองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น หลักกฎหมาย Common law และ พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องต่างๆจึงต้องเข้ามามีบทบาท ณ จุดนี้เพื่อให้แน่ใจได้ว่าทุกฝ่ายจะได้รับความเป็นธรรม (fairness)

ในส่วนของผู้กู้ หรือผู้จำนอง

ประการแรก คือ สิทธิในการที่จะไถ่ถอน (redemption) อสังหาริมทรัพย์ที่จำนองคืนจากผู้รับจำนอง ศาลอังกฤษมองว่าการจำนองเป็นเรื่องสิทธิในหลักประกันการชำระหนี้และยืนยันเสมอมาว่า ผู้จำนองมีสิทธิที่จะไถ่ถอนการจำนองโดยการชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นและได้อสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้คืนมา ดังนั้น จึงมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

¹⁶⁴ Alastair Hudson, Equity and Trust. 7th ed., Oxon : Routledge, 2013, Page 966.

¹⁶⁵ Sukhinder Panesar, The Importance of Possession in Common Law Tradition. Coventry Law Journal, 8 (1), 2003, [Online]. Access from: <https://curve.coventry.ac.uk/open/file/dc090537-4f11-64cc-bb62-acb1862ed7e6/1/Importance%20of%20possession.pdf>, Accessed 11 August 2014. Page.1-13.

- การกัมนิให้มีการไถ่ถอนคืน (prevention of redemption) หากมีความพยายามใดๆโดยผู้รับจำนองเพื่อไม่ให้มีการไถ่ถอนอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองนั้นคืน ศาลอังกฤษก็จะตัดสินให้การกระทำนั้นไม่มีผลบังคับใช้ อย่างไรก็ตามการยี่ระยะเวลาการไถ่ถอนคืนนั้นสามารถทำได้ แม้ว่าการยี่ระยะเวลาการไถ่ถอนคืนอาจยาวนานถึง 40 ปี แต่ Court of Appeal ยอมให้ทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้กู้เป็นนิติบุคคล (บริษัท)¹⁶⁶

- อสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ในสภาพดั้งเดิม (original condition) หลังไถ่ถอน ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ว่าไม่เฉพาะผู้จำนองจะมีสิทธิที่จะไถ่ถอนอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้คืนเท่านั้น แต่อสังหาริมทรัพย์ที่ไถ่ถอนคืนจะต้องอยู่ในสภาพดั้งเดิมอีกด้วย

ประการที่สอง ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต้องเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นไปตามหลักกฎหมาย Common law¹⁶⁷ กล่าวคือ ต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ทำให้ผู้กู้เสียเปรียบ เช่น มีข้อกำหนดที่ทำให้ผู้กู้เสียเปรียบที่จะต้องจ่ายดอกเบี้ยมากเกินไป เป็นต้น โดยอาศัยหลักเรื่องความสมเหตุสมผล (reasonableness requirement) และนอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติต่างๆ ที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่เป็นธรรม เช่น หนี้ต่อบุคคลรายย่อยจะอยู่ภายใต้บังคับของ the Consumer credit Act 1974 ในมาตรา 140A¹⁶⁸ ที่ให้อำนาจศาลอังกฤษในการพิพากษาว่าข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใดๆ ที่ไม่เป็นธรรม (unfair) ไม่มีผลบังคับใช้ หรือจะมีคำสั่งให้แก้ไขข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนด the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 ซึ่งคุ้มครองผู้กู้ที่ไม่ได้เป็นภาคธุรกิจหรือบริษัท ซึ่งข้อ 8 กำหนดว่า ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมจะไม่มีผลผูกพันกับผู้บริโภค

ในส่วนของผู้ให้กู้ หรือผู้รับจำนอง

ประการแรก สิทธิในการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง (foreclosure) เป็นการบังคับเอาหลักประกันเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและไม่มีการชำระหนี้ การบังคับจำนองก็จะเกิดขึ้นโดยเริ่มต้นที่ศาลอังกฤษ เท่ากับเป็นการยุติสิทธิในการไถ่ถอนอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองคืนของผู้กู้ เป็นผลให้ผู้ให้กู้กลายเป็นเจ้าของโดยสมบูรณ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองนั้น ซึ่งปัจจุบันเกิดขึ้นไม่บ่อยนักและโดยปกติจะเกิดขึ้นเมื่อมีการขยายระยะเวลาการชำระหนี้ให้กับผู้กู้แล้ว แม้ว่าการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองจะทำให้ผู้ให้กู้กลายเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยสมบูรณ์แต่ผู้ให้กู้ในปัจจุบันน้อยรายที่จะเลือกใช้วิธีนี้¹⁶⁹

¹⁶⁶ Knightsbridge Estates Trust Ltd v. Byrne [1939] Ch 441.

¹⁶⁷ Cityland & property (Holdings) Ltd v. Dabrah [1968] Ch 166.

¹⁶⁸ มาตรา 140A ถูกเพิ่มเติมโดย the Consumer Credit Act 2006.

¹⁶⁹ Roger J. Smith, op.cit. Page 280.

ประการที่สอง สิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ (possession) ภายใต้ระบบของการจำนอง สิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ถูกตั้งสมมุติฐานว่ายังอยู่ที่ตัวผู้จำนอง ถึงแม้ว่าภายใต้กฎหมายเรื่องการจำนองของอังกฤษในปัจจุบันจะไม่ได้มีหลักกฎหมายที่กล่าวลงไปอย่างชัดเจนว่าสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นี้ยังอยู่ที่ตัวผู้จำนอง (ซึ่งในหลายๆกรณี ศาลอังกฤษพยายามที่จะบอกเป็นนัยว่าเป็นเช่นนั้น) อย่างไรก็ตามสิทธิในการครอบครองสามารถถูกถ่ายโอนมายังผู้รับจำนองได้ ซึ่งกรณีนี้โดยปกติจะเกิดขึ้นเมื่อมีการบังคับจำนองและเตรียมการขาย หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าจะไม่มีการขายอสังหาริมทรัพย์นั้นได้หากอสังหาริมทรัพย์นั้นยังอยู่ภายใต้การครอบครองของผู้จำนอง ขั้นตอน คือ เมื่อผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว ผู้ให้กู้จะเรียกร้องสิทธิเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองนั้นเพื่อที่จะทำให้ผู้ซื้อเกิดความสนใจในอสังหาริมทรัพย์นั้นก่อนจะเข้าสู่กระบวนการขายออกไป อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่อนุญาตให้ผู้ให้กู้ได้รับผลประโยชน์จากทั้งดอกเบี้ยที่ได้จากหนี้และสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ในเวลาเดียวกันผู้ให้กู้จำเป็นต้องจ่ายค่าเช่าให้แก่ผู้กู้ด้วยหากจะครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง ยกเว้นในกรณีของการเข้าครอบครองเพื่อการขาย

ประการที่สาม สิทธิในการขาย (sale) ถ้าผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้ และมีพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดว่าผู้กู้จะไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้ในอนาคต เช่นนี้ผู้ให้กู้อาจจะทำการขายอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองได้ ซึ่งการขายเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการที่จะได้เงินมาจากหลักประกันการชำระหนี้ ข้อสังเกตที่น่าสนใจของการขายอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองตามกฎหมายอังกฤษนี้คือ สามารถมีการขายได้โดยไม่ต้องให้ศาลอนุมัติ ถึงกระนั้นก็ตามอย่างที่ได้อธิบายมาแล้ว ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการขาย ผู้ให้กู้จะต้องเรียกร้องสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองก่อน ซึ่ง ณ จุดนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการของศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่ง¹⁷⁰

สิทธิในการขายนั้นแตกต่างจากสิทธิในการยึด และการครอบครองซึ่งไม่ได้ถูกกำหนดไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในขณะที่อำนาจในการขายนั้นถูกกำหนดไว้ใน the Law of Property Act 1925 (ในกรณีของการจำนองที่ผู้รับจำนองรับมอบเอกสารสำคัญการจำนอง หรือ deed) โดยในมาตรา 101 บัญญัติว่าอำนาจในการขายจะเกิดขึ้นเมื่อหนี้จำนองถึงกำหนดชำระ

Section 101

(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):

(a) 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

¹⁷⁰ Ibid. Page 281.

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;

ซึ่งโดยปกติในสัญญาจำนองจะระบุว่าต้องชำระเงินภายหลัง 6 เดือน (ซึ่งตรงนี้ไม่ได้หมายถึงกำหนดชำระหนี้เงินกู้ที่เป็นหนี้ประธาน) แต่ในทางปฏิบัติแล้วอำนาจในการขายมักเกิดขึ้นตั้งแต่ในช่วงต้น

อย่างไรก็ตามการที่จะขายได้นั้น นอกจากประเด็นอำนาจหรือสิทธิในการขายแล้ว ต้องพิจารณาว่าอำนาจหรือสิทธินั้นสามารถใช้ได้ (exercisable) หรือไม่ ซึ่งมาตรา 103 แห่ง the Law of Property Act 1925 ได้บัญญัติไว้ว่าการที่จะสามารถใช้อำนาจหรือสิทธิในการขายได้นั้นจะต้องมีการผิดนัดชำระหนี้ที่แท้จริงเสียก่อน (real default) ซึ่งจะเกิดได้ 3 กรณีด้วยกัน อันได้แก่

- ได้มีการยื่นหนังสือเรียกให้ชำระหนี้เงินต้นเป็นเวลา 3 เดือนแล้ว และยังคงผิดนัดชำระหนี้
- เรียกให้มีการชำระดอกเบี้ยเป็นเวลา 2 เดือนหลังจากที่ดอกเบี้ยนั้นถึงกำหนดชำระ หรือ
- มีการละเมิดสัญญาในลักษณะอื่นเกิดขึ้น

Section 103

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.

3.2.2 กระบวนการบังคับจำนองของประเทศอังกฤษและเวลส์

ตามหลักกฎหมายแล้ว ผู้ให้กู้มีสิทธิตามสัญญาที่จะสามารถเรียกให้ผู้กู้ชำระหนี้หรือคืนเงินที่กู้พร้อมดอกเบี้ยได้ และในกรณีที่ผู้ให้นำทรัพย์สินจำนองเป็นบุคคลที่สาม ผู้ให้กู้ในฐานะเจ้าหนี้จำนองก็สามารถบังคับจำนองตามสัญญาจำนองหากผู้กู้ซึ่งเป็นลูกหนี้ในหนี้ประธานไม่ชำระหนี้ซึ่งหลักกฎหมายนี้เป็นหลักทั่วไปตามสัญญากู้ยืมและสัญญาจำนอง

กรณีของการบังคับจำนองในประเทศอังกฤษและเวลส์นั้น สามารถทำได้ใน 3 ลักษณะด้วยกัน ได้แก่¹⁷¹

1. การเข้าครอบครอง (possession)
2. การขายอสังหาริมทรัพย์นั้น (sale of property) หรือ
3. การตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์เข้ามาดำเนินการ (appointment of a receiver)

เป็นที่น่าสังเกตว่าในอังกฤษและเวลส์ บางครั้งจะใช้คำว่า “foreclosure” ในความหมายที่หมายถึงกระบวนการบังคับตามสัญญาจำนอง อย่างไรก็ตามคำว่า “foreclosure” ตามกฎหมายอังกฤษนั้น มีความหมายทางเทคนิค ซึ่งหมายถึง การที่ผู้กู้หมดสิทธิประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้วและได้ทำการโอนโฉนดให้กับผู้ให้กู้ ซึ่งกระบวนการนี้ต้องอาศัยอำนาจศาลและไม่ได้เกิดขึ้นบ่อยนัก¹⁷²

1) การเข้าครอบครอง (possession)

โดยปกติแล้วการเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ทางกายภาพเป็นกระบวนการที่จำเป็นสำหรับการดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์ต่อไป และจำเป็นที่จะต้องได้รับคำสั่งจากศาล ซึ่งกระบวนการเข้าครอบครองนี้จะเกิดขึ้นเมื่อเป็นที่ชัดเจนว่าเมื่อผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้แล้วไม่มีความเป็นไปได้ที่ผู้กู้ (ลูกหนี้) จะสามารถกลับมาทำการชำระหนี้ได้ในช่วงระยะเวลาตามสมควร การเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นเสมือนทางออกสุดท้ายเมื่อความพยายามใดๆที่จะหาทางออกอื่นกับผู้กู้ไม่ประสบความสำเร็จ อันที่จริงแล้วการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้น ก็ไม่ใช่เป็นทางเลือกที่จะให้ประโยชน์แก่ผู้ให้กู้ (หรือเจ้าหนี้จำนอง) เสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อค่านิ่งถึงค่าใช้จ่ายต่างๆที่ผู้ให้กู้จำเป็นต้องเสียไปเพื่อดำเนินการทางกฎหมายเพื่อการครอบครองทรัพย์สินนี้ โดยปกติหากมีทางเลือกอื่นที่ดีกว่า หรือมีแนวโน้มว่าผู้กู้ (หรือลูกหนี้จำนอง) จะมีทางกลับมาชำระหนี้ได้ ผู้ให้กู้

¹⁷¹ Field Fisher Waterhouse, Security over Land. [Online]. Access from: <http://www.fieldfisher.com/PDF/Security-over-land.pdf>, Accessed 12 August 2014. Page 8.

¹⁷² *Ibid* at 49.

(หรือเจ้าหนี้จำนอง) มักจะไม่เลือกวิธีนี้ นอกจากนี้ศาลเองก็มักจะไม่ค่อยมองว่าการขอดำเนินกระบวนการเพื่อครอบครองอสังหาริมทรัพย์เป็นเรื่องที่น่าเห็นอกเห็นใจเท่าใดนัก¹⁷³

ในสหราชอาณาจักร กระบวนการในการขอเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์จำนองนั้น ก็แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ (อันได้แก่ อังกฤษและเวลส์ สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ) ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วระบบในการดำเนินการและจะคล้ายคลึงกันก็ตาม ระบบของอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือจะคล้ายคลึงกัน ในขณะที่ระบบของสกอตแลนด์จะต่างออกไป มีข้อที่น่าสังเกตคือในทุกประเทศที่กล่าวมาระยะเวลาในกระบวนการเริ่มดำเนินการทางกฎหมายที่ศาลนั้นก็แตกต่างกันไปตามแต่ละกรณี ซึ่งก็ไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศใดกำหนดระยะเวลาว่ากระบวนการควรเริ่มต้นเมื่อใดไว้ และนอกจากนี้ข้อน่าสังเกตประการที่สองคือเมื่อมีการเริ่มกระบวนการขอเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ศาลแล้ว ก็ไม่จำเป็นเสมอไปที่กระบวนการจะต้องไปสิ้นสุดที่การเข้าครอบครอง บทบาทของศาล ณ จุดนี้ทำหน้าที่เหมือนตัวเร่งให้ผู้กู้ตระหนักถึงความร้ายแรงของสถานการณ์และรีบทำการชำระหนี้ และในบางกรณีกระบวนการที่เริ่มต้นที่ศาลตรงนี้อาจทำหน้าที่เป็นการช่วยรับรองอย่างเป็นทางการให้กับการที่ผู้กู้และผู้ให้กู้จะตกลงทำการชำระหนี้เพื่อไม่ให้กระบวนการต่างๆดำเนินการไปจนกระทั่งเป็นการเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์¹⁷⁴

ในส่วนของกระบวนการในประเทศอังกฤษและเวลส์ การเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านศาลนั้นเป็นวิธีการที่จะทำให้ผู้ให้กู้สามารถขายอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ ซึ่งตาม the Law of Property Act 1925 ผู้ให้กู้นั้นมีอำนาจที่จะขายอสังหาริมทรัพย์เมื่อผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้ อยู่ก่อนแล้ว ในทางกลับกันหากผู้กู้ (หรือลูกหนี้จำนอง) ยินยอมที่จะส่งมอบการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นให้ผู้ให้กู้ หรือผู้กู้ (หรือลูกหนี้จำนอง) ได้ละทิ้งอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว ผู้ให้กู้ (เจ้าหนี้จำนอง) ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปร้องขอคำสั่งศาลแต่อย่างใด แต่โดยปกติเพื่อความมั่นใจผู้ให้กู้ก็มักจะร้องขอคำสั่งศาลไว้

กระบวนการขอเข้าครอบครองสามารถทำได้ที่ศาล county court ศาลก็ได้ (ในอังกฤษและเวลส์มีศาล county court ทั้งหมด 230 ศาล) และผู้พิพากษาที่จะมานั่งรับฟังคำร้องจะเป็น district หรือ circuit judge

ขั้นตอนแรกของกระบวนการนั้น ผู้ให้กู้ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลออกคำสั่งให้เข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ได้ โดยปกติกระบวนการนี้จะเกิดขึ้นหลังจากที่ทนาย solicitor

¹⁷³ Fionnuala Earley, 'Mortgage Possessions: Sources of Information, Legal Procedures and Trends across the UK' (2000) Housing Finance . [Online]. Access from: http://cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_45-6.pdf.pdf?ref=3277. Accessed 12 August 2014, Page 38.

¹⁷⁴ Fionnuala Earley, 'Mortgage Possessions: Sources of Information, Legal Procedures and Trends across the UK' (2000) Housing Finance . [Online]. Access from: http://cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_45-6.pdf.pdf?ref=3277. Accessed 12 August 2014, Page 38.

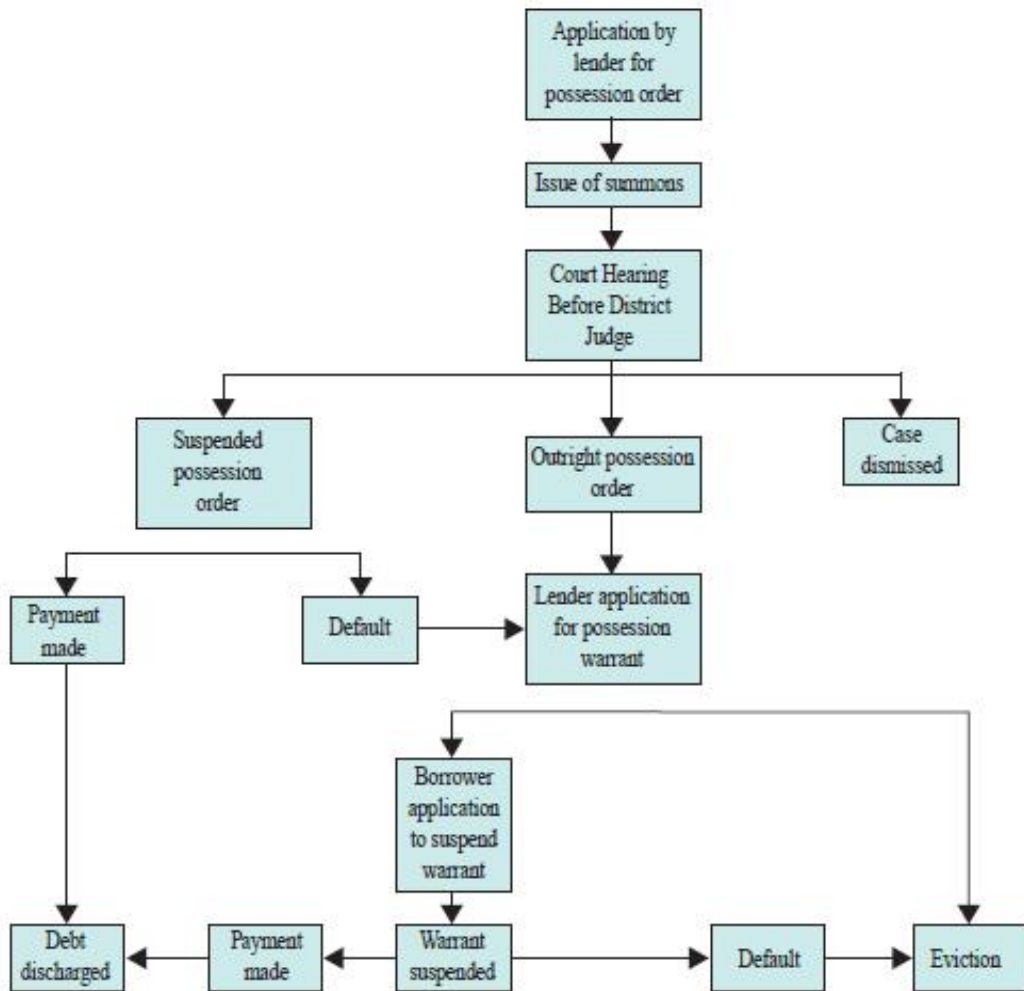
ได้ส่งหนังสือแจ้งให้ผู้กู้ (หรือลูกหนี้จำนอง) ได้ทราบถึงสถานการณ์แล้ว การร้องขอต่อศาลจะทำให้ศาลออกหมาย (summon) ไปยังผู้กู้ ซึ่งเท่ากับเป็นการส่งข้อเรียกร้อง (claim) จากผู้ให้กู้ไปยังผู้กู้ พร้อมกับระบุวันที่จะมีการนัดรับฟังคำร้องขอ ผู้กู้มีเวลา 14 วันจากวันที่รับหมายที่จะทำการตอบกลับหมายนั้น

ในบางกรณีเมื่อศาลเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่ผู้กู้จะมีการแก้ไขสถานการณ์ได้ในระยะเวลาที่สมควร ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับคำสั่งไว้ชั่วคราว (suspend the possession order) โดยศาลจะให้มีการระงับคำสั่งชั่วคราวเท่าที่ผู้กู้ทำตามเงื่อนไขที่เกี่ยวกับอัตราและระยะเวลาที่จะเตรียมการชำระหนี้ได้ ซึ่งการระงับคำสั่งชั่วคราวอาจเป็นเวลาหลายปีก็ได้ แต่ถ้าผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้จากการเตรียมการชำระหนี้ในภายหลังอีก ผู้ให้กู้ไม่จำเป็นต้องดำเนินการเพื่อร้องขอคำสั่งการเข้าครอบครองอีก แต่สามารถร้องขอหมายขับไล่ผู้กู้ได้ทันที อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติผู้ให้กู้อาจทำการทบทวนสถานการณ์ของผู้กู้ก่อนที่จะกลับไปยังศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อค้นพบว่าสถานการณ์บางอย่างได้เปลี่ยนไป ซึ่งศาลเองก็สามารถที่จะระงับคำสั่งชั่วคราวได้อีกครั้งหนึ่ง

ในกรณีที่ศาลเชื่อว่าสถานการณ์การชำระหนี้ของผู้กู้ไม่มีทางที่จะดีขึ้นได้ แม้จะให้เวลาเพิ่มเติมมากเท่าใดก็ตาม ศาลสามารถออกคำสั่งให้ครอบครองได้ทันที (outright order) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า full possession order

คำสั่งให้ครอบครองได้ทันที หรือการที่ผู้กู้ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลวางไว้ในกรณีที่มีการระงับคำสั่งการเข้าครอบครองชั่วคราว ก็เพียงพอที่จะทำให้ผู้ให้กู้สามารถเข้าทำการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ถ้าอสังหาริมทรัพย์นั้นว่าง (vacant) เช่น ผู้กู้ (ลูกหนี้จำนอง) ทำการส่งมอบการครอบครองอสังหาริมทรัพย์โดยสมัครใจ แต่ถ้าผู้กู้ (ลูกหนี้จำนอง) ไม่ยอมที่จะออกไป ผู้ให้กู้ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้ได้หมายขับไล่ ซึ่งเมื่อมีการร้องขอดังกล่าว เจ้าพนักงาน bailiff จะได้รับแจ้งจากศาลและกำหนดเวลาเพื่อทำการขับไล่ โดยปกติแล้วมักจะใช้เวลา 3-4 สัปดาห์ หลังจากมีการร้องขอหมายขับไล่ ทั้งผู้กู้และผู้ให้กู้จะได้รับการแจ้งให้ทราบด้วย อย่างไรก็ตามจนกว่าจะถึงวันที่กำหนดให้มีการขับไล่ ผู้กู้ยังสามารถร้องขอต่อศาลให้มีการระงับคำสั่งเข้าครอบครองชั่วคราวได้ตลอด ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับว่าผู้กู้จะมีการเตรียมการเพื่อทำตามเงื่อนไขในการจัดการชำระหนี้ได้หรือไม่ ซึ่งถ้าไม่มีการทำตามเงื่อนไขหรือคำร้องขอให้มีการระงับคำสั่งชั่วคราวถูกปฏิเสธ ผู้ให้กู้สามารถที่จะขอให้ออกหมายขับไล่ใหม่โดยไม่ต้องมีการรับฟังจากศาลอีกครั้ง ซึ่งหมายขับไล่ใหม่นี้ จะมีการกำหนดวันขับไล่โดยอัตโนมัติ (หากว่าไม่มีการร้องขออุทธรณ์ต่อการเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ใดๆ)

แผนภาพกระบวนการร้องขอเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์¹⁷⁵



ที่มา : Fionnuala Earley, ‘Mortgage Possessions: Sources of Information, Legal Procedures and Trends across the UK’ (2000) Housing Finance . [Online]. Access from: http://cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_45-

¹⁷⁵ Authors: Janet Ford, Elaine Kempson, Marilyn Wilson, Mortgage Arrears and Possessions; perspectives from borrowers, lenders and the courts DETR, 1995.

2) การขายอสังหาริมทรัพย์ (sale of property)

ผู้ให้กู้สามารถขายอสังหาริมทรัพย์ทอดตลาดทรัพย์สินได้ทั้งโดยอำนาจตาม the Law of Property Act 1925 ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วด้านบน (ในกรณีของการจำนองที่ผู้รับจำนอง รับผิดชอบเอกสารสำคัญการจำนอง หรือ deed) หรือภายใต้อำนาจการขายที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ในสัญญาจำนอง (an express power of sale in the mortgage) อย่างที่ได้กล่าวมาแล้ว กระบวนการขายนี้สามารถทำได้โดยไม่ต้องผ่านศาลหรือต้องให้ศาลอนุมัติ¹⁷⁶

นอกจากผู้ให้กู้จะเป็นผู้ดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนอง ผู้พิทักษ์ทรัพย์ (receiver) ก็สามารถเข้ามาเป็นผู้ขายได้ หากมีการให้อำนาจในการขายนี้ไว้แก่ ผู้พิทักษ์ทรัพย์ในสัญญาจำนอง แต่ผู้พิทักษ์ทรัพย์นี้จะดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์ในฐานะเป็น ตัวแทน (agent) ของผู้ให้กู้

ทั้งผู้ให้กู้และผู้พิทักษ์ทรัพย์มีหน้าที่ต่อตัวผู้กู้ (หรือผู้จำนอง) ที่จะต้องขาย อสังหาริมทรัพย์ให้ได้ราคาดีที่สุดตามสมควรเมื่อมีการขาย แต่ผู้ให้กู้และผู้พิทักษ์ทรัพย์ไม่มีพันธะที่จะ ชะลอการขายในช่วงที่ตลาดกำลังขึ้น หรือดำเนินการใดๆ เพื่อปรับปรุงอสังหาริมทรัพย์นั้นก่อนขายไป ซึ่งการขายให้ได้ราคานี้จำเป็นต้องพึ่งพาคำแนะนำการทางตลาดและการประเมินราคา จากผู้ให้คำแนะนำและประเมินราคาอิสระอย่างน้อย 2 แห่งขึ้นไป¹⁷⁷

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้กู้ไม่สามารถขายอสังหาริมทรัพย์ให้ตนเองได้ เช่นเดียวกับที่ ผู้พิทักษ์ทรัพย์ไม่สามารถที่จะขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ให้กู้ได้ โดยที่ไม่ได้รับอนุมัติจากศาล (self-dealing rule) แต่สามารถที่จะขายอสังหาริมทรัพย์นั้นให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับตนได้ (associated person) ตราบเท่าที่มีการดำเนินการอย่างเข้มงวดเพื่อแสดงให้เห็นว่าการขายนั้นได้ราคาที่เหมาะสม¹⁷⁸

การขายตาม Power of Sale นั้นผู้ให้กู้จะทำการขายตามปกติหรือ ขายทอดตลาดทรัพย์สินก็ได้ เพียงแต่ต้องทำการขายโดยสุจริตเพื่อให้ได้ราคาที่เหมาะสม¹⁷⁹

เงินที่ได้จากการขายอสังหาริมทรัพย์ จะต้องนำไปจัดสรรเพื่อชำระหนี้ ดังนี้¹⁸⁰

- 1) ชำระหนี้และปลดจำนองจากผู้รับจำนองคนก่อนๆ (หากมี)
- 2) ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นจากการขายอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง

¹⁷⁶ Roger J. Smith, op.cit., Page 280.

¹⁷⁷ Field Fisher Waterhouse, op.cit., Page 10.

¹⁷⁸ Ibid at 55.

¹⁷⁹ Cuckmere Brick Co Ltd v. Mutual Finance Ltd [1971] EWCA Civ 9.

¹⁸⁰ ศุภฤกษ์ จันทบุรีศรีดา, ข้อตกลงในสัญญาจำนอง : พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานพนธ์ปริญา มหาบัณฑิต ภาควิชาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546, หน้า 113.

3) ชำระหนี้เงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายค้างจ่ายต่างๆของผู้รับจำนอง ซึ่งทำการบังคับจำนอง

4) ชำระเงินส่วนที่เหลือให้แก่ผู้จำนอง หรือหากมีผู้รับจำนองรายถัดไปก็ให้ชำระให้แก่ผู้รับจำนองรายถัดไปก่อนจนครบทุกราย หากมีเงินเหลือถึงคืนให้ผู้จำนอง

การพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด

หากเงินที่ได้จากการขายอสังหาริมทรัพย์ไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ผู้กู้ก็ยังคงเป็นหนี้ค้างชำระแก่ผู้ให้กู้ในส่วนที่เหลืออยู่ ซึ่งในทางปฏิบัติ ผู้ให้กู้อาจติดต่อผู้กู้เพื่อถามว่าผู้กู้จะดำเนินการชำระหนี้ในส่วนที่เหลืออย่างไร ซึ่งโดยปกติผู้ให้กู้อาจจะใช้เวลาแก่ผู้กู้หลายปีก่อนที่จะดำเนินการทางกฎหมายเพื่อขอรับชำระหนี้ในส่วนที่เหลือ เพื่อให้ผู้กู้สามารถฟื้นตัวได้ในระดับหนึ่ง ณ จุดนี้ผู้กู้มีทางเลือกอยู่หลายทาง ได้แก่¹⁸¹

- ร้องขอให้ผู้ให้กู้อยกหนี้ในส่วนที่เหลือบางส่วนหรือทั้งหมด
- หาทางจ่ายเงินก้อนจำนวนหนึ่ง (ซึ่งอาจน้อยกว่าหนี้ในส่วนที่เหลือ) แต่ให้เงินจำนวนนี้เป็นเงินสำหรับการชำระหนี้ทั้งหมดและเป็นเงินก้อนสุดท้าย
- เตรียมการเจรจาเพื่อจ่ายหนี้ในส่วนที่เหลือทั้งหมดหรือบางส่วนในรูปแบบการผ่อนชำระตามระยะเวลาที่ตกลงกันได้
- ผู้กู้อาจขอให้ตนเองล้มละลาย¹⁸²

3) การตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ (receiver)

โดยปกติวิธีที่มักปฏิบัติกันเพื่อไม่ให้ผู้กู้ที่ผิดนัดชำระหนี้มีอำนาจเหนืออสังหาริมทรัพย์และเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่อาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการที่ผู้กู้ยังครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ คือการตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ หรือ receiver เพื่อดำเนินการเก็บค่าเช่า จัดการรวมถึงดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ซึ่งในปรากฏใน the Law of Property Act 1925

ในทางเทคนิคแล้ว ผู้พิทักษ์ทรัพย์จะทำหน้าที่เป็นเสมือนตัวแทน (agent) ของผู้กู้ อย่างน้อยที่สุดก็จนกระทั่งมีการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ออกไป แต่ในขณะเดียวกันการดำเนินการของผู้พิทักษ์ทรัพย์ก็เป็นการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ของผู้ให้กู้ด้วย¹⁸³

อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์นั้นให้ไว้โดยกฎหมาย ในกรณีของการจำนองมีเอกสารสำคัญการจำนอง หรือ deed ซึ่งเป็นไปตาม

¹⁸¹ Council of Mortgage Lender, What happens if repossession occurs?, [Online]. Access from: <https://www.cml.org.uk/cml/consumers/guides/debt#>. Accessed 13 August 2014.

¹⁸² ส่วนของล้มละลายตามกฎหมายอังกฤษอยู่นอกเหนือขอบเขตของงานวิจัยชิ้นนี้จึงไม่กล่าวถึง

¹⁸³ Field Fisher Waterhouse, op.cit., p.9.

Section 101 (1) (iii)

(iii) A power, when the mortgage money has become due, to appoint a receiver of the income of the mortgaged property, or any part thereof; or, if the mortgaged property consists of an interest in income, or of a rentcharge or an annual or other periodical sum, a receiver of that property or any part thereof; and

หรือในกรณีที่ไม่มี deed การแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินอาจกำหนดไว้ในสัญญาจำนองก็ได้ โดยปกติแล้วการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินนั้นจะอาศัยศาลให้แต่งตั้งให้ก็ได้ แต่ก็สามารถแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจศาลได้เช่นกัน¹⁸⁴ ผู้กู้อาจไม่สามารถห้ามการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินได้ และก็ไม่สามารถเพิกถอนการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินได้

อำนาจของผู้พิทักษ์ทรัพย์สินที่ได้รับตามกฎหมายนั้นจะมีเหนือการจำนองโดยหน้าที่หลักของผู้พิทักษ์ทรัพย์สินนั้นทำไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้รับจำนองซึ่งเป็นผู้ตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินเป็นหลัก การดำเนินการของผู้พิทักษ์ทรัพย์สินนั้นบางครั้งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้จำนอง แต่กฎหมายอนุญาตให้ดำเนินการได้ อย่างไรก็ตามผู้พิทักษ์ทรัพย์สินต้องใช้อำนาจหน้าที่โดยสุจริตเพื่อเป้าประสงค์ในการฟื้นฟูสถานการณ์ชำระหนี้จำนอง หน้าที่หลักของผู้พิทักษ์ทรัพย์สินคือต้องดำเนินการให้มีการจ่ายดอกเบี้ยและหนี้ประธาน ซึ่งผู้พิทักษ์ทรัพย์สินจะต้องเป็นผู้ดำเนินการเพื่อคุ้มครองและรักษาอสังหาริมทรัพย์ แต่ผู้พิทักษ์ทรัพย์สินไม่มีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจในการขาย (power of sale) เสมอไปถึงแม้จะมีอำนาจดังกล่าวก็ตาม แต่ถ้าจะใช้อำนาจในการขายก็ต้องขายให้ได้ราคาที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งการใช้อำนาจตรงนี้เสมือนเป็นการใช้อำนาจของผู้รับจำนองในการขายอสังหาริมทรัพย์

นอกจากนี้ผู้พิทักษ์ทรัพย์สินไม่ได้มีแค่หน้าที่ในการเก็บค่าเช่าเท่านั้น แต่มีหน้าที่ในการดูแลรักษาและจัดการอสังหาริมทรัพย์ให้อยู่ในสภาพดี โดยต้องป้องกันอสังหาริมทรัพย์นั้นจากความเสียหายต่างๆที่อาจเกิดขึ้นได้

ท้ายที่สุด ผู้พิทักษ์ทรัพย์สินที่สร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย มีอำนาจในการเรียกร้องให้มีการชำระค่าเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ตนถูกตั้งขึ้นเพื่อดูแลจัดการได้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวหมายความรวมถึง การดำเนินการทางกฎหมายเพื่อเรียกเก็บค่าเช่าในนามของทั้งผู้กู้และผู้ให้กู้¹⁸⁵

¹⁸⁴ Lavelle Coldman Solicitor, Management and Enforcement of Loans and Security in England and Wales for Irish Lenders. ?, [Online]. Access from: <http://www.lavellesolicitors.ie/wp-content/uploads/2013/04/Security-Enforcement-and-Management-in-England-and-Wales-September-2009.pdf>. Accessed 13 August 2014.

¹⁸⁵ *Ibid* at 62.

3.2.3 บทสรุป

การจำนองในประเทศอังกฤษและเวลส์นั้นมีกระบวนการที่ค่อนข้างตรงไปตรงมาและไม่ซับซ้อน โดยไม่ได้มีข้อยกเว้นใดๆของการบังคับจำนองเป็นพิเศษ กล่าวโดยสรุปได้ว่าเมื่อผู้กู้ได้ทำสัญญากู้เงินจากผู้ให้กู้แล้ว และมีการนำอสังหาริมทรัพย์ของตนมาเป็นหลักประกันโดยการทำสัญญาจำนอง (หรือในกรณีที่มีบุคคลที่สามมาเป็นผู้จำนอง) เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ผู้ให้กู้ในฐานะเจ้าหนี้จำนองก็สามารถที่จะบังคับจำนองไปได้ ซึ่งสามารถเลือกที่จะทำได้ใน 3 ลักษณะ อันได้แก่

1. การเข้าครอบครอง (possession) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ต้องร้องขอคำสั่งจากศาล แต่โดยปกติการเลือกเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้จำนองจะไม่ใช่ที่นิยม เพราะ มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ อย่างไรก็ตามจะมีการเข้าครอบครองในอีกลักษณะหนึ่ง คือ การเข้าครอบครองเพื่อเตรียมการที่จะขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ซึ่งเป็นทางเลือกตามปกติที่เจ้าหนี้จำนองมักเลือกใช้ คือ ไม่ใช่เป็นการเข้าไปครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้จำนองแบบกรณีแรก แต่เป็นกระบวนการเข้าครอบครองเพื่อจะสามารถดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์นั้นต่อไปได้

2. การขายอสังหาริมทรัพย์ (sale of property) เป็นการขายอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้จำนองเพื่อนำเงินที่ได้จากการขายมาชำระหนี้ประธานและดอกเบี้ยที่เกิดขึ้น โดยเจ้าหนี้จำนองต้องมีอำนาจในการขาย (Power of Sale) และสามารถใช้อำนาจในการขายนั้นได้ (Exercisable Power) ซึ่งรายละเอียดของอำนาจการขายและความสามารถในการใช้อำนาจการขายได้มีบัญญัติไว้ใน the Law of Property Act 1925 แล้ว โดยการขายนี้เจ้าหนี้จำนองสามารถดำเนินการได้เอง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาล โดยเจ้าหนี้จำนองมีหน้าที่ต้องขายอสังหาริมทรัพย์ให้ได้ราคาดีที่สุดในสมควร

หากเงินที่ได้จากการขายไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ผู้กู้ก็มีวิธีอื่นๆ เพื่อที่จะชำระหนี้ เช่น การร้องขอให้ยกหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน การจ่ายเงินก้อนซึ่งอาจน้อยกว่าหนี้ที่มีเพื่อให้หนี้ระงับ การเจรจาขอผ่อนจ่ายการชำระหนี้ หรือการร้องขอให้ตนเองเป็นผู้ล้มละลาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

3. การตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์เพื่อเข้ามาดำเนินการ (appointment of a receiver) ผู้ให้กู้ (เจ้าหนี้จำนอง) มีอำนาจในการตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ โดยอาศัย the Law of Property Act 1925 หรืออาศัยข้อสัญญาในสัญญาจำนองก็ได้ โดยผู้พิทักษ์ทรัพย์จะเข้ามาดำเนินการเรื่องต่างๆที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จำนองนั้นแทนเจ้าหนี้จำนองและลูกหนี้จำนอง รวมถึงมีอำนาจในการขายอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย ซึ่งก็เป็นการทำหน้าที่ของเจ้าหนี้จำนองในการขาย และเช่นเดียวกันกับหน้าที่ของเจ้าหนี้จำนอง คือ ต้องขายอสังหาริมทรัพย์นั้นให้ได้ราคาดีที่สุดในสมควร

3.3 ประเทศฝรั่งเศส

สำหรับประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ civil law กฎหมายในเรื่องต่างๆจะถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งรวมถึงเรื่อง “หนี้” ด้วย ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 1108 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil)¹⁸⁶ ซึ่งหลักการพื้นฐานของสัญญากู้ยืมเงินก็เป็นไปดังเช่นหลักกฎหมายสากลทั่วไป กล่าวคือ ผู้กู้ยืมสัญญาที่จะชดใช้เงินคืนตามจำนวนที่กู้ยืมให้แก่ผู้กู้ (โดยอาจมีดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้)¹⁸⁸

3.3.1 หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจำนอง

ในประเทศฝรั่งเศสมีการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1852 ซึ่งธุรกิจนี้มีรากฐานมาจากธนาคารเพื่อการจำนองของฝรั่งเศส หรือที่เรียกว่า Caisse Hypothecaire ซึ่งตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1820 และเลิกกิจการไปในปี ค.ศ. 1846 อย่างไรก็ตามมีการจัดตั้งใหม่โดยรัฐบาลเป็นผู้ดำเนินการ โดยใช้ชื่อว่าธนาคารฟองซิเอร์แห่งฝรั่งเศส หรือ Credit Foncier De France

ซึ่งในระยะแรกนั้นเครดิตฟองซิเอร์ได้เปิดให้ประชาชนกู้ยืมเงินโดยให้ใช้บ้านหรือที่ดินจำนองเป็นหลักประกันเงินกู้ คิดอัตราดอกเบี้ยต่ำ และให้ผ่อนชำระได้ในระยะยาว ต่อมาในปี ค.ศ. 1860 กิจการได้ขยายให้ประชาชนกู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัยและให้หน่วยงานรัฐบาลกู้เพื่อนำไปใช้ในการสร้างและปรับปรุงสาธารณูปโภคโดยอาจจะมีการจำนองด้วยหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้เครดิตฟองซิเอร์ยังเปิดให้กู้ยืมโดยวิธีรับซื้อลด (rediscount) ตัวเงินจากธนาคารของผู้รับเหมาก่อสร้าง Sous Comptior Des Entrepreneurs โดยจะใช้งานก่อสร้างเสร็จแล้วในแต่ละช่วงหรือกำลังอยู่ระหว่างการก่อสร้างเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน

เครดิตฟองซิเอร์แห่งฝรั่งเศสมีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทจำกัดโดยอยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงการคลัง ในด้านการบริหารงานนั้นจะมีผู้ว่าการและรองผู้ว่าการจำนวน 2 คน โดยได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาลฝรั่งเศสเป็นผู้ดำเนินการบริหารกิจการ

¹⁸⁶ Geoffrey Samuel, op.cit., Page 297.

¹⁸⁷ Article 1895 of the French Civil Code “The obligation which results from a loan of money is always for the numerical sum stated in the contract. Where there is a rise or a fall in currency before the time of payment, the debtor must return the numerical sum loaned, and must do so only in the currency having legal tender at the time of the payment.”

¹⁸⁸ Article 1905 of the French Civil Code “It is lawful to stipulate interest for a simple loan, either of money, or of commodities, or of other movable things.”

เครดิตฟองซิเอร์แห่งฝรั่งเศสมีความสามารถในการจัดหาทุนโดยการออกพันธบัตรเพื่อการเคหะที่ใช้อัตราดอกเบี้ยตายตัว (แต่ไม่เกิน 20 เท่าของหุ้นที่ชำระแล้ว)

การให้กู้ยืมนั้นจะได้ไม่เกินครึ่งหนึ่งของราคาประเมินบ้านและที่ดิน ในกรณีที่กู้เงินไปเพื่อการเกษตรกรรมจะกู้เงินได้ไม่เกินหนึ่งในสามของหลักประกัน โดยผู้กู้ต้องชำระหนี้และอัตราดอกเบี้ยคืนตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้กับเครดิตฟองซิเอร์แห่งฝรั่งเศส¹⁸⁹

เช่นเดียวกับตามหลักทั่วไปในเรื่องหนี้ที่มีหลักประกัน ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสเอง สัญญาจำนองจะมีผู้เกี่ยวข้องด้วยกัน 3 ฝ่ายคือ เจ้าหนี้ตามสัญญาเงินกู้ซึ่งจะเป็นเจ้าหนี้จำนองด้วย ลูกหนี้ตามสัญญาเงินกู้ และลูกหนี้จำนองซึ่งจะเป็นคนเดียวกันกับลูกหนี้ตามสัญญาเงินกู้หรือเป็นบุคคลที่สามก็ได้ เจ้าหนี้จำนองย่อมมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่นในอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ก็สามารถที่จะนำเอาอสังหาริมทรัพย์นั้นไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ โดยสิทธิของเจ้าหนี้ในการติดตามให้มีการชำระหนี้เรียกว่า *droit de suite*¹⁹⁰

การจำนองในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า *hypothèque* ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หรือ French Civil Code ซึ่งกำหนดให้ทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นของผู้จำนอง ไม่ใช่เป็นของบุคคลอื่น (มาตรา 2118-1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส) ทรัพย์สินที่อาจนำมาจำนองได้แบ่งเป็น 2 ประเภทหลักๆด้วยกัน

a. อสังหาริมทรัพย์ในทางการค้าและสิ่งที่ดีดพันอยู่กับทรัพย์สินนั้นอันมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ เช่น ดึกที่ดีดอยู่กับที่ดิน

b. สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์และสิทธิที่ดีดอยู่กับทรัพย์สินนั้นตลอดระยะเวลาแห่งสิทธิ¹⁹¹

ในส่วนของอสังหาริมทรัพย์ เช่น เครื่องจักรนั้น กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดว่าไม่สามารถนำมาจำนองได้¹⁹² เช่นเดียวกับเรือ หรือเรือเดินทะเล ซึ่งกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติให้สามารถนำมาจำนองได้ (ต้องเป็นไปตามกฎหมายทะเลที่เกี่ยวกับเรือ) และทรัพย์สินที่ลูกหนี้อาจนำมาในอนาคตนั้นก็ไม่สามารถนำมาจำนองได้¹⁹³

¹⁸⁹ ดุษฎี จันทรปริดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, หน้า 135.

¹⁹⁰ Stephane Glock, *Real Property Law Project : France*. [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/France.PD> F. Accessed 15 August 2014, Page 56.

¹⁹¹ ดุษฎี จันทรปริดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, หน้า 136.

¹⁹² Stephane Glock, *op.cit.*, p.63.

¹⁹³ ดุษฎี จันทรปริดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, หน้า 136.

สำหรับรูปแบบการจำนองตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีด้วยกันอยู่ 3 รูปแบบ¹⁹⁴ ได้แก่

1. การจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage)
2. การจำนองตามสัญญา (conventional mortgage) และ
3. การจำนองตามคำพิพากษา (judicial mortgage)

1. การจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage)

เป็นการจำนองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เป็นการจำนองที่ต้องทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญการจำนอง หรือ deed โดยการจำนองตามกฎหมายได้แก่¹⁹⁵

- สิทธิของภรรยาเหนือทรัพย์สินของสามี
- สิทธิของผู้เยาว์หรือผู้อยู่ในความปกครองเหนือทรัพย์สินของตน
- สิทธิของชาติ สิทธิของสังคม สิทธิขององค์กรของรัฐ เหนือทรัพย์สิน

ภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานหรือผู้บริหารแผนในกรณีล้มละลาย

2. การจำนองตามสัญญา (conventional mortgage)

เป็นการจำนองที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาโดยคู่สัญญาได้ตกลงกันหรือยินยอมโดยผู้มีความสามารถให้ความยินยอมจำนองคือผู้ที่มีสิทธิครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นตามเงื่อนไขในสัญญา โดยทรัพย์สินของผู้เยาว์หรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครองไม่สามารถนำมาจำนองเองได้ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้โดยกฎหมายหรือกำหนดไว้โดยคำพิพากษา

การจำนองตามสัญญานั้นคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามแบบและวิธีที่กฎหมายกำหนด คือ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องจดทะเบียนการจำนองทางทะเบียน (registration) ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ office for preserving the mortgages หรือสำนักงานรักษาสินทรัพย์ที่จำนอง ณ สถานที่ที่สังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ โดยทำต่อหน้าผู้รับรอง 2 คน หรือผู้รับรอง 1 คน และพยาน 2 คน และต้องไปจดทะเบียนการจำนองเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่จำนองประกันนี้

สัญญาจำนองแบบ conventional mortgage นี้จะไม่มีผลทางกฎหมายหากมิได้กำหนดจำนวนเงินที่จำนองไว้อย่างชัดเจน โดยเจ้าพนักงานจะมอบเอกสารการจดทะเบียนจำนองให้กับผู้ที่ร้องขอเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐาน

สัญญาจำนองที่ทำขึ้นในต่างประเทศไม่มีผลบังคับเป็นการจำนองทรัพย์สินในประเทศฝรั่งเศสได้ เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นประการอื่นใน political law หรือสนธิสัญญา และการจำนองไม่ครอบคลุมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกัน¹⁹⁶

¹⁹⁴ ดุษฎี จันทบริดา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 58 , หน้า 137.

¹⁹⁵ ดุษฎี จันทบริดา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 58, หน้า 137.

¹⁹⁶ ดุษฎี จันทบริดา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 58, หน้า 138-139.

3. การจำนองตามคำพิพากษา (judicial mortgage)

เป็นการจำนองที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล แต่คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับให้เป็นการจำนอง เว้นแต่จะได้มีคำสั่งบังคับโดยศาล ส่วนคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอาจก่อให้เกิดการจำนองได้เช่นกัน หากมีการบังคับคดีให้กระทำการโดยคำสั่งของศาลประเทศฝรั่งเศส¹⁹⁷

การจำนองทั้ง 3 รูปแบบดังที่กล่าวมานั้นมีผลสมบูรณ์นับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้จดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยการจำนองที่ได้จดทะเบียนแล้ว จะมีผลใช้บังคับได้เป็นระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่จดทะเบียน และจะสิ้นผลทันทีเมื่อครบกำหนดเวลาดังกล่าว เว้นแต่จะได้มีการจดทะเบียนใหม่อีกครั้งก่อนวันที่ครบกำหนด¹⁹⁸

แนวปฏิบัติการจำนองตามกฎหมายฝรั่งเศสระหว่างธนาคารกับผู้กู้ เมื่อธนาคารมอบเงินกู้ให้แก่ผู้กู้ ธนาคารและผู้ให้กู้ก็จะทำสัญญาจำนองขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยที่ธนาคารในฐานะเจ้าหนี้จำนองมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ของผู้กู้ (ในฐานะลูกหนี้จำนอง) โดยสัญญาจำนองนั้น จะเป็นสัญญารูปแบบอย่างเป็นทางการ (Formal contract) ซึ่งตามมาตรา 2127 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะต้องได้รับการรับรอง (notaries) และจดทะเบียนเมื่อมีการลงนามในสัญญาก็ต้องนำสัญญาจำนองมาจดทะเบียนที่ mortgage registry หรือ land registry office เพื่อให้มีผลบังคับตามกฎหมาย

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสแบบของการจำนองนั้นมีอยู่ 2 ขั้นตอนด้วยกัน กล่าวคือ ขั้นตอนแรกเอกสารสำคัญการจำนอง หรือ deed ต้องมีการรับรองเอกสาร ซึ่งขั้นตอนนี้ถูกกำหนดไว้โดยกฎเกี่ยวกับการจดทะเบียนที่ดิน ดังนั้นจึงเท่ากับว่าเอกสารสำคัญจะมีผลทางกฎหมาย ก็ต่อเมื่อมีการรับรองเอกสารแล้วเท่านั้น ซึ่งการรับรองเอกสารครั้งนี้เป็นเรื่องสำคัญ ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาจำนองก็จะมีผลทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง และขั้นตอนที่สองเพื่อให้สัญญาจำนองมีผลเป็นการทั่วไปต่อบุคคลที่สาม (เช่น ให้บุคคลที่สามรับรู้ว่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวมีการจำนอง) คู่สัญญาจะต้องนำสัญญาจำนองไปจดทะเบียนที่ mortgage registry ด้วย¹⁹⁹

3.3.2 กระบวนการบังคับจำนองของประเทศฝรั่งเศส²⁰⁰

ผู้รับจำนองมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้รายอื่นๆในทรัพย์สินที่จำนองรวมถึงทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ (กล่าวคือ ไม่มีข้อยกเว้นเรื่องการบังคับจำนองแล้วไม่อาจไปบังคับทรัพย์สินอื่น

¹⁹⁷ ดุษฎี จันทบริดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, หน้า 138-139.

¹⁹⁸ ดุษฎี จันทบริดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, หน้า 139.

¹⁹⁹ Stephane Glock, op.cit., p.57.

²⁰⁰ Ibid., p.61.

ของลูกหนี้) เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้จำนองก็สามารถดำเนินการบังคับจำนองได้ และมาตรา 2204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติไว้ว่าเมื่อเจ้าหนี้จำนองจะดำเนินการบังคับจำนองแล้วแต่เงินที่ได้ไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถที่จะขายทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้

อย่างไรก็ตามสัญญาจำนองนั้นไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อสิทธิในความเป็นเจ้าของของที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่จำนองนั้น กล่าวคือ ผู้จำนอง (เจ้าของของทรัพย์สินที่จำนอง) ก็ยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองนั้น เพียงแต่ผู้รับจำนองมีสิทธิก่อนหรือเหนือกว่าเจ้าหนี้รายอื่นๆ (รวมถึงตัวลูกหนี้จำนองเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง) ในทรัพย์สินที่จำนอง การจำนองตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นยังให้สิทธิแก่เจ้าหนี้จำนองในการติดตามเพื่อเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เงินเป็นที่พอใจแม้ว่าทรัพย์สินที่จำนองนั้นจะมีการเปลี่ยนเจ้าของไปก็ตาม

ในกระบวนการบังคับจำนองนั้น เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และไม่ยอมทำการชำระหนี้ เจ้าหนี้จำนองจะต้องทำการเข้าครอบครอง (possession) ทรัพย์สินที่จำนองนั้นก่อน อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้จำนองมีพันธะที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎในการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนอง และกฎที่เกี่ยวกับการขายทอดตลาดทรัพย์สิน (sale by auction)²⁰¹ ด้วย ซึ่งกฎหมายได้ห้ามไม่ให้คู่สัญญาตกลงเป็นอย่างอื่น

ขั้นตอนที่สำคัญคือ เจ้าหนี้จำนองจะต้องร้องขอคำสั่งให้ครอบครอง (possession order) จากศาลตามโฉนดที่ดินซึ่งได้มีการรับรองเอกสารไว้และมีอำนาจในการบังคับตามกฎหมาย ต่อมาคำสั่งให้ครอบครองจะต้องนำไปจดทะเบียนเสียก่อน เมื่อจดทะเบียนแล้ว ก็จะมีการจัดเตรียมการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองโดยศาล (court auction) ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการบังคับจำนองในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะต้องกระทำผ่านศาลทั้งในขั้นตอนของการเข้าครอบครองและการขายทอดตลาดทรัพย์สิน

ขั้นตอนของการบังคับจำนองนั้นจะแตกต่างกันไปตามศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศส หรือในเขต Alsace-Moselle²⁰² ซึ่งถ้าทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในเขต Alsace-Moselle โนตารี (notary) จะเข้ามาในฐานะที่เป็นตัวแทนของศาลในการจัดการขายทอดตลาดทรัพย์สิน

และอย่างที่ได้อธิบายไว้แล้ว ตามมาตรา 2209 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เมื่อการขายทรัพย์สินที่จำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้จำนองขายทรัพย์สินอื่นที่ไม่ได้จำนองไว้เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้ครบถ้วน แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะไม่ได้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยก็ตาม²⁰³

²⁰¹ Olivier Hubert, Bank Finance and Regulation Multi-Jurisdictional Survey : France Enforcement of Security Interests in Banking Transaction. [Online]. Access from: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=2D154B93-B1EF-4B97-958F-49FDE49E2E5E>. Accessed 15 August 2014. Page 7.

²⁰² Alsace-Moselle เป็นพื้นที่ทางตะวันออกของฝรั่งเศสโดยมีพรมแดนติดกับประเทศเยอรมัน โดยมีเมืองสำคัญ คือ Metz และ Strasbourg ซึ่งพื้นที่นี้มีกฎหมายท้องถิ่นของตัวเอง

²⁰³ คุชฎี จันทบริดา, อ้างแล้ว เจริญธุรกิจ 58 , หน้า 140.

การพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด

หากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ไปแล้ว พร้อมกับมีการดำเนินการยึดทรัพย์สินอื่นที่ไม่ได้จำนองแล้วเงินที่ได้ยังไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ลูกหนี้อาจต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ซึ่งตามกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นกระบวนการล้มละลายถือเป็นมาตรการที่ดำเนินการไปเพื่อฟื้นฟูสภาพลูกหนี้ (redressement judiciaire) อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมีกระบวนการเหล่านี้เกิดขึ้น ลูกหนี้อาจต้องขอเข้ารับคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญด้านอสังหาริมทรัพย์และการจำนอง เช่น mortgage adviser หรือ estate agent และนักกฎหมาย (Advocat) ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์ให้เกิดการเจรจากับเจ้าหนี้เพื่อไม่ให้กระบวนการดำเนินไปสู่การฟ้องล้มละลาย อันเป็นที่ไม่พึงประสงค์ของลูกหนี้²⁰⁴

3.3.3 บทสรุป

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการทำสัญญาจำนองเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศฝรั่งเศสนั้นคล้ายกับกรณีของประเทศไทย กล่าวคือ อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่ง และมีแบบที่คู่สัญญาต้องทำตามรวมไปถึงการจดทะเบียน ณ หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง มิฉะนั้นสัญญาดังกล่าวจะไม่มีผลใช้บังคับได้

ในส่วนของการบังคับจำนองนั้น ก็มีลักษณะคล้ายของประเทศไทยคือ เจ้าหนี้จำนองต้องเริ่มกระบวนการบังคับจำนองผ่านศาล คือต้องมีการร้องขอให้ศาลออกคำสั่งครอบครองอสังหาริมทรัพย์จำนอง แต่ที่ต่างกับกระบวนการของประเทศไทย คือ ไม่ได้ใช้หน่วยงานบังคับคดีแยกต่างหากเหมือนของไทย แต่จะเป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยศาล (court auction) หรือโนตารี

ประการสำคัญ คือ เมื่อการขายทอดตลาดทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองแล้วเงินที่ได้มายังไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังสามารถเรียกให้ลูกหนี้ขายทรัพย์สินอื่นเพื่อมาชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม หากเงินที่ได้มายังไม่พอชำระหนี้ที่มีอยู่ ลูกหนี้อาจถูกฟ้องล้มละลายได้ ซึ่งลูกหนี้เองควรชวนขวดยาคำแนะนำจากที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญด้านอสังหาริมทรัพย์และการจำนอง หรืออาจต้องขอความช่วยเหลือจากนักกฎหมาย เพื่อให้เกิดการเจรจากันก่อนที่จะมีการฟ้องล้มละลายจะเกิดขึ้น

²⁰⁴ Eleanor Fullalove, So you can't pay your French mortgage, FranceEntree [Online]. Access from: <http://www.frenchentree.com/french-property/law/so-you-cant-pay-your-french-mortgage/>. Accessed 17 October 2014.

3.4 ประเทศเยอรมัน

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²⁰⁵ (Federal Republic of Germany / Bundesrepublik Deutschland) หรือที่เรียกสั้นๆว่า “เยอรมัน” ตั้งอยู่ในทวีปยุโรปตอนกลาง มีการปกครองประเทศแบบสหพันธ์สาธารณรัฐ โดยเป็นการรวมตัวของรัฐทั้งหมด 16 รัฐ มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและมีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยเชิงเสรีภาพและรัฐสวัสดิการ มีเมืองหลวงและเมืองใหญ่ที่สุดของประเทศคือ เบอร์ลิน เยอรมนีมีประชากรประมาณ 80 ล้านคนและเป็นประเทศที่มีความหนาแน่นประชากรสูงสุดแห่งหนึ่งของยุโรป

การเมืองและการปกครองในประเทศเยอรมันนั้นมีประธานาธิบดีเป็นประมุขแห่งรัฐ อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาซึ่งประกอบไปด้วย สภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ซึ่งมีสมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรง และสภาผู้แทนรัฐ (Bundesrat) เป็นสภาตัวแทนรัฐสิบหกของรัฐของสหพันธ์ ระบบพรรคการเมืองของเยอรมนีมีเพียงสองพรรคการเมืองหลักคือ สหภาพคริสเตียนเดโมแครต และพรรคสังคมนิยมประชาธิปไตยเยอรมนี ประเทศเยอรมันมีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ซึ่งมีหลายประเทศทั่วโลกนำไปเป็นกฎหมายต้นแบบของประเทศ โดยเฉพาะประเทศไทย ที่ได้นำหลักกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้กับกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน

กฎหมายว่าด้วยหนี้ หรือ law of obligations ในประเทศเยอรมันได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 214-310 ซึ่งได้มีการแก้ไขครั้งสำคัญเมื่อปี ค.ศ. 2002 ภายหลังจากที่ใช้หลักกฎหมายนี้มาเป็นระยะเวลาหนึ่งร้อยปี ได้เกิดแนวคิดในการแก้ไขกฎหมายขึ้นเนื่องจากความต้องการทำให้กฎหมายมีความทันสมัยและสามารถนำมาปรับใช้ได้กับกฎหมายฉบับอื่นๆ โดยกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคที่นำกรอบความคิดจาก European Law เป็นชนวนของความคิดในการแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้ ตัวอย่างหลักกฎหมายหนี้ที่ได้ทำการแก้ไข เช่น หนี้ที่ต้องชำระไม่เฉพาะเจาะจง non-performance และหนี้จากการซื้อขาย non-conformity เป็นต้น

สำหรับหลักกฎหมายเรื่องหนี้ของไทย มาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเทศไทยนั้นแต่เดิมบัญญัติไว้ในมาตรา 373 ซึ่งไม่ได้มีการเทียบเคียงจากหลักกฎหมายเยอรมัน และในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Law) มิได้บัญญัติในทำนองมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทย ดังนั้นหลักการชำระหนี้ของลูกหนี้จึงมิได้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จนกว่าจะครบมูลหนี้

²⁰⁵ European Union, Germany, [Online]. Access from: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/germany/index_en.htm. Accessed 10 July 2014.

3.4.1 หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจำนอง

กฎหมายว่าด้วยการจำนองของประเทศเยอรมันได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (German Civil Code²⁰⁶ หรือ BGB) มาตรา 1113-1190 โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. สิทธิของเจ้าหนี้จำนองในประเทศเยอรมันมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับการจำนองทั่วไป คือ เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิเรียกร้อง 2 ประการด้วยกัน²⁰⁷ คือ สิทธิเป็นเจ้าหนี้สามัญที่สามารถเรียกร้องกับลูกหนี้ในจำนวนหนี้ที่กำหนดไว้ในสัญญา และสิทธิของเจ้าหนี้จำนองที่สามารถบังคับเอาทรัพย์สินจำนองซึ่งถือเป็นบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้รายอื่น

2. การจำนองกำหนดความหมายไว้ในมาตรา 1113 การจำนอง หมายถึง ที่ดิน (Plot of land) ที่บุคคลหนึ่งเอาไปเป็นประกันการกู้ยืมเงินจำนวนหนึ่งที่ได้กู้มาจากบุคคลอีกคนหนึ่ง และการจำนองอาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตหรือเกิดขึ้นโดยตั้งเงื่อนไขไว้ล่วงหน้าได้

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมันกำหนดให้การจำนองนั้นจะต้องเป็นที่ดิน หรือ Plot of land เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี สิทธิหรือภาระติดพันเหนือพื้นดิน (Land charge) และรายได้จากสิทธิหรือภาระติดพันเหนือพื้นดิน (Annuity land charge) ได้ถูกบัญญัติต่อจากกฎหมายว่าด้วยการจำนองและให้ใช้หลักเกณฑ์การจำนองมาใช้โดยอนุโลม

ในประเทศเยอรมันมีการแบ่งประเภทของการกู้ยืมโดยมีหลักประกัน ดังนี้

(1) The German Hypothek (Mortgage)

(2) The German Grundschuld (Land charge) และรายได้จากสิทธิหรือภาระติดพันเหนือพื้นดิน (Annuity land charge)

สัญญาจำนองเกิดขึ้นด้วยเงื่อนไข 3 ประการด้วยกัน²⁰⁸

1) โดยทั่วไปแล้ว ผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (Real estate) และผู้รับจำนองหรือผู้ให้สินเชื่อให้ความยินยอม (consent) ก่อนทำสัญญา หรืออีกกรณีหนึ่งการทำสัญญาจำนองอาจเกิดขึ้นภายหลังได้

2) ภายหลังจากที่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงแสดงเจตนาทำสัญญาจำนองแล้ว มาตรา 1115 กำหนดให้การจำนองจะต้องมีการจดทะเบียน (The registration of the mortgage) กับ

²⁰⁶ German Civil Code, 1986.

²⁰⁷ L. P. W. Van Vliet, *Mortgages on immovables in Dutch law in comparison to the German mortgage and land charge*. na, 2009.

²⁰⁸ Real Property Law and Procedure in the European Union, National Report 'Germany'. [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>. Accessed 15 July 2014.

เจ้าพนักงาน (Registration) การจดทะเบียนนั้นต้องประกอบด้วยรายละเอียด คือ ผู้ให้กู้ จำนวนเงิน ดอกเบี้ย และอัตราดอกเบี้ย กรณีผู้ให้กู้เป็นบริษัท ให้อ้างอิงอำนาจของข้อบังคับบริษัท (Articles of Association) ในการจดทะเบียนด้วย หรืออย่างน้อยจะต้องประกอบไปด้วยการแสดงความจริงใจของผู้เป็นเจ้าของที่ดินฝ่ายหนึ่ง โดยจะต้องมีการยืนยันเอกสาร (statement of the owner) โดยผ่านทางผู้รับรองเอกสาร (notary) เท่านั้น

3) ผู้เป็นเจ้าของที่ดินนำเอกสารที่ได้จากการจดทะเบียน (mortgage with certificate) ส่งมอบให้กับผู้รับจำนอง

3. การจำนองครั้งหนึ่ง ไม่จำกัดเฉพาะการนำหลักประกันสิ่งเดียวมาจำนอง แต่อาจจะเป็นการจำนองทรัพย์สิน (อสังหาริมทรัพย์) หลายสิ่ง ที่ดินหลายแปลง (Blanket of Mortgage) มาเป็นหลักประกันต่อหนี้ก้อนเดียวได้

4. มีการกำหนดจำนวนเงินกู้ที่สูงที่สุดของสัญญาจำนอง (Maximum amount mortgage) จำนวนเงินการจำนองจะกระทำได้เฉพาะกรณีไม่เกินที่มูลค่าที่ดินที่สามารถบังคับจำนองได้ โดยจำนวนเงินนั้นคือจำนวนเงินที่ได้มีการจดทะเบียน ถ้ามีการเรียกร้อยดอกเบี้ย ดอกเบี้ยจะต้องรวมอยู่ในจำนวนนั้นด้วย การจำนองถือว่าเป็นการประกันหนี้เงินกู้ การจำนองอาจมีการถ่ายโอนได้ โดยให้เป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้ในการโอนสิทธิเรียกร้อง

3.4.2 กระบวนการบังคับจำนองของประเทศเยอรมัน²⁰⁹

หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ (default of repayment) หรือดอกเบี้ย เจ้าหนี้จะสามารถดำเนินการ โดยการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อทำการบังคับทรัพย์สินที่จำนองเพื่อนำมาชำระหนี้ได้ตามหลักกฎหมายจำนองทั่วไป การบังคับจำนองในประเทศเยอรมันจะต้องดำเนินขั้นตอนเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1147 กำหนดไว้ การบังคับคดีจากทรัพย์สิน หรือการบังคับจำนองในประเทศเยอรมันนั้นสามารถกระทำได้เฉพาะการนำทรัพย์สินจำนองนั้นออกขายเท่านั้น (force sell) และโดยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน (Auction) เท่านั้น ห้ามดำเนินการอย่างอื่น โดยผู้ดำเนินการคือผู้ให้สินเชื่อ (Lender) และเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการยึดทรัพย์สินจำนอง (the German foreclosure law หรือ Zwangs-verteigerungsgesetz, ZVG)

กระบวนการการบังคับจำนองเริ่มจาก ผู้ให้สินเชื่อไปดำเนินการที่ศาลโดยเขียนคำร้อง พร้อมด้วยหลักฐานต่างๆ เช่น สัญญากู้และสัญญาจำนอง รายละเอียดลูกหนี้ และรายละเอียด

²⁰⁹ Mayer Brown, Enforcement of Security over Real Estate in Germany. [Online]. Access from: <http://www.mayerbrown.com/publications/Enforcement-of-Security-over-Real-Estate-in-Germany-01-03-2011>. Accessed 15 July 2014.

อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ในการจำนอง ต่อมาศาลจะส่งสำนวนไปยังลูกหนี้เพื่อให้เข้าร่วมกระบวนการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดทรัพย์สิน

การพิจารณาคดีและขายทอดตลาดทรัพย์สินในศาล (Judicial Mortgage and Land charge Enforcement)

ในกรณีที่จะต้องมีการขายทรัพย์สิน (compulsory sale) ศาลที่มีเขตอำนาจจะเป็นผู้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองนั้นแก่ประชาชน ผู้ให้สินเชื่อจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายการขายทอดตลาดทรัพย์สินในเบื้องต้น และโดยเงินจำนวนนี้จะนำไปสมทบกับยอดหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระ ที่น่าสนใจคือ ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งให้ขายทรัพย์สินได้ จะมีกระบวนการกำหนดราคาทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดทรัพย์สิน โดยก่อนที่จะมีการเปิดการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ศาลจะเป็นผู้ที่เรียกให้ผู้ประเมิน (a real estate appraiser) เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดราคาทรัพย์สินซึ่งเป็นไปตามราคาตลาด (current market value) ที่ควรจะเป็น เมื่อศาลได้รับราคาประเมินจากผู้ประเมินแล้วจะเชิญผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอันได้แก่ เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้จำนองเป็นผู้ร่วมตัดสินใจในการกำหนดราคาประเมินก่อนมีประกาศขายจริง

เมื่อได้ข้อสรุปเรื่องราคาประเมินของอสังหาริมทรัพย์ที่จะขายแล้ว ศาลจะเป็นผู้กำหนดเวลาและสถานที่ ซึ่งโดยปกติจะเป็นศาลที่พิจารณาคดี ผู้ให้สินเชื่อจะออกค่าใช้จ่ายในการโฆษณาทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดทรัพย์สินในหลายช่องทางด้วยกัน เช่น หนังสือพิมพ์ อินเทอร์เน็ต หรือนายหน้าค้าที่ดิน (brokers) เพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันการประมูลราคาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

การประมูลราคาเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไป คือ ผู้ที่ให้ราคาทรัพย์สินสูงที่สุดจะเป็นผู้ชนะการประมูล และจะต้องจ่ายเงินให้กับผู้ให้สินเชื่ออย่างครบถ้วนภายในระยะเวลาการพิจารณาคดี (distribution hearing) อย่างไรก็ดี หากเงินที่ได้รับจากการประมูลไม่เพียงพอแก่จำนวนหนี้และสิทธิเรียกร้องต่างๆของผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับจำนองที่พึงมี จำนวนที่คงค้างจะเป็นจำนวนหนี้ที่สามารถนำทรัพย์สินชิ้นอื่นๆของลูกหนี้มาบังคับด้วยการขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ที่ขาดอยู่ได้ต่อไป

ระยะเวลาที่ใช้ในการบังคับจำนองที่ศาล (the foreclosing court) ค่อนข้างใช้ระยะเวลายาวเนื่องจากจำนวนการรอการขายทอดตลาดจำนวนมาก โดยปกติแล้วจะใช้เวลาครึ่งปีถึงหนึ่งปีนับแต่วันที่เริ่มมีการยื่นเรื่องต่อศาลและการประกาศขายทอดตลาดครั้งแรก อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจจะใช้ระยะเวลายาวนานกว่านั้นได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว เจ้าหนี้จะดำเนินการโน้มน้าวให้ลูกหนี้ขายทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้ โดยความสมัครใจ เมื่อลูกหนี้ขาดการชำระหนี้และเพื่อที่จะนำเงินส่วนนั้นมาชำระหนี้เพื่อหลีกเลี่ยงดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม และระยะเวลาในการรับชำระหนี้ที่ใช้ระยะเวลานาน

การขอบังคับทรัพย์สินจำนองไม่ผ่านศาล (The title to immediate Enforcement)²¹⁰

โดยปกติแล้วการบังคับทรัพย์สินจำนองนั้นจะต้องกระทำโดยผ่านศาลตามมาตรา 1147 อย่างไรก็ตาม ประเทศเยอรมันอนุญาตให้ “ธนาคาร” สามารถบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลได้ โดยเรียกกระบวนการนี้ว่า การขอบังคับทรัพย์สินจำนองไม่ผ่านศาล (The title to Immediate Enforcement) ในทางปฏิบัติธนาคารจะร้องขอเอกสารจากทางเจ้าของที่ดินหรือลูกหนี้จำนองเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจำนอง โดยเจ้าของที่ดินหรือลูกหนี้จะต้องร้องขอเอกสารนี้ (submitted to immediate enforcement) กับผู้รับรองเอกสาร (Notary)²¹¹ เพื่อยืนยันว่าเจ้าของที่ดินหรือลูกหนี้มีเจตนาในการให้บังคับทรัพย์สินจำนอง โดยไม่ผ่านศาลจริง โดยผู้รับรองเอกสาร (Notary) จะออกเอกสาร The title to Immediate Enforcement²¹² หรือ Ausfertigung ให้กับธนาคารเพื่อมีอำนาจในการบังคับทรัพย์สินจำนองได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการฟ้องร้องและบังคับคดีโดยศาล ซึ่งหากไม่มีเอกสารฉบับนี้แล้ว ธนาคารจะต้องไปดำเนินการบังคับทรัพย์สินจำนองตามหลักทั่วไปคือ ไปฟ้องร้องที่ศาลและบังคับทรัพย์สินจำนองที่ศาลเท่านั้น

การพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด

กฎหมายจำนองมาตรา 1147 ในประเทศเยอรมันกำหนดให้การชำระหนี้จากการจำนองนั้น จะบังคับได้กับที่ดินและสิทธิในที่ดิน (the plot of land and from the objects to which the mortgage extends) ด้วยวิธีการบังคับคดีและชำระหนี้สินได้จนครบ อย่างไรก็ตามการบังคับจำนองเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาจำนองเท่านั้น หากการบังคับขายทอดตลาดทรัพย์สินแล้วชำระหนี้ที่จำนองได้แล้วขาดอยู่เท่าใด เจ้าหนี้ก็สามารถที่จะบังคับกับทรัพย์สินอื่นในจำนวนหนี้ที่เหลืออยู่ได้²¹³

²¹⁰ Real Property Law and Procedure in the European Union, National Report ‘German’ อ้างแล้ว.

²¹¹ NOTARY PUBLIC หมายถึง ผู้ที่มีความรู้ที่ตีเป็นผู้ที่มีการยอมรับนับถือในความเชื่อถือตรงต่อหน้าที่ ในวิชาชีพ และได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โนตารี พับลิก เข้ามาเป็นผู้รับรองความมีอยู่จริงของเอกสารที่คู่สัญญาได้จัดทำขึ้น ถูกต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมายของเอกสาร ไม่ขัดต่อเจตนาที่แท้จริง ของผู้ลงนามในเอกสาร และเมื่อ NOTARY PUBLIC โนตารี พับลิก ให้การรับรองในเอกสารดังกล่าวจนส่งไปถึงคู่สัญญาผู้รับแล้ว ผู้รับก็จะเกิดความมั่นใจในความแท้จริงในเอกสารนั้น. [Online]. Access from: <http://www.thailandnotary services.com>. Accessed 20 July 2014.

²¹² David Cox, Jeremy Trinder, Ekkehard Moeser and Endrik Lettau, Security over real estate: Germany compared to England and Wales, [Online]. Access from: http://www.whitecase.com/files/Publication/4cb81665-398d-40a2-9bfe-1f36d168ec4f/Presentation/PublicationAttachment/7686b052-4771-4cd4-a550-32633712dd44/Security_over_real_estate.pdf. Accessed 20 July 2014.

²¹³ Achim Dübel, Models in Mortgage Protection: European Evidence. Housing Finance International 12, 1998. Page 27-37.

3.4.3 บทสรุป

ประเทศเยอรมันมีระบบการบังคับคดีโดยศาล (Judicial Foreclosure) รวมทั้งการขายทรัพย์สินจำนอง (Judicial Auction) ด้วย ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดวันประกาศขายและจัดสถานที่ในการขายที่ศาลนั้นๆเอง ซึ่งถือเป็นกระบวนการที่ช่วยให้การบังคับคดีรวดเร็วขึ้น เจ้าหนี้สามารถได้รับชำระหนี้เร็วและลูกหนี้ไม่ต้องแบกรับภาระดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นระหว่างการบังคับคดี โดยหากเปรียบเทียบกับประเทศไทยที่มีการขายทรัพย์สินโดยการบังคับคดีภายหลังจากที่มีคำพิพากษาต่อมาหากมีการร้องเรียนเรื่องจะต้องกลับไปให้ศาลพิจารณาเท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาเรื่องของระยะเวลาในการบังคับคดีที่ยาวนานและไม่ต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม กระบวนการขายทอดตลาดทรัพย์สินในศาลในประเทศเยอรมันจะใช้ระยะเวลาโดยประมาณครึ่งปีถึงหนึ่งปี นับตั้งแต่วันที่ยื่นเรื่องต่อศาลและการประกาศขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งแรก แต่มีข้อยกเว้น คือ การขอบังคับทรัพย์สินจำนองไม่ผ่านศาล (The title to immediate Enforcement) ซึ่งโดยปกติแล้วการบังคับทรัพย์สินจำนองจะต้องผ่านศาลเท่านั้น กรณีของธนาคารพาณิชย์สามารถยื่นเอกสารการยินยอมให้บังคับทรัพย์สินจำนองได้โดยไม่ต้องผ่านศาล วิธีนี้ก่อให้เกิดประโยชน์คือ ธนาคารไม่เสียเวลาในการฟ้องร้อง เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เร็ว และลูกหนี้เสียดอกเบี้ยสะสมน้อยกว่ากระบวนการบังคับคดีโดยผ่านศาล

การชำระหนี้ส่วนที่ขาดจากการบังคับทรัพย์สินจำนองแล้วไม่เพียงพอต่อหนี้เงินเนื่องด้วยกฎหมายจำนองประเทศเยอรมันมิได้มีบทบัญญัติดังเช่น มาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย การบังคับจำนองในประเทศเยอรมันเป็นไปตามมาตรา 1147 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คือกำหนดให้การชำระหนี้จากการจำนองนั้นบังคับได้กับที่ดินและสิทธิในที่ดิน (the plot of land and from the objects to which the mortgage extends) ที่ได้จำนองไว้เป็นประกันด้วยวิธีการบังคับคดีและชำระหนี้สินได้จนครบ ดังนั้น เมื่อบังคับทรัพย์สินจำนองแล้วยังขาดหนี้เหลืออยู่จำนวนเท่าใด ก็ให้กลับไปใช้หลักกฎหมายนี้ทั่วไปคือ สามารถที่จะบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินอื่นๆได้จนกว่าจะครบมูลหนี้ที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องตามมูลหนี้ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือหนี้ส่วนที่ขาดให้กลับไปเรียกร้องบังคับคดีได้คล้ายกับหลักกฎหมายว่าด้วยหนี้ตามมาตรา 214 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั่นเอง

3.5 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่น²¹⁴ เป็นประเทศหนึ่งในทวีปเอเชียที่มีความเจริญทางด้านสังคม การเมือง วัฒนธรรม และเศรษฐกิจที่โดดเด่น มีประชากรประมาณ 128 ล้านคน แบ่งเขตพื้นที่การปกครองเป็น 47 จังหวัด โดยมีโตเกียวเป็นเมืองหลวง ประเทศญี่ปุ่นมีรูปแบบรัฐเป็นราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ และมีรูปแบบการปกครองเป็นประชาธิปไตยแบบมีรัฐสภา อำนาจการปกครองส่วนใหญ่นั้นตกอยู่กับนายกรัฐมนตรีและสมาชิกคนอื่นๆในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ส่วนอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นของปวงชนชาวญี่ปุ่น

ระบบกฎหมายของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลทางประวัติศาสตร์จากกฎหมายของจีน ปัจจุบันได้มีการวางรากฐานระบบตุลาการในญี่ปุ่นโดยใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) ของยุโรป โดยเฉพาะของฝรั่งเศสและเยอรมนีเป็นต้นแบบประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นในปัจจุบัน และคงมีผลใช้บังคับอยู่ นับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนปัจจุบันกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐ คือ รัฐธรรมนูญ บรรดากฎหมายแม่บทของญี่ปุ่นมีสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้ตราองค์จักรพรรดิเป็นผู้ทรงประกาศใช้ โดยต้องทรงประทับพระราชลัญจกรในประกาศด้วย ทั้งนี้ โดยนิตินัยแล้ว องค์จักรพรรดิไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยหนี้ หรือ Law of Obligation ของประเทศญี่ปุ่นมิได้บัญญัติไว้เป็นหมวดหมู่ที่ชัดเจนเหมือนในประเทศไทย แต่ได้ถูกบัญญัติในหมวดหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เช่น บัญญัติเรื่องบ่อเกิดแห่งหนี้ (Juristic Act) หรือสิทธิเรียกร้อง (Claims) เป็นต้น ประเทศญี่ปุ่นมีแนวความคิดในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหนี้ครั้งสำคัญในปี ค.ศ. 2004 เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ถูกบัญญัติไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1896 ซึ่งไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน²¹⁵ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้นำหลักกฎหมายหนี้ญี่ปุ่นเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายว่าด้วยหนี้ในหลายมาตราด้วยกัน²¹⁶ หลักเกณฑ์เรื่องหนี้ในมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2468 มิได้นำหลักเกณฑ์ของประเทศญี่ปุ่นมาบัญญัติแต่อย่างใด แต่เป็นการยกร่างกฎหมายไทยเอง²¹⁷ การบังคับหนี้ของลูกหนี้ได้จึงสิ้นนั้นเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปตามหลักกฎหมายญี่ปุ่นที่มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

²¹⁴ สํารวจญี่ปุ่น. [Online]. Access from: <http://www.th.emb-japan.go.jp/th/japan/explorejp/page01-05.pdf>. Accessed 10 July 2014.

²¹⁵ Ministry of Justice, About the Civil Code Reform, [Online]. Access from: http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_000_01.html. Accessed 10 July 2014.

²¹⁶ อุทาหรณ์ สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 ฉบับกรร่างกฎหมาย, ในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยานวราเชวี 18 กันยายน 2533, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยกรุงเทพฯ.

²¹⁷ อ้างแล้ว.

3.5.1 หลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันและจำนอง²¹⁸

การจำนองในประเทศญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกับการจำนองในประเทศต่างๆทั่วโลก อย่างไรก็ตาม การจำนองในประเทศญี่ปุ่นมีลักษณะของการขอสินเชื่อที่แตกต่างกับประเทศอื่น เนื่องจากหลายปัจจัย เช่น ความเสี่ยงในการกู้ยืมและจำนอง นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นดังต่อไปนี้

- (1) มีการแข่งขันของการให้สินเชื่อสูงและในขณะเดียวกันอัตราเงินส่วนให้สินเชื่อต่อมูลค่าหลักประกัน Loan-to-value (LTV)²¹⁹ สูงเช่นเดียวกัน
- (2) เนื่องด้วยผลของการเพิ่ม Loan-to-value (LTV) ส่งผลให้การอนุมัติการให้สินเชื่อลดลง
- (3) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ที่มีแนวโน้มสูงขึ้นในอนาคตอันใกล้
- (4) มีสถิติของประชากร (เช่น อายุและจำนวนประชากรที่ลดลง) ซึ่งอาจนำไปสู่ความต้องการบ้านและที่ดินที่ลดลง อันเป็นผลมาจากความไม่พึงพอใจในราคาของที่อยู่อาศัย

กฎหมายว่าด้วยการจำนองของประเทศญี่ปุ่น²²⁰

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (Japanese Civil Code Act No. 89 of 1896) ประกอบไปด้วยหลายหมวดหลายมาตราด้วยกัน โดยกฎหมายว่าด้วยการจำนอง (Mortgages หรือ Teito-ken) นั้นบัญญัติในมาตรา 369 – 398 ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. ในประเทศญี่ปุ่นนั้น การจำนองได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 369 หมายถึง การที่ผู้รับจำนอง (Mortgagees) มีบุริมสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นในอสังหาริมทรัพย์ (Immovable Properties) ที่ผู้จำนองหรือบุคคลที่สามได้ยืมติดมาจำนองไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่มีการโอนอสังหาริมทรัพย์นั้น ทั้งนี้ สิทธิเหนือพื้นดิน (Superficies) และการเช่าระยะยาว (Emphyteusis) สามารถนำมาเป็นทรัพย์สินจำนองได้เช่นกัน

จำนองจะต้องทำเป็นสัญญา²²¹ ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือก็ได้ ระหว่างเจ้าหนี้และผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสัญญาจำนองจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ไปจดทะเบียนกับสำนักงานที่ดิน (มาตรา 177 ประมวลกฎหมายแพ่ง)

²¹⁸ Kazutoshi Kuwahara and Geoffrey Matsunaga, Mortgage Insurance: Enhancing Credit Risk Management in a Global Financial Center. [Online]. Access from: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/japan/2006-japan/concept-papers/cp3.pdf>. Accessed 10 July 2014.

²¹⁹ LTV = Loan to Value คืออัตราส่วนการให้สินเชื่อต่อมูลค่าหลักประกัน.

²²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศญี่ปุ่น: Japanese Civil Code Act No. 89 of 1896

²²¹ Lending Issue In Japan. [Online]. Access from: <http://www.aes-intl.com/download/lendingissues.pdf>. Accessed 20 July 2014.

2. นอกจากประมวลกฎหมายแพ่ง ประเทศญี่ปุ่นมิได้จำกัดการให้หลักประกันในการกู้ยืม จำกัดเฉพาะการจำนอง (อสังหาริมทรัพย์) และจำนำ (สังหาริมทรัพย์) เท่านั้น หลักประกันทางธุรกิจ (Security Interests) สามารถนำมาให้เป็นหลักประกันได้เช่นกัน หลักประกันทางธุรกิจยังครอบคลุมถึง ทรัพย์สินอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ยกตัวอย่างได้ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการจำนองธุรกิจ (Business Entity Mortgage Act: KigyooTanpoHoo Code 106-1958) หมายถึง การนำสินทรัพย์ทางธุรกิจ (assets of the corporation) โดยเป็นการเหมารวมทั้งธุรกิจ (as a single asset) นำมาใช้ในการจำนองเพื่อขอเงินกู้ได้ ซึ่งจะต่างจากการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่ง เนื่องจากธุรกิจอาจมีการล้มละลายได้ ดังนั้นประเทศ ญี่ปุ่นจึงบัญญัติกฎหมายการจำนองในลักษณะนี้แยกออกมาต่างหาก ซึ่งการบังคับคดีทรัพย์สินจำนอง สามารถทำได้โดยการขายทอดตลาดทรัพย์สิน หรือการขายโดยการตกลง (negotiated sale) ได้

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการจำนองโรงงาน (Factory Mortgage Act: KoojooTeltooHoo: Code 4-1950) กฎหมายฉบับนี้จะคล้ายกับฉบับแรก แต่เนื่องด้วยการทำโรงงานประกอบไปด้วยที่ดิน อาคาร, เครื่องจักรต่างๆ อุปกรณ์ และสิ่งอื่นๆที่ใช้ในการประกอบกิจการโรงงาน ซึ่งมีความแตกต่างจากการจำนองที่อยู่อาศัยหรือที่ดิน จึงจำเป็นต้องมีการแยกลักษณะของการจำนองและ บังคับจำนองโดยเฉพาะ

(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยการจำนองเหมืองแร่ (Mining Mortgage Act: KoojooTeltooHoo: Code 15-1931) ผู้เป็นเจ้าของเหมืองแร่สามารถที่จะตั้งทรัสต์เหมืองแร่ (Mining Trust) เพื่อเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อได้ โดยอาจประกอบด้วยทุกสิ่งรวมกันหรือ บางส่วนก็ได้ อันได้แก่

- (1) สิทธิสัมปทานในเหมืองแร่ (Mining right)
- (2) ที่ดินและอาคาร (Land and buildings)
- (3) สิทธิการใช้ที่ดิน (Land Use Right)
- (4) สิทธิในการเช่า
- (5) เครื่องจักรต่างๆ และอุปกรณ์ต่างๆที่ใช้ในการประกอบกิจการเหมืองแร่
- (6) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial properties)

(4) พระราชบัญญัติว่าด้วยการจำนองยานพาหนะ (Automobile Mortgage Act: JidoushaTeltooHoo: Code 187-1952)

(5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการจำนองโครงการก่อสร้าง (Construction Plant Mortgage Act: Kensetsu Kikai TeltooHoo: Code 97-1964) ผู้เป็นเจ้าของโครงการสามารถที่จะนำโครงการไปจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่บ้านเมือง และสามารถที่จะนำเอกสารการจดทะเบียนมาใช้ เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อได้

(6) หลักประกันทางธุรกิจ (Security Interests หรือ Joto Tanpo)²²² กำเนิดขึ้นในศาล โดยการตีความของศาลที่ให้ทรัพย์สินที่มีค่าในทางธุรกิจเป็นหลักประกันในการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน หลักประกันทางธุรกิจ (Security Interests หรือ Joto Tanpo) มิได้ถูกบัญญัติโดยพระราชบัญญัติหรือประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด (non-Code) หลักประกันทางธุรกิจ (Security Interests หรือ Joto Tanpo) นั้นสามารถเป็นได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์²²³ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ตราสารหนี้ (Bond) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่ออสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันตามหลักเกณฑ์นี้ จะเรียกว่า A joto tanpo mortgage และมีวิธีการบังคับอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันคล้ายคลึงกับการจำนอง

การพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด

มาตรา 394 บัญญัติว่า ผู้รับจำนองสามารถที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอย่างอื่นได้ นอกเหนือจากทรัพย์สินจำนอง อย่างไรก็ตาม การรับชำระหนี้เช่นนี้จะต้องเป็นจำนวนที่ไม่ได้รับชำระหนี้จากการประกาศขายทรัพย์สินจำนอง แต่กรณีนี้จะไม่สามารถบังคับใช้ได้หากทรัพย์สินอื่นนั้นได้มีการจำหน่ายไปแล้วก่อนกระบวนการบังคับกับทรัพย์สินจำนอง

การบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระหนี้จำนองในประเทศญี่ปุ่นเป็นไปตามหลักทั่วไปคือ หากการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองขาดอยู่เท่าใด เจ้าหนี้สามารถที่จะบังคับคดีโดยการขอบังคับเอาทรัพย์สินสิ่งอื่นของลูกหนี้ต่อไปได้จนกว่าจะครบมูลหนี้²²⁴

3.5.2 กระบวนการบังคับจำนองของประเทศญี่ปุ่น

เมื่อลูกหนี้จำนองไม่ชำระหนี้ตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิ 2 ประการ คือ เลือกการฟ้องร้องบังคับคดีแบบเจ้าหนี้สามัญหรือฟ้องร้องการบังคับจำนองกับทรัพย์สินจำนองอันถือเป็นบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้รายอื่น หากเจ้าหนี้มีความประสงค์ที่จะบังคับทรัพย์สินจำนองเพื่อชำระหนี้ เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิ 2 ประการคือ

- (1) การโอนทรัพย์สินจำนองให้เป็นการตีใช้หนี้

²²² Frank G. Bennett, Jr, Getting Property Right: “Informal” Mortgages in the Japanese Courts, Pacific Rim Law & Policy Journal, 18, 3.

²²³ Haley, John O. The Preliminary Contract for Substitute Performance: A Reflection of the Japanese Judicial Approach. *Law in Japan*, 7, 1974. Page 133-138.

²²⁴ Idee, Takako, Shinichiro Iwata, and Teruyuki Taguchi. Auction Price Formation with Costly Occupants: Evidence Using Data from the Osaka District Court. *The Journal of Real Estate Finance and Economics* 42, 1, 2011. Page 84-98.

หมายถึงบังคับให้ลูกหนี้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองโอนทรัพย์สินจำนองให้เป็นการตีใช้หนี้ได้ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้เจ้าหนี้จำนองจะต้องจดทะเบียนโดยให้อำนาจเจ้าหนี้ในการบังคับทรัพย์สินจำนองโดยการถ่ายโอนให้เป็นการสมสิทธิ์ของเจ้าหนี้ได้ทันทีเมื่อเกิดกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ (Statue of Registration of the Claim for Transfer of the Title in case of Default in Performing Monetary Obligations: Kari Tooki Tanpo Keiyakunl Kansuru Houritu, Code No.78-1978) โดยกระบวนการโอนทรัพย์สินภายหลังจากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการการบังคับทรัพย์สินจำนองทั่วไปอีก แต่เจ้าหนี้ยังคงต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาพิจารณาค่าเสียหายต่างๆที่เจ้าหนี้จำนองเสียหาย เพื่อกำหนดยอดหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระทั้งหมด

(1) การบังคับขายทอดตลาดทรัพย์สิน

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องโดยการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อนำทรัพย์สินจำนองไปขายทอดตลาดทรัพย์สินด้วยวิธีการแข่งขันประมูลราคา (Auction and Buy-Sell arrangement) ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 378-387 ประมวลกฎหมายแพ่ง (Japanese Civil Code)

a. ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 381 บัญญัติให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องในการบังคับจำนอง (Foreclosure) อันเนื่องมาจากการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้จะต้องส่งเอกสารแจ้งการบังคับจำนอง (notice) ถึงลูกหนี้จำนองหรือบุคคลที่สาม ที่นำทรัพย์สินมาจำนอง เพื่อแจ้งให้ทราบว่าเจ้าหนี้จะบังคับจำนองทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินหนึ่งสิ่งนั้นอาจจะมีการจำนองเพื่อประกันหนี้หลายราย ดังนั้นคู่ความจะต้องส่งเอกสารแจ้งการบังคับจำนอง (notice) ให้กับเจ้าหนี้รายอื่นๆที่ทรัพย์สินนั้นอาจใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วย

b. ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 378 บุคคลที่สามเมื่อได้รับเอกสารแจ้งการบังคับจำนอง (notice) แล้ว กฎหมายให้สิทธิกับบุคคลที่สามในการชำระหนี้เพื่อปลดปล่อยทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน โดยทำการตกลงราคาทรัพย์สินกับเจ้าหนี้จำนองจนเป็นที่พอใจ

c. ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 387 กำหนดให้เมื่อผู้รับจำนองไม่ได้รับการตอบรับหรือไม่มีการแสดงความจำนงใดๆเกี่ยวกับทรัพย์สินจำนองภายใน 30 วัน ผู้จำนองดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลในส่วนของการบังคับทรัพย์สินจำนองได้ทันที

กระบวนการบังคับคดีเป็นไปตามกฎหมายการบังคับคดีแพ่ง (Civil Execution Act หรือ MinjiShikkoHoo: Code No.4-1980)

a. มาตรา 22 กำหนดประเภทของคำสั่งศาล (Court orders) เอกสารที่ต้องการการรับรอง (Notarized documents) รวมไปถึงเอกสารต่างๆที่ต้องใช้ในการบังคับคดี เช่น ในการบังคับจำนองจะต้องประกอบไปด้วยสัญญาหรือการชำระหนี้ นอกจากนี้ มาตรา 23 กำหนดให้ระบุผู้ที่เกี่ยวข้องในสัญญาประกอบกับเอกสารในมาตราก่อนด้วย

b. การฟ้องร้องบังคับจำนองต่อศาลนั้นจะต้องกระทำในกรอบระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Japanese Civil Code) มาตรา 145 มาตรา 146 มาตรา 162 และมาตรา 167

c. ผู้ที่ฟ้องร้องตามสัญญาจำนองได้จะต้องเป็นผู้รับจำนองที่ได้จดทะเบียนจำนองไว้เท่านั้น เว้นแต่กรณีเจ้าหน้าที่ของผู้รับจำนองได้คำสั่งจากศาลให้กระทำเช่นนั้นได้

การขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยศาล (Judicial Auction)²²⁵

เมื่อศาลมีคำพิพากษาสั่งให้บังคับทรัพย์สินจำนองเพื่อชำระหนี้ ศาลในประเทศญี่ปุ่นจะเป็นฝ่ายดำเนินการบังคับทรัพย์สินจำนองด้วยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ซึ่งมีขั้นตอนดังนี้

a. ศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจจะทำการประกาศขายทรัพย์สินและกำหนดการขายทอดตลาดโดยส่วนใหญ่วันขายทอดตลาดทรัพย์สินจะเกิดขึ้นหลังจากการประกาศขายหนึ่งสัปดาห์หรือไม่เกินหนึ่งเดือน เพื่อให้ระยะเวลาผู้ประมูลส่งราคาที่ถูกต้องที่สุดเข้าไปยังศาล และระหว่างนั้นศาลจะเปิดโอกาสให้ผู้สนใจเข้าชมทรัพย์สินและเปิดเผยข้อมูลให้ผู้จะประมูลควรรู้ให้ทราบ

b. ศาลจะรับการเสนอราคาประมูล ขั้นตอนนี้ผู้ประมูลจะต้องจ่ายมัดจำที่ร้อยละยี่สิบของราคาประมูลที่สูงที่สุดได้ประมูลไว้ โดยที่ผู้ส่งราคาประมูลจะไม่ทราบ ถึงราคาของผู้ยื่นยื่นไปด้วย

c. ขั้นตอนสุดท้ายคือศาลประกาศผู้ชนะการประมูลและให้ผู้ชนะการประมูลทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้เรียบร้อยในขั้นตอนนี้

การดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินในศาลนั้นมีข้อดีคือ ลดขั้นตอนในการโต้แย้งประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายต่างๆ เช่น การร้องขอตทรัพย์ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างการขายทอดตลาดทรัพย์สินทำให้ระยะเวลาการบังคับจำนองสั้นลงเมื่อเปรียบเทียบกับการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยหน่วยงานที่แยกส่วนงานกัน

มาตรการเสริมของการบังคับจำนองในประเทศญี่ปุ่น

1. การประกันการจำนอง (Mortgage Insurance)²²⁶

การจำนองในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีความเสี่ยงในการชำระหนี้เช่นเดียวกับประเทศอื่นทั่วโลก²²⁷ อย่างไรก็ตาม ในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีการนำมาตรการการป้องกันความเสี่ยงเข้ามาเป็นมาตรการเสริม

²²⁵ Idee, Takako, Shinichiro Iwata, and Teruyuki Taguchi. Auction Price Formation with Costly Occupants: Evidence Using Data from the Osaka District Court. *The Journal of Real Estate Finance and Economics* 42, 1, 2011. Page 84-98.

²²⁶ Kazutoshi Kuwahara and Geoffrey Matsunaga, Mortgage Insurance: Enhancing Credit Risk Management in a Global Financial Center. [Online]. Access from: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/japan/2006-japan/concept-papers/cp3.pdf>. Accessed 23 July 2014.

²²⁷ *Ibid.* at 97.

เพื่อความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจหรือการกู้ยืม อีกทั้งยังเป็นการลดปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอีกด้วย มาตรการที่ว่่านี้เรียกว่า การประกันการจำนอง หรือ Mortgage Insurance ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เกิดขึ้นในรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงที่เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจในทศวรรษที่ 1990 การป้องกันความเสี่ยงจึงมีที่มาจากพิษทางเศรษฐกิจดังกล่าว ประกอบกับการแข่งขันทางด้านการให้สินเชื่อในประเทศญี่ปุ่นที่เพิ่มขึ้น ทำให้มาตรการเสริมนี้สามารถถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการลดความเสี่ยงของการให้สินเชื่อและพัฒนาตลาดทางการเงินอีกด้วย มาตรการนี้ได้เริ่มนำมาใช้ในประเทศญี่ปุ่นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 แต่อย่างไรก็ตาม การใช้ประกันการจำนองนั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลายมากในประเทศญี่ปุ่น ยังคงจำกัดเฉพาะกลุ่มลูกหนี้จำนวนหนึ่งในปัจจุบัน

การประกันการจำนอง หรือ Mortgage Insurance หมายถึง การประกันหรือการให้ความคุ้มครองกับเจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองในกรณีที่ผู้กู้ยืมละเลยการชำระหนี้ที่มีทรัพย์สินจำนอง เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และเจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองได้ดำเนินการบังคับจำนองเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ประธาน หากเกิดความเสียหายขึ้น หรือเกิดส่วนขาดที่ทรัพย์สินจำนองขายแล้วไม่พอกับเงินต้นพร้อมดอกเบี้ย (Shortfall between outstanding amount of the loan) ผู้รับประกัน (the mortgage insurer) จะจ่ายส่วนขาดที่ผู้จำนองต้องเสียหาย แต่จะต้องไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้ในสัญญาประกันนั้น การทำสัญญาประกันการจำนองในลักษณะนี้จะช่วยกำจัดหรือลดความเสี่ยงของเจ้าหนี้จำนองที่ได้รับ ความเสียหายจากสัญญาจำนองได้เป็นอย่างมาก นอกจากนี้ผู้รับสัญญาประกันการจำนองจะไปรับช่วงสิทธิในการเรียกร้องเงินส่วนนั้นกับลูกหนี้อีกทีหนึ่ง

สัญญาประกันการจำนองในปัจจุบันเป็นที่นิยมในการเป็นมาตรการเสริมประกอบการกู้เงินและสัญญาจำนองในต่างประเทศ เจ้าหนี้จะร้องขอให้ลูกหนี้หรือผู้จำนองทำสัญญาประกันการจำนองในการกู้ยืมที่มีความเสี่ยงสูง (high loan-to-value (LTV) มากกว่าสัญญาเงินกู้ปกติ ตัวอย่างเช่น สัญญากู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัย (housing loan) ที่มีการจ่ายเงินดาวน์ (down payment) เป็นจำนวนน้อย และส่วนใหญจะเป็นลูกหนี้ที่มีอายุน้อย (younger buyers) โดยบริษัทที่รับทำสัญญาประกันการจำนองจะเป็นผู้ประเมินจำนวนเงินสัญญาประกันการจำนอง

ตารางเปรียบเทียบการนำมาตรการประกันการจำนองมาใช้ประกอบสัญญาจำนอง²²⁸

ประเทศ Country	การใช้สัญญาประกันการจำนอง Mortgage Insurance Market	ผู้ขอสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย Home ownership(%)
USA	มีการนำมาใช้เป็นวงกว้าง	67%
Japan	เริ่มมีการนำมาใช้	60%
Germany	มีการใช้ไม่มากนัก	40%
United Kingdom	มีการนำมาใช้เป็นวงกว้าง	67%
France	เริ่มมีการนำมาใช้	55%
Canada	มีการนำมาใช้เป็นวงกว้าง	66%
Australia	มีการนำมาใช้เป็นวงกว้าง	70%

ที่มา: KazutoshiKuwahara and Geoffrey Matsunaga, Mortgage Insurance: Enhancing Credit Risk Management in a Global Financial Center. [Online]. Access from: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/japan/2006-japan/concept-papers/cp3.pdf>. Accessed 23 July 2014.

ประโยชน์ของการประกันการจำนอง (Benefits of Mortgage Insurance)²²⁹

1. การประกันการจำนองสามารถที่จะลดความเสี่ยงและเพิ่มความน่าเชื่อถือของผู้กู้ยืม (Mortgage insurance reduces lender credit risk) จากที่กล่าวไปเบื้องต้นว่าการประกันการจำนองให้ความคุ้มครองหนี้ส่วนขาดแก่ผู้รับจำนองกรณีผู้จำนองที่ผิดนัดชำระหนี้ ดังนั้น ผู้จำนองส่วนใหญ่จะซื้อประกันในลักษณะนี้ หรือบางกรณีเจ้าหนี้จำนอง โดยเฉพาะธนาคารพาณิชย์ในประเทศญี่ปุ่น จะร้องขอให้ผู้จำนองซื้อประกันเพื่อลดความเสี่ยงกรณีผู้จำนองอาจผิดนัดชำระหนี้ และเป็นการเพิ่มความมั่นใจในการให้สินเชื่ออีกด้วย ซึ่งการทำประกันเป็นการผลักราคาที่อาจเกิดขึ้นให้กับบุคคลที่สามารถ

2. การประกันการจำนองช่วยเพิ่มโอกาสในการให้สินเชื่อมากขึ้น (Mortgage insurance increases availability) หลายประเทศที่มีการเริ่มให้มีการประกันการให้สินเชื่อมีโอกาสในการให้สินเชื่อแก่ลูกค้าสถาบันการเงินที่เพิ่มสูงขึ้น โดยเฉพาะกลุ่มผู้ขอสินเชื่อที่ไม่มีการออมที่มั่นคงและผู้ขอสินเชื่อที่มีการให้คะแนนความน่าเชื่อถือไม่สูงนัก ส่วนหนึ่งอาจมาจากกลุ่มผู้ขอสินเชื่อที่มีอายุน้อยและมีการขอสินเชื่อที่อยู่อาศัยเป็นครั้งแรก (first-time home buyer) ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ

²²⁸ KazutoshiKuwahara and Geoffrey Matsunaga, Mortgage Insurance: Enhancing Credit Risk Management in a Global Financial Center. [Online]. Access from: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/japan/2006-japan/concept-papers/cp3.pdf>. Accessed 23 July 2014.

²²⁹ อ่างแล้ว.

ประเทศสหรัฐอเมริกาที่กลุ่มผู้ขอสินเชื่อลักษณะนี้มีอายุประมาณ 20 ปีตอนปลาย ขณะเดียวกัน ประเทศญี่ปุ่นจะเป็นกลุ่มอายุ 30 ปีขึ้นไป

3. การประกันการจำนองเพิ่มทางเลือกให้กับผู้ประกอบการอื่นและผู้ขอสินเชื่อ (Mortgage insurance increases choice) การประกันการให้สินเชื่อสามารถทำให้ผู้ให้สินเชื่อรายย่อย (Smaller lenders) ที่ปล่อยสินเชื่อสามารถให้สินเชื่อเปรียบเสมือนหนึ่งสถาบันการเงินขนาดใหญ่ที่เข้าถึงข้อมูลได้ง่ายกว่า ซึ่งเป็นข้อเสียเปรียบในการปล่อยสินเชื่อกรณีไม่มีการประกันการจำนอง นอกจากนี้ เมื่อผู้ให้สินเชื่อรายย่อยสามารถปล่อยสินเชื่อได้มากขึ้น ผู้ขอสินเชื่อหรือลูกค้าก็มีทางเลือกเพิ่มมากขึ้นด้วย ส่งผลดีกับการแข่งขันในตลาดการปล่อยสินเชื่อในภาพรวม

4. การประกันการจำนองลดค่าใช้จ่าย (Mortgage insurance reduces cost) กล่าวคือ เมื่อการประกันการจำนองสามารถช่วยเยียวยากรณีที่เจ้าหนี้ไม่ได้รับการชำระหนี้ โดยครบถ้วน โดยการขายทรัพย์สินจำนอง ส่งผลให้ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการบังคับคดีอีก

5. การประกันการจำนองช่วยเสริมมาตรการการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (Mortgage insurance facilitates securitization) เนื่องมาจากการประกันการจำนองช่วยขจัดความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการไม่ได้รับชำระหนี้ของลูกหนี้ อันอาจส่งผลต่อการไหลเวียนของกระแสเงินสด (cash flows) การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเป็นเรื่องสามัญในหลายประเทศชั้นนำของโลก เช่น สหรัฐอเมริกา, อังกฤษ, แคนาดา และออสเตรเลีย ซึ่งการประกันการให้สินเชื่อเป็นมาตรการเสริมหลักของตลาดการปล่อยสินเชื่อในประเทศดังกล่าว

การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนให้ประโยชน์กับลูกค้าสถาบันการเงินเนื่องจากทำให้ผู้ให้สินเชื่อที่ไม่ใช่ธนาคาร (non-bank lenders) สามารถที่จะเข้าถึงแหล่งเงินทุนและแข่งขันในตลาดการให้สินเชื่อได้ และผู้ให้สินเชื่อที่ไม่ใช่ธนาคาร (non-bank lenders) มักจะให้สินเชื่อระยะยาวในอัตราดอกเบี้ยคงที่ (long-term fixed rate loans) นอกจากนี้การแปลงสินทรัพย์ให้เป็นทุนส่งผลดีกับผู้ให้กู้ด้วยการกำจัดความเสี่ยงออกจากงบดุล (Balance sheet)

6. การประกันการจำนองช่วยทำให้การให้สินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัยดำเนินไปได้อย่างมีเสถียรภาพ (Mortgage insurance smoothes the housing cycle) การประกันการจำนองเอื้อประโยชน์ไม่เฉพาะกับตัวผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้กู้ยืมเท่านั้น แต่ยังส่งผลดีกับระบบเศรษฐกิจโดยรวม ทำให้การให้สินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัยดำเนินไปได้อย่างมีเสถียรภาพ การประกันการจำนองจะช่วยให้ความเสี่ยงของการปล่อยสินเชื่อในวงจรของการปล่อยสินเชื่อลดลง เมื่อการไม่ชำระหนี้ได้ทดแทนด้วยเงินที่จ่ายโดยการประกันการจำนองทำให้ผู้ให้สินเชื่อมีเม็ดเงินที่จะปล่อยสินเชื่อให้กับผู้ขอสินเชื่อรายอื่นต่อไป และทำให้ผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ เช่น บ้าน หรือคอนโดมิเนียม ขายสินค้าได้อีกด้วย

3.5.3 บทสรุป

ประเทศญี่ปุ่นมีระบบการบังคับคดีโดยศาล (Judicial Foreclosure) รวมทั้งการขายทรัพย์สินจำนอง (Judicial Auction) ด้วยซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดวันประกาศขายและจัดสถานที่ในการขายที่ศาลนั่นเอง ซึ่งถือเป็นกระบวนการที่ช่วยให้การบังคับคดีเร็วขึ้น เจ้าหนี้สามารถได้รับชำระหนี้เร็วและลูกหนี้ไม่ต้องแบกรับภาระดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นระหว่างการบังคับคดี โดยมีความพิเศษ คือ การประมูลเป็นการเสนอราคาโดยผู้ประมูลส่งราคาที่ต้องการประมูลมาที่ศาล ผู้ชนะจะต้องจ่ายเงินและโอนกรรมสิทธิ์ให้แล้วเสร็จในขั้นตอนสุดท้าย ประเทศญี่ปุ่นมีระบบการบังคับจำนองที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศไทย อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถทำข้อตกลงตีทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ขณะทำสัญญาได้ และประเทศญี่ปุ่นยังมีมาตรการเสริมด้านเศรษฐศาสตร์เพื่อลดความเสี่ยงของเจ้าหนี้ที่อาจจะเกิดขึ้นได้คือ การทำประกันการจำนอง (Mortgage Insurance) ควบคู่ไปกับการทำสัญญาจำนอง

การชำระหนี้ส่วนที่ขาดจากการบังคับทรัพย์สินจำนองในประเทศญี่ปุ่นนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยกับกฎหมายในเรื่องจำนองในมาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก ประเทศญี่ปุ่นสามารถที่จะขอให้นำทรัพย์สินที่จำนองโอนกรรมสิทธิ์ให้เจ้าหนี้จำนองเพื่อชำระหนี้ได้ทันที แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้พิจารณาเรื่องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้จากการโอนทรัพย์สินจำนองแล้ว เจ้าหนี้เห็นว่ายังไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ย ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ที่ห้ามเรียกร้องอีกกรณีหนึ่งคือ การบังคับทรัพย์สินจำนองขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ กฎหมายจำนองประเทศญี่ปุ่นไม่ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับ มาตรา 733 ดังนั้นเมื่อขายทรัพย์สินที่จำนองแล้วยังเหลือหนี้ส่วนที่ขาดอยู่อีกเท่าใด ให้กลับมาใช้หลักกฎหมายหนี้ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องโดยการฟ้องบังคับคดีกับทรัพย์สินอื่น ๆ ของลูกหนี้ได้จนครบมูลหนี้นั่นเอง

บทที่ 4

ข้อสรุปจากการสัมภาษณ์เชิงลึกในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตกลง ใช้ชื่อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เพื่อให้การศึกษาวิจัยในโครงการปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรลุวัตถุประสงค์ในการที่จะเสนอการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บุคคลผู้ที่มีส่วนได้เสีย ได้แก่ เจ้าหนี้และลูกหนี้ตามคำพิพากษา และแก้ไขปัญหาต่างๆในกระบวนการบังคับคดีกับทรัพย์จำนอง โดยเจ้าพนักงานบังคับคดี คณะผู้วิจัยจึงได้ดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึก ผู้บริหารหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี ซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนจากกลุ่มเจ้าหนี้ ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี รวมถึงผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านเศรษฐศาสตร์ ซึ่งมีผลสรุปการสัมภาษณ์เชิงลึก ดังต่อไปนี้

4.1 ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

1) ความคิดเห็นเกี่ยวกับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ ชื่อยกเว้นกฎหมายมาตราดังกล่าว

ข้อตกลงยกเว้นกฎหมายมาตรา 733 ที่ว่าเมื่อบังคับคดีกับทรัพย์จำนองแล้ว หากไม่เพียงพอกับจำนวนหนี้ ก็ไม่อาจบังคับกับทรัพย์สินอื่นเพื่อชำระหนี้ที่เหลือได้ แม้ตามคำพิพากษาศาลฎีกา การทำข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เป็นคำตัดสินที่มีมานานแล้ว อาจขัดกับยุคสมัยก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม การที่ให้มีการตกลงยกเว้นกฎหมายมาตรา 733 ก็เป็นไปตามหลักในเรื่องการแสดงเจตนาทางแพ่งของคู่สัญญา ซึ่งถ้าหากทำชื่อยกเว้นมิได้ ตลาดอสังหาริมทรัพย์จะขาดสภาพคล่องและกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม

2) ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงทำชื่อยกเว้นมาตรา 733

ปัญหาประการแรกของการบังคับคดีที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการตกลงทำชื่อยกเว้นมาตรา 733 คือการประเมินราคาทรัพย์สินที่จำนอง ราคาอสังหาริมทรัพย์ ที่ไม่ได้มาตรฐาน ซึ่งโดยปกติมักบวกกำไรไว้สูงมาก (ไม่ต่ำกว่า 30%) แต่เวลาบังคับจำนองมูลค่าที่ได้จริงไม่ถึง เพราะฉะนั้นถ้ามีการแก้กฎหมายห้ามตกลงยกเว้นแตกต่างจากมาตรา 733 ธนาคารอาจให้กู้ได้เพียง 50% จากวงเงินที่ขอสินเชื่อ ธนาคารจึงจะไม่ต้องเสี่ยง

ปัญหาอีกประการหนึ่งคือ กระบวนการฟ้องร้องที่ล่าช้า และลำดับการบังคับคดีที่เจ้าหนี้จะต้องฟ้องร้องขอบังคับกับทรัพย์สินก่อนจึงจะขอทรัพย์สินอื่นๆของลูกหนี้ได้ ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แต่เนื่องจากในบางคดีมีอุทธรณ์และฎีกานอกจากนี้ยังมีเรื่องคำร้องอื่นๆอีก เช่น การร้องเพื่อประวิงคดี การร้องขัดทรัพย์ บางคดีใช้เวลาถึง 5 ปี ปัญหาที่ตามมา คือ ในบางกรณีตัวบ้านเสื่อมราคาลง ส่วนคอนโดมีเนียมก็จะมีค่าส่วนกลางที่เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นภาระแก่ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้

โดยผู้ที่มีมาร้องเรียนว่าชื่อยกเว้นมาตรา 733 ไม่เป็นธรรม คือ ผู้ที่มีหนี้เสียแล้วไม่จ่าย และถูกบังคับ กล่าวโดยสรุป คือ การตกลงยกเว้นมาตรา 733 นี้จะเป็นผลเสียต่อเมื่อกระบวนการล่าช้าและลูกหนี้ที่มีหนี้เสีย

3) ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะการแก้ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงทำชื่อยกเว้นมาตรา 733

ทางฝ่ายเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งส่วนใหญ่เป็นสถาบันการเงินแนะนำให้ลูกหนี้มีวินัยในการชำระหนี้ส่วนที่เหลืออยู่ หากมาจากธนาคารไปเท่าไร ก็ควรตระหนักและมีวินัยในการใช้จ่าย ถ้ามีปัญหาในขณะผ่อนก็ต้องรีบเจรจากับธนาคาร ซึ่งถ้าหากได้ทำการเจรจันับแต่เริ่มมีปัญหาการยึดทรัพย์ก็อาจไม่เกิดขึ้น ดอกเบี้ยก็ไม่พอกพูนขึ้น ในเรื่องนี้ควรมีการจัดให้ความรู้กับลูกหนี้เรื่องการประนอมหนี้ทั้งก่อนฟ้อง หลังฟ้อง หรือภายหลังการบังคับคดี ในกรณีนี้อาจตั้งหน่วยงานเอกชนหรือหน่วยงานในศาลขึ้นเพื่อเจรจากรุณาหนี้โดยเฉพาะ

ในทางปฏิบัติ ฝ่ายเจ้าหนี้โดยเฉพาะสถาบันการเงินควรที่จะอธิบายลูกหนี้ก่อนเสมอ ในขณะที่ลงนามในสัญญาว่าถ้าสัญญาจำนองบังคับชำระหนี้ไม่เพียงพอ ก็จำเป็นจะต้องบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ ในส่วนของลูกหนี้ก็ควรอ่านสัญญาให้ดีกว่าก่อนทำสัญญา กรณีดังกล่าวควรแจ้งให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้าถึงการยกเว้นข้อกฎหมายหรือกรณีที่ลูกหนี้ต้องเสียสิทธิหรือด้อยสิทธิบางส่วนตามกฎหมาย การแจ้งนั้นอาจทำเป็นเอกสารต่อท้ายสัญญาด้วยตัวอักษรที่ใหญ่เห็นได้ อย่างชัดเจน เจ้าหนี้ควรอธิบายและให้ลูกหนี้ลงนามยินยอม เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิลูกหนี้และป้องกันข้อร้องเรียนในภายหลังที่อาจเกิดขึ้น

สำหรับเรื่องกระบวนการบังคับคดี เช่น การประกาศขาย น่าจะกำหนดขั้นตอนว่าให้แล้วเสร็จภายในกี่วัน ถ้าไม่ขาย เจ้าพนักงานต้องชี้แจง ต้องมีกรอบเวลา เช่น หลังจากการยึดต้องแจ้งผู้เกี่ยวข้องภายในเวลาเท่าใด ซึ่งประมาณ 3 เดือน ควรจะประกาศขายได้แล้ว (ประเทศญี่ปุ่นเคยกำหนดกรอบระยะเวลาในการบังคับคดีชั่วคราวขึ้น เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้เป็นหลัก) หรือการร้องขัดทรัพย์ก็ควรมีระยะเวลาที่แน่นอนว่าให้ร้องภายในกำหนดเวลาเท่าไร ควรกำหนดจำนวนครั้งและระยะเวลา หรือให้เรียกเงินประกันจากผู้ร้องขัดทรัพย์ เพื่อป้องกันการประวิงเวลาของลูกหนี้ หากร้องไม่ทันก็ไปเรียกร้องฐานละเมิดได้ (ให้เหมือนแนวปฏิบัติในต่างประเทศ) หรือทาง

กรมบังคับคดีควรจัดแผนงานเฉพาะกิจขึ้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีเข้าไปจัดการคลังสำนวนของธนาคารอาคารสงเคราะห์และประสานงานกับเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อจัดการขายทอดตลาดทรัพย์สินเอง เพื่อลดขั้นตอนและเพิ่มความรวดเร็วของการบังคับคดี และเป็นประโยชน์กับกรมบังคับคดีอีกด้วย

การแก้ปัญหาในส่วนของคุณหมายควรมีการแก้ไขกฎหมายเรื่องของลำดับการบังคับคดี ให้เจ้าหน้าที่สามารถฟ้องบังคับทรัพย์จำนองกับทรัพย์อื่นไปได้พร้อมๆกัน ซึ่งปัจจุบันได้มีคำพิพากษาฎีกาได้ตัดสินทำนองนี้ อย่างไรก็ตามหากมีการแก้ไขมาตรา 733 ความเสียหายคงเกิดขึ้นจะเป็นการใช้เจตนาของคุณหมายเป็นประโยชน์กับตัวลูกหนี้ (บังคับจำนองแล้ว ไม่สามารถบังคับทรัพย์สินอื่นได้) และควรมีการแยกสิทธิการฟ้องร้องคดีแพ่งออกจากคดีล้มละลายให้ชัดเจน เพราะเจตนารมณ์ของคุณหมายล้มละลายต้องการให้ลูกหนี้ปรับปรุงโครงสร้างหนี้และฟื้นฟูกิจการ มิใช่ฟ้องล้มละลายในภายหลังการฟ้องร้องบังคับจำนอง อีกประการหนึ่งคือควรออกกฎหมายพิเศษเพื่อลดขั้นตอนการบังคับคดี เทียบเคียงกฎหมายพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 มาตรา 746-748 ขั้นตอนในการบังคับคดีดีโอนทรัพย์เพื่อชำระหนี้ ซึ่งมีการบอกกล่าวและประกาศขายเอง หากขายไม่ได้ภายในระยะเวลา ให้มีการตีราคาทรัพย์เพื่อชำระหนี้ได้เลย เป็นการประหยัดเวลาการบังคับคดีและค่าใช้จ่ายได้เป็นอย่างดี

ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษามีความเห็นว่าคุณหมายบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล ซึ่งเป็นระบบที่คล้ายกับต่างประเทศหลายประเทศ โดยให้หน่วยงานเอกชนหรือหน่วยงานในกรมบังคับคดี ให้เจ้าหน้าที่ขอบังคับจำนองได้โดยไม่ผ่านศาลได้ และเข้ามามีบทบาทในการบังคับคดีเป็นกรณีพิเศษ เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการบังคับคดี เพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้รับชำระหนี้โดยเร็ว และลูกหนี้ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยจำนวนมาก พร้อมทั้งควรมีการเชื่อมโยงของระบบข้อมูล เช่น กรมที่ดิน กรมสรรพากร และธนาคาร เพื่อให้เจ้าหน้าที่สืบค้นทรัพย์ของลูกหนี้ได้อย่างรวดเร็ว

4.2 ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มตัวแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา

1) ความคิดเห็นเกี่ยวกับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และชื่อยกเว้นกฎหมายมาตราดังกล่าว

ปัญหาความไม่รู้กฎหมายของประชาชน เนื่องจากลูกหนี้ไม่มีความรู้เรื่องการทำสัญญาจำนอง จึงมีความเข้าใจว่าเมื่อไม่ชำระหนี้จำนองและมีการบังคับจำนอง จะเป็นการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ได้ทำการจำนอง โดยสาเหตุอาจเกิดจากขณะเข้าทำสัญญาไม่มีเจ้าหน้าที่ให้คำแนะนำด้านการทำสัญญา ลูกหนี้จึงไม่ได้ให้ความสำคัญกับการอ่านสัญญาและข้อตกลงท้ายสัญญา จึงเป็นเรื่องที่ไม่เป็นธรรมกับลูกหนี้ การที่ศาลตีความให้ข้อตกลงยกเว้นตามมาตรา 733 ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีนั้นไม่เป็นธรรมกับลูกหนี้ เสมือนหนึ่งเป็นการเข้าข้างเจ้าหน้าที่ คือ

ธนาการพาณิชย์มากเกินไป แต่เดิมกฎหมายก่อนการแก้ไขเป็นธรรมอยู่แล้ว การแก้ไขและให้มีการตกลงยกเว้นจึงไม่สมควร

อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 จะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจากการพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ปัจจุบันข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 อาจจะไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาอัตราดอกเบี้ยที่ไม่เป็นธรรม อัตราดอกเบี้ยที่สูงเกินควร เมื่อศาลตีความให้ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 สามารถที่จะบังคับทรัพย์สินอื่นนอกจากทรัพย์สินจำนองได้ ส่งผลให้ลูกหนี้ต้องเสียดอกเบี้ยในระหว่างการบังคับทรัพย์สินจำนอง ทำให้ดอกเบี้ยที่ลูกหนี้ต้องรับภาระนั้นเดินไปอย่างต่อเนื่องซึ่งเป็นอัตราที่สูงมากเกินสมควร รัฐบาลควรลดอัตราดอกเบี้ยลงให้เป็นธรรม

นอกจากนี้ ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การประเมินราคาทรัพย์สินที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีหน่วยงานการประเมินราคาทรัพย์สินกลางที่ทำหน้าที่ประเมินราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดที่เกิดขึ้นจริงโดยที่ไม่อิงกับกรมธนารักษ์ การไม่มีหน่วยงานการประเมินราคาทรัพย์สินกลาง ทำให้การบังคับคดีหรือการบังคับจำนอง โดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินมีความไม่แน่นอน และในบางคดีอาจมีราคาต่ำกว่าความเป็นจริง ส่งผลให้ทรัพย์สินจำนองขายได้ราคาต่ำ และเหลือยอดหนี้ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 อยู่อีกมาก

2) ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงทำชื่อยกเว้นมาตรา 733

ปัญหาความล่าช้าของกระบวนการบังคับจำนองเป็นปัญหาหลัก โดยปัญหานี้อาจเกิดจากการประวิงคดีของหลายฝ่าย เช่น ลูกหนี้ประวิงคดีอันเนื่องมาจากราคาทรัพย์สินที่ได้รับการประเมินราคาต่ำจนเกินไป หรือเจ้าหนี้ประวิงคดีด้วยการไม่ขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเนื่องจากการให้ดอกเบี้ยที่ได้รับจากคำพิพากษาดำเนินต่อไปและยังทำให้ราคาอสังหาริมทรัพย์เพิ่มขึ้นอีกด้วย

ดอกเบี้ยเป็นอีกปัญหาหนึ่ง เมื่อมีการให้ขายทรัพย์สินอื่นนอกจากที่จำนองทำให้ระยะเวลาการบังคับจำนองเป็นระยะเวลานาน และลูกหนี้ต้องรับภาระดอกเบี้ยเกินสมควร

อีกปัญหาหนึ่งคือ เมื่อระยะเวลาการบังคับจำนองใช้ระยะเวลานาน ทำให้ทรัพย์สินเสื่อมราคาลงและทำให้การขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ราคาต่ำลง ลูกหนี้จึงต้องถูกบังคับจำนองกับทรัพย์สินอื่นต่อไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด

3) ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะการแก้ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการทำชื่อยกเว้นมาตรา 733

เสนอแนะให้ศาลมีการพิจารณาการตีความข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ใหม่ ซึ่งมองว่าเป็นข้อตกลงยกเว้นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และเสนอแนะให้มีการตีความกรอบระยะเวลาการบังคับจำนองตามมาตรา 271 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่ เห็นควรว่าให้ครอบคลุมกระบวนการต่างๆ เบ็ดเสร็จตั้งแต่การตั้งเรื่องบังคับคดี ขยายทอดตลาดทรัพย์ และการชำระบัญชีเพื่อให้ลูกหนี้ได้มีโอกาสกลับสู่สถานะปกติ ไม่เป็นหนี้ไปอีกต่อไป

นอกจากนี้ ควรให้แก้ไขอัตราดอกเบี้ยภายหลังจากที่มีคำพิพากษา เพื่อไม่ให้ลูกหนี้ต้องรับภาระมากเกินไปจนสมควร สู้สุดท้ายเห็นควรจัดตั้งหน่วยงานประเมินราคาทรัพย์สินกลางให้เป็นไปตามกลไกตลาดที่แท้จริง

4.3 ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี

1) ความคิดเห็นเกี่ยวกับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และชื่อยกเว้นกฎหมายมาตราดังกล่าว

เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่าการกำหนดชื่อยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังเป็นปัญหา กล่าวคือ มาตรา 733 ตามเจตนารมณ์เดิมของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ต้องการให้มีการตกลงยกเว้นได้ แต่ต่อมาศาลตีความว่า ให้สามารถตกลงยกเว้นแตกต่างจากมาตรา 733 ได้

จากมุมมองในเชิงสังคม การกำหนดชื่อยกเว้นดังกล่าวถูกมองว่าไม่เป็นธรรมกับตัวลูกหนี้ ซึ่งเมื่อลูกหนี้ถูกบังคับจำนองไปแล้วเขายังต้องรับภาระอีก กล่าวคือ เมื่อมีการยึดทรัพย์ที่เป็นหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้ยังสามารถไปยึดทรัพย์อื่นๆของลูกหนี้ต่อได้อีก เพราะราคาที่เขาได้ไม่พอกับจำนวนหนี้ เท่ากับว่าการแก้ไขกฎหมายในครั้งนั้นไม่มีผลอย่างไรเลย เพราะศาลก็ยังให้สามารถตกลงยกเว้นได้ กลายเป็นรูปแบบสัญญาที่สถาบันทางการเงินนำมาใช้เป็นหลัก

อย่างไรก็ตามในมุมมองทางเศรษฐกิจ เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่าการยกเว้นมาตรา 733 เป็นเหตุผลในทางธุรกิจ การให้มีการยกเว้นมาตรา 733 ได้อาจมองว่าเป็นหลักประกันให้สถาบันการเงินมีโอกาสได้รับชำระหนี้ได้ครบ ทำให้สถาบันการเงินเกิดความมั่นใจในการปล่อยสินเชื่อมากขึ้น ซึ่งมีผลทำให้การเข้าถึงแหล่งเงินกู้ของประชาชนได้ไม่ยาก และดอกเบี้ยก็อาจจะไม่แพงมาก เพราะกลไกตลาดจะทำให้มีการแข่งขันระหว่างธนาคาร หากมองในทางเศรษฐศาสตร์อาจเรียกได้ว่าเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจ มีการทำธุรกิจ มีการจัดเก็บภาษี ดังนั้น หากไม่มีข้อตกลงยกเว้นนี้ก็จะกระทบกับตัวลูกหนี้เอง ในส่วนของธนาคารแทนที่จะมีการประเมินตรงไปตรงมาก็จะประเมินต่ำลงมาอีก เพราะมีราคาความเสี่ยง ดอกเบี้ยก็จะสูง ซึ่งโดยปกติธนาคารเองไม่ยอมที่จะขาดทุนอยู่แล้ว

เศรษฐกิจก็จะแข็งตัว อาจกล่าวได้ว่าเรื่องการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไม่เชิงเป็นปัญหากฎหมาย เสียทีเดียว แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทางเศรษฐกิจด้วย

ในกรณีส่วนใหญ่ ลูกหนี้ที่เห็นว่าตนได้รับผลกระทบจากการตกลงยกเว้นการบังคับใช้ มาตรา 733 จะไม่มาร้องที่กรมบังคับคดีโดยตรง แต่จะใช้ช่องทางอื่น เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับตัวลูกหนี้โดยตรง ทางกระทรวงยุติธรรมได้รับการร้องเรียนจากลูกหนี้ ค่อนข้างมาก โดยร้องว่าเหตุใดลูกหนี้จึงต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้ที่เหลืออยู่หากมีการบังคับ จำนองไปแล้ว ลูกหนี้อาจมองเหมือนกับว่ากรมบังคับคดีร่วมมือกับเจ้าหนี้ให้ขายทรัพย์สินในราคาต่ำ

ถ้ามองจากมุมมองทางกฎหมาย เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่ามาตรา 733 นี้ ผิดหลักสากล ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบหนี้ทั้งหมดอยู่แล้วตามที่บัญญัติอยู่ใน มาตรา 214 ซึ่งตามหลักนี้ไม่ว่าจะเป็นการค้ำประกันด้วยตัวบุคคล หรือการค้ำประกันด้วยการจำนำ สามารถบังคับได้จนกว่าจะครบจำนวนหนี้ที่ต้องชำระ คือ บังคับจำนำและบังคับทรัพย์สินอื่น ต่ออีก แต่มาตรา 733 กลับทำให้การจำนองไม่สามารถทำเช่นนี้ได้ ลูกหนี้ไม่ต้องชำระทั้งหมด

เจ้าหน้าที่บางส่วนให้ความเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 733 ที่บัญญัติให้เมื่อบังคับ เอาทรัพย์สินจำนองแล้วลูกหนี้อย่อมพ้นจากหนี้ นั้น ตามหลักการเดิมผู้จำนองกับลูกหนี้ชั้นต้นเป็น คนละคนกัน เมื่อผู้ประกันเอาทรัพย์สินมาจำนองในวงเงินที่ประกันแล้ว หลังจากมีการขายทรัพย์สินดังกล่าว ก็ไม่มีความจำเป็นจะต้องรับภาระส่วนที่ขาดของลูกหนี้ชั้นต้น ถ้าผู้จำนองเป็นผู้ประกันโดยแท้ มาตรา 733 นั้นก็เหมาะสมแล้ว ส่วนที่เหลือลูกหนี้ชั้นต้นจะต้องรับผิดชอบทั้งหมดเป็นหลักทั่วไปอยู่แล้ว มาตรา 733 บัญญัติในหมวดการจำนองเพื่อประกันหนี้โดยเฉพาะ เมื่อผู้จำนองที่ประกันหนี้ให้ลูกหนี้ชั้นต้นและ ได้มีการบังคับจำนองแล้วผู้จำนองย่อมหลุดพ้น แต่ว่าคำพิพากษากลับตีความว่า ผู้จำนองต้องรับผิดชอบ ในส่วนที่ขาดด้วย ในส่วนของกรณียกเว้นนี้ เห็นว่าเป็นกรณีที่ผู้จำนองกับลูกหนี้ชั้นต้นเป็นคนเดียวกัน จึงมีการเขียนยกเว้นมาตรา 733 เพื่อให้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง แต่ในความจริงไม่จำเป็นต้องมีก็ได้ เพราะกฎหมายแพ่งวางหลักทั่วไปอยู่แล้ว เพราะฉะนั้นชื่อยกเว้นตามมาตรา 733 โดยหลักเริ่มต้น น่าจะเป็นลักษณะนี้มากกว่า แต่ว่าเมื่อผ่านระยะเวลายาวนานมาแล้วการตีความของกฎหมาย ก็เปลี่ยนแปลงไปตามอย่างที่เห็นในปัจจุบัน

2) ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงทำชื่อยกเว้นมาตรา 733

เรื่องปัญหาของการบังคับคดีนั้นเจ้าหน้าที่กรมบังคับคดีบางส่วนเห็นว่า โดยหลักแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปฏิบัติตามหมายอยู่แล้ว จึงไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติ แต่ถ้าลูกหนี้เห็นว่า ตนไม่ได้รับความเป็นธรรม ทำไมตนต้องรับผิดชอบ นี่จึงเป็นเรื่องที่ลูกหนี้จะต้องสู้ตั้งแต่ชั้นศาลแล้ว ว่าชื่อยกเว้นตามมาตรา 733 นั้นมีปัญหาอย่างไร ไม่เป็นธรรมอย่างไร

อย่างไรก็ตามปัญหาที่แท้จริงไม่ได้อยู่ที่ตัวบทบัญญัติมาตรา 733 แต่อยู่ที่การบังคับ จำนองในประเทศไทยซึ่งมีความล่าช้า ทั้งด้วยตัวกระบวนการเองหรือการใช้สิทธิร้องต่างๆในบางครั้งก็

ทำให้ยึดเยื่อ ปัญหานี้เป็นปัญหาทั่วไปของกระบวนการบังคับคดีไม่เฉพาะแต่มาตรา 733 เท่านั้น กล่าวคือการบังคับจำนองต้องทำโดยผ่านกระบวนการทางศาลก่อน แล้วจึงเข้าสู่กระบวนการบังคับคดีในชั้นเจ้าพนักงานบังคับคดี

ปัญหาอาจเกิดจากลูกหนี้ร้องเรื่องราคาประเมิน เช่น ร้องว่าราคาต่ำไป โดยปกติการที่จะประเมินราคาทรัพย์สินต้องดูว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นที่ต้องการของตลาดหรือไม่ เป็นเรื่องของกลไกตลาด หากความต้องการมากกว่าราคาจะสูงขึ้นโดยปกติ ซึ่งการที่ลูกหนี้คัดค้านการประเมินอาจส่งผลให้กระบวนการบังคับคดีล่าช้า กล่าวคือ เมื่อมีการยึด จะมีการแจ้งไปยังลูกหนี้ว่ามีการประเมินราคาเท่านี้ ลูกหนี้เห็นชอบด้วยหรือไม่ ถ้าไม่เห็นชอบก็คัดค้านมา ถ้ามีเหตุผล กรมบังคับคดีก็ส่งให้คณะกรรมการกำหนดราคาทรัพย์สินประเมินราคาทรัพย์สิน ซึ่งต้องใช้ระยะเวลา เพราะในกรุงเทพฯ มีคณะกรรมการชุดเดียว ต้องรอตามลำดับ โดยก่อนที่จะเข้าคณะกรรมการฝ่ายประเมินก็ต้องไปตรวจสอบที่ตั้งทรัพย์สินอีกครั้งหนึ่งก่อน การที่จะให้คณะกรรมการประเมินจะต้องเห็นภาพด้วย และเทียบราคากับที่ดินข้างเคียงที่ประกาศขาย แล้วเอาราคาเหล่านี้มาหารสอง และให้คณะกรรมการกำหนดราคาอีกครั้งหนึ่ง เมื่อมีการยืนยันราคาแล้ว ลูกหนี้สามารถไปร้องที่ศาลได้อีก ในการขายรอบสองหากยังไม่ได้ขาย เมื่อถึงเวลาลูกหนี้ก็สามารถคัดค้านได้อีก ถ้าคัดค้านตามมาตรา 309 ก็ใช้เวลา 3 เดือน ถ้าคัดค้านตามมาตรา 296 ก็ไปถึงศาลฎีกา ทำให้กระบวนการบังคับจำนองล่าช้า เนื่องจากเมื่อศาลพิพากษาไปแล้ว เรื่องก็จะกลับไปที่กรมบังคับคดี กระบวนการย้อนกลับไปกลับมาหลายรอบ ในบางกรณีเรื่องไปที่ศาลแล้วก็ต้องรอการพิจารณาของศาล ถ้าศาลยกคำร้องถึงจะกลับมาดำเนินการขายต่อ หรือหากร้องตามบุริมสิทธิ หรือร้องขอเฉลี่ย หรือร้องเพิกถอนการขาย เรื่องก็ต้องถูกส่งกลับไปศาลอีกครั้ง กล่าวคือทุกคำร้องต้องกลับไปศาลก่อน จึงทำให้กระบวนการบังคับจำนองยึดเยื่อ

ในบางกรณีการบังคับจำนองล่าช้าอาจเกิดจากผู้ซื้อทรัพย์สิน บางกรณีเป็นบุคคลภายนอกหรือบางกรณีมีผู้ต้องการซื้อทรัพย์สินเข้ามา แต่จะซื้อไปขายต่อ เพราะอยู่ในระเบียบของกรมบังคับคดี หากมีการร้องเพิกถอนการขาย ผู้ซื้อสามารถที่จะขอวางเงินไว้แค่ร้อยละ 5.5 แล้วรอให้ศาลมีคำสั่ง บางเรื่องก็ใช้เวลานาน 2-3 ปี กว่าจะเสร็จสิ้น และถ้ายังหาผู้ซื้อไม่ได้ก็จะยึดระยะเวลาออกไปเรื่อยๆ ถึงขั้นฎีกา หรือบางครั้งถึงแค่ชั้นอุทธรณ์ เมื่อมีคนซื้อแล้วก็มี การถอนคำร้องออกมา ไม่ใช่เป็นเรื่องศาลสั่ง แต่เป็นเพราะหาที่ขายต่อได้แล้ว

เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่าปัญหากระบวนการในการบังคับคดี ตามมาตรา 733 นั้นเป็นเรื่องของการขายทอดตลาดทรัพย์สิน การบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด มองว่าปัญหาเรื่องการบังคับคดีสำหรับเจ้าพนักงานบังคับคดี เป็นเรื่องของการบังคับเอาทรัพย์สินประกันโดยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ไม่สามารถที่จะกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน มีความล่าช้า และทำให้ดอกเบี้ยก็เกิดขึ้นตลอดกระบวนการ กรณีเช่น ไปทำการยึดทรัพย์สินเมื่อปีที่ 9 และกว่าจะขายได้ก็ใช้เวลานาน ซึ่งตรงนี้ส่งผลต่อมาตรา 733 ที่ทำให้ลูกหนี้ต้องรับภาระในดอกเบี้ยที่ทบขึ้นมาเรื่อยๆ

3) ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะการแก้ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการทำชื่อยกเว้นมาตรา 733

ในส่วนของคุณความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่าหากให้สถาบันการเงินบังคับจำนองได้เอง โดยนำแนวทางการบังคับจำนองของต่างประเทศที่ให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองเองได้ ก็จะทำให้กระบวนการบังคับจำนองเป็นไปอย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น ซึ่งจะเป็นการบังคับหลักประกันทั่วไป ไม่ใช่เป็นการฟ้องบังคับจำนอง แต่ก็ต้องมีการยอมรับตามหลักประกันที่ว่า ถ้าบังคับแล้วไม่พอ ก็ให้ไปว่ากล่าวกันว่าจะบังคับต่อได้หรือไม่ ซึ่งกรณีจะฟ้องร้องกันหรือไม่นั้นก็เป็นอย่างอื่นเรื่องหนึ่ง

เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่าถ้าสามารถทำให้เจ้าหนี้จำนองสามารถรับชำระหนี้โดยวิธีอื่นนอกจากการขายโดยวิธีการขายทอดตลาดการรับชำระหนี้ก็จะเร็วขึ้น ในสหรัฐอเมริกาเจ้าหนี้จำนองสามารถบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล เจ้าหนี้จำนองบังคับกับหลักประกันได้ด้วยตัวเอง เป็นหลักการในทางแพ่ง แต่ในประเทศไทยทางปฏิบัติอาจทำได้ยาก เพราะลักษณะธรรมชาติของลูกหนี้และเจ้าหนี้ในต่างประเทศกับประเทศไทยต่างกัน

เจ้าหน้าที่บางส่วนเห็นว่าควรหาทางให้ตัวลูกหนี้เข้ามาช่วยสนับสนุนให้ขายทรัพย์สินได้สำเร็จคือ ขายทรัพย์สินให้ได้ราคาดี บังคับคดีได้รวดเร็ว เพราะดอกเบี้ยก็จะน้อยลง ทรัพย์สินที่ยึดเพิ่มก็จะน้อย เจ้าหนี้ก็ได้รับชำระหนี้เร็ว หรือเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงินซึ่งมีเงินทุนก็อาจเข้ามาช่วยช่วยให้การขายทรัพย์สินประสบความสำเร็จมากขึ้น เช่น ทำการตลาดให้ตรงเป้าหมาย

นอกจากนี้ควรมีการร่วมมือระหว่างกระทรวงพาณิชย์กับกรมบังคับคดี ถือว่าเป็นการเปิดช่องอีกทางหนึ่ง เช่น การให้มีหมกรรมซื้อขายทรัพย์สินติดจำนอง

นอกจากนี้ จากตัวอย่างในประเทศลาว การบังคับคดีขายทอดตลาดกำหนดให้มีการขายเพียงครั้งเดียว หากทำการขายแล้วไม่มีคนซื้อ ก็ให้กฎหมายบังคับให้ทรัพย์สินนั้นเป็นการตีใช้หนี้ไป ไม่ต้องมีกระบวนการต่อที่ยืดเยื้อ การขายครั้งเดียวค่าใช้จ่ายก็ไม่มาก และการบังคับจำนองก็ทำได้รวดเร็ว และสุดท้ายแล้ว ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้เองก็จะเป็นผู้ที่ต้องขวนขวายหาคนมาซื้อเพราะถูกบังคับด้วยกฎหมาย เนื่องจากแท้จริงแล้วลูกหนี้ก็อยากได้ทรัพย์สินตนเองอยู่อย่างเดิม ส่วนเจ้าหนี้ก็อยากให้มีคนมาซื้อในราคาที่เพิ่มขึ้น แทนที่จะเอาทรัพย์สินนี้มาตีใช้หนี้ต่อไป

และท้ายที่สุด เจ้าหนี้เองก็อาจต้องยอมรับว่า รับจำนองแล้วต้องเอาของไป คือให้บังคับแค่ครั้งเดียวก่อน หรือรอบเดียวก่อนในการขาย แล้วหลังจากนั้นถ้าบังคับทรัพย์สินไม่ได้ก็ต้องยอมรับไป และเจ้าหนี้เองถ้าเห็นว่าทรัพย์สินที่ลูกหนี้เอามาจำนองไม่เหมาะสมก็ไม่ควรรับจำนองแต่แรก

4.4 ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี

1) ความคิดเห็นเกี่ยวกับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และชื่อยกเว้นกฎหมายมาตราดังกล่าว

เห็นว่าไม่ควรมีข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการทำสัญญาจำนองและการบังคับจำนอง ควรจะสามารถบังคับชำระหนี้ได้กับทรัพย์สินที่นำมาจำนองเท่านั้น เพราะธนาคารพาณิชย์สามารถที่จะประเมินราคาทรัพย์สินขณะทำสัญญาว่ามีค่าเท่าใด การที่กฎหมายมาตรา 733 บัญญัติเช่นนั้นเห็นว่าเป็นธรรมแล้ว ไม่ควรมีชื่อยกเว้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งบันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญาส่วนใหญ่ที่ลูกค้ายกเว้นถึงข้อตกลงยกเว้นดังกล่าว เนื่องจากโดยส่วนมากลูกหนี้เหล่านี้ได้แก่ชาวบ้านที่ไม่ได้สนใจเรื่องเอกสารเท่าใดนัก

อีกประเด็นหนึ่งคือ ปัญหาเรื่องดอกเบี้ยที่สูงเกินสมควร สภาพทนายความมีข้อสังเกต คือ การคิดคำนวณดอกเบี้ยภายหลังผิดนัด ก่อนฟ้อง และหลังฟ้อง ว่าจะคำนวณอย่างไร ควรมีการคำนวณที่ชัดเจนเพื่อเป็นธรรมกับผู้จำนองด้วย

ควรมีการแยกประเภทลูกหนี้ให้ชัดเจน กล่าวคือ แยกลูกหนี้ขั้นต้นกับลูกหนี้จำนองออกจากกันอย่างชัดเจน หากลูกหนี้จำนองมิใช่ลูกหนี้ขั้นต้น ลูกหนี้ประเภทนี้ไม่สมควรที่จะรับผิดในส่วนที่ขาดทุกกรณี เพราะมิใช่ลูกหนี้ขั้นต้นนั่นเอง

2) ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงทำชื่อยกเว้น มาตรา 733

กระบวนการบังคับคดีที่ล่าช้าเป็นปัญหาไม่เพียงแต่เฉพาะการบังคับทรัพย์สินจำนองเท่านั้น แต่เป็นปัญหาที่การบังคับคดีที่ใช้ระยะเวลานาน โดยสาเหตุอาจเกิดจากการบริหารจัดการภายใน และผลของการล่าช้า คือ ดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและอาจท่วมหนี้ได้ในบางราย บางส่วนของปัญหาความล่าช้าอาจเกิดจากการที่กรมบังคับคดีไม่มีอำนาจในส่วนของคุณตี กล่าวคือ เมื่อคู่ความต้องการร้องเรียนจะต้องไปร้องเรียนที่ศาล กรมบังคับคดีไม่มีอำนาจพิจารณา จึงทำให้กระบวนการบังคับจำนองล่าช้า หากเกิดกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลได้ อาจทำให้การบังคับจำนองมีความรวดเร็วมากยิ่งขึ้น

และอีกประเด็นหนึ่งคือ การตั้งค่าธรรมเนียมการบังคับคดีไว้สูงเกินไป ในบางรายเมื่อคำนวณค่าธรรมเนียมการบังคับคดีแล้ว หากขายทอดตลาดทรัพย์สินยังไม่ได้ ก็จะมีการขายเรื่อยๆอีกหลายครั้ง ค่าธรรมเนียมก็เพิ่มขึ้นตามไปด้วย หากขายได้ก็ต้องหักค่าธรรมเนียม เหลือเท่าใดก็นำไปชำระหนี้ ซึ่งเมื่อคำนวณแล้วบางรายไม่คุ้มกับการประกาศ และไม่คุ้มกับการจ่ายค่าธรรมเนียมที่ผ่านมา จึงปล่อยเรื่องให้ค้างไว้และผลคือดอกเบี้ยเพิ่มมากขึ้น จนทรัพย์สินจำนองไม่พอต่อการชำระหนี้เงินต้น

นอกจากนี้ เห็นว่าสัญญาจำนองที่สถาบันการเงินนำมาใช้กับลูกหนี้ มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปและมีลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีนี้รัฐบาลควรจัดให้มีการควบคุมสัญญาจำนองที่จะต้องคุ้มครองผู้เข้าทำสัญญาจำนอง

ปัญหาอีกประเด็นหนึ่งคือ การประเมินราคาทรัพย์สินขายทอดตลาดที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากปัจจุบันกรมบังคับคดีใช้ระเบียบของกรมธนารักษ์ โดยใช้ระบบพื้นที่ ไม่ได้ใช้ระบบทรัพย์สิน กล่าวคือ ไม่ได้ประเมินจากราคาตลาด แต่ประเมินจากเขตพื้นที่ ปัญหานี้เห็นควรแก้ไขด้วยการมีผู้เชี่ยวชาญกลางเป็นผู้ประเมิน

3) ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะการแก้ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการทำชื่อยกเว้น มาตรา 733

เสนอแนะให้มีการแบ่งแยกประเภทลูกหนี้ให้ชัดเจน ระหว่างลูกหนี้ขั้นต้นกับลูกหนี้จำนอง ลูกหนี้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ขั้นต้นไม่ควรรับภาระชำระหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินที่จำนองอย่างเด็ดขาดเพราะไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม สัญญาจำนองไม่ควรมีข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733

อีกประเด็นหนึ่งคือ ค่าธรรมเนียมของระบบราชการที่สูงเกินไป เสนอแนะให้ลดอัตราค่าธรรมเนียมศาลและค่าธรรมเนียมในการบังคับคดีตลอดจนถึงการทอดตลาด เพื่อช่วยเหลือชาวบ้านที่เดือดร้อน

4.5 ผลการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านเศรษฐศาสตร์

1) ความคิดเห็นเกี่ยวกับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และชื่อยกเว้นกฎหมายมาตราดังกล่าว

ในทางกฎหมายมาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น สถาบันการเงินได้ป้องกันตัวเองไว้แล้ว กล่าวคือ หากมีข้อกำหนดในเรื่องที่ว่า บังคับจำนองได้เงินไม่คุ้ม โดยทั่วไปจะฟ้องตามสัญญาประธาน คือ สัญญาเงินกู้ หรือไม่ก็พยายามที่จะมีข้อตกลงอื่นในสัญญากู้ยืมเงิน คือ ยกเว้นมาตรา 733 แต่มองว่าหากผู้ที่เอาทรัพย์สินมาจำนองไม่ใช่ลูกหนี้ แต่เป็นบุคคลภายนอก ถ้าบังคับบุคคลภายนอก ก็ควรบังคับแค่ตัวทรัพย์สินนั้น ไม่ควรที่จะบังคับกับทรัพย์สินอื่นของเขาอีก เขาไม่ได้ต้องการที่จะผูกพันหรือมารับหนี้แทนลูกหนี้ แต่ถ้าเป็นกรณีลูกหนี้กู้เงิน ลูกหนี้ก็ต้องชำระแม้ว่าจะขายหลักประกันแล้วไม่คุ้มก็ต้องตามเก็บจากลูกหนี้ โดยทั่วไปเวลาลูกหนี้มากู้เงิน ธนาคารก็ไม่ได้ให้เต็มมูลค่า แต่จะมีการลดราคาลงมา เพื่อว่าขายหลักประกันไม่พอ เช่น หลักประกัน 100 กู้ได้สูงสุดก็ 70 เพื่อไม่ให้ธนาคารขาดทุน เมื่อมีการบังคับหลักประกันต้องคุ้มหนี้ เนื่องจากราคาทรัพย์สินไม่ได้สูงขึ้น แต่มูลค่าเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ เพราะดอกเบี้ยยังเดินอยู่ ทำให้จำนวนหนี้ท่วมหลักประกัน ซึ่งอาจทำให้เกิดภาวะไม่คุ้มหนี้ขึ้นได้

ในส่วนมาตรา 733 หากจะแก้ต้องไปดูหลายๆเรื่อง เพราะมีปัญหาในทางปฏิบัติ หากแก้แล้ว ธนาคารอาจจะไปกำหนดในข้อสัญญาอย่างอื่น เพื่อที่จะเลี่ยงที่จะไปฟ้องกับลูกหนี้ ธนาคารมีวิธีเลี่ยงเยอะ เพราะหากขายหลักประกันไม่คุ้ม ลูกหนี้ก็ต้องชดใช้ในส่วนที่เหลือ จึงไม่มีผล ในการดำเนินงานปัจจุบัน เพราะเมื่อฟ้องไปแล้วในคำบรรยายฟ้องอาจจะมีคำว่า หากไม่ชำระหนี้ ให้บังคับคดีโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สิน และหากได้เงินมาไม่พอใช้ ให้บังคับจากสินทรัพย์อื่นๆ จนกว่าจะชำระหนี้ให้ครบ แนวทางคำพิพากษาจะออกไปในลักษณะนี้ และถ้ามีคำพิพากษาออกไปใน ลักษณะนี้ ในมุมของธนาคาร ธนาคารก็ต้องดำเนินการได้ แต่จริงๆแล้วหนี้กลุ่มนี้ถึงจะขายทอดตลาด ทรัพย์สินไปแล้วแต่ก็มักได้เงินมาไม่พอชำระหนี้ มีน้อยรายหลายๆที่มีหลักประกันที่เพียงพอ คือ ถ้ามีหลักประกันสูงๆ เขาคงไม่ปล่อยให้เป็นหนี้เสีย ในหลักความจริงถ้าเขามีหลักประกัน เขาก็ต้องรีบ เข้ามาแก้ไข เพราะยิ่งนานวันดอกเบี้ยผิดนัดยิ่งเพิ่มขึ้น เท่ากับว่ากลุ่มพวกที่ใช้เงินปล่อยกันไปแล้ว แล้วพอยังไม่ทันถึงงวดก็ทิ้งแล้ว หลักประกันกว่าจะขายทอดตลาดทรัพย์สินได้เป็นปี ดอกเบี้ยก็เพิ่ม ขายทอดตลาดจึงได้เงินไม่พอ สืบทรัพย์กลุ่มพวกนี้ก็จะไม่ค่อยเจอทรัพย์ สุดท้ายนานเข้าก็อาจจะต้อง ขายทรัพย์พวกนี้ให้กับบริษัทไปตามต่อ

ดังนั้น ในส่วนของมาตรา 733 เมื่อมีการบังคับจำนอง ขายทอดตลาดผ่านกรมบังคับคดี ตามมาตรา 733 ในแง่ของกฎหมาย เป็นเรื่องของ การพิจารณาว่าผู้จำนองเป็นลูกหนี้หรือไม่ ถ้าผู้จำนองเป็นบุคคลภายนอก เพียงนำทรัพย์สินมาเพื่อจำนองเป็นหลักประกันหนี้เท่านั้น ก็ไม่ควร จะรับภาระเกินกว่าทรัพย์สินที่เอามาจำนอง แต่ถ้าเป็นลูกหนี้เองจริงๆ ตามหลักความเป็นธรรม เมื่อเป็นหนี้ก็ต้องชำระ หากหลักประกันไม่สามารถครอบคลุมยอดหนี้ได้ทั้งหมด สำหรับส่วนที่เหลือ ถ้ายึดตามมาตรา 733 ที่กำหนดว่าให้ลูกหนี้หลุดจากความรับผิดชอบไม่เป็นธรรมกับเจ้าหนี้ จึงมีการตกลง เป็นอย่างอื่นซึ่งเป็นไปตามส่วนท้ายของมาตรา 733 ที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชน จึงสามารถตกลงยกเว้นมาตรา 733 ได้ ส่วนใหญ่ใช้วิธีนี้ ถ้าบังคับจำนองแล้วได้เงิน ไม่ครบจำนวนหนี้ ก็จะไปฟ้องร้องเป็นคดีกันต่อไป

2) ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงทำช้อยกเว้นมาตรา 733

ปัญหาในกระบวนการบังคับคดีในมาตรา 733 มีเรื่องร้องเรียนหลายเรื่อง เช่น บังคับคดี ล่าช้า ประสบปัญหาคือ ลูกหนี้มองว่า หากขายทรัพย์ของเขาเร็วมันก็จะได้ราคา แต่ว่ากรมบังคับคดี ประกาศขายแต่ละครั้ง ไม่มีผู้เข้ามาประมูล และที่ทิ้งช่วงไปนานกว่าจะประกาศขายครั้งต่อไป ซึ่งราคา ที่ดินไม่ได้เพิ่มขึ้น แต่ดอกเบี้ยเพิ่มตลอด ถ้าจะมีการแก้กฎหมาย ให้มองในแง่ของความเป็นธรรม ให้กับลูกหนี้ด้วย ควรเร่งรัดกระบวนการขายหรือการบังคับคดีให้รวดเร็ว

กระบวนการที่บังคับคดีที่ล่าช้า สาเหตุมีทั้งของลูกหนี้ เช่นกรณีบังคับกับบ้าน ลูกหนี้ยัง อยู่อาศัย ยังไล่เขาออกไปไม่ได้ และกรณีลูกหนี้ประวิง การที่ลูกหนี้เข้าประมูล แต่เมื่อประมูลได้แล้วก็

ไม่จ่ายเงิน ส่วนกรณีของเจ้าหนี้ คือ หากสถาบันการเงินเห็นว่าราคามันต่ำไป ไม่มีใครเข้ามาซื้อ ก็ไม่
อยากขาย

กระบวนการในเชิงปฏิบัติการบังคับคดีของธนาคาร ในอดีตอาจจะช้า แต่ปัจจุบันไม่ช้า
เพราะแต่ละธนาคารจะมีกำหนดเวลาในแต่ละขั้นตอนที่ต้องดำเนินการให้เสร็จ แต่ที่ช้าเพราะต้อง
ขึ้นอยู่กับหน่วยงานของกรมบังคับคดีเป็นหลัก บางทีสำนวนติด บางกรณีมีสำนวนเก่า บางกรณียึดไป
สามปีสี่ปียังไม่มีการประกาศขาย บางกรณีบุคลากรไม่พอ และอีกส่วนหนึ่งก็ขึ้นอยู่กับสำนวนด้วย
ว่าซับซ้อนเพียงใด อาจจะเป็นเจ็ดแปดเดือนหรือหนึ่งปีกว่าจะเริ่มประกาศขาย ซึ่งปัจจุบันกรมบังคับคดี
ก็มีการแยกออกไปเป็นหลายๆ ส่วน แต่ละธนาคารก็เข้าไปสู่งานบังคับคดีค่อนข้างเยอะ

ในด้านการเจรจาการประนอมหนี้ นั้น ธนาคารจะไม่ให้หนี้เสีย หากลูกหนี้ส่อสัญญาณ
ว่าจะชำระหนี้ไม่ได้ ธนาคารจะเรียกลูกหนี้นายนี้มาคุยหนี้ยี่ ผ่อน ลดต้น ลดดอก หรือขยายระยะเวลาให้
นานขึ้น เพื่อไม่ให้เกิดเป็น NPA หรือ NPL ปัจจุบันการประนอมหนี้ก็ยังมีปัญหาอยู่ หากลูกหนี้ตั้งใจ
จะชำระหนี้ ก็จะยินยอมมาเจรจากับธนาคาร แต่ถ้าหากลูกหนี้ที่ตั้งใจจะโกงธนาคาร ก็จะไม่มาเจรจา
ไม่ชำระหนี้ หากเจอลูกหนี้ประเภทนี้เยอะๆ ธนาคารก็ต้องตั้งสำรองเยอะ ค่าใช้จ่ายก็จะเยอะขึ้น
การฟ้องคดีจริงๆ แล้วธนาคารไม่อยากฟ้อง เพราะกว่าจะบังคับคดี กว่าจะได้เงินมาใช้เวลานานมาก มี
ค่าใช้จ่าย และมีความยุ่งยาก

ในส่วนของกรมบังคับคดี ปัจจุบันรอให้ศาลสั่งก่อน แล้วจึงค่อยมาติดตามขายทรัพย์
ที่จำนองไว้ ซึ่งจริงๆ แล้วการบังคับคดีไม่ได้มีแต่การขายทรัพย์อย่างเดียว กรมบังคับคดีจึงควรเข้ามา
ตั้งแต่ตอนเริ่มต้นที่เจ้าหนี้และลูกหนี้มีปัญหา ในช่วงของการฟ้อง กรมบังคับคดีควรเข้ามาเป็นคนกลาง
ในการเจรจา น่าจะทำให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายมากกว่านี้ ปัจจุบันทรัพย์สินที่นำไปค้ำประกัน
มีภาระผูกพันอื่นๆเยอะ ทำให้ขายได้ยาก และสำหรับการบังคับคดีที่กำหนดเวลาในการขายทอดตลาด
ทรัพย์สินนานมาก ประมูลครั้งแรกไม่ได้ ครั้งต่อไปก็ใช้เวลาเป็นปีกว่าจะเริ่มประมูล ทำให้ลูกหนี้
เสียประโยชน์ ดอกเบี้ยก็ทบไปเรื่อยๆ จนทำให้หนี้ท่วมหลักประกัน

3) ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะการแก้ปัญหาของการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการทำ ชื่อยกเว้น มาตรา 733

ในส่วน of ธนาคารนั้น ต้องการจะได้รับการชำระหนี้คืนเร็วๆ หากมีการขายทอดตลาด
ได้เร็วแต่ละธนาคารอาจจะมีโครงการว่าธนาคารก็จะมีประมูลเองด้วย อาจมีการจัดการประมูล
ขึ้นมา แล้วนำเงินมาชำระหนี้ และในส่วน of ธนาคารก็จะนำทรัพย์นั้นไปเป็นทรัพย์ที่รอการขายต่อไป
สรุปคือต้องแก้ไขกระบวนการบังคับคดีเป็นหลัก ในส่วน of ธนาคารพาณิชย์ค่อนข้างเข้มงวดมาก
รายไหนที่ไม่สามารถปฏิบัติ ไม่มีข้อยุติ ให้เข้าสู่กระบวนการงานคดีเพื่อที่จะไปเร่งงานตรงนั้น
เนื่องจากว่าหากหนี้มันไป จะทำให้ธนาคารต้องกันสำรอง และไม่เกิดประโยชน์ใดๆ หากว่าหนี้มัน
มีระยะยาวออกไป

ในแง่ของกฎหมาย ไม่แน่ใจว่าการบังคับคดีภายใน 10 ปี หากลดระยะเวลาให้น้อยลง อาจจะเป็นผลดีมากกว่า เรื่องงานของกรมบังคับคดีที่มีเยอะมาก จึงควรเพิ่มอัตรากำลัง หรือให้บริษัทเอกชนเข้ามาช่วยทำงานในเรื่องของการบังคับคดี เช่น ร่างกฎหมายที่กำลังจะเสนอต่อ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ คือ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งจะมีผู้บังคับคดีที่ได้รับอนุญาต เป็นผู้บังคับหลักประกันต่างหากที่เป็นเอกชน ซึ่งทางคณะผู้วิจัยเองก็อยากจะเสนอให้มีการบังคับคดี โดยไม่ผ่านศาลซึ่งเหมือนกับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีความเห็นว่าหากนำมาปรับใช้ กับประเทศไทยน่าจะทำให้กระบวนการบังคับคดีเร็วขึ้น

ขั้นตอนหรือวิธีการที่คาดว่าจะช่วยให้การบังคับคดีเร็วขึ้น เช่น มีหน่วยงานกลาง ของธนาคารพาณิชย์คือหน่วยปฏิบัติการงานคดีในการติดต่อกับกรมบังคับคดี ทำหน้าที่เข้าไปดูแล หากงานสำนวนล่าช้า หรือมีการติดขัดตรงไหน เช่น กรมบังคับคดีอาจจะต้องการแผนที่ของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 หากไม่สามารถส่งหมายใดๆได้ก็จะมีหน่วยงานนี้เข้าไปดำเนินการ ทำให้มีการติดต่อกับ กรมบังคับคดีในช่องทางที่แคบขึ้น ไม่วุ่นวาย

นอกจากนี้ตามสัญญาไถ่ถอนค้ำประกันนี้ต้องแบ่งเป็นสองกรณี คือ ถ้าผู้จำนองเป็น บุคคลภายนอก มาตรฐานก็เป็นธรรมกับเขาแล้ว ให้เขารับผิดไม่เกินกว่าทรัพย์สินที่มาจำนอง แต่ถ้าเป็น ลูกหนี้เป็นผู้จำนอง เขามีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในหนี้จนครบจำนวน จะถือว่าเอาทรัพย์สินมาจำนอง แล้ว เมื่อขายทรัพย์สินดังกล่าวได้ ก็หลุดจากหนี้ทั้งหมดเช่นนี้ไม่ได้ เพราะหากเป็นเช่นนี้ต่อไปก็จะมี ปัญหาในเรื่องของการกู้ยืมโดยใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน

ในต่างประเทศนั้น นอกจากรัฐบาลหรือหน่วยงานราชการเป็นผู้บังคับขายทอดตลาด ทรัพย์สินแล้ว ยังมีกรณีของภาคเอกชนเข้ามาบังคับคดี ซึ่งมีพระราชบัญญัติหลักประกันธุรกิจ ที่อนุญาตให้นำทรัพย์สินอย่างอื่นมาค้ำประกันหนี้ได้ มีกรณีของภาคเอกชนที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำ หน้าที่แทนกรมบังคับคดี น่าจะเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยแก้ปัญหาได้

หากลูกหนี้สามารถฟ้องล้มละลายเองได้ ถ้าเป็นลูกหนี้ที่เขามีปัญหาและสุจริต ก็น่าจะ เป็นวิธีที่ช่วยลูกหนี้ได้ แต่ไม่เห็นด้วยกับการที่ลูกหนี้มีเจตนาที่จะโกงเจ้าหนี้ จึงฟ้องล้มละลายตัวเอง ต้องมีการพิสูจน์กันในชั้นศาล เพราะจะกลายเป็นว่าพอลูกหนี้ล้มละลาย ลูกหนี้และญาติพี่น้องฐานะ ร่ำรวย เนื่องจากการโกงเจ้าหนี้ การฟ้องล้มละลายโดยลูกหนี้จะเกิดขึ้นได้หรือไม่นั้น หากกระบวนการ ฟันฟูกหนี้ที่มีปัญหาในการชำระเงินทำได้เร็วและมีประสิทธิภาพ ก็น่าจะเกิดขึ้นได้ จึงควรให้มี กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟันฟูกกิจการของลูกหนี้ ซึ่งตอนนี้ยังไม่ค่อยได้ผลเท่าไร

โดยสรุปแล้วถ้าหากมีการบังคับคดีเร็ว และเป็นธรรม ก็จะเป็นประโยชน์กับลูกหนี้ และ ถ้าวัดค่าใช้จ่ายได้ด้วยก็จะเป็นผลดี ถ้าไม่เข้าสู่กระบวนการของศาล ลูกหนี้ เจ้าหนี้ สามารถเจรจากันได้ หรือมีอนุญาโตตุลาการที่ลูกหนี้เห็นชอบให้เข้ามาไกล่เกลี่ยก็จะดี เพราะโดยทั่วไปแล้ว สถาบันการเงิน ไม่อยากจะได้ที่ดินของลูกหนี้ เนื่องจากเอามาแล้วก็ได้ไม่ได้ทำประโยชน์อะไรในที่ดิน และอีกประการคือ

ติดกฎหมายของธนาคารแห่งประเทศไทย เช่น NPA ที่ยึดมาได้ต้องขายภายใน 5 ปี จึงไม่ได้เป็น
ทรัพย์สินที่สร้างรายได้ให้กับสถาบันการเงิน จึงต้องการให้ลูกหนี้ชำระหนี้มากกว่า

ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาปัญหาในกระบวนการบังคับจำหน่ายอันเกิดจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งหลักการทางกฎหมายและหลักการทางเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งการสัมภาษณ์เชิงลึกและการนำเสนอผลการวิจัยพร้อมทั้งรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการจำหน่ายและการทำช้อยกเว้นการทำสัญญาจำหน่าย ประกอบด้วย ตัวแทนเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ตัวแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา ตัวแทนกลุ่มเจ้าพนักงานบังคับคดี นักวิชาการ และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านเศรษฐศาสตร์ ทำให้ได้ประเด็นปัญหาทั้งทางด้านกฎหมายสารบัญญัติและปัญหาจากวิธีสบัญญัติ ซึ่งผลการวิจัยและข้อเสนอแนะสำหรับโครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีดังต่อไปนี้

5.1 เสนอแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 214 และมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คณะผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังเหตุผลต่อไปนี้

5.1.1 เหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์

คณะผู้วิจัยอ้างอิงประวัติศาสตร์ในการร่างและแก้ไขกฎหมายตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายเรื่องหนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมาย ดังต่อไปนี้

	หลักเกณฑ์เรื่องนี้	หลักเกณฑ์การจ้าง	เจตนารมณ์
พ.ศ. 2468	มาตรา 214 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย	มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจ้าง หลุด และ ราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจ้างออกขายทอดตลาดทรัพย์สินใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้ให้ครบ	เป็นไปตามหลักสากลเรื่องการชำระหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยสิ้นเชิง
แก้ไข พ.ศ. 2478	มาตรา 214 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย	มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจ้าง หลุด และ ราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจ้างออกขายทอดตลาดทรัพย์สินใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น	คุ้มครองเกษตรกรที่ประสบปัญหาในเรื่องหนี้สินและปัญหาอื่นๆ โดยเฉพาะในเรื่องที่ดินทำกินให้ลูกหนี้มีที่ดินทำกินผืนอื่นหลังจากที่เจ้าหนี้บังคับจ้างแล้ว
แนวคำ พิพากษา พ.ศ. 2478 - ปัจจุบัน	พิจารณาข้อยกเว้นมาตรา 733 เป็นไปตามหลักกฎหมายนี้ มาตรา 214	พิจารณาข้อยกเว้น มาตรา 733 ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	พิจารณาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา หลักในเรื่องนี้ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากที่กล่าวไปเบื้องต้นนั้น หลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยหนี้ ลูกหนี้ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้จนครบมูลหนี้ อันเป็นหลักสากลที่ยอมรับในหลายประเทศทั่วโลกตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในตอนแรกนั้น มีเจตนารมณ์ให้เป็นไปตามหลักสากลอย่างไรก็ดี ภายหลังจากการประกาศใช้กฎหมายไปสักระยะเวลาหนึ่งประเทศไทยมีปัญหาเรื่องที่ดินทำกินของเกษตรกร หากปล่อยให้เจ้าหนี้บังคับทรัพย์จำนองแล้วยังสามารถบังคับชำระหนี้กับทรัพย์อื่นๆ ของลูกหนี้ไปเรื่อยๆ จนกว่าจะครบมูลหนี้ อาจทำให้เกษตรกรไม่มีที่ดินทำกิน หรือสิ้นเนื้อประดาตัวได้ เนื่องจากขณะนั้น ผู้รับจำนองมักเป็นคนรวยและมีอิทธิพลมาก มีอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าเกษตรกรในสมัยนั้นมาก ครั้นกฎหมายที่จะคุ้มครองเกษตรกรเรื่องความเป็นธรรมในการทำสัญญา หรือการให้ความรู้ลูกหนี้ก็หาได้มีเช่นปัจจุบันไม่

เหตุผลอีกข้อหนึ่งเห็นว่าเมื่อลูกหนี้ไปกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้โดยมีทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ ปกติแล้วเจ้าหนี้จะให้เพียงครึ่งหนึ่ง หรือไม่เกินร้อยละ 75 ของราคาทรัพย์สินจำนองเว้นแต่จะเป็นการสมยอมกัน ดังนั้น ผู้รับจำนองมักจะได้รับชำระหนี้ได้เพียงพออยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องไปบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นอีก จึงเกิดแนวความคิดในการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2476 ให้เจ้าหนี้บังคับจำนองได้เฉพาะตัวทรัพย์สินจำนองเท่านั้น หากยึดทรัพย์สินอื่นก็ตี หรือขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ก็ตี หากจำนวนนั้นยังขาดอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบเงินนั้น โดยได้แก้ไขบทบัญญัติทั้งในมาตรา 214 เรื่องหนี้ และมาตรา 733 ตามที่ได้แสดงไปแล้วในตาราง

หลังจากการบังคับใช้กฎหมายมาตรา 733 ทำให้เกิดเสียงวิพากษ์ในวงการกฎหมายในหลายประเด็นด้วยกัน เพราะเป็นการแก้ไขกฎหมายที่กลับหลักกฎหมายเรื่องการบังคับชำระหนี้ในเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่าน ดังเช่น ท่าน อาร์.กียอง ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขมาตรา 733 เมื่อ ปี พ.ศ. 2476 ว่า “1) นโยบายที่เสนอแก้ไขนั้นเป็นการตรงข้ามกับความในมาตรา 733 ที่เดียว และ 2) ตามกฎหมายทั่วโลกเป็นที่ยอมรับกันว่า (ก) ลูกหนี้จำต้องชำระหนี้สินของตนจนสิ้น และจะต้องเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ออกจำหน่ายเพื่อการนั้น ข้อบังคับทั่วไป อันมีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสยามมาตรา 214 ซึ่งมีข้อความว่า เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย (ข) เมื่อลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตราไว้เพื่อชำระหนี้ของตน โดยวิธีก่อให้เกิดเอกสิทธิเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ต้องได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ การกล่าวว่ลูกหนี้ต้องชำระทรัพย์สินของตนและต้องเอาทรัพย์สินออกจำหน่ายเพื่อการนั้น トラบเท่าที่ตนยังมีทรัพย์สินอยู่นั้น ไม่ใช่เป็นเพียงหลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักในทางสุจริตด้วย และเพราะเหตุว่าเป็นหลักในทางสุจริตนี้เอง จึงกลายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปหมด หลักทำนองว่า เจ้าหนี้ผู้เอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อใช้หนี้ เมื่อได้เงินไม่เพียงพอจะเรียกร้องให้ใช้หนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ไม่ได้นั้น ย่อมเป็นการนำมาใช้ในกฎหมายแพ่งของเรา ซึ่งตรงกันข้ามกับหลักการที่ใช้อยู่ในบรรดาประเทศทั้งหลาย และหากมีการใช้กฎหมายนี้ในประเทศสยาม

คงไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้รอบคอบคนใดที่จะละเลยไม่ทำสัญญาเพื่อไว้ให้ลูกหนี้รับผิดชอบออกไปจากประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อเป็นประกันการที่จะได้เห็นเงินของตนคืน”

ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมทย์ มีความเห็นว่า “เป็นการแก้ไขด้วยเหตุผลทางการเมือง จึงทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนเป็นอันมากจนถึงขนาดที่จะถือไม่ได้ว่าการจำนองเป็นประกันแห่งหนี้ เพราะตามหลักทั่วไปถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว เมื่อขายทรัพย์สินจำนองแล้วได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด การแก้ไขครั้งนี้ไม่ได้แก้ไขตลอดไปถึงเรื่องจำนำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 767 วรรคสอง และในเรื่องค้ำประกันด้วยบุคคล ให้เป็นผลว่าเมื่อเจ้าหนี้บังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้เงินไม่พอชำระหนี้จะมาเรียกอะไรจากลูกหนี้อีกไม่ได้ แต่ข้อนี้ก็ไม่ได้แก้ไขอีกเหมือนกัน ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขมาตรา 733 แล้วแต่ก็ตกเป็นหมันเพราะทางตุลาการไม่เอาด้วย”

ต่อมา เกิดกรณีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ซึ่งทำให้หลักเรื่องการบังคับทรัพย์สินจำนองเป็นไปตามหลักเดิม กล่าวคือ เป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องหนี้ ทำให้เกิดประเด็นข้อพิพาทขึ้นว่า ข้อยกเว้นตามมาตรา 733 นั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หรือเป็นเพียงข้อตกลงตามหลักทั่วไปของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาภายหลังการแก้ไขกฎหมาย พ.ศ. 2476 ในช่วงแรกนั้น ได้มีการวินิจฉัยทำนองว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 1313/2480

จำนองที่ดินกันแล้วทำสัญญาเพิ่มเติมสัญญาจำนองว่า ถ้าเอาที่ดินจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินน้อยกว่าหนี้ที่ค้างชำระผู้จำนองจะให้ใช้ให้จนครบ สัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และแม้จะไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็สมบูรณ์ใช้ได้ เพราะสัญญาฉบับนี้ไม่เกี่ยวข้องกับที่ดินพิพาท เป็นแต่ข้อตกลงกันว่าถ้าเอาทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินได้เงินไม่พอชำระหนี้ ก็ยอมให้ยึดทรัพย์สินอื่นมาใช้หนี้ได้จนครบโดยมิได้เอาทรัพย์สินอื่นนั้นมาตราไว้เป็นประกันด้วย ทั้งสัญญาฉบับนี้ก็ไม่ทำให้ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิในทรัพย์สินอื่น สัญญาจึงสมบูรณ์โดยไม่ต้องจดทะเบียนตามมาตรา 714 ดังนั้นถ้าบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เหลือ

โดยได้ให้เหตุผลว่า บทบัญญัติมาตรา 733 นั้นเป็นพิธีการบังคับจำนองเท่านั้น แต่มิได้ห้ามให้คู่สัญญาตกลงทำการยกเว้นไว้ เนื่องจากก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกาศเรื่องการจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 ซึ่งใช้อยู่ในขณะนั้น ให้การจำนองเล็กน้อย ห้ามบังคับกับทรัพย์สินใดของลูกหนี้อีก ดังนั้น จึงมีการทำสัญญายกเว้นข้อกำหนดดังกล่าว และเมื่อต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกาศใช้ และมีข้อกำหนดที่ให้บังคับเอาทับ

ทรัพย์อื่นได้ หากทรัพย์จำนองนั้นไม่พอชำระหนี้ และต่อมาก็มีการแก้ไขกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ให้กลับไปใช้หลักกฎหมายเกิด สมัย ร.ศ. 118 แนวทางของตุลาการคือ พิจารณาแล้วว่าการทำข้อตกลงยกเว้นนั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแต่อย่างไร นอกจากนี้ยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่าการตกลงช้อยกเว้นเป็นผลดีต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง หากกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้ทำสัญญาพิเศษ กฎหมายคงห้ามโดยชัดแจ้ง ซึ่งควรใช้ถ้อยคำว่า “ห้ามมิให้...” มากกว่าคำที่มีน้ำหนักเบาบางว่า “ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด” ดังที่กฎหมายมาตรา 733 ปัจจุบันกำหนด โดยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่กรณีช้อยกเว้นตามมาตรา 733 นั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นไปในทำนองเดียวกันเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ภายหลังการประกาศใช้มาตรา 733 มาเป็นระยะเวลาแล้ว 70 ปี สถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไป ประชาชนเข้าถึงแหล่งข้อมูลข่าวสารมากยิ่งขึ้น ประกอบกับมีหน่วยงานที่ดูแลเรื่องความเป็นธรรมของการทำสัญญาของลูกหนี้ ดังนั้น ในเมื่อปัจจุบันมีการยอมรับหลักการบังคับชำระหนี้จนครบมูลหนี้ (ปรากฏตามช้อยกเว้นมาตรา 733 ในปัจจุบัน) คณะผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายมาตรา 214 และมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องหนี้ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 214 และมาตรา 733 ตามเดิมเพื่อป้องกันการสับสนว่าสิ่งใดคือหลัก สิ่งใดคือช้อยกเว้น อย่างไรก็ตามคณะผู้วิจัยก็ได้ละเอียดในส่วนของการเป็นธรรมของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญา ซึ่งคณะผู้วิจัยจะได้เสนอแนะซึ่งได้นำเสนอในส่วนต่อไป

5.1.2 เหตุผลในด้านความเป็นธรรม

เนื่องจากมาตรา 733 ณ ปัจจุบันในส่วนท้ายบัญญัติว่า “...เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น” คำว่า “ลูกหนี้” นั้นจะหมายถึงลูกหนี้ขั้นต้นหรือผู้จำนอง ซึ่งนำทรัพย์จำนองในหนี้ที่ผู้อื่นต้องชำระ หรือหมายถึงลูกหนี้ทั้งสองประเภท ผู้วิจัยเห็นว่าหากผู้จำนองซึ่งนำทรัพย์จำนองในหนี้ที่ผู้อื่นต้องชำระ หรือกล่าวโดยง่ายคือ ผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ขั้นต้น ไม่ควรต้องรับผิดในมูลหนี้ของบุคคลอื่นเกินกว่าทรัพย์ที่ตนนำมาประกันไว้ หากจะบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินของผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ขั้นต้น ก็จะเกิดความไม่เป็นธรรม เพราะผู้ที่ควรจะต้องมีภาระในการชำระหนี้เงินต้นจนครบมูลหนี้ นั้นควรจะเป็นลูกหนี้ขั้นต้นเท่านั้น ในหลักการเรื่องการบังคับชำระหนี้มาตรา 214 มิรวมถึงผู้จำนองที่ไม่เป็นลูกหนี้ขั้นต้น ดังนั้นในส่วนของการบังคับจำนองผู้จำนองที่ไม่ใช้ลูกหนี้ขั้นต้นจึงควรหลุดพ้นจากหนี้ส่วนขาดภายหลังจากการบังคับจำนอง และการทำช้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าวให้ถือเป็นโมฆะ ซึ่งคณะผู้วิจัยขอเสนอเพิ่มเติมในมาตรา 733 วรรคสอง ความว่า “ผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ขั้นต้น ไม่ต้องรับผิดในจำนวนเงินที่ค้างชำระเช่นว่านั้น หากตกลงเป็นอย่างอื่นให้ถือเป็นโมฆะ”

กล่าวโดยสรุป คณะผู้วิจัยเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 214 และมาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ป็นดังต่อไปนี้

“มาตรา 214 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย”

“มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องชำระให้ครบ

ผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ชั้นต้น ไม่ต้องรับผิดชอบในจำนวนเงินที่ค้างชำระเช่นนั้น หากตกลงเป็นอย่างอื่นให้ถือเป็นโมฆะ”

บทที่ 6

รายงานประเมินผลกระทบหากมีและไม่มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ภายใต้การประเมินผลกระทบหากมีและไม่มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเน้นหนักในเรื่องการประเมินผลกระทบในทางเศรษฐศาสตร์ จะช่วยเป็นแนวทางในการดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่เป็นรูปธรรม ซึ่งในการประเมินผลกระทบหากมีและไม่มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นสามารถพิจารณาทางเลือกและผลกระทบของแต่ละทางเลือกที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่มีความสำคัญได้ดังต่อไปนี้

6.1 หลักการและเหตุผล

การศึกษาปัญหาเพื่อประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นจากข้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังนี้

สินเชื่อ คือ อำนาจหรือความสามารถในการที่ใช้สินค้าหรือบริการในปัจจุบัน โดยมีการให้คำมั่นสัญญาว่าจะชำระเงินในอนาคต โดยแบ่งลักษณะองค์ประกอบของสินเชื่อออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) เป็นอำนาจหรือความสามารถของผู้ขอสินเชื่อ ซึ่งจะทำให้เกิดความน่าเชื่อถือ ซึ่งแต่ละคนจะสร้างระดับความน่าเชื่อถือได้แตกต่างกัน ความน่าเชื่อถือจะเป็นเรื่องเฉพาะตัวผู้ขอสินเชื่อไม่ได้ไปขอความน่าเชื่อถือดังกล่าวจากผู้ให้สินเชื่อ แต่เป็นการเสนอความน่าเชื่อถือของตนเองที่มีอยู่แก่ผู้ให้สินเชื่อ และเป็นหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อที่จะต้องดำเนินการประเมินว่าจะตีค่าของความน่าเชื่อถือของผู้ขอสินเชื่อและตอบรับในการให้หรือไม่ให้สินเชื่อ

2) การให้ได้ใช้สินค้าหรือบริการในปัจจุบัน ในข้อนี้ถือว่าสินเชื่อเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยน ทำให้เกิดการไหลเวียนของเงินทุนเพื่อทำให้เกิดความสะดวตั้งแต่กระบวนการของการผลิตไปจนถึงการบริโภค ดังนั้นจึงต้องมีเครื่องมือทางด้านสินเชื่อประเภทต่างๆ เกิดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการแลกเปลี่ยน

ในฐานะตัวกลาง สินเชื่อจะปลอดภัยและมีความสะดวกสบายมากกว่าเงินสด เช่น การใช้บัตรเครดิต (Credit Card) ซึ่งถือเป็นสินเชื่อเพื่อการบริโภค (Consumer Credit) สามารถพกพาได้สะดวกและใช้ซื้อสินค้าแทนเงินสดได้ ทำให้ไม่ต้องพกเงินไปคราวละมากๆ ช่วยลดความเสี่ยงในการทำเงินหาย หรือถูกลักขโมย

3) การมีคำมั่นว่าต้องชำระคืน คำมั่นดังกล่าวถือเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในอนาคต แต่ไม่มีเครื่องมือใดจะวัดความเสี่ยงนั้นออกมาได้อย่างแม่นยำ เป็นแต่เพียงการบอกถึงความน่าจะเป็นและความไม่แน่นอนของอนาคตที่ไม่อาจคาดเดาได้

ทั้งนี้ ในการประเมินความเสี่ยงนั้นเป็นเรื่องของทัศนคติของแต่ละคนที่ทำการประเมิน โดยแท้ ซึ่งแน่นอนว่าแต่ละคนย่อมประเมินความเสี่ยงออกมาแตกต่างกัน ตามความรู้ ความเข้าใจ นิสัยส่วนตัวและประสบการณ์ของผู้ประเมิน

สินเชื่อของธนาคารและสถาบันการเงิน แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1) สินเชื่อเพื่อธุรกิจ (Business Credit) เป็นสินเชื่อสำหรับบรรดาธุรกิจต่างๆ ทั้งนี้ ธุรกิจเหล่านี้อาจมองเห็นโอกาสในการขยายธุรกิจ แต่มีเงินทุนไม่เพียงพอ จึงต้องอาศัยแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินทั้งในรูปแบบเงินกู้ระยะสั้น และเงินกู้ระยะยาว แล้วแต่ความต้องการในการนำเงินไปใช้ สินเชื่อเพื่อธุรกิจสามารถแบ่งออกได้ดังนี้

ก) สินเชื่อเพื่อการพาณิชย์ (Commercial Credit) เป็นการกู้เงินเพื่อมุ่งส่งเสริมให้ผู้ค้าได้มีทุนมาใช้ในการดำเนินงานของตนเอง ซึ่งเงินกู้ในลักษณะนี้โดยทั่วไปมักเป็นเงินกู้ระยะสั้นหรือระยะกลางเท่านั้น

ข) สินเชื่อเพื่อการลงทุน (Investment Credit) เป็นการจัดหาเงินทุนโดยการกู้ยืมเพื่อไปซื้อสินทรัพย์ถาวร และนำไปใช้ในการดำเนินงานของกิจการ ได้แก่ อาคาร เครื่องจักร อุปกรณ์ และสินทรัพย์ถาวรอื่นๆ เงินกู้ในลักษณะนี้ ต้องใช้เงินจำนวนค่อนข้างสูง การได้รับสินเชื่อประเภทนี้มีข้อผูกมัดระยะยาวในรูปของสัญญาการจ่ายเงินในอนาคต ข้อผูกมัดนี้มักทำในรูปของพันธบัตร ตัวสัญญาใช้เงินแบบมีหลักประกัน เช่น ข้อผูกมัด โดยมีเครื่องจักรเป็นหลักประกัน ระยะเวลาของการให้สินเชื่อจะถูกกำหนดโดยอายุของทรัพย์สิน ในบางครั้งความมั่นคงของธุรกิจที่กู้ยืมจะเป็นตัวกำหนดระยะเวลาของสินเชื่อ

ค) สินเชื่อเพื่ออสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Credit) ถือเป็นสินเชื่อที่สำคัญมากสำหรับธนาคารพาณิชย์ทั่วไปที่ถูกจับแยกจากสินเชื่อประเภทอื่นๆ เนื่องจากต้องมีการจดจำนองที่ดิน และมีปัจจัยในเรื่องของความเสี่ยงและกฎระเบียบที่แตกต่างจากสินเชื่ออื่นๆ

ง) สินเชื่อเพื่อการเกษตร (Agriculture Credit) เป็นการจัดหาเงินทุนเพื่อนำมาใช้ในการผลิต หรือลงทุนในสินทรัพย์ สินเชื่อประเภทนี้ถือว่ามีความเสี่ยงสูง เนื่องจากผลผลิตทางการเกษตรขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อม ลม ฟ้า อากาศ นอกจากนี้ราคาผลผลิตในแต่ละปีก็ไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับตลาดเป็นหลัก ทำให้สินเชื่อประเภทนี้มีความเสี่ยงสูง จนทำให้ธนาคารพาณิชย์ไม่นิยมในการปล่อยสินเชื่อเพื่อการเกษตร

จ) การขายบัญชีลูกหนี้ (Factoring) เป็นกิจการประเภทหนึ่งที่จะรับซื้อบัญชีลูกหนี้ของธุรกิจต่างๆ โดยคิดค่าบริการหรือส่วนลด เมื่อธุรกิจนำบัญชีลูกหนี้ซึ่งจะครบกำหนดอายุในอนาคตมาขายให้แก่บริษัทที่ดำเนินธุรกิจ Factoring บริษัทจะตรวจสอบความเสี่ยงของบัญชีลูกหนี้แต่ละ

บัญชี หากบัญชีลูกหนี้รายใดที่มีขนาดความเสี่ยงอยู่ในระดับที่ตนกำหนดไว้ก็จะรับซื้อบัญชีลูกหนี้เหล่านี้ไว้แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าลูกหนี้รายใดมีความเสี่ยงสูงบริษัทอาจจะไม่รับซื้อบัญชีลูกหนี้เหล่านั้นก็ได้ หรือถ้าจะซื้อไว้ก็จะคิดค่าบริการในอัตราที่สูงเพื่อชดเชยกับความเสี่ยงที่มีอยู่

2) สินเชื่อเพื่อการบริโภค (Consumer Credit) หมายถึง สินเชื่อที่ให้กับบุคคลเพื่อประโยชน์ในการนำมาบริโภค สนองความต้องการในทัศนะของผู้บริโภค ถือเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้บุคคลได้รับสินค้าหรือบริการหรือเป็นการยืมเพื่อการบริโภค โดยมีสัญญาว่าจะชำระคืนในอนาคต สินเชื่อประเภทนี้อาจแบ่งออกเป็น

ก) สินเชื่อแบบเปิดบัญชี ผู้ให้สินเชื่อจะเปิดบัญชีลูกค้าเพื่อบันทึกรายการซื้อและรับชำระหนี้จากลูกค้าแต่ละราย โดยที่ซื้อสินค้าและบริการเป็นเงินเชื่อระหว่างงวดแล้วรวบรวมไว้อาจสิ้นเดือน

ข) สินเชื่อเพื่อการผ่อนส่ง (Installment Credit) เป็นสินเชื่อที่ผู้ขายสินค้าและบริการให้แก่ผู้บริโภคที่ไม่สามารถหรือไม่ต้องการชำระหนี้ทั้งหมดในทันทีที่มีการตกลงซื้อโดยเฉพาะในสินค้าที่มีราคาสูงมากๆ จึงต้องทำสัญญาที่จะผ่อนชำระเป็นงวดๆ

ค) บัตรเครดิต (Credit Card) เป็นบัตรที่ออกโดยธนาคาร หรือบริษัทร้านค้า เพื่อให้ลูกค้าที่ได้รับบัตร สามารถนำบัตรไปซื้อสินค้าและบริการโดยที่ยังไม่ต้องชำระเงิน พอสิ้นเดือนธนาคารก็จะเรียกเก็บเงินจากลูกค้า ส่วนร้านค้าที่ขายสินค้าและบริการก็จะเรียกเก็บเงินจากธนาคารอีกต่อหนึ่ง

ง) สินเชื่อแบบเปิดบัญชีหมุนเวียน (Revolving Credit) เป็นวิธีให้สินเชื่อประเภทหนึ่งโดยรวมเอาวิธีการเปิดบัญชีและวิธีผ่อนส่งมาใช้รวมกัน กล่าวคือ ลูกหนี้สามารถแบ่งการชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องชำระงวดเดียวหมด และมีสิทธิซื้อเชื่อได้อีก แม้ว่าการชำระหนี้ครั้งแรกยังไม่เสร็จสิ้น เจ้าหน้าที่จะคิดค่าบริการหรือดอกเบี้ยจากเงินที่ค้างชำระอยู่

การวิเคราะห์สินเชื่อ

หลักการที่พนักงานวิเคราะห์สินเชื่อของธนาคารหรือสถาบันการเงินจะนำมาใช้พิจารณาเมื่อลูกค้ามาขอสินเชื่อ คือ การวิเคราะห์คุณภาพ ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลที่ไม่เกี่ยวกับตัวเลขทางการเงิน แต่จะใช้ข้อมูลอื่นในการประเมินความเสี่ยงของการให้สินเชื่อ ซึ่งมีหลักการวิเคราะห์ดังนี้²³⁰

1) หลัก 3P's ได้แก่ Purpose Payment และ Protection

ก) วัตถุประสงค์ของการกู้ (Purpose) หมายถึง การพิจารณาถึงจำนวนเงินที่สมาชิกขอกู้ว่าจะนำไปใช้ทำอะไรเหมาะสมหรือไม่

²³⁰ ชรินทร์ พิทยาวิธ, การบริหารสินเชื่อสถาบันการเงินครบวงจร, บริษัท อักษรโสภณ จำกัด, 2547.

ข) การชำระคืน (Payment) หมายถึงความสามารถในการนำเงินกู้ไปใช้ตามวัตถุประสงค์ และสามารถส่งคืนตามกำหนด

ค) การป้องกันความเสี่ยง (Protection) หมายถึง ต้องมีการพิจารณาถึงหลักประกันในกรณีที่ผู้กู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ว่าจะสามารถเรียกหนี้คืนจากหลักประกันได้ค้ำมูลค่าหนี้หรือไม่

2) หลัก 5c's ในการประเมินความเสี่ยงของการให้สินเชื่อ ได้แก่

ก) Character พิจารณาลักษณะคุณสมบัติของลูกหนี้ ตลอดจนความตั้งใจจริงและความน่าเชื่อถือที่จะชำระหนี้คืน ทั้งนี้อาจดูได้จากฐานะหน้าที่การงาน การศึกษา ประสบการณ์คุณภาพของผู้บริการ ฐานะทางสังคม ประวัติการชำระหนี้เดิม เป็นต้น

ข) Capacity ความสามารถในการชำระหนี้ พิจารณาศักยภาพในการทำกำไรหรือความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจ และพิจารณากระแสเงินสดของกิจการว่ามีความสามารถในการชำระหนี้หรือไม่ ตลอดจนอาจพิจารณาแหล่งเงินทุนสำรองของกิจการ หากกระแสเงินปกติของกิจการเกิดปัญหา แต่หากเป็นการกู้เพื่อการบริโภค เช่น การซื้อบ้านเพื่ออยู่อาศัย การซื้อรถยนต์ ก็ต้องพิจารณาจากขนาดและความมั่นคงของกระแสรายได้ของผู้กู้ โดยอาจดูจากลักษณะการประกอบอาชีพ ยกตัวอย่างเช่น หากภาระการชำระหนี้ในแต่ละเดือนมีขนาดไม่เกินหนึ่งในสามของรายได้ โอกาสที่ผู้ให้กู้จะได้รับการชำระคืนหนี้ก็มีสูง เป็นต้น

ค) Capital คือการลงทุนในสินทรัพย์ของลูกหนี้นั้น ลูกหนี้ควรมีเงินทุนของตนเองส่วนหนึ่งมาลงทุนด้วย ธนาคารมักจะไม่นับสนุนโครงการที่จะขอเงินกู้ทั้ง 100 เปอร์เซ็นต์จากธนาคารเพราะจะทำให้ภาระหนี้สินของโครงการอยู่ในระดับสูง ซึ่งจะไปเพิ่มความเสี่ยงทางการเงินของกิจการให้สูงขึ้นด้วย

ง) Collateral คือ หลักประกัน ซึ่งเป็นแหล่งในการชำระคืนหนี้แหล่งที่สองหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ซึ่งโดยปกติมูลค่าของหลักทรัพย์ค้ำประกันจะมีมูลค่าไม่น้อยกว่าจำนวนเงินที่กู้จริง

จ) Condition มุ่งพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของการนำเงินกู้ไปใช้ เช่น ใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียน เพิ่มเติมเครื่องจักรเครื่องมือ หรือเพื่อสินค้าคงคลัง เป็นต้น นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงสภาพแวดล้อมของธุรกิจนั้นๆ และปัจจัยต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อกิจการ เช่น ภาวะการเติบโตทางเศรษฐกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ วัฏจักรทางเศรษฐกิจ สภาพตลาด การผลิตผลิตภัณฑ์ที่มีความแตกต่างและมีความสามารถในการแข่งขัน กลยุทธ์การตลาด และเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เช่น ความผันผวนของอัตราเงินเฟ้อ อัตราแลกเปลี่ยน อัตราดอกเบี้ย เป็นต้น

โดยปกติแล้วอัตราดอกเบี้ยเงินกู้เพื่อซื้อสังหาริมทรัพย์จัดเป็นต้นทุนที่ถูกที่สุดในแง่ของผู้กู้และผู้ให้กู้ เมื่อเทียบกับอัตราดอกเบี้ยจากการปล่อยสินเชื่อประเภทอื่นๆ เช่น การปล่อยสินเชื่อให้แก่ธุรกิจ สินเชื่อเพื่อการค้าปลีก เป็นต้น นอกจากนี้ระยะเวลาในการปล่อยสินเชื่อ

ประเภทที่อยู่อาศัยนี้สามารถกู้ได้ถึง 30 ปี จึงถือเป็นเงินลงทุนระยะยาวที่ให้ผลตอบแทนน้อย ในขณะที่สินเชื่อเพื่อธุรกิจและการค้ำหนุนจะมีระยะเวลาเพียง 1-7 ปี ซึ่งสั้นกว่าและด้วยอัตราดอกเบี้ยที่สูงกว่า จึงทำให้ผลตอบแทนของธนาคารสูงกว่า ในช่วงเศรษฐกิจดี โดยเฉพาะก่อนเกิดเหตุวิกฤติทางเศรษฐกิจต้มยำกุ้งปี 2540 มีธุรกิจมากมายต้องการขอสินเชื่อจากธนาคารพาณิชย์ ด้วยวงเงินที่มีจำกัด ธนาคารเหล่านี้จะเน้นพิจารณาอนุมัติสินเชื่อที่ให้ผลตอบแทนสูงกว่าก่อน ทำให้ผู้ที่ต้องการสินเชื่อที่อยู่อาศัยขอกู้ยาก แต่เมื่อเศรษฐกิจตกต่ำ มีเพียงธุรกิจน้อยรายมาขอสินเชื่อ ธนาคารพาณิชย์จะเพิ่มความสนใจในการปล่อยสินเชื่อมาให้แก่ผู้ที่ต้องการขอสินเชื่อสังหาริมทรัพย์มากขึ้น

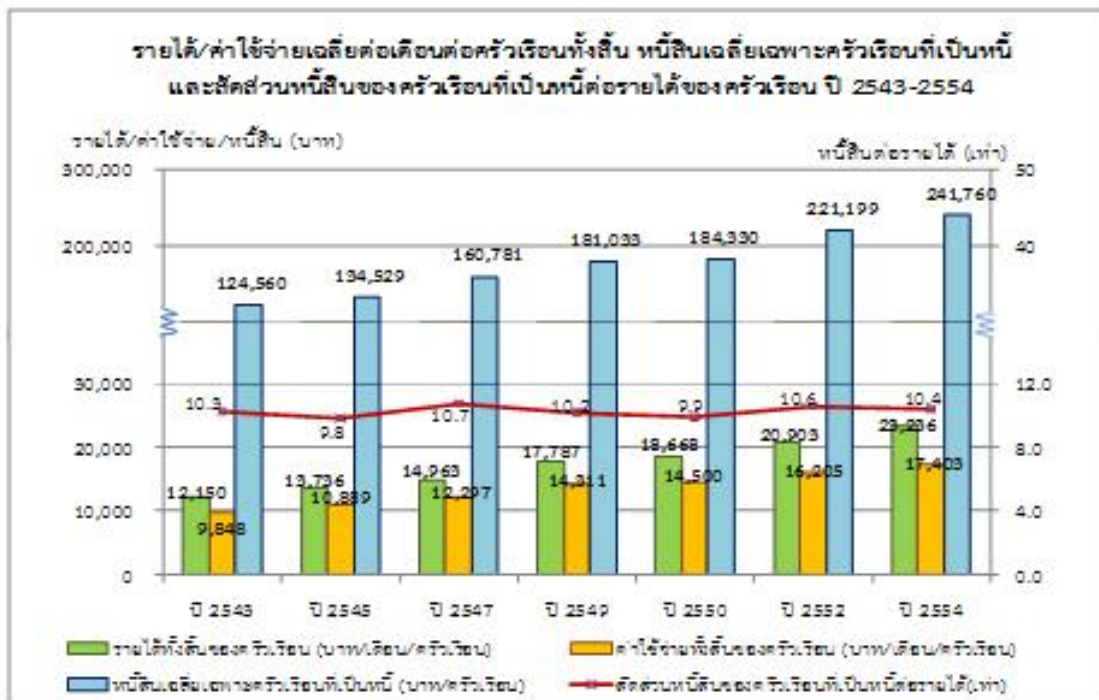
จากข้อมูลการสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือนของสำนักงานสถิติแห่งชาติในระหว่างปี 2543-2554 ดังแสดงในแผนภาพที่ 1 พบว่าครัวเรือนมีระดับรายได้และค่าใช้จ่ายเฉลี่ยต่อเดือนสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง จากที่มีรายได้เฉลี่ย 12,150 บาทต่อเดือนต่อครัวเรือนในปี 2543 เพิ่มขึ้นเป็น 23,236 บาทต่อเดือนต่อครัวเรือน ในปี 2554 ซึ่งหมายถึงอำนาจการซื้อสินค้าอุปโภคบริโภคของครัวเรือนสูงตามไปด้วย จากที่มีค่าใช้จ่ายในการอุปโภคบริโภคเฉลี่ย 9,848 บาทต่อเดือน ในปี 2543 เพิ่มขึ้นเป็น 17,403 บาทต่อเดือนต่อครัวเรือน ในปี 2554

แต่เมื่อพิจารณายอดขายหนี้สินของครัวเรือนพบว่าภาคครัวเรือนกำลังประสบกับปัญหาหนี้สินที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่องเช่นเดียวกัน โดยจากที่มีปริมาณหนี้สินเฉลี่ย 68,405 บาทต่อครัวเรือนในปี 2543 เพิ่มขึ้นเป็น 134,900 บาทต่อครัวเรือนในปี 2554 และเมื่อพิจารณาหนี้สินเฉพาะครัวเรือนที่มีหนี้ พบว่าในปี 2554 ครัวเรือนที่มีหนี้สินมีหนี้สินเฉลี่ย 241,760 บาทต่อครัวเรือน โดยในเขตภาคกลาง จังหวัดกรุงเทพมหานคร นนทบุรี ชลบุรี และสมุทรสาคร มีหนี้สินเฉลี่ยมากกว่า 400,000 บาท และมากกว่าร้อยละ 40 ของหนี้สิน นำไปซื้อ/เช่าซื้อบ้าน และที่ดิน ในขณะที่จังหวัดในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคใต้ ส่วนใหญ่มีหนี้สินไม่เกิน 200,000 บาท และมากกว่าร้อยละ 40 นำไปใช้จ่ายเพื่อการอุปโภคบริโภคในครัวเรือน ส่วนครัวเรือนในภาคเหนือมีหนี้สินเฉลี่ยไม่เกิน 200,000 บาท ส่วนใหญ่นำไปใช้เพื่อการเกษตรและทำธุรกิจที่ก่อให้เกิดรายได้ ดังแสดงในแผนภาพที่ 2 ซึ่งการที่ยอดหนี้สินเพิ่มขึ้นมากขึ้นเช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีสาเหตุมาจากนโยบายการกระตุ้นเศรษฐกิจของภาครัฐ และเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการเปิดการค้าเสรี การปล่อยสินเชื่อให้แก่ครัวเรือน และการเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน

เมื่อพิจารณาถึงความสามารถในการชำระหนี้ โดยคำนวณจากสัดส่วนของหนี้สินต่อรายได้ พบว่าครัวเรือนมีความสามารถในการชำระหนี้ได้ไม่แตกต่างกันมากนักในแต่ละปี ในขณะที่หนี้สินเฉลี่ยมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ

สัดส่วนหนี้จากครัวเรือนทั่วประเทศที่มีหนี้สิน ส่วนใหญ่เป็นการก่อหนี้ในระบบ เช่น การกู้ยืมเงินผ่านธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงิน บริษัทหลักทรัพย์ โดยร้อยละ 87.5 เป็นครัวเรือนที่มีหนี้ในระบบอย่างเดียว และร้อยละ 6.4 เป็นครัวเรือนที่มีหนี้ทั้งในระบบและนอกระบบ ส่วนครัวเรือนที่มีหนี้นอกระบบอย่างเดียว มีเพียงร้อยละ 6.1

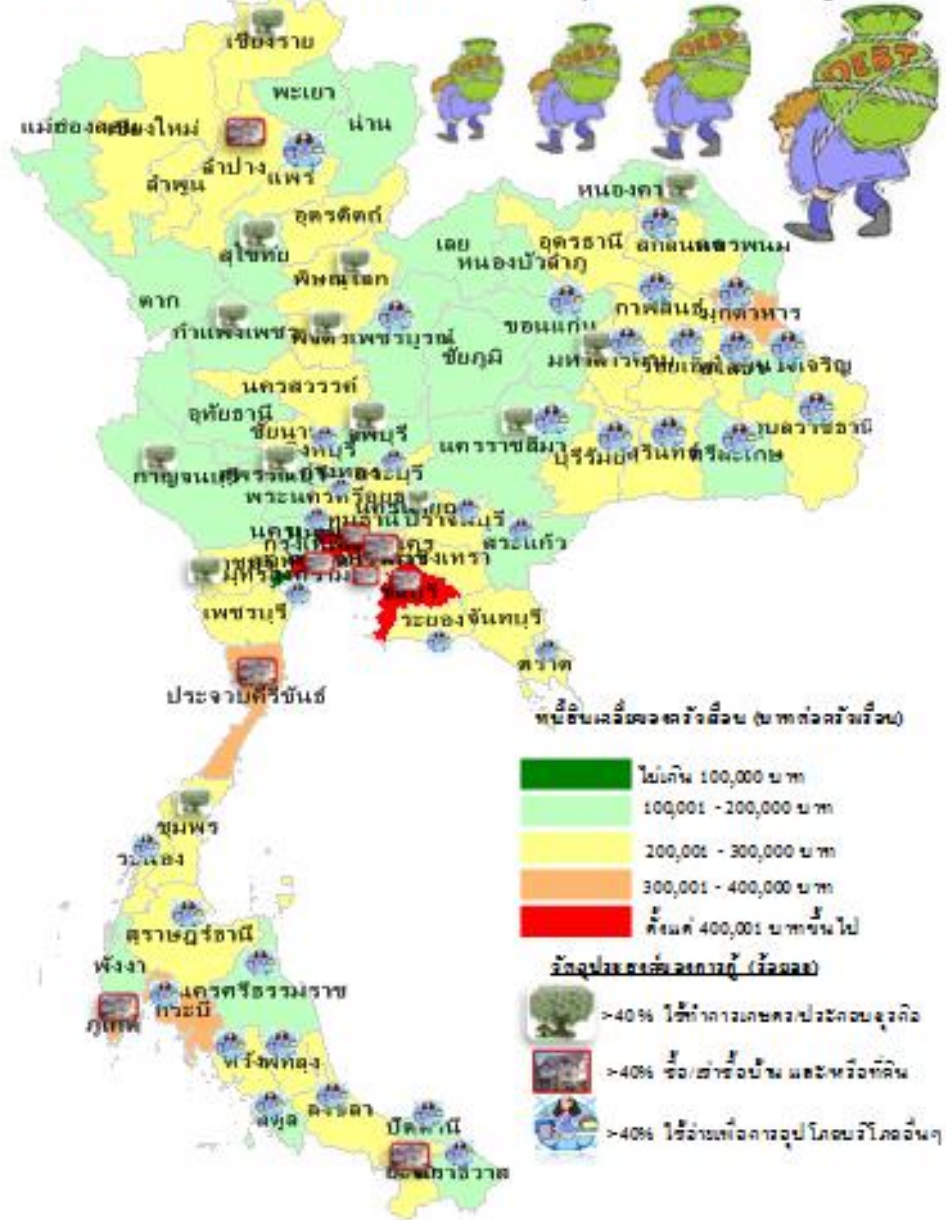
ภาพที่ 1



ที่มา: สำนักงานสถิติแห่งชาติ

ภาพที่ 2

หนี้สินเฉลี่ยเฉพาะครัวเรือนที่เป็นหนี้ และวัตถุประสงค์ของการกู้ ปี 2554



ที่มา: สำนักงานสถิติแห่งชาติ

การค้างชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยาก เนื่องจากการพิจารณาสินเชื่อแก่ผู้ที่มาขอสินเชื่อ แม้ว่าได้มีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ขอกู้แล้วก็ตาม ยังมีปัจจัยหลายปัจจัยที่ส่งผลให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้คืนได้ตามกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญา จึงต้องมีระบบตรวจสอบ ติดตามหนี้ภายหลังจากที่ให้กู้แล้ว ซึ่งต้องหาวิธีการหรือมาตรการในการควบคุมหนี้ค้างชำระให้อยู่ในระบบไม่เกินเป้าหมายที่กำหนด ซึ่งมูลเหตุของการค้างชำระหนี้ สามารถสรุปได้ดังนี้

ปัจจัยภายนอก ได้แก่ ปัจจัยที่ไม่สามารถควบคุมได้ หากปัจจัยดังกล่าวเปลี่ยนแปลงย่อมส่งผลกระทบต่อตัวลูกหนี้ ได้แก่

1) ภาวะเศรษฐกิจ เป็นปัญหาสำคัญของการประกอบธุรกิจ หากภาวะเศรษฐกิจดี ย่อมส่งผลให้การประกอบธุรกิจมีการขยายตัวและเจริญรุ่งเรือง หากสภาวะเศรษฐกิจตกต่ำหรือซบเซา ย่อมส่งผลให้เกิดการชะลอตัวทางธุรกิจและการจ้างงานน้อยลง รายได้ของบุคคลลดลง ซึ่งในบางธุรกิจอาจจะประสบปัญหารุนแรงถึงขั้นล้มละลายได้

2) นโยบายของรัฐบาล การดำเนินธุรกิจย่อมต้องเป็นไปในขอบเขตแห่งกฎหมาย ธุรกิจบางชนิด รัฐบาลอาจเห็นว่ามี ความจำเป็นต่อการครองชีพของประชาชน ก็อาจจะกำหนดให้มีการควบคุมราคา เช่น น้ำตาล ปูนซีเมนต์ เป็นต้น การกระทำเช่นนี้ย่อมเป็นผลดีต่อผู้บริโภค แต่ถ้ามีปัจจัยอื่นที่เปลี่ยนแปลง รัฐบาลจะต้องพิจารณาปรับนโยบายให้เหมาะสม เช่น ถ้าต้นทุนของสินค้าที่ถูกควบคุมราคาสูงขึ้น ก็ต้องขยับราคาควบคุมให้สูงขึ้น ถ้าผู้ประกอบการไม่มีกำไร การขยายการผลิตเพื่อผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นไว้รองรับความต้องการที่จะสูงขึ้นในอนาคต ในด้านภาษีอากร ถ้ามีการปรับปรุงระบบภาษีอากรให้ทันต่อสภาวะการณ์ ก็จะเป็นการช่วยเหลือธุรกิจ เช่น การตั้งกำแพงภาษีเพื่อช่วยเหลืออุตสาหกรรมในประเทศ นโยบายมาตรการทางการเงินที่ช่วยเหลือผู้ประกอบการ เป็นต้น

3) คานิยมและเทคโนโลยี การเปลี่ยนแปลงของปัจจัยทั้งสองส่วนนี้ แม้ว่าดูเป็นเรื่องเล็กน้อย แต่ก็อาจทำให้ธุรกิจบางประเภทเกิดปัญหาขึ้นได้ โดยเฉพาะธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับแฟชั่น เมื่อผู้บริโภคมีคานิยมเปลี่ยนแปลงไป หรือทางด้านเทคโนโลยี เช่น อุตสาหกรรมประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้า ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงให้ราคาถูกลงและมีคุณภาพที่ดีขึ้นอยู่ตลอดเวลา

4) ภัยธรรมชาติหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดคิด เช่น ไฟไหม้ ภัยจากน้ำท่วม ผลผลิตได้รับความเสียหายจากภัยธรรมชาติ อุบัติเหตุ

ปัจจัยภายใน

ปัจจัยที่เกิดขึ้นโดยผู้ปล่อยสินเชื่อ ได้แก่

1) การวิเคราะห์เครดิตไม่เป็น หรือหละหลวม เกิดจากการที่ผู้วิเคราะห์สินเชื่อหรือผู้ให้กู้หละหลวมในการพิจารณาให้เครดิต ไม่ทราบรายละเอียดอย่างลึกซึ้งเกี่ยวกับธุรกิจของลูกค้า วิจารณ์สินเชื่อประเภทนั้นๆ พฤติกรรมอุปนิสัยใจคอของลูกค้า เกรงใจลูกค้า รายใหญ่ หวังผลในการทำเป้าหมายเครดิตหรือเงินฝาก ไม่เรียกหลักประกันหรือไม่กล้าปฏิเสธเครดิต

2) ขาดการคิดการณ์ไกล ไม่ได้มองถึงสภาพการแข่งขันของธุรกิจนั้นๆ ว่าวงจรธุรกิจนั้นอยู่ในสถานะเช่นใด เมื่อเทียบกับภาวะเศรษฐกิจที่ผันแปรในขณะนั้น และอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต ไม่ได้กำหนดแนวทางป้องกันหรือติดตามดูแลควบคุมในจุดเสี่ยงต่างๆที่ทราบแล้ว

3) ขาดประสบการณ์ ไม่มีความรู้เรื่องการวิเคราะห์เครดิต หรือวงจรธุรกิจ ทั้งยังไม่พยายามศึกษาหาความรู้เกี่ยวกับธุรกิจที่จะต้องพิจารณาเครดิตนั้นๆ ไม่เข้าใจระเบียบวิธีการทางสินเชื่อเกี่ยวกับหลักประกัน หลักทรัพย์ ตลอดจนเครดิตประเภทต่างๆ

4) ประมาทเลินเล่อ เกิดจากการไม่เอาใจใส่ในการวิเคราะห์เครดิต ไม่กำหนดแผนการในการติดตามดูอาการผิดปกติของลูกหนี้ ดำเนินการพิจารณาเครดิตจนไม่มองถึงจุดเสี่ยงต่างๆที่อาจเกิดขึ้นได้ในธุรกิจนั้นๆ

5) ไม่ซื่อสัตย์ เกิดจากการมองเห็นประโยชน์ส่วนตนมากกว่าของธนาคาร เบียดบังผลประโยชน์ที่ควรเกิดขึ้นกับธนาคารไปเป็นของตนเอง จงใจในการพิจารณาเครดิตเพื่อช่วยเหลือกิจการที่ตนมีผลประโยชน์ หรือเพื่อนฝูง ญาติพี่น้อง โดยไม่วิเคราะห์ถึงโครงการความเป็นไปได้ของโครงการ ราคาประเมินของหลักประกัน

ปัจจัยที่เกิดจากตัวลูกหนี้ ได้แก่

1) ด้านการเงิน ได้แก่ ปัญหาขาดสภาพคล่อง เช่น จ่ายชำระหนี้คืนไม่ได้ ตามกำหนด เรียกเก็บหนี้ไม่ได้ผล การวางแผนทางการเงินไม่ดี นำเงินไปลงทุนนอกระบบ ปัญหา มีอัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น อาจเกิดจากสาเหตุการขยายตัวเร็วหรือมากเกินไปจนทำให้ทุนของตัวเองไม่เพียงพอ ปัญหา มีภาระดอกเบี้ยจ่ายสูง อาจเกิดจากสาเหตุการจัดการเงินทุนไม่ดี ไม่รู้จักวิธีหรือไม่มีความรอบคอบในการหาแหล่งเงินทุนที่ดอกเบี้ยต่ำ ปัญหาการดำเนินงานขาดทุน อาจเกิดจากสาเหตุมีการทุจริตหรือยกยอกเงินภายในบริษัทที่ต้องนำเงินไปชำระหนี้รายอื่นๆ

2) ด้านการบริหาร ปัญหาการบริหารจัดการไม่ดี หรือไม่มีประสิทธิภาพ อาจเกิดจากสาเหตุตัวผู้บริหารชอบทำงานคนเดียว และไม่มีผู้รับช่วงงานหรือไม่มีผู้ช่วย ตัวผู้บริหาร ขาดประสบการณ์ ไม่มีการวางแผนที่ดี มีการเปลี่ยนตัวผู้บริหารบ่อย ผู้บริหารไม่มีการติดตาม และควบคุมงานที่มีประสิทธิภาพ ปัญหาการดำเนินงานหยุดชะงัก อาจเกิดจากสาเหตุผู้บริหารหลักป่วย หรือหลบหนี หรือตาย เพราะถูกดำเนินคดีหรือมีเจ้าหนี้ภายนอก ปัญหาผู้บริหารเริ่มมีชื่อเสียงไม่ดี ในวงการค้า

3) การผลิต ได้แก่ ปัญหาการผลิตทำได้ไม่เต็มที่ เครื่องจักรเก่า เทคนิค การผลิตล้าสมัย วัตถุดิบไม่เพียงพอ พึ่งผู้จำหน่ายรายใหญ่รายเดียว ปัญหาต้นทุนการขนส่งสินค้าสูง

4) ด้านการตลาด ได้แก่ ปัญหาสต็อกสินค้าสูง อาจเกิดจากสาเหตุสินค้า ไม่ได้มาตรฐาน ไม่ปรับปรุงคุณภาพสินค้า ทำให้สินค้าล้าสมัยสู้คู่แข่งไม่ได้ โดยเฉพาะสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสูง เช่น เครื่องใช้ไฟฟ้า คอมพิวเตอร์ เป็นต้น ราคายืดหยุ่นปรับเปลี่ยนแปลงทำให้ขายไม่ได้ ถูกแย่งส่วนแบ่งทางการตลาด

5) การที่ลูกหนี้นำเงินไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ของการกู้ยืม เช่น การนำไปแก่งำไรธุรกิจ ลูกหนี้นำเงินไปใช้จ่ายฟุ่มเฟือย มีหนี้สินภายนอกมากเกินไป

6) การย้ายถิ่นที่อยู่ การเปลี่ยนแปลงงาน การถูกเลิกจ้างงาน ลูกหนี้ถึงแก่กรรม หรือเจ็บป่วยเรื้อรัง ทุพพลภาพ ครอบครัวหย่าร้าง

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อมีเหตุสุดวิสัยที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับคดีกับบรรดาทรัพย์สินของลูกหนี้จนกว่าจะครบจำนวนหนี้ภายในระยะเวลาตามมาตรา 271 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกรณีที่มีการฟ้องบังคับจำนองโดยเฉพาะเจ้าหนี้ประเภทสถาบันการเงิน หรือธนาคารพาณิชย์นั้น เจ้าหนีหมีสิทธิบังคับเอาค้ำบอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เป็นทรัพย์สินจำนอง เช่น บ้าน อาคารพาณิชย์ หากไม่พอชำระหนี้สามารถยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้จนกว่าจะเพียงพอกับจำนวนหนี้ดังกล่าว โดยเป็นผลมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน

ถึงแม้การตกลงในข้อสัญญาจำนองยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นไปด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ณ วันที่ทำธุรกรรม แต่ภายหลังเมื่อเกิดเหตุผิदनัดชำระหนี้ ลูกหนี้จำนวนมากได้ร้องเรียนต่อกรมบังคับคดีและกระทรวงยุติธรรมว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม เนื่องจากขณะที่ทำสัญญา ผู้จำนองต้องจ่ายอ้อมภายใต้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของผู้รับจำนองโดยเฉพาะเจ้าหนี้จำนองประเภทสถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์เกิดการเอาเปรียบและปัญหาการทวงหนี้ที่ใช้ความรุนแรง ส่งผลกระทบจนกลายเป็นปัญหาทางสังคมและปัญหาอาชญากรรมตามมา เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทั้งสองฝ่าย จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์ที่เกิดขึ้นจากกรณีข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

6.2 ทางเลือกและการประเมินผลกระทบของแต่ละทางเลือก

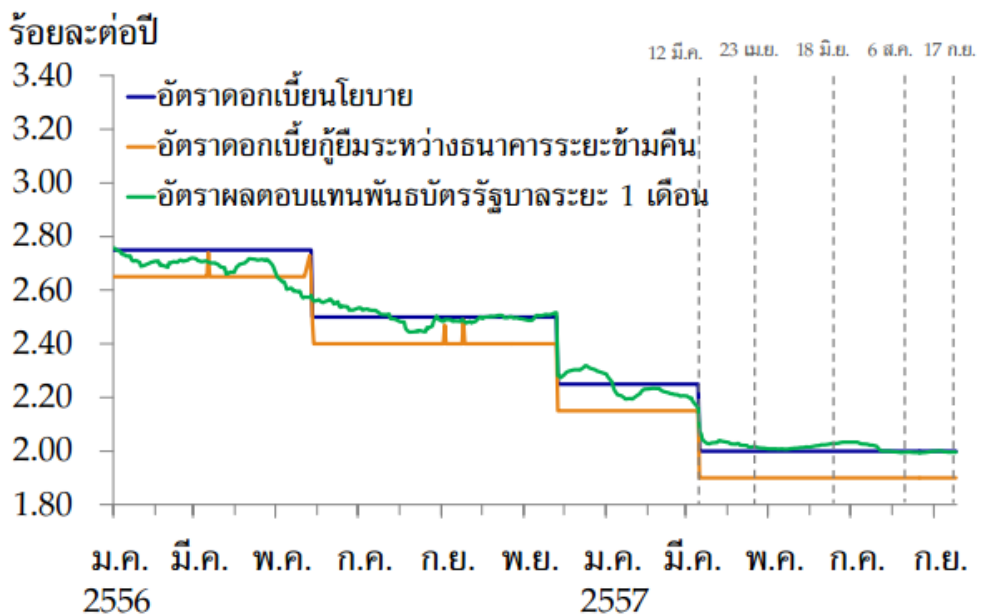
ทางเลือกที่ 1 แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายหนี้

ในกรณีที่มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายหนี้ โดยการอนุญาตให้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ทำให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้และผู้ค้ำประกันเพิ่มเติมในส่วนที่ขาดอยู่ได้ เมื่อเกิดการผิदनัดชำระหนี้ จะเป็นหลักปฏิบัติที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไปในปัจจุบัน ซึ่งจะช่วยให้ผู้ให้กู้มีความมั่นใจ ลดความเสี่ยงในการปล่อยสินเชื่อมากขึ้น และส่งผลดีต่อเศรษฐกิจโดยรวมมากขึ้น

การวิเคราะห์สภาพเศรษฐกิจและอัตราดอกเบี้ยในปัจจุบันดังภาพที่ 3 จะเห็นได้ว่าอัตราดอกเบี้ยในตลาดเงินทรงตัวสอดคล้องกับอัตราดอกเบี้ยนโยบายตั้งแต่ปี 2556 จนถึงปัจจุบัน โดยอัตราดอกเบี้ยนโยบายเป็นเครื่องมือที่ธนาคารแห่งประเทศไทยใช้ในการส่งสัญญาณบอกทิศทางและเป้าหมายของอัตราดอกเบี้ยในตลาด ในแต่ละสถานการณ์ โดยอัตราดอกเบี้ยนโยบายจัดเป็นต้นทุนตัวหนึ่งของธนาคารพาณิชย์หรือผู้ให้กู้ เช่น อัตราดอกเบี้ยนโยบายใช้เป็นอัตราดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงินจากธนาคารแห่งประเทศไทย หรือใช้กันเงินสำรองที่ต้องทำ ทุกสิ้นวันตามกฎหมาย หรือเพื่อบริหารสภาพคล่องของธนาคารพาณิชย์เอง ดังนั้นเมื่อต้นทุนในการกู้ยืมของธนาคารพาณิชย์ในที่นี้คืออัตราดอกเบี้ยนโยบายปรับตัวไม่ว่าจะเพิ่มขึ้นหรือลดลง ก็จะส่งผลให้อัตราดอกเบี้ยในท้องตลาดทั้งอัตราดอกเบี้ยในตลาดเงิน ดอกเบี้ยเงินกู้ และดอกเบี้ยเงินฝากปรับตัวตามไปด้วย

ในขณะเดียวกันจะเห็นได้ว่าอัตราผลตอบแทนพันธบัตรรัฐบาลโดยรวมปรับลดลง ดังภาพที่ 3 ตามความต้องการลงทุนในพันธบัตรไทยจากนักลงทุนทั้งในและต่างประเทศที่เพิ่มขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ในปัจจุบันสถานะเศรษฐกิจยังอ่อนแอและมีความเสี่ยงจากการลงทุนในหลักทรัพย์ที่มีความเสี่ยงสูง นักลงทุนจึงย้ายสินทรัพย์มาไว้ในที่มีความเสี่ยงน้อย อย่างเช่น พันธบัตรรัฐบาล เมื่อมีนักลงทุนมีความต้องการซื้อพันธบัตรรัฐบาลมากขึ้นจึงส่งผลให้ราคาพันธบัตรรัฐบาลปรับตัวสูงขึ้นและอัตราผลตอบแทนพันธบัตรรัฐบาลลดต่ำลง

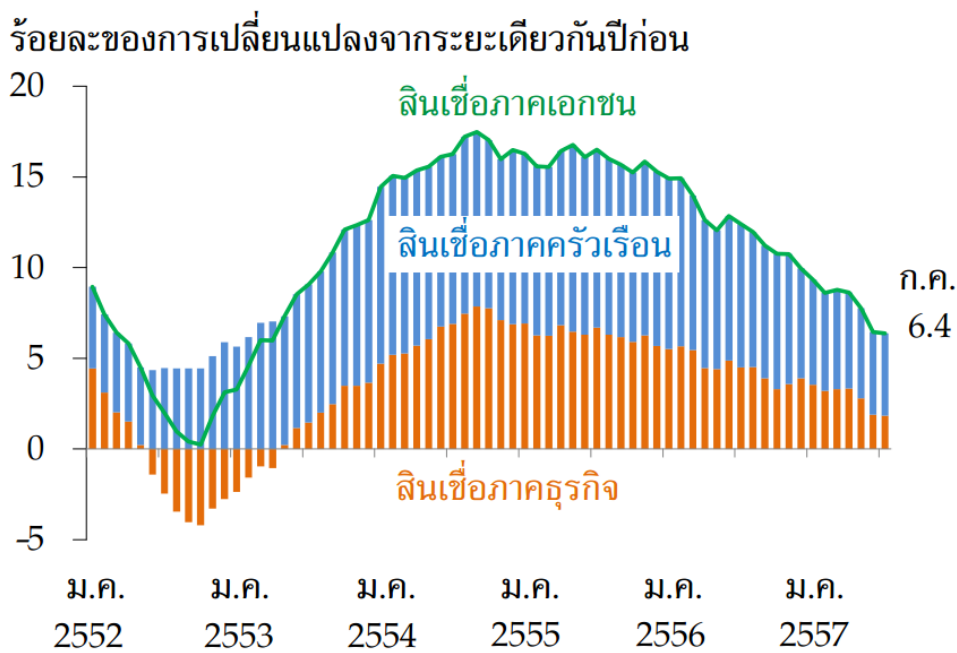
ภาพที่ 3 อัตราดอกเบี้ยระยะสั้นในตลาดการเงิน



ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย (Thai BMA)

แต่อย่างไรก็ตาม ปริมาณการขยายตัวของสินเชื่อชะลอตัวลงอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี 2555 จากความต้องการสินเชื่อที่อยู่ในระดับต่ำและมาตรฐานการปล่อยสินเชื่อที่เพิ่มความเข้มงวดขึ้นบ้าง ดังแสดงในภาพที่ 4 แต่เริ่มมีสัญญาณการแข่งขันระดมเงินฝากที่สูงขึ้นบ้างจากการออกหุ้นกู้ภาคเอกชนในช่วงปลายไตรมาสเพื่อรองรับความต้องการสินเชื่อที่คาดว่าจะมีมากขึ้นตามการฟื้นตัวทางเศรษฐกิจ รวมทั้งการคาดคะเนการขึ้นอัตราดอกเบี้ยด้วย โดยอัตราดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมแก่ลูกหนี้ชั้นดี (MLR) เฉลี่ยของธนาคารพาณิชย์ขนาดใหญ่ 4 แห่ง ณ สิ้นเดือนสิงหาคม 2557 อยู่ที่ร้อยละ 6.75 ต่อปี ดังภาพที่ 5²³¹

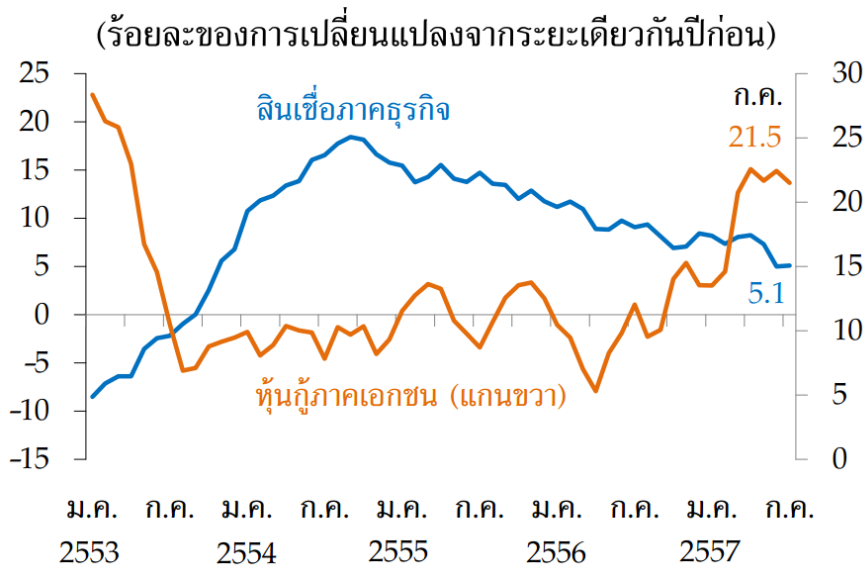
ภาพที่ 4 สินเชื่อของสถาบันรับฝากเงิน



ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย (Thai BMA)

²³¹ ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทย

ภาพที่ 5 หุ้นกู้ภาคเอกชนและสินเชื่อภาคธุรกิจ



ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย (Thai BMA)

โดยสรุปแล้วเนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจในปัจจุบันยังมีความอ่อนแอและไม่แน่นอน จึงทำให้เจ้าหนี้เข้มงวดในการปล่อยสินเชื่อมากขึ้น การแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายหนี้ โดยการอนุญาตให้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะไม่ส่งผลกระทบต่อสภาวะเศรษฐกิจที่อ่อนแอในปัจจุบัน เนื่องจากเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้และผู้ค้ำประกันเพิ่มเติมในส่วนที่ขาดได้ เมื่อเกิดการผิดนัดชำระหนี้

อย่างไรก็ตามข้อเสียของวิธีนี้ น่าจะเกิดแก่ลูกหนี้และผู้ค้ำประกัน เนื่องจากระยะเวลาในการดำเนินคดีที่ยาวนานส่งผลกระทบต่ออัตราดอกเบี้ยที่คิดแบบทบต้นทบดอกจึงทำให้มูลค่าหนี้สูงขึ้นจนในหลายกรณีลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ทำให้เกิดข้อร้องเรียนจากลูกหนี้ในเรื่องการเอาผิดเอาเปรียบอันไม่เป็นธรรม²³² และปัญหาการทวงหนี้ที่ใช้ความรุนแรง²³³ จนส่งผลกระทบกลายเป็นปัญหาทางสังคมและปัญหาอาชญากรรมตามมา

ทางเลือกที่ 2 คงบทบัญญัติมาตรา 733 โดยให้ข้อยกเว้นเป็นโมฆะ

การคงบทบัญญัติมาตรา 733 โดยให้ข้อยกเว้นเป็นโมฆะ หรือการไม่อนุญาตให้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หมายถึง การที่เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้สินเพิ่มเติมในส่วนที่ขาดหลังจากที่เจ้าหนี้อัดทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดแล้วได้

²³² วัฒนา เทพพิศถาพร, แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, 2545.

²³³ แนวปฏิบัติในการติดตามทวงถามหนี้ ของธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551

เงินไม่พอใช้หนี้ โดยให้ถือส่วนที่ขาดนั้นเป็นความรับผิดชอบของเจ้าหนี้ไป ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ต้องมีความระมัดระวังในการพิจารณาให้สินเชื่อมากขึ้น เนื่องจากมีมูลค่าความเสี่ยงที่สูงขึ้นจากการผิดนัดชำระหนี้

ในการวิเคราะห์ทางเลือกที่ 2 นี้ จะใช้แนวคิดเกี่ยวกับการคำนวณอัตราดอกเบี้ยและการดำรงเงินกองทุนขั้นต่ำของธนาคารพาณิชย์ เพื่ออธิบายผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์ของการคงบทบัญญัติมาตรา 733 โดยให้ช้อยกเว้นเป็นโมฆะ ดังนี้

อัตราดอกเบี้ยหรืออัตราค่าตอบแทนจากการใช้บริการของเงินกู้หรือสินเชื่อจะถูกกำหนดโดยปริมาณสินเชื่อที่สามารถปล่อยให้กู้ยืมได้ ปัจจัยที่มีผลต่อการคำนวณอัตราดอกเบี้ยขึ้นอยู่กับอัตราเงินเฟ้อ ระยะเวลาในการให้กู้ จำนวนเงินกู้ ความเสี่ยงของธุรกิจ ประเภทของเงินกู้ และคุณสมบัติของผู้กู้ ตัวอย่างเช่น เงินกู้ระยะยาวมักคิดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าในระยะสั้น อัตราดอกเบี้ยในกรณีปล่อยกู้ให้ลูกหนี้ในธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงมักจะสูงกว่ากรณีปล่อยกู้ให้ลูกหนี้ในธุรกิจที่มีความเสี่ยงต่ำ เช่น อัตราดอกเบี้ยกู้ยืมระหว่างธนาคารพาณิชย์ด้วยกันมักต่ำกว่าที่อัตราดอกเบี้ยสำหรับลูกหนี้ทั่วๆไป

อัตราดอกเบี้ยแบ่งประเภทได้ดังนี้

- อัตราดอกเบี้ยที่ไม่มีความเสี่ยง (Risk-free interest rate) คือ อัตราดอกเบี้ยในกรณีไม่มีความเสี่ยงอยู่เลย
- อัตราดอกเบี้ยปกติ (Nominal interest rate) คือ อัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์ประกาศให้คนที่ต้องการฝากเงิน รู้ผลตอบแทนที่จะได้รับถ้าฝากเงิน หรือคนที่ต้องการกู้เงิน รู้ต้นทุนในการกู้ยืมเงิน
- อัตราดอกเบี้ยที่แท้จริง (Real interest rate) คือ อัตราดอกเบี้ยในนามที่หักผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงของราคาออกด้วยผลของเงินเฟ้อหรือเงินฝืดแล้ว
- อัตราดอกเบี้ยประสิทธิผล (Effective interest rate) คือ อัตราดอกเบี้ยในนามบวกด้วยอัตราค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่ผู้กู้ต้องจ่ายนอกเหนือจากดอกเบี้ยที่ระบุ

องค์ประกอบของของอัตราดอกเบี้ย มีดังนี้²³⁴

$$r = r^* + IP + DRP + LP + MRP$$

- r คือ อัตราดอกเบี้ยปกติ (Nominal rate)
- r* คือ อัตราดอกเบี้ยที่แท้จริงปราศจากความเสี่ยง (Real risk free rate)
- IP คือ อัตราเงินเฟ้อส่วนเพิ่ม

²³⁴ Eugene F. Brigham and Michael C. Ehrhardt, Financial Management, 11ed., Cengage Learning, 2005.

- DRP คือ อัตราดอกเบี้ยส่วนเพิ่มที่ชดเชยความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้ของลูกค้าหนี้ (Default risk premium)
- LP คือ อัตราดอกเบี้ยส่วนเพิ่มที่ชดเชยความเสี่ยงจากสภาพคล่องของหลักทรัพย์ ค้ำประกันเมื่อเกิดการผิดนัดชำระหนี้ (Liquidity risk premium)
- MRP คือ อัตราดอกเบี้ยส่วนเพิ่มที่ชดเชยความเสี่ยงจากรยะเวลาคงกำหนดไถ่ถอน (Maturity risk premium)

เมื่อเกิดการผิดนัดชำระหนี้ แล้วเจ้าหนี้ไม่สามารถไถ่เบี่ยสินทรัพย์อื่นๆ ของลูกหนี้เพิ่มเติม จากหนี้ส่วนที่ขาด หลังหักสินทรัพย์จำนองแล้ว จะกระทบในส่วนของอัตราดอกเบี้ยส่วนเพิ่มที่ชดเชย ความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้ของลูกค้าหนี้ (Default risk premium) เนื่องจากอัตราการได้คืน หรือการชำระหนี้ของลูกค้าหนี้มีน้อยลง (Recover rate)²³⁵ เจ้าหนี้จึงจำเป็นต้องเพิ่มอัตราดอกเบี้ยเพื่อ ชดเชยความเสี่ยงในส่วนนี้ ซึ่งสามารถคำนวณได้จากองค์ประกอบความเสี่ยง (Risk Components) ดังนี้

ความสูญเสียที่คาดว่าจะเกิด (Expected Loss) สำหรับลูกหนี้แต่ละราย = PD x LGD x EAD

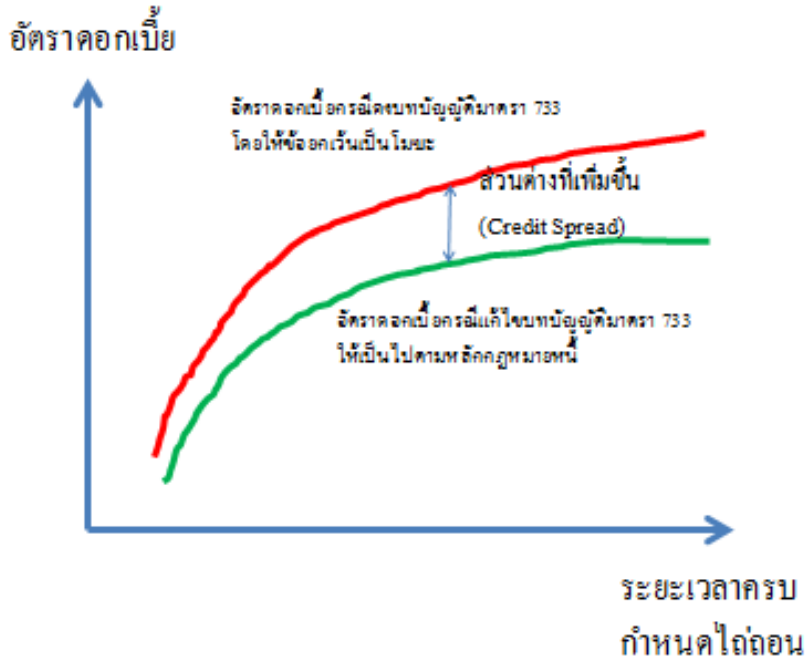
- PD (Probability of Default) แสดงถึง Borrower Risk หรือโอกาส (ร้อยละ) ที่ลูกหนี้ จะผิดนัดชำระหนี้ (พิจารณาความสามารถในการชำระหนี้ของคู่สัญญาจาก Obligor rating และอายุ ของสัญญา)
- LGD (Loss Given Default) แสดงถึง Transaction Risk หรือร้อยละของความเสียหาย ที่อาจเกิดขึ้นต่อยอดหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ (ใช้หลักประกันและลำดับสิทธิการได้รับชำระหนี้) โดย $LGD (\%) = 1 - \text{Recovery Rate} (\%)$
- EAD (Exposure at Default) แสดงถึงยอดหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ (ขึ้นอยู่กับ ประเภทของธุรกรรม)

ซึ่งถ้าหลักประกัน ไม่เพียงพอต่อมูลค่าความเสียหายเมื่อเกิดการผิดนัดชำระหนี้ และส่งผลให้ ความสูญเสียที่คาดว่าจะเกิดเพิ่มขึ้น จึงต้องกำหนดอัตราดอกเบี้ยให้สูงขึ้นเพื่อครอบคลุมต่อความเสี่ยงนี้ นั้นเอง²³⁶ ดังแสดงในภาพที่ 6

²³⁵ Edward Altman, Andrea Resti and Andrea Sironi, Default Recovery Rates in Credit Risk Modeling: A Review of the Literature and Empirical Evidence, working paper series, 2003.

²³⁶ ลลิตา หงษ์รัตนวงศ์, อนุพันธ์และการบริหารความเสี่ยง, ดีเอ็มพี เอ็กเซลส, 2556.

ภาพที่ 6 เส้นอัตราผลตอบแทน (Yield curve)



ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย (Thai BMA)

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดการวิเคราะห์สินเชื่อหลัก 3P's จะพบว่าส่วนการป้องกันความเสี่ยง (Protection) ลดลง เนื่องจากในกรณีที่ผู้กู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หลักประกันอาจไม่เพียงพอในการเรียกหนี้คืน หรือถ้าใช้หลัก 5c's แสดงได้ว่าในส่วนที่เป็น Collateral คือ หลักประกัน ซึ่งเป็นแหล่งในการชำระคืนหนี้แหล่งที่สองหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ของหลักทรัพย์ค้ำประกันไม่น้อยกว่าจำนวนเงินที่กู้จริงและปราศจากภาระค้ำประกันอื่นใด ทำให้การกู้หนี้ยากลำบากมากขึ้น

นอกจากนี้ผู้ให้กู้ที่เป็นธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินนั้น ต้องสำรองเงินกองทุน ซึ่งเป็นสิ่งที่สถาบันการเงินมีไว้เพื่อรองรับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจต่างๆ เช่น การไม่ได้รับชำระหนี้คืนจากการปล่อยสินเชื่อ การด้อยค่าของสินทรัพย์ เป็นต้น โดยเงินกองทุนจะมาจากรายการส่วนของผู้ถือหุ้น และรวมถึงตราสารหนี้บางประเภทที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดให้เป็นเงินกองทุนของสถาบันการเงินได้ เงินกองทุนถือเป็นเครื่องชี้วัดความมั่นคงของสถาบันการเงิน และรองรับการขยายธุรกิจ โดยคณะกรรมการ ที่ชื่อว่า Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) ได้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อใช้ในการกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ (banking supervision) โดยเฉพาะในเรื่อง “การกำกับดูแลความเพียงพอของเงินกองทุน” ที่เรียกว่า Basel โดยในปัจจุบันกฎเกณฑ์นี้ได้พัฒนามาจนถึง Basel III ซึ่งประกอบไปด้วยการดำรงเงินกองทุนเพื่อรองรับความเสี่ยง

ในแต่ละด้าน ได้แก่ ความเสี่ยงด้านตลาด ความเสี่ยงด้านเครดิต ความเสี่ยงด้านการปฏิบัติการ ความเสี่ยงด้านสภาพคล่อง รวมทั้งธนาคารพาณิชย์ที่มีความสำคัญต่อระบบการเงินของโลกด้วย²³⁷

ซึ่งถ้าธนาคารต้องตั้งสำรองเพิ่มเนื่องมาจากความเสี่ยงด้านเครดิตเพิ่มขึ้น นั้นหมายถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสของธนาคารที่จะนำเงินไปลงทุนหาผลตอบแทนในรูปแบบอื่นอาจจะดีกว่า ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า โดยปกติแล้วอัตราดอกเบี้ยเงินกู้เพื่อซื้อสังหาริมทรัพย์จัดเป็นต้นทุนที่ถูกที่สุดในแง่ของผู้กู้และผู้ให้กู้ เมื่อเทียบกับอัตราดอกเบี้ยจากการปล่อยสินเชื่อประเภทอื่นๆ จึงถือเป็นเงินลงทุนระยะยาวที่ให้ผลตอบแทนน้อย ในช่วงเศรษฐกิจดี มีธุรกิจมากมายต้องการขอสินเชื่อจากธนาคารพาณิชย์ ด้วยวงเงินที่มีจำกัด ธนาคารเหล่านี้จะเน้นพิจารณาอนุมัติสินเชื่อที่ให้ผลตอบแทนสูงกว่าก่อน ทำให้ผู้ที่ต้องการสินเชื่อที่อยู่อาศัยขอยากมากขึ้น

ในท้ายที่สุดวิธีนี้น่าจะเกิดผลกระทบในเชิงลบต่อทุกฝ่าย ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ รวมทั้งผู้ค้าประกันด้วย

6.3 ข้อสรุปและเหตุผลที่เลือก

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าถ้าให้แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายนั้นๆ จะช่วยให้สภาพเศรษฐกิจโดยรวมดีขึ้นและมีสภาพคล่องสูงขึ้น และลูกหนี้สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่าย เนื่องจากเจ้าหนี้มีความมั่นใจมากขึ้นที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ในกรณีที่ลูกหนี้เกิดผิดนัดชำระหนี้ ทางเลือกที่ 1 จึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมในปัจจุบันภายใต้ทางเลือกทั้งสองทาง

ในขณะที่ถ้าเลือกทางเลือกที่ 2 โดยให้คงบทบัญญัติมาตรา 733 ไว้ และกำหนดให้ข้อตกลงยกเว้นมาตราดังกล่าวตกเป็นโมฆะนั้น จะทำให้เจ้าหนี้มีความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้มากขึ้น ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ต้องระมัดระวังและวิเคราะห์สินเชื่ออย่างละเอียด จึงทำให้การขอสินเชื่อยากขึ้น นอกจากนี้ อัตราการได้รับชำระคืน (Recovery rate) ยังลดลง เพราะไม่สามารถไล่เบี้ยทรัพย์สินอื่นๆ เพิ่มเติมจากลูกหนี้ได้ จึงทำให้ต้องตั้งสำรองเพิ่มขึ้น ส่งผลให้ต้นทุนในการกู้ยืมสูงขึ้นอีก ดังนั้นเจ้าหนี้จึงต้องผลักภาระเข้าไปในดอกเบี้ยในลักษณะของดอกเบี้ยเพิ่มเติม (Premium) ซึ่งทำให้ลูกหนี้ต้องจ่ายดอกเบี้ยสูงขึ้นไปอีก

²³⁷ ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทย <http://www.bot.or.th>

ทางเลือก	ความเป็นไปได้	ผลกระทบต่ออัตราดอกเบี้ย/เศรษฐกิจ
ทางเลือกที่ 1	แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายนี้	ไม่เปลี่ยนแปลง เพราะเป็นหลักวิธีปฏิบัติที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่ลูกหนี้บางรายอาจได้รับความไม่เป็นธรรมเนื่องจากระยะเวลาในกระบวนการบังคับคดีที่ยาวนานและการคิดดอกเบี้ยแบบทบต้นทบดอก ส่งผลให้มูลหนี้เพิ่มสูงขึ้นจนลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้
ทางเลือกที่ 2	คงบทบัญญัติมาตรา 733 โดยให้ช้อยกเว้นเป็นโมฆะ	ทำให้ต้นทุนในการกู้ยืมสูงขึ้น ลูกหนี้เข้าถึงแหล่งเงินกู้ยากขึ้น

ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ทำการประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นหากมีและไม่มีช้อยกเว้นตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนั้น คณะผู้วิจัยได้เสนอแนะแนวทางแก้ปัญหา ดังต่อไปนี้

ข้อเสนอแนะที่ 1 การบังคับคดีโดยผ่านศาล

ข้อดี เนื่องจากศาลเป็นองค์กรสาธารณะที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับพลเมือง แรงงาน กิจการ และอาชญากรรมภายใต้กฎหมาย ทั้งในกฎหมายทั่วไปและกฎหมายพลเมือง ดังนั้นศาลจึงนับว่าเป็นทางออกของข้อพิพาทต่างๆ ผู้ที่ต้องการความเป็นธรรมทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้จะมั่นใจได้มากขึ้นเมื่อมีกระบวนการยุติธรรมเข้ามาช่วยตัดสิน โกล่เกลี่ยปัญหา โดยเฉพาะการคุ้มครองลูกหนี้

ข้อเสีย การดำเนินคดีของศาลมีหลายขั้นตอน จึงทำให้เกิดความล่าช้า ประกอบกับการคำนวณดอกเบี้ยแบบทบต้นทบดอกทำให้หนี้เพิ่มขึ้น

จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 กำหนดเรื่องอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สามารถเรียกได้ ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี แต่หากผู้ให้สินเชื่อเป็นสถาบันการเงินสามารถเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าอัตราดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 รวมทั้งในปี 2548 มีการออกประกาศกระทรวงการคลังเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคล ภายใต้การกำกับที่ไม่ใช่สถาบันการเงินให้สามารถเรียกอัตราดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมหรือบริการต่างๆเมื่อรวมกันแล้วไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี

ในกรณีที่เกิดการผิดนัด ตามบทบัญญัติมาตรา 204 ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้วลูกหนี้อย่างไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินและลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่า

ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมีพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ก่อนการชำระหนี้ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้ออกกล่าว

ตามบทบัญญัติมาตรา 224 ถ้าเป็นหนี้เงิน ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัด ร้อยละ 7.5 ต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้น โดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น เช่น ดอกเบี้ยผิดนัดที่คิดตามสัญญา หากมีสัญญากำหนดไว้ให้คิดดอกเบี้ยกันเท่าไร ดอกเบี้ยผิดนัดคงคิดได้ตามสัญญา เช่น สัญญากำหนดให้คิดดอกเบี้ยร้อยละ 10 เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ดอกเบี้ยในส่วนนี้ก็สามารถเรียกได้ร้อยละ 10 เช่นเดียวกับดอกเบี้ยในสัญญา ซึ่งเป็นกรณีที่อาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย คือ ตามข้อกำหนดในสัญญานั้นเอง กล่าวง่าย ๆ คือ กำหนดดอกเบี้ยตามสัญญาไว้อย่างไร เมื่อผิดนัดก็สามารถคิดดอกเบี้ยได้เท่ากับดอกเบี้ยตามสัญญานั้นเอง

เมื่อนำเหตุการณ์แต่ละเหตุการณ์มาวิเคราะห์ความอ่อนไหวของยอดหนี้ ดังตารางที่ 1 จะได้ว่ายิ่งดำเนินการล่าช้าเพียงใดยอดหนี้จะเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาล ตามวิธีคิดดอกเบี้ยแบบทบต้นทบดอก

$$\text{จากสูตรในการคำนวณ ยอดหนี้} = (1+i/12)^{T*12}$$

โดยให้ $i =$ อัตราดอกเบี้ยต่อปี

$T =$ จำนวนปี

ในกรณีที่อัตราดอกเบี้ยเท่ากับร้อยละ 20 ต่อปี จำนวนทบต้นทบดอกทุกเดือน มูลค่ายอดหนี้ 1 บาท จะกลายเป็น 2.7 บาท หรือ 2.7 เท่าภายใน 5 ปี แต่ถ้าคิดความล่าช้ากินความไปถึง 20 ปี มูลค่าหนี้สินจะเพิ่มเป็น 52 เท่า ซึ่งอาจทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้

ตารางที่ 1 มูลค่าหนี้หลังผิติดนั้สัญญาโดยคิตดอกเบี้้แบบทบตันทบดอกต่อยอดหน้ 1 หน่วย

ดอกเบี้้ ต่อปี	ระยะเวลาในการบ้คั้จ้ำนองจนถึวันที่มีการขายทอดตลาด (เจ้าหนี้ล่าช้า) หรือวันที่มีค้ค่าพิพาคษาถึที่สุด (ลูกหนี้ล่าช้า) (ปี)							
				พ้อง ล้้มละลาย		พ้อง คิตแพ่ง	พ้องคิตแพ่ง ต่อดั้วคิต ล้้มละลาย	
	1	1.5	2	3	5	10	13	20
ร้อยละ 7.5	1.08	1.12	1.16	1.25	1.45	2.11	2.64	4.46
ร้อยละ 15	1.16	1.25	1.35	1.56	2.11	4.44	6.94	19.72
ร้อยละ 20	1.22	1.35	1.49	1.81	2.70	7.27	13.18	52.83
ร้อยละ 25	1.28	1.45	1.64	2.10	3.45	11.87	24.94	140.98
ร้อยละ 30	1.34	1.56	1.81	2.43	4.40	19.36	47.09	374.74

ข้อเสนอแนะที่ 2 การบ้คั้คิตโดยไม่ผ่านศาล

ข้อดี ช่วยใ้กระบวนการบ้คั้คิตล้้นสุดลงอย้างรวดเร็ว และช่วยลดต้นทุนทางด้านดอกเบี้้ที่ค้ำนวณทบตันทบดอกตามระยะเวลาชำระหน้

ข้อเสีย เนื่องจกการบ้คั้คิตสามารถทำได้โดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล บางครั้งเจ้าหนี้อาจร้บร้อนขายทรัพย์สินทอดตลาดที่ราคาต่ำกว้าราคาตลาดเพื่อใ้ได้เงินมาโดยเร็ว ทำให้ลูกหนี้้อาจได้รับความไม่เป็นธรรม จึงเสนอใ้มีหน้วยงานกลางที่เชือถือได้เข้ามาดูแล และสร้างสภาพคล่องใ้ตลาดอสังหาริมทรัพย์น้ ภายใ้การก้กับดูแลของธนาการแห่งประเทศไทย

จกข้อเสนอแนะทั้งสองแนวทงดั่งที่ได้กล่าวมาแล้วน้ คณะผู้วิจัยขอแนะน้ ข้อเสนอแนะที่ สอง คือการบ้คั้คิตโดยไม่ผ่านศาล ซึ่งจะช่วยใ้การบ้คั้คิตเป็นไปอย้างรวดเร็ว และเสียค้่าใช้จ้ายน้อยที่สุด

ข้อเสนอแนะแนวทางในกระบวนการบังคับจำนอง

เพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ของงานวิจัยที่ต้องการแก้ไขปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ทางคณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า การดำเนินการบังคับจำนองควรเป็นไปโดยรวดเร็วและมีความเป็นธรรมต่อคู่ความทุกฝ่าย ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงเสนอกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure) ให้เป็นทางเลือกแก่คู่ความ ในกรณีที่คู่ความสามารถตกลงกันที่จะใช้กระบวนการบังคับโดยไม่ผ่านศาล ซึ่งถ้าหากคู่ความไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ก็อาจจะนำคดีขึ้นสู่ศาล ให้ศาลมีคำสั่งบังคับจำนองได้ตามกระบวนการปกติ

7.1 การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure)

7.1.1 นิยามของการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล

กระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล หรือ non-judicial foreclosure เป็นกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล แต่เป็นวิธีการซึ่งอำนาจในการขายได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญาให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหนี้ได้โดยทันทีที่มีการผิดสัญญาจำนองและได้ส่งหนังสือเตือนไปยังลูกหนี้แล้ว โดยผู้เป็นเจ้าของอาจจะขายโดยวิธีทอดตลาดทรัพย์สินหรือขายกันเองระหว่างเอกชนก็ได้ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ในแต่ละประเทศ วิธีนี้เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายว่าบุคคลผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิในการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ทันที และลูกหนี้ก็สามารถที่จะเป็นฝ่ายโต้แย้งการสันนิษฐานนั้นได้โดยการไปศาลเพื่อขอพิสูจน์ว่าเจ้าหนี้นั้นไม่มีสิทธินี้ และขอให้ยุติการขาย

การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลค่อนข้างมีการดำเนินการที่แตกต่างจากการบังคับจำนองที่ผ่านการดำเนินการของศาล เพราะไม่มีการยื่นเอกสารต่อศาลหรือขอเรียกร้องให้ต้องพิสูจน์ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองต้องแจ้งไปยังเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองเมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้และกำหนดของการขาย ซึ่งในบางครั้งการแจ้งต้องการการแจ้งอย่างเป็นทางการโดยแสดงเจตนาที่จะบังคับจำนอง และต้องมีการโฆษณา ซึ่งโดยทั่วไปการขายต้องมีการประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ล่วงหน้า 2-3 สัปดาห์ก่อนการขาย ข้อสันนิษฐานในกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลคือฝ่ายที่ทำการบังคับจำนองมีสิทธิในการบังคับจำนอง และทำการจัดการอย่างเหมาะสมในการแจ้งและการโฆษณาการขาย

7.1.2 ข้อดีของกระบวนการบังคับจำนองที่รวดเร็ว

กระบวนการบังคับจำนองที่มีประสิทธิภาพสามารถที่จะอำนวยความสะดวกและเป็นธรรมและความสมดุลต่อคู่สัญญาทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนองในกรณีที่ผู้จำนองละเลยไม่ชำระหนี้ อย่างไรก็ตามในบางประเทศได้มีการคุ้มครองฝ่ายลูกหนี้มากเกินไป เนื่องจากเป็นผู้ที่กำลังประสบปัญหาทางการเงินและการจำนองอาจส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตในด้านอื่นๆของลูกหนี้ด้วย แต่ในด้านของฝ่ายเจ้าหนี้แล้ว การที่มีนโยบายอ้อมลูกหนี้ที่มากเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ได้ โดยเฉพาะกระบวนการบังคับจำนองที่ล่าช้าทำให้เจ้าหนี้เกิดภาระด้านค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้จำนองต้องรับภาระที่เพิ่มขึ้น เจ้าหนี้จำนองอาจจะต้องคำนวณเพิ่มค่าความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตรวมไปกับอัตราดอกเบี้ย ทำให้อัตราดอกเบี้ยสูงขึ้น หรือผู้ขอสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัยอาจจะต้องเพิ่มเงินดาวน์ (Down payment) ให้สูงขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมได้ และในท้ายที่สุดแล้ว ผู้เป็นลูกหนี้หรือผู้รับจำนองจะเป็นฝ่ายที่เสียประโยชน์ที่สุด

ผลของการที่มีค่าใช้จ่ายในการบังคับจำนองเกิดขึ้นอย่างไม่จำเป็นอันเนื่องมาจากกระบวนการบังคับคดีที่ล่าช้า สามารถที่จะแก้ปัญหาได้โดยการที่ภาครัฐจะต้องทำให้กระบวนการบังคับจำนองเป็นไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการด้วยกัน²³⁸ ยกตัวอย่างเช่น

1. กระบวนการบังคับคดีที่รวดเร็วทำให้คู่สัญญาใช้สิทธิอื่นๆที่อยู่ในกระบวนการบังคับจำนองได้
2. ส่งผลให้ความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในการสูญเสียผลประโยชน์น้อยลง อันเป็นส่วนที่อาจก่อให้เกิดค่าขาดประโยชน์ในอนาคตที่เจ้าหนี้อาจนำมารวมกับอัตราดอกเบี้ยในสัญญาจำนองได้
3. ทำให้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์สามารถดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง
4. ทำให้ทรัพย์ที่ถูกบังคับจำนองไม่เสื่อมสภาพมากจนเกินไป และไม่เป็นการเพิ่มภาระในการดูแลทรัพย์จำนองนั้นในขณะที่มีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน
5. กระบวนการบังคับจำนองที่รวดเร็วทำให้ลดค่าใช้จ่ายในการบังคับจำนอง เช่น การประกาศขายทอดตลาดทรัพย์สิน การโฆษณาการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เป็นต้น
6. ประโยชน์ของกระบวนการบังคับจำนองที่รวดเร็วส่งผลดีต่อตัวเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และรัฐบาล โดยรัฐบาลสามารถที่จะจัดเก็บภาษีต่างๆที่เกี่ยวข้องได้

²³⁸ Butler, Stephen. 2003. "Housing Finance in Emergency Markets: Policy and Regulatory Challenges." World Bank Institute, Washington, DC. [Online]. Access from: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156603/housing/agenda.html> Accessed 31 July 2014.

กระบวนการบังคับคดีโดยผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล (Judicial or Non-Judicial Foreclosure)

1. ขั้นตอนและกระบวนการบังคับจำนองที่ดำเนินการโดยผ่านศาล (Judicial Foreclosure) เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ระยะเวลาในการบังคับจำนองเป็นไปอย่างรวดเร็วหรือดำเนินกระบวนการเป็นไปตามกรอบกฎหมายที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าจะมีวิธีการอย่างไรให้กระบวนการบังคับจำนองนั้นเป็นไปอย่างรวดเร็ว

2. การขอบังคับทรัพย์สินจำนองผ่านศาลโดยย่อ (The summary proceeding) เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ใช้ในหลายประเทศ เช่น บราซิลและอเมริกาใต้ การขอบังคับทรัพย์สินจำนองผ่านศาลโดยย่อ (The summary proceeding) หมายถึง กระบวนการบังคับคดีที่ผ่านศาลแต่ผู้เป็นเจ้าของหนี้จะข้ามขั้นตอนในการพิจารณาคดีไป โดยจะทำการยื่นเรื่องเพื่อขอยุติการบังคับคดีในทันที การยื่นเรื่องนี้ทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลไม่ว่าจะมีลูกหนี้เข้าร่วมด้วยหรือไม่ก็ตาม กรณีนี้จะเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้กับจำเลย หากจำเลยไม่เข้าโต้แย้งคำร้องของเจ้าหนี้ ศาลจะพิจารณาให้ตามที่เจ้าหนี้ขอในทันที กระบวนการนี้ช่วยประหยัดเวลาในการพิจารณาคดีที่อาจยืดเยื้อได้ และเป็นการใช้สิทธิทางศาลแก่ลูกหนี้ในการเข้าโต้แย้งการบังคับจำนองที่เจ้าหนี้ได้อ้างขึ้นต่อศาล หากลูกหนี้เข้าโต้แย้ง กระบวนการนี้จะกลับเข้ามาสู่การพิจารณาคดีแบบปกติ

3. การบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล (Non-Judicial foreclosure) ไม่เพียงแต่ทำให้ระยะเวลาการบังคับจำนองสั้นลง แต่ยังเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการบังคับจำนองอีกด้วย กระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลนั้นเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหนี้ได้โดยทันทีที่มีการผิดสัญญาจำนองและได้ส่งหนังสือเตือนไปยังลูกหนี้แล้ว โดยผู้เป็นเจ้าของหนี้อาจจะขายโดยวิธีขายทอดตลาดทรัพย์สิน หรือขายกันเองระหว่างเอกชนก็ได้ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ในแต่ละประเทศ วิธีนี้เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายว่าบุคคลผู้เป็นเจ้าของหนี้มีสิทธิในการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ทันที และลูกหนี้ก็สามารถที่จะเป็นฝ่ายโต้แย้งการสันนิษฐานนั้นได้โดยการไปศาลเพื่อขอพิสูจน์ว่าเจ้าหนี้ไม่มีสิทธินี้และขอให้ยุติการขาย

ระบบการบังคับคดีที่ใช้ในประเทศต่างๆ²³⁹

Judicial	Summary Proceeding	Non-Judicial
Albania	Argentina	Canada
Armenia	Azerbaijan	India
Columbia	Brazil	Kazakhstan
El Salvador	Burkina Faso	Kenya
Ghana	Chile	New Zealand
Japan	Croatia	Nigeria
Lebanon	Dominican Republic	Pakistan
Mali	Egypt	Romania
Mexico	Georgia	Sri Lanka
Panama	Guatemala	Uganda
Tunisia	Nicaragua	United States
Uzbekistan	Peru	
Vietnam	Russian Federation	
Zambia	South Africa	
	Turkey	

ที่มา: Butler, Stephen. 2003. "Housing Finance in Emergency Markets: Policy and Regulatory Challenges." World Bank Institute, Washington, DC. [Online]. Access from: http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156603/housing_agenda.html Accessed 31 July 2014.

²³⁹ *ibid* at 101.

จากตารางการบังคับจำนองในหลายประเทศทั่วโลกโดย Financing Data Base²⁴⁰ พบความแตกต่างของระยะเวลาในการบังคับจำนองเริ่มตั้งแต่กระบวนการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับจำนองจนถึงมีการขายทอดตลาดหรือการจัดการกับทรัพย์สินจำนองนั้น โดยการเปรียบเทียบระยะเวลาวิธีการทั้งสามรูปแบบ โดยเปรียบเทียบค่าเฉลี่ยของกลุ่มประเทศที่ใช้ดังต่อไปนี้

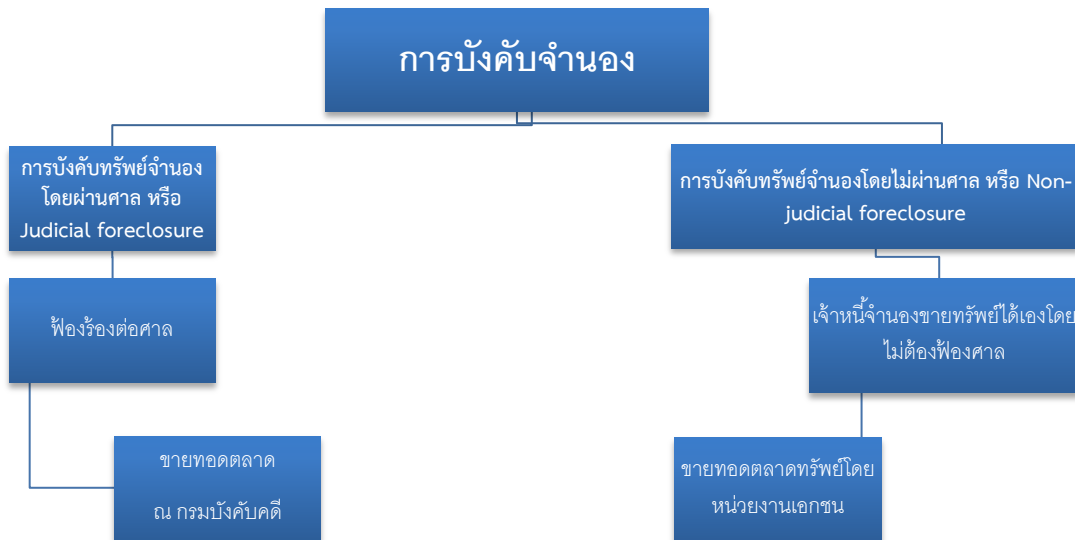
รูปแบบการบังคับจำนอง	จำนวนวัน
การบังคับจำนองโดยผ่านศาล (Judicial foreclosure)	415 วัน
การขอบังคับทรัพย์สินจำนองผ่านศาลโดยย่อ (The summary proceeding)	200 วัน
การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (Judicial foreclosure)	139 วัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการบังคับจำนองแล้ว การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลไม่เพียงแต่จะช่วยทำให้กระบวนการบังคับจำนองสั้นลงเท่านั้น แต่ยังช่วยลดค่าใช้จ่ายในกระบวนการบังคับจำนองลงด้วย

กล่าวโดยสรุป กระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลนี้มีข้อดี คือ มีความรวดเร็วเพราะเจ้าหนี้สามารถที่จะทำการบังคับจำนองได้เองตามที่มีข้อตกลงในสัญญา เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากขายหลักประกันอย่างรวดเร็ว ในขณะที่เดียวกันก็มีผลดีต่อตัวลูกหนี้เองด้วย กล่าวคือ ลูกหนี้ไม่ต้องรับภาระในดอกเบี้ย ซึ่งอาจมีเพิ่มมากขึ้นตามลำดับตราบไต่ที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยังไม่ถูกดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สิน รวมทั้งประหยัดค่าใช้จ่ายในกรณีที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามกระบวนการบังคับคดีโดยผ่านศาล อย่างไรก็ตาม การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลอาจจะเปลี่ยนไปสู่การบังคับคดีโดยกระบวนการของศาลได้ ถ้าหากคู่ความนำคดีความสู่ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือทรัพย์สินที่เป็นข้อโต้แย้ง ในกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้นในขั้นตอนใดๆระหว่างการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล เช่น สงสัยในเรื่องเกี่ยวกับความเหมาะสมของการดำเนินการขาย เป็นต้น

²⁴⁰ Ibid at 101.

7.1.3 ข้อเสนอแนะของกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล



จากการศึกษารวบรวมข้อมูลของคณะผู้วิจัย ทั้งจากการศึกษากระบวนการบังคับจำนองของต่างประเทศ การสัมภาษณ์เชิงลึกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี ไม่ว่าจะเป็นตัวแทนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งได้แก่ ธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินต่างๆ ตัวแทนกลุ่มลูกหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการบังคับคดี นักวิชาการ และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านการเงิน ซึ่งได้แก่ ตัวแทนจากธนาคารแห่งประเทศไทย ได้ข้อสรุปร่วมกันว่า การบังคับจำนองที่รวดเร็วจะเป็นประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายในกระบวนการบังคับจำนอง ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้อย่างรวดเร็ว ฝ่ายลูกหนี้ที่ไม่ต้องรับภาระในดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ตลอดระยะเวลาที่ยังไม่มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันในสัญญาจำนอง ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยได้เสนอการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาลเพื่อให้เป็นทางเลือกของคู่ความ เพื่อที่จะแก้ปัญหาในเรื่องความล่าช้าของกระบวนการบังคับจำนองในปัจจุบัน เนื่องจากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องบังคับจำนองโดยผ่านเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งโดยตัวของกระบวนการเองอาจใช้เวลาพอสมควร แต่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการอาจมีคำร้องต่างๆ ไปยังศาล โดยเฉพาะจากฝั่งลูกหนี้ เช่น ร้องขัดทรัพย์สิน ร้องว่าราคาประเมินต่ำ เพื่อให้ศาลพิจารณา ซึ่งในหลายๆ กรณีอาจเป็นการร้องที่มีมูล แต่บางกรณีการร้องดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อประวิงการบังคับจำนอง ซึ่งแม้ว่าทรัพย์สินจำนองจะไม่ถูกขายทอดตลาดออกไปและยังอยู่กับตัวลูกหนี้ แต่ดอกเบี้ยที่สะสมเพิ่มขึ้นในช่วงนี้ก็ตกเป็นภาระของลูกหนี้ในที่สุด ซึ่งบางรายอาจถึงขั้นถูกดำเนินคดีล้มละลาย และเกิดผลเสียต่อเจ้าหนี้คือได้รับชำระหนี้ล่าช้า

โดยขั้นต้นควรพิจารณาประเภทของลูกหนี้ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทหลักๆ คือ

- 1) ลูกหนี้ภาคธุรกิจ (business debtors) และ
- 2) ลูกหนี้ภาคครัวเรือน (household consumption debtors)

โดยลูกหนี้ภาคธุรกิจต้องการนำเงินกู้มาใช้ในการลงทุนและดำเนินการทางธุรกิจ ซึ่งโดยปกติแล้ว จะกู้เงินในจำนวนมาก ในขณะที่ลูกหนี้ภาคครัวเรือนต้องการนำเงินที่กู้มาใช้อุปโภคบริโภค ในชีวิตประจำวัน เช่น การกู้เงินสร้างบ้าน ซึ่งจำนวนเงินกู้จะน้อยกว่า โดยลูกหนี้ประเภทนี้จะมีเรื่องของประเด็นทางสังคมและมนุษยธรรมเข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ลูกหนี้ภาคธุรกิจมีแนวโน้มที่จะมีความคล่องตัวทางการเงินสูงกว่าและความสามารถในการชำระหนี้ได้มากกว่าลูกหนี้ภาคครัวเรือน

ในส่วน of ลูกหนี้ที่เป็นภาคธุรกิจ (business debtors) ให้เข้าสู่กระบวนการบังคับจำหน่ายโดยไม่ผ่านศาลแต่แรกเริ่ม (by default) แต่ในกรณีลูกหนี้ภาคครัวเรือนสามารถที่จะเลือกได้ กล่าวคือ หากเจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถตกลงกันให้มีการบังคับจำหน่ายโดยไม่ผ่านศาล ก็สามารถดำเนินการตามนั้นไปได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงกันไม่ได้ ก็ให้เป็นการบังคับจำหน่ายโดยผ่านศาล เช่นอย่างที่เป็นอยู่ โดยถ้าหากในกรณีของการบังคับจำหน่ายโดยไม่ผ่านศาล หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จุดใด เช่น การร้องขอทรัพย์สิน ก็ให้นำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาล กล่าวคือ การบังคับจำหน่ายโดยไม่ผ่านศาล ไม่ตัดสิทธิคู่กรณีในการนำข้อพิพาทอันเกิดจากการบังคับจำหน่ายขึ้นสู่ศาล

บทที่ 8

สรุปผลและข้อคิดเห็นจากการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อยและ การนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น

8.1 สรุปผลที่ได้จากการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)

ทางคณะผู้วิจัยได้จัดการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group) โดยเชิญผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายเข้าร่วมประชุม ได้แก่ ผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงาน ซึ่งปฏิบัติงานด้านการบังคับคดีทั้งคดีแพ่งและคดีล้มละลายของกรมบังคับคดี ตัวแทนกลุ่มเจ้าพนักงานบังคับคดี ตัวแทนกลุ่มเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ตัวแทนกลุ่มลูกหนี้ตามคำพิพากษา ตัวแทนจากธนาคารแห่งประเทศไทย นักวิชาการ (รายชื่อปรากฏตามเอกสารในภาคผนวก) ในวันศุกร์ที่ 19 กันยายน 2557 เวลา 13.30 น. - 16.30 น. ณ ห้องประชุมสภามหาวิทยาลัย อาคาร 10 ชั้น 6 มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ถนนวิภาวดีรังสิต เขตดินแดง กรุงเทพมหานคร โดยเริ่มจากการนำเสนอให้เห็นถึงปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พร้อมทั้งตั้งประเด็นเพื่อหารือและรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียทุกกลุ่ม

8.1.1 วัตถุประสงค์ของการจัดการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)

- 1.) เพื่อทราบความคิดเห็นจากตัวแทนกลุ่มผู้ที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 2.) เพื่อนำความคิดเห็นของผู้ร่วมประชุมมาเป็นส่วนหนึ่งของข้อเสนอแนะในงานวิจัย

8.1.2 ผลการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)

8.1.2.1 การนำเสนอที่มาของปัญหาและผลงานวิจัยที่ผ่านมา

ก่อนเข้าสู่ประเด็นหารือ กลุ่มผู้วิจัยได้นำเสนอผลงานวิจัยที่ผ่านมาให้กับผู้เข้าร่วมประชุมเพื่อให้ได้ทราบถึงที่มาของปัญหาและการศึกษาเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ ทั้งการศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งสรุปลำดับการนำเสนอได้ดังนี้

1. ความสำคัญและที่มาของปัญหาที่ทำการวิจัย
2. ภาพรวมระเบียบวิธีวิเคราะห์ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์จากกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลง ยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
3. วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัยและประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ
4. สรุปปัญหาที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึก
5. สรุปผลการศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการบังคับจำนองในต่างประเทศ กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น

8.1.3 ประเด็นข้อหารือ และผลสรุป

ภายหลังจากการนำเสนอผลงานที่ผ่านมา คณะผู้วิจัยได้นำเสนอแนวทางการแก้ไข ปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยได้นำเสนอข้อดีและข้อเสียของวิธีการบังคับจำนองแต่ละวิธีการ อันได้แก่ กระบวนการบังคับจำนองโดยผ่านศาล และกระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล เพื่อเป็นข้อมูลในการเปรียบเทียบและแสดงความคิดเห็นของผู้ร่วมการประชุม โดยคณะผู้วิจัยได้อธิบายในมุมมองทางกฎหมายและในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ของทั้งสองกระบวนการบังคับคดี วิธีการบังคับจำนองทั้งสองรูปแบบนี้ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นส่วนที่จะนำมาประมวลเป็นข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายต่อไป

เปรียบเทียบข้อดีข้อเสียของการบังคับจำนองแต่ละรูปแบบ

	ข้อดี	ข้อเสีย
การบังคับจำนองโดยผ่านศาล (judicial foreclosure)	ลูกหนี้โดยเฉพาะลูกหนี้ด้อยโอกาส เช่น ชาวนา เกษตรกร ผู้ซื้อบ้านรายย่อย เกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการบังคับจำนองว่ามีภาครัฐเข้ามาดูแล (access to justice)	<ul style="list-style-type: none"> อาจเสียค่าใช้จ่าย เช่น ค่าธรรมเนียม ในการดำเนินการ ดอกเบี้ย ค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นต้น ระยะเวลาในการบังคับจำนองใช้เวลานาน
การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure)	<ul style="list-style-type: none"> เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า การดำเนินการรวดเร็วกว่า สะดวก เป็นการลดขั้นตอนในการบังคับจำนอง ลูกหนี้ไม่ต้องแบกรับภาระในดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นจากการบังคับคดีที่ใช้เวลานาน 	ลูกหนี้โดยเฉพาะลูกหนี้ด้อยโอกาส เช่น ชาวนา เกษตรกร ผู้ซื้อบ้านรายย่อย อาจไม่มีความเชื่อมั่นในกระบวนการบังคับจำนองที่ไม่มีภาครัฐเข้ามาดูแล

ประเด็นข้อหาหรือที่ 1 การตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในสัญญาจำนองปัจจุบันมีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ โดยมองจากทั้งหลักกฎหมายและหลักเศรษฐศาสตร์

ความคิดเห็นผู้ร่วมประชุม

ตัวแทนจากธนาคารกรุงเทพ: เห็นว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 มีได้ และเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมากกว่า เพราะทำให้ผู้กู้เข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากกว่า หากเจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับจำนองได้จึงสิ้นแล้ว ธนาคารอาจต้องปล่อยสินเชื่อปล่อยลง และอาจจะกระทบกับเศรษฐกิจโดยรวมได้

ตัวแทนจากธนาคารอาคารสงเคราะห์: เห็นว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 มีได้ เพราะลูกหนี้ที่มีสถานะปานกลางถึงระดับล่างอาจได้รับการปล่อยสินเชื่อปล่อยลง หากไม่มีข้อตกลงยกเว้น เนื่องจากธนาคารมีความเสี่ยงเพิ่มขึ้นหากบังคับตามมาตรา 733 ได้เท่านั้น

ตัวแทนจากบริษัทบริหารสินทรัพย์ SAM: เห็นว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 มีได้

ตัวแทนฝ่ายลูกหนี้: เห็นว่าไม่ควรมีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 แต่หากมีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 อาจทำให้หนี้ระบบปล่อยลง เนื่องจาก สถาบันการเงินปล่อยสินเชื่อได้

มากขึ้น อย่างไรก็ตามไม่ว่าการตกลงยกเว้นมาตรา 733 จะมีหรือไม่ ขอให้กระบวนการบังคับจำนอง เป็นไปอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมที่สุด

ศาสตราจารย์พิเศษ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ: การที่จะมีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 หรือไม่นั้น คณะผู้วิจัยควรศึกษาทั้งหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์

สรุปผล เห็นว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 มีได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดี และอาจส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าการบังคับใช้มาตรา 733 อย่างไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งในส่วนนี้ **ตรง** กับที่ผู้วิจัยได้ดำเนินการศึกษาหลักกฎหมายเรื่องนี้ สัญญา หลักประกัน (จำนอง) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับด้วยกัน รวมถึงการศึกษาทางด้านเศรษฐศาสตร์ด้วย

ประเด็นข้อหาหรือที่ 2 กระบวนการบังคับคดีโดยผ่านศาล หรือไม่ผ่านศาล ?

(Judicial or non-judicial foreclosure ?)

ความคิดเห็นผู้ร่วมประชุม

ตัวแทนฝ่ายลูกหนี้: เห็นด้วยกับการบังคับจำนองแบบไม่ผ่านศาล เนื่องจาก การ บังคับจำนองในปัจจุบันบางคดีใช้ระยะเวลามากกว่า 10 ปี ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถเริ่มต้นชีวิตใหม่ได้ และส่งผลดีกับกรมบังคับคดีที่จำนวนคดีจะน้อยลงเป็นจำนวนมาก

ตัวแทนจากธนาคารกรุงเทพ: เห็นด้วยกับการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล เนื่องจากเจ้าหน้าที่ต้องการได้รับชำระหนี้อย่างรวดเร็ว

ตัวแทนจากบริษัทบริหารสินทรัพย์ SAM: เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล

ตัวแทนจากธนาคารอาคารสงเคราะห์: เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล แต่ ขอให้เป็นอย่างเป็นธรรมกับทุกฝ่าย

นักวิชาการจากมหาวิทยาลัยนเรศวร: เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล โดยควรคำนึงถึงขั้นตอนการฟ้องขับไล่ด้วย

ผู้เชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐศาสตร์ (ธนาคารแห่งประเทศไทย): ไม่สามารถสรุป ความเห็นในกรณีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการบังคับจำนองได้ แต่เห็นว่าการบังคับคดีควรเป็นไป อย่างรวดเร็วที่สุด

นายบุญธรรม ทองขลิบ (ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านการบังคับคดีแพ่ง กรมบังคับคดี): เห็นว่าการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลเป็นไปได้ยาก

ศาสตราจารย์พิเศษ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ: หากให้มีการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล สิ่งที่ต้องพิจารณาคือจะให้หน่วยงานใดมาแทนศาล และควรคำนึงถึงการสร้างความเป็นธรรมด้วย

นักวิชาการมหาวิทยาลัยบูรพา: เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล โดยต้อง เป็นธรรม และมีการกำหนดผู้ตรวจสอบสิทธิของเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิในการบังคับขายอย่างเป็นธรรม

สรุปผล ส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล โดยเห็นว่าเจ้าหน้าที่รับชำระหนี้อย่างรวดเร็ว และลูกหนี้ไม่ต้องแบกรับภาระหนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม กระบวนการสร้างความเป็นธรรมแทนศาลนั้นเป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายให้ความสำคัญที่สุด

ประเด็นข้อหาข้อที่ 3 หากดำเนินการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลสามารถแก้ไข ปัญหาความล่าช้าในการบังคับจำนองแล้ว ท่านคิดว่า หน่วยงานใดควรแสดงบทบาทในการสร้าง ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาแทนศาล

ความคิดเห็นผู้ร่วมประชุม

ตัวแทนลูกหนี้: อนุญาโตตุลาการ

ตัวแทนธนาคารกรุงเทพ: เอกชน คล้ายกับต่างประเทศ แต่ควรมีหน่วยงานของรัฐที่ ทำงานแบบเดียวกันควบคู่กันไปด้วย เป็นทางเลือกของเจ้าหน้าที่ ลูกหนี้

นักวิชาการมหาวิทยาลัยบูรพา: เห็นว่าการบังคับจำนองผ่านศาลและไม่ผ่านศาล ต้องทำคู่ขนานกันไป เนื่องจากมีลูกหนี้หลายประเภทที่ควรได้รับความคุ้มครองความเป็นธรรมของ คู่สัญญา

นักวิชาการมหาวิทยาลัยนเรศวร: เห็นว่าการบังคับจำนองผ่านศาลและไม่ผ่านศาล ต้องทำคู่ขนานกันไป

ตัวแทนจากธนาคารแห่งประเทศไทย: เห็นว่าการบังคับจำนองผ่านศาลและไม่ผ่าน ศาลต้องทำคู่ขนานกันไป โดยกรณีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล ให้ดูการบังคับจำนอง ตามร่าง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเป็นแบบ โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผู้บังคับจำนองเอกชน จัดการบังคับจำนอง

ตัวแทนจากกรมบังคับคดี: เห็นว่าผู้วิจัยควรสร้างรูปแบบกระบวนการบังคับจำนอง (Model) แต่ละรูปแบบเพื่อทำการเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียก่อนการตัดสินใจ และควรแบ่งแยก ลูกหนี้ให้ชัดเจนว่าลูกหนี้แต่ละประเภทควรใช้การบังคับจำนองรูปแบบใด

สรุปผล เห็นว่าการดำเนินการบังคับจำนองผ่านศาลและไม่ผ่านศาลต้องทำคู่ขนาน กันไป และควรแบ่งกลุ่มประเภทของลูกหนี้อย่างชัดเจน ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองดูแลความเป็นธรรม ในคดี

ประเด็นข้อหาข้อที่ 4 ท่านเห็นว่าหากจะจัดตั้งหน่วยงานประเมินราคาทรัพย์สิน กลางเพื่อความเป็นธรรมในการบังคับคดีรวมทั้งการบังคับจำนอง ท่านคิดว่าควรเป็นไปในรูปแบบใด

ความคิดเห็นผู้ร่วมประชุม

ตัวแทนจากฝ่ายลูกหนี้: เสนอจัดตั้งคณะกรรมการประเมินราคาทรัพย์สินกลาง

ธนาคารกรุงเทพ: การประเมินราคาทรัพย์สินในกรณีที่ถูกบังคับคดีจะนำไปเทียบกับกรณีการซื้อขายแบบปกติไม่ได้ เพราะการซื้อขายปกติเป็นความพอใจของผู้ซื้อและผู้ขาย

บริษัทประกันสินเชื่อนาชาดอย: ปัญหาในเรื่องราคาประเมิน เห็นว่าควรมีการแยกประเภทลูกหนี้

สรุปผล ส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีการตั้งหน่วยงานประเมินราคาทรัพย์สินกลาง เพื่อให้มีการประเมินราคาโดยผู้เชี่ยวชาญ และราคาประเมินได้มีความเหมาะสม ไม่ทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบ

8.1.4 สรุปข้อหารือและข้อเสนอแนะที่ได้จากการประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (Focus Group)

1. ผู้เข้าร่วมประชุมส่วนใหญ่เห็นว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 สามารถมีได้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย และจะเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมากกว่า
2. ผู้เข้าร่วมประชุมส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลเพื่อแก้ปัญหาความล่าช้าในการบังคับจำนอง
3. เห็นควรแบ่งประเภทของลูกหนี้ในการสร้างรูปแบบการบังคับจำนอง เช่น ลูกหนี้การพาณิชย์ ลูกหนี้เพื่อที่อยู่อาศัย เป็นต้น
4. หากมีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล ผู้ดำเนินการให้ความยุติธรรมแก่คดีอาจเป็นอนุญาโตตุลาการ
5. หากมีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล ผู้ดำเนินการบังคับจำนอง อาจเป็นหน่วยงานเอกชน คล้ายกับการบังคับจำนองตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ
6. การบังคับจำนองผ่านศาลและไม่ผ่านศาลต้องทำคู่ขนานกันไป
7. เห็นควรให้ความสำคัญกับลูกหนี้มากขึ้นโดยการให้ความรู้กับลูกหนี้ที่ไม่มีความรู้ด้านกฎหมายก่อนเข้าทำสัญญา เช่น ผลของการตกลงใช้ช้อยกเว้นตามมาตรา 733

8.2 สรุปผลและข้อคิดเห็นที่ได้จากการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing)

คณะผู้วิจัยได้จัดการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing) โดยได้เชิญผู้ร่วมเข้ารับฟังและแลกเปลี่ยนความคิดเห็น ได้แก่ ประชาชนทั่วไปและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมาย เช่น ตัวแทนเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ตัวแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา ธนาคารแห่งประเทศไทย นักวิชาการ นักศึกษามหาวิทยาลัย โดยการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing) ในครั้งนี้ได้จัดขึ้นในวันอังคารที่ 28 พฤศจิกายน 2557 เวลา 9.00 น.-12.00 น. ณ อาคาร 5 ชั้น 2 มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ถนนวิภาวดีรังสิต เขตดินแดง กรุงเทพมหานคร โดยมีลำดับการนำเสนอผลงานและรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing) ดังนี้

8.2.1 ลำดับการนำเสนอผลการวิจัย

โดยคณะผู้วิจัยได้นำเสนอที่มาของปัญหา และวัตถุประสงค์ของงานวิจัย พร้อมทั้งระเบียบวิธีวิจัยซึ่งเป็นไปโดยลำดับของงานวิจัย (ปรากฏตามเอกสารการถอดเทปจากการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing) เพื่อให้ผู้เข้าร่วมการนำเสนอผลการวิจัยทราบถึงที่มาที่ไปของปัญหา

8.2.1.1 นำเสนอผลการศึกษาเบื้องต้น

คณะผู้วิจัยได้ให้ความรู้เบื้องต้นทั้งทางด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ในประเด็นที่เกี่ยวกับ หัวข้องานวิจัย “ปัญหาการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ซึ่งได้อธิบายตามหัวข้อดังนี้

- 1) หลักกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญา
- 2) หลักกฎหมายว่าด้วยหนี้
- 3) หลักกฎหมายว่าด้วยหลักประกันการชำระหนี้ (หลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับจำนอง)
- 4) การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
- 5) การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้กฎหมายต้นแบบ ROSC และ UNCITRAL
- 6) การศึกษาสัญญาจำนองภายใต้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ และวิเคราะห์ผลกระทบทางด้านเศรษฐศาสตร์ เมื่อมีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ในส่วนท้าย

8.2.2 สรุปปัญหาที่ได้จากการศึกษาและเสนอข้อเสนอแนะ

เมื่อทำการศึกษาวิจัยในเบื้องต้น ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อสรุปของปัญหาอันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะ ดังนี้

ส่วนแรก เป็นปัญหาทางกฎหมายสารบัญญัติของมาตรา 733 และมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนที่สอง เป็นปัญหาที่เกิดจากวิธีบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการในการบังคับจำนอง

สรุปข้อเสนอแนะ

1. คณะผู้วิจัยเสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 214 และมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักเรื่องหนี้

2. เสนอกระบวนการบังคับจำนอง โดยสร้างทางเลือกกรณีที่ถูกหนี้เจ้าหนี้ตกลงกันได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องนำคดีไปร้องต่อศาล สถาบันการเงินอาจทำการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษในเรื่องนี้ภายในสถาบันการเงินของตน แต่ให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยหน่วยงานนี้ทำหน้าที่บังคับจำนองในกรณีที่ถูกหนี้ตกลงกันได้ว่า จะใช้กระบวนการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล อีกกรณีหนึ่งที่ควรเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานพิเศษนี้ คือ ให้ความคุ้มครองดูแลลูกหนี้ตั้งแต่ตอนเข้าทำสัญญา อาจจะมีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบถึงสิทธิหน้าที่ในข้อสัญญาที่อาจจะทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบเมื่อเข้าทำสัญญากับธนาคารของท่าน ทั้งนี้ ขั้นตอนที่เจ้าหนี้กับลูกหนี้ตกลงกันไม่ได้ ก็ให้เป็นไปตามกระบวนการเดิม คือนำคดีขึ้นสู่ศาลต่อไป

3. นอกจากนี้ยังเสนอแก้ไขเรื่องกระบวนการบังคับจำนองในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ว่าหากมีการบังคับทรัพย์จำนอง และลูกหนี้เองเห็นว่าราคาทรัพย์จำนองที่ขายได้นั้นมีราคาต่ำ อันจะส่งผลให้ลูกหนี้ต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่ขาดอีกเป็นจำนวนมาก จึงเสนอให้มีกลไกหรือกระบวนการเพิ่มขึ้นมาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในกรณีที่ราคาขายทอดตลาดทรัพย์สินไม่เป็นธรรม โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้มีภาระการพิสูจน์โดยแสดงหลักฐานต่อศาลว่าราคาขายดังกล่าวไม่เป็นธรรมอย่างไร

4. เสนอให้มีการเร่งระยะเวลาในกระบวนการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้เร็วยิ่งขึ้น โดยเฉพาะเรื่องการบังคับทรัพย์จำนอง โดยอาจมีการกำหนดกรอบระยะเวลาบังคับจำนองให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น แม้ในปัจจุบันจะมีหลักในมาตรา 271 ว่าจะต้องบังคับจำนองภายใน 10 ปี แต่อย่างไรก็ดี ระยะเวลาดังกล่าวจะต้องพิจารณาประกอบว่าไม่เป็นการใช้สิทธิของเจ้าหนี้เอาเปรียบลูกหนี้มากเกินไป จึงอาจกำหนดกรอบระยะเวลาเช่น ต้องตั้งเรื่องขอบังคับทรัพย์ภายใน 180 วัน นับแต่มีคำพิพากษาให้ยึดทรัพย์ หรือต้องขายทรัพย์จำนองให้ได้

ภายใน 2 ปี ตั้งแต่มีการบังคับคดี เป็นต้น ข้อเสนอแนะนี้ คณะผู้วิจัยได้มาจากการสัมภาษณ์เชิงลึกทางตัวแทนลูกหนี้มีข้อสังเกตว่าระยะเวลา 10 ปีนั้น ตามที่วางหลักไว้ในมาตรา 271 ว่า 10 ปี หมายถึงเมื่อใด นับ 10 ปี ตั้งแต่เมื่อใด จะตั้งเรื่องยึดในปีที่ 9 ได้หรือไม่ จึงขอเสนอให้มีการแก้ไขระยะเวลานี้ให้มีความชัดเจนขึ้น เป็นข้อความทำนองว่า ให้การบังคับคดีตามคำพิพากษานั้นเสร็จสิ้นทุกกระบวนการภายใน 10 ปี นับแต่วันที่คำพิพากษา

8.2.3 รับฟังข้อเสนอแนะและข้อสังเกตจากผู้เข้าร่วมการนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น

1. ธนาคารอาคารสงเคราะห์

เนื่องด้วยผู้วิจัยได้นำเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่จำนองตามมาตรา 729/1 มีข้อสังเกต ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขเพิ่มเติมอยู่ 3 ข้อ

1) ถ้อยคำว่า “เวลาใดๆหลังจากที่ **หนี้ถึงกำหนดชำระ** ถ้าไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียน...” คำว่า “**หนี้ถึงกำหนดชำระ**” ตามวรรคหนึ่งนั้น หมายถึงเมื่อใด หมายถึงลูกหนี้ผิดนัดหรือไม่ หรือเพียงหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้สามารถที่จะทำหนังสือไปยังเจ้าหนี้ให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ทันที

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า ความตามวรรคหนึ่งที่ว่า “**หนี้ถึงกำหนดชำระ**” ควรจะเป็นกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด เนื่องจากตามหลักกฎหมายหนี้เงิน เจ้าหนี้จะเกิดสิทธิเรียกร้องก็ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ผิดนัดชำระหนี้ หากให้ลูกหนี้มีสิทธิในการขอให้เจ้าหนี้บังคับจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ จะทำให้การบังคับจำนองขัดกับหลักกฎหมายหนี้ และอาจเกิดปัญหาได้ กรณีหากเจ้าหนี้ไม่ต้องการบังคับจำนองเพราะหนี้ไม่ใช่หนี้ที่เกิดจากการผิดนัด เจ้าหนี้จะขอปฏิเสธการบังคับจำนองตามมาตรา 729/1 ตามที่ลูกหนี้ได้ร้องขอหรือไม่

2) สืบเนื่องจากข้อแรก เมื่อลูกหนี้ได้ดำเนินการส่งหนังสือแจ้งความจำนงให้เจ้าหนี้บังคับจำนองได้เลยโดยไม่ผ่านศาล กรณีนี้ทางธนาคารผู้เป็นเจ้าหนี้สามารถที่จะไปฟ้องร้องต่อศาลตามกระบวนการที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปัจจุบันได้หรือไม่ เนื่องจากหากเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลจะกลายเป็นว่ากฎหมายใหม่ไปตัดสิทธิเจ้าหนี้ที่มีอยู่

3) วรรคสองของมาตรา 729/1 “... ในกรณีที่ผู้รับจำนองไม่ได้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้ผู้จำนองพ้นจากความรับผิดชอบใน **ดอกเบี้ย** และค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ...” คำว่าดอกเบี้ยในความตามวรรคสองนี้หมายความว่าอย่างไร

4) ถ้อยคำว่า “**ผู้จ้าง**” ตามมาตรา 729/1 นั้นหมายถึงผู้ใด หมายถึงผู้จ้างที่เป็นลูกหนี้ชั้นต้นหรือผู้จ้างที่นำทรัพย์สินมาเป็นประกันหนี้อันบุคคลอื่นที่ต้องชำระ หรือหมายถึงลูกหนี้ทั้งสองประเภท

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า ผู้จ้างในมาตรานี้น่าจะหมายถึงลูกหนี้ทั้งสองประเภท เนื่องจากมาตรานี้เป็นการคุ้มครองลูกหนี้กรณีเจ้าหนี้ละเลยไม่ฟ้องศาลและทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบ บทบัญญัติในมาตรานี้จึงน่าจะเป็นกรณีเสริมสิทธิของลูกหนี้ทั้งสองประเภทให้ได้รับประโยชน์เพราะเป็นการบังคับเฉพาะกับทรัพย์สินจ้าง มิใช่ตัวทรัพย์สินอื่นๆ

2. นางกัลยาณี รุทธะกาญจน์ ตัวแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา

มีความคิดเห็นต่อข้อเสนอแนะของคณะผู้วิจัย ดังนี้

1) ไม่เห็นด้วยกับการเสนอให้แก้ไขกฎหมายมาตรา 733 ที่ทำให้ลูกหนี้ต้องรับชำระหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินที่จ้าง เนื่องจากเห็นว่าลูกหนี้ควรจะได้มีโอกาสในการทำมาหากิน เพราะขณะจ้างลูกหนี้ก็ได้มีความเสี่ยงต่อการประกอบธุรกิจอยู่แล้ว หากประกอบธุรกิจแล้วประสบปัญหาขาดทุนและทำให้ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้ หากเจ้าหนี้จะยึดทรัพย์สินจ้างแล้วขายทอดตลาดทรัพย์สิน ลูกหนี้ก็สมควรที่จะขอใช้หนี้ให้ธนาคารเฉพาะทรัพย์สินนั้นเพื่อที่จะได้มีโอกาสฟื้นคืนมาจากที่ได้ล้มไป

3. ธนาคารแห่งประเทศไทย

ธนาคารแห่งประเทศไทยมีข้อสังเกตอยู่ 2 ข้อด้วยกัน ดังนี้

1) การแก้ไขกฎหมายมาตรา 727 และมาตรา 729/1 ผ่านการอนุมัติโดย สภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2557 ตัวร่างกฎหมายนั้นให้มีผลเมื่อพ้น 90 วันนับแต่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์รักษาการ ซึ่งน่าจะเป็นการรับผิดชอบดูแลของข้อตกลงทางแพ่ง ควรจะเป็นเรื่องของกระทรวงยุติธรรมมากกว่า

2) ในเรื่องของข้อเสนอของคณะผู้วิจัย ที่จะให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเข้ามากำกับดูแลในเรื่องนี้ เนื่องจากมิได้อยู่ในขอบอำนาจของธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 โดยมีวัตถุประสงค์ดำเนินธุรกิจเป็นงานของธนาคารกลาง เพื่อดำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพทางการเงิน เสถียรภาพของระบบทางการเงิน ดังนั้นอาจจะไม่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน ตามที่คณะผู้วิจัยได้เสนอให้ธนาคารแห่งประเทศไทยกำกับดูแลและให้ใบอนุญาตเรื่องของข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไม่น่าจะมีส่วนสัมพันธ์ในเรื่องนี้

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่าหน้าที่ในการกำกับดูแลหน่วยงานในการดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินควรเป็นหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทย เนื่องจากธนาคารพาณิชย์มีหน้าที่ในการให้สินเชื่อ ก็ควรที่จะมีหน้าที่ที่สำคัญอีกกรณีหนึ่งคือความรับผิดชอบต่อลูกหนี้ โดยนำหลักเรื่อง Fiduciary Duty (หลักกฎหมายเศรษฐกิจ) มาปรับใช้ ธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดข้อมูลและลูกหนี้มากที่สุด ดังนั้น จึงเป็นการประหยัดต้นทุนในการดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น ธนาคารแห่งประเทศไทยควรเป็นผู้กำกับดูแลธนาคารพาณิชย์อีกชั้นหนึ่ง

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมข้อเสนอแนะว่าควรมีการแบ่งประเภทของลูกค้ำ ซึ่งได้แก่

1. ลูกหนี้ภาคครัวเรือน หรือ Household consumption ที่ควรให้สิทธิในการบังคับจำนอง โดยบังคับโดยฝ่ายศาลได้หรือไม่ก็ได้ เป็นลักษณะคู่ขนาน เพื่อคุ้มครองลูกหนี้ที่ไม่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ
2. ลูกหนี้ภาคธุรกิจ หรือ Business consumption ที่ควรให้บังคับจำนองได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านศาล เพื่อความรวดเร็วและคล่องตัวในการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง

4. ธนาคารกรุงเทพ

1) มีความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งประเด็นปัญหาที่ได้จากโจทย์วิจัยเป็นสองประเด็น ที่ว่ามีปัญหาในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 733 ส่วนหนึ่ง และปัญหาในการบังคับจำนองส่วนหนึ่ง ทางธนาคารมีความเห็นว่าปัญหาที่แท้จริงอยู่ที่ความล่าช้าของกระบวนการบังคับคดี เช่น การร้องขอทรัพย์ที่ไม่จำกัดจำนวน ทำให้การบังคับคดีล่าช้าออกไป ส่วนการกำหนดกรอบของการบังคับคดีให้บังคับแล้วเสร็จภายใน 10 ปีนั้นเป็นเรื่องยาก เนื่องจากทรัพย์บางชิ้นขาดความน่าสนใจทำให้ไม่มีผู้ประมูล ระยะเวลาการขายทรัพย์ก็ต้องใช้ระยะเวลาเป็นเรื่องธรรมดา เจ้าหน้าที่และกรมบังคับคดีก็ได้ดำเนินการตามกระบวนการอย่างถูกต้องแล้ว

2) ดอกเบี้ยที่กรมบังคับคดีถือไว้ก่อนการชำระบัญชีและส่งมอบชำระหนี้ให้กับเจ้าหน้าที่ควรมีการแบ่งชำระหนี้ของเจ้าหน้าที่ด้วย

5. กรมบังคับคดี

กรมบังคับคดีชี้แจงเรื่องการบังคับคดีล่าช้า เนื่องด้วยการบังคับจำนองหรือการบังคับคดีที่ดี กรมบังคับคดีปัจจุบันก็ได้มีการสร้างกรอบระยะเวลาในการดำเนินการอยู่แล้ว แต่ที่ล่าช้านั้น อาจเกิดจากการที่ลูกหนี้ร้องขอทรัพย์ อันจะโทษกรมบังคับคดีไม่ได้

6. บริษัทบริหารสินทรัพย์สุขุมวิท

ไม่เห็นด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 733 วรรคสองตามที่คณะผู้วิจัยเสนอแนะ เนื่องจากปัจจุบัน ศาลได้ตีความว่า ผู้จำนองต้องอยู่ในฐานะผู้จำนอง ไม่อยู่ในบังคับตามมาตรา 733 อยู่แล้ว นอกจากนี้ ไม่เห็นด้วยในการเสนอแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 เรื่องระยะเวลาในการดำเนินการบังคับคดีให้แล้วเสร็จภายใน 10 ปี ไม่น่าจะเป็นไปได้ เพราะการขายทอดตลาดทรัพย์สินอาจทำให้แล้วเสร็จภายใน 10 ปี ได้ยาก

7. อาจารย์สมชาย รัตนชื้อสกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

ไม่เห็นด้วยเรื่องระยะเวลาในการดำเนินการบังคับคดีให้แล้วเสร็จภายใน 10 ปี เนื่องจากบางครั้งลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ต้องการยึดถือที่ดินให้นานที่สุด เพื่อเป็นที่ดำเนินการธุรกิจต่อให้พ้นตัวต่อไปได้ และเห็นด้วยกับธนาคารกรุงเทพในส่วนของดอกเบี้ยของเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินควรนำมาชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ด้วย

ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีทรัพย์สินจำนอง ตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

9.1 การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของกระบวนการ หลังการขายทอดตลาดทรัพย์สินทั้งกรณีขายทอดตลาดทรัพย์สินผ่านศาลและไม่ผ่านศาล

คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษารวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการบังคับจำนอง และได้พบปัญหาที่เกิดขึ้นจากการสัมภาษณ์เชิงลึกในเรื่องเกี่ยวกับราคาขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองมีราคาต่ำ ทำให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษายังคงต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่ขาดอีกจำนวนมาก ซึ่งเป็นผลมาจากการตกลงใช้ช้อยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องนี้คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาระบบการบังคับจำนองของต่างประเทศ พบว่าบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด (deficiency judgment) ของมลรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาและลดข้อเรียกร้องต่างๆที่อาจมีขึ้นหลังการขายทอดตลาดทรัพย์สิน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาในหนี้ส่วนที่ขาดของมลรัฐเท็กซัสมีที่มาจากกรณีที่ลูกหนี้ต้องรับภาระในหนี้เมื่อตนผิดนัดชำระหนี้และมีสิ่งหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องสูญเสียทรัพย์สินและยังต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่ขาดซึ่งอาจจะมีจำนวนมาก ในกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยก็คือ ลูกหนี้ได้ยื่นขอให้ตนเองล้มละลาย ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น กฎหมายของมลรัฐเท็กซัสจึงได้บทบัญญัติเกี่ยวกับราคาตลาดที่เป็นธรรม (fair market value) ไว้ในกฎหมาย Texas Property Code เพื่อที่จะลดความไม่เป็นธรรมต่างๆ ของบทบัญญัติในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาในหนี้ส่วนที่ขาด

กฎหมาย Texas Property Code Section 51.003 บัญญัติสาระสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาส่วนที่ขาดจากการบังคับจำนองสำหรับการบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล กฎหมายได้ย่นระยะเวลาสำหรับการที่เจ้าหนี้จะฟ้องคดีในส่วนที่เหลือจากการบังคับจำนองได้ในระยะเวลา 2 ปี จากแต่เดิมที่ให้ฟ้องคดีขอให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในส่วนที่เหลือได้ภายใน 4 ปี ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายได้อนุญาตให้ลูกหนี้ทำคำร้องสำหรับการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมจากกระบวนการบังคับจำนองที่ไม่ผ่านศาล ถ้าหากราคาตลาดที่เป็นธรรมถูกพิจารณาว่ามีจำนวนมากกว่าราคาบังคับจำนองขายทอดตลาดลูกหนี้สามารถที่จะยกเป็นข้อต่อสู้ให้ชดเชยในหนี้ส่วนที่ขาดได้

การหาข้อเท็จจริงที่ใช้ในการตัดสินราคาตลาดที่เป็นธรรมในเวลาที่มีการบังคับจำนองขายทำ
โดยผ่านหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ราคาตลาดที่เป็นธรรม Section 51.003 แสดง
รายการของหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการในการพิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรมของทรัพย์สิน
ซึ่งประกอบด้วย

(1) หลักฐานความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักประเมินราคาอิสระ (expert testimony sale) สามารถเป็นได้ทั้งนิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดา โดยมีหน้าที่ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน
โดยตรง และนักประเมินราคาอิสระนั้นจะต้องเป็นผู้มีความรู้และมาตรฐานวิชาชีพการประเมินมูลค่า
ทรัพย์สินในระดับสูงทัดเทียมกับมาตรฐานสากล และสอดคล้องกับเงื่อนไขและข้อจำกัดของประเทศ
ไทยตามจรรยาบรรณทางวิชาชีพ

(2) ราคาเปรียบเทียบ (comparable sales) เป็นราคาขายในปัจจุบันของสินทรัพย์ที่มี
ลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยใช้เป็นราคาอ้างอิงในการหาราคาตลาดของสินทรัพย์ที่ต้องการประเมิน
มูลค่า โดยเชื่อว่าสินทรัพย์ที่ประเมินมูลค่าจะสามารถขายได้ที่ราคาใกล้เคียงกับสินทรัพย์ที่ใช้อ้างอิง
โดยปัจจัยที่สำคัญที่ใช้ในการกำหนดราคาเปรียบเทียบมีดังนี้

2.1) ช่วงเวลาที่สามารถขายสินทรัพย์อ้างอิง โดยนิยมใช้ราคาซื้อขายสินทรัพย์อ้างอิง
ย้อนหลังไม่เกิน 3 เดือน สำหรับสินทรัพย์ที่มีการเปลี่ยนแปลงราคาบ่อย และใช้ราคาซื้อขายสินทรัพย์
อ้างอิงย้อนหลังไม่เกิน 6 เดือน สำหรับสินทรัพย์ที่ไม่ค่อยมีการเคลื่อนไหวของราคา

2.2) ความใกล้เคียงของสินทรัพย์ที่ต้องการประเมิน โดยปกติแล้วจะใช้สินทรัพย์ที่อยู่
ภายในพื้นที่ใกล้เคียงกัน โดยยิ่งสินทรัพย์นั้นอยู่ใกล้สินทรัพย์ที่ต้องการประเมินมากเท่าไรยิ่งดี
เพราะจะทำให้ได้มูลค่าประเมินใกล้เคียงมากขึ้น

2.3) ขนาดของสินทรัพย์ เนื่องจากราคาต่อขนาดของพื้นที่ที่มีขนาดเล็กจะสูงกว่าราคา
ต่อพื้นที่ที่มีขนาดใหญ่ จึงไม่ควรนำราคาต่อพื้นที่มาเปรียบเทียบโดยตรง ควรเปรียบเทียบขนาดของ
สินทรัพย์ที่มีความใกล้เคียงกันโดยต่างกันไม่เกิน 10 เปอร์เซ็นต์

2.4) อายุและลักษณะของการก่อสร้าง การก่อสร้างในแต่ละช่วงเวลาจะใช้วัสดุที่มี
ความคงทนไม่เท่ากัน เช่น บ้านที่ใช้กระเบื้องมุงหลังคาจะทนทานกว่าบ้านรุ่นใหม่ที่ใช้หลังคา
สังเคราะห์

2.5) ลักษณะของพื้นที่ โดยพื้นที่ที่มีขนาดของสนามเยอะจะทำให้ตัวอาคารมีขนาดเล็ก
จึงต้องเปรียบเทียบพื้นที่ใช้สอยด้วย แต่ถ้าสร้างอาคารจนเต็มพื้นที่ไม่มีสนามหญ้าอาจไม่เป็นที่ยอมรับ
สำหรับผู้อยู่อาศัยที่มีลักษณะแบบครอบครัว

2.6) สภาพหรือลักษณะของสินทรัพย์ เช่น บ้านที่ถูกธนาคารยึด ไม่มีเครื่องใช้ไฟฟ้า
และสภาพเสื่อมโทรมจะมีราคาน้อยกว่าบ้านที่มีการตกแต่งในสภาพดีเป็นอย่างมาก

(3) ระยะเวลาในการทำตลาดโดยประมาณและต้นทุนการถือครอง (Anticipated marketing time and holding costs) เนื่องจากในการซื้อขายสินทรัพย์อาจกินเวลานานทำให้สินทรัพย์นั้นมีต้นทุนเพิ่มขึ้น เช่น ดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นตามมูลค่าทางเวลา และค่าเสื่อมสภาพของสินทรัพย์ จึงต้องนำปัจจัยเหล่านี้มาพิจารณาด้วย

(4) ต้นทุนในการขาย (Cost of sale) หมายถึง ค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินทรัพย์ เช่น ค่าธรรมเนียมนายหน้า ค่าภาษีในการขาย

(5) ส่วนลดจากราคาขายในอนาคตใดๆที่จำเป็น หรือกระแสเงินสดที่ได้รับจากสินทรัพย์นั้นตามราคาตลาดที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม รายการที่แสดงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์แบบกว้างๆ ลูกหนี้สามารถที่จะเสนอหลักฐานอื่นๆ เพื่อแสดงถึงราคาตลาดที่เป็นธรรม และเพื่อให้ศาลพิจารณาราคาขายที่เป็นธรรมมีจำนวนมากกว่าราคาขาย ณ วันที่มีการขาย²⁴¹

กล่าวโดยสรุป คือ คณะผู้วิจัยเสนอให้เพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของกระบวนการหลังการขายทอดตลาดทรัพย์สินทั้งกรณีผ่านศาลและไม่ผ่านศาล กล่าวคือ ลูกหนี้มีสิทธิร้องต่อศาลหากเห็นว่าราคาทรัพย์สินที่ขายได้เป็นราคาตลาดที่ไม่เป็นธรรม โดยลูกหนี้ต้องมีภาระในการพิสูจน์ โดยแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้อง คือ

- 1) หลักฐานความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักประเมินราคาอิสระ
- 2) ราคาเปรียบเทียบ
- 3) ระยะเวลาในการทำตลาดโดยประมาณและต้นทุนการถือครอง
- 4) ต้นทุนในการขาย เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าโฆษณา
- 5) ส่วนลดจากราคาขายในอนาคตใดๆที่จำเป็น หรือกระแสเงินสดที่ได้รับจากสินทรัพย์นั้นตามราคาตลาดที่เป็นธรรม
- 6) หลักฐานอื่นๆ เพื่อแสดงถึงราคาตลาดที่เป็นธรรม

²⁴¹ Greg Weselka, Real Property Deficiency Judgments-Texas Enacts Fair Market Value Statutes –Tec.Prop. Code. Ann Section 51.003-.005 (VERNON SUPP.1992). School of Law, Texas Tech University.



9.2 การจัดตั้งหน่วยงานเอกชนให้เป็นผู้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยไม่ผ่านศาลพร้อมทั้งช่วยเหลือลูกหนี้

จากการศึกษาวิจัยแนวทางในการบังคับจำนองของต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา และข้อมูลที่ได้การสัมภาษณ์เชิงลึกในส่วนของตัวแทนลูกหนี้ทำให้ได้ค้นพบประเด็นข้อสังเกตที่สำคัญอยู่ 2 ประเด็น กล่าวคือ

ประเด็นแรก ในการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure) นั้นมีประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า ถ้าไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ อันได้แก่ ศาล (หรือในกรณีของประเทศไทย คือ กรมบังคับคดี) ทำหน้าที่ในการทำการบังคับจำนองแล้ว หน่วยงานหรือองค์กรเอกชนอื่นใดจะเข้ามาทำหน้าที่นี้แทน ซึ่งในกรณีของประเทศไทยมี Trustee ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่บังคับจำนองและนำส่งหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองขายหรือขายทอดตลาดทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้

ประเด็นที่สอง ในกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย การที่ลูกหนี้เข้าทำสัญญากู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงิน อำนาจในการต่อรองของลูกหนี้มีน้อยกว่าเจ้าหนี้อย่างเห็นได้ชัด ทำให้ในบางครั้งลูกหนี้จำต้องลงลายมือชื่อในสัญญากู้เงินที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีข้อตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยที่ตนอาจไม่มีทางเลือกมากนัก และในบางกรณีก็เป็นการที่ลูกหนี้ลงลายมือชื่อในสัญญาโดยที่ตัวลูกหนี้เองไม่ได้ทราบหรือไม่เข้าใจอย่างถ่องแท้ว่าการยกเว้นการบังคับใช้มาตราดังกล่าวจะส่งผลอย่างไรกับตน ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว ซึ่งรวมไปถึงการตระหนักถึงผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนของการบังคับจำนองอันเนื่องมาจากข้อตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 ข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึกในกลุ่มตัวแทนลูกหนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงความต้องการที่สำคัญของกลุ่มลูกหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งลูกหนี้รายย่อยภาคครัวเรือนที่ต้องการหน่วยงานหรือองค์กรที่จะเข้ามาทำหน้าที่ให้คำแนะนำและคำปรึกษาให้แก่ตัวลูกหนี้ตั้งแต่เริ่มก่อนที่จะเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินผูกพันตัวเองเป็นลูกหนี้ จนไปถึงให้ความช่วยเหลือลูกหนี้หากเกิดปัญหาหรือความเสียหายเปรียบอันเกิดจากการบังคับจำนองที่ไม่เป็นธรรมแก่ตัวลูกหนี้

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นข้อสังเกตทั้งสองประเด็นที่กล่าวมาข้างต้น คณะผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรจะมีการจัดตั้งหน่วยงานเอกชน ซึ่งหมายถึง องค์กรหรือหน่วยงานที่เป็นอิสระจากทางราชการ ทำหน้าที่คล้ายกรมบังคับคดีภายใต้กรอบที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจสามารถทำได้ และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยธนาคารแห่งประเทศไทย เพื่อเป็นทางเลือกให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนอง (ที่ปัจจุบันมีเพียงกรมบังคับคดีเท่านั้น) เพื่อก่อให้เกิดความรวดเร็วในการบังคับจำนอง รองรับ การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล และให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ด้านการบังคับจำนอง โดยหน่วยงานเอกชนนี้จะทำหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1) ในกรณีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงที่จะให้มีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure) หน่วยงานเอกชนที่คณะผู้วิจัยเสนอให้มีการจัดตั้งจะทำหน้าที่ในการบังคับจำนองและขายหรือขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ โดยหน่วยงานเอกชนจะทำหน้าที่คล้ายกรรมบังคับคดีในปัจจุบัน แต่หน่วยงานเอกชนนี้จะป็นอิสระจากรัฐ เพื่ออำนวยความสะดวกเร็วในการบังคับจำนอง

** ข้อสังเกต ** เนื่องจาก มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 ได้มีการแก้ไขส่วนของการบังคับจำนองเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ ดังนี้

“มาตรา 729/1 เวลาใดๆ หลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระ ถ้าไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้ ผู้จำนองมีสิทธิแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนองเพื่อให้ผู้รับจำนองดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยผู้รับจำนองต้องดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งนั้น ทั้งนี้ ให้ถือว่าหนังสือแจ้งของผู้จำนองเป็นหนังสือยินยอมให้ขายทอดตลาด

ในกรณีที่ผู้รับจำนองไม่ได้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้ผู้จำนองพ้นจากความรับผิดชอบในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้นบรรดาที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองได้เงินสุทธิจำนวนเท่าใด ผู้รับจำนองต้องจัดสรรชำระหนี้และอุปกรณ์ให้เสร็จสิ้นไป ถ้ายังมีเงินเหลือก็ต้องส่งคืนให้แก่ผู้จำนอง หรือแก่บุคคลผู้ควรจะได้เงินนั้น

แต่ถ้าได้เงินน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 733 และในกรณีที่ผู้จำนองเป็นบุคคลซึ่งจำนองทรัพย์สินเพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ผู้จำนองย่อมรับผิดชอบเพียงเท่าที่มาตรา 727/1 กำหนดไว้”

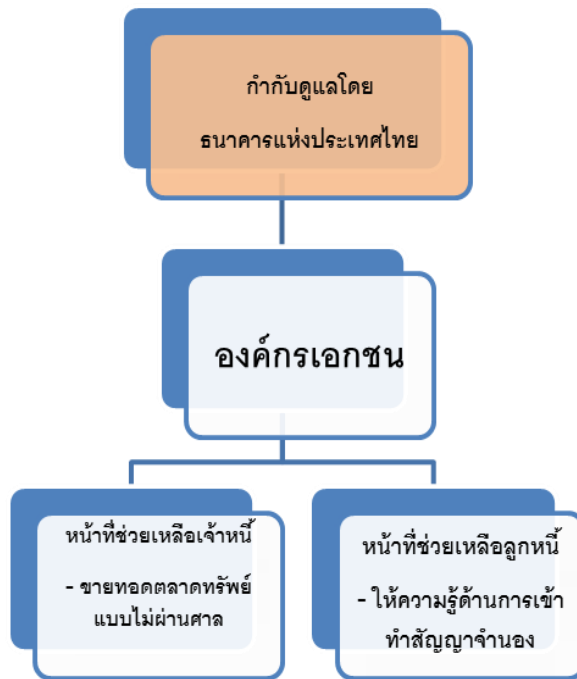
การแก้ไขกฎหมายจำนองใหม่นี้ นอกจากจะให้ความคุ้มครองผู้จำนองเพิ่มมากขึ้นแล้วยังเปิดโอกาสให้ผู้รับจำนองสามารถดำเนินการบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลและดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งโดยปกติจะมีกระบวนการที่ใช้เวลาค่อนข้างนานอันส่งผลให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ล่าช้า โดยลูกหนี้จะต้องเป็นผู้ร้องขอ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายจะเปิดช่องให้ดำเนินการบังคับจำนองโดยไม่ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลได้และไม่ต้องไปดำเนินการบังคับคดีที่กรมบังคับคดีแต่อย่างใด ในทางปฏิบัติ ช่วงแรกอาจมีข้อสงสัยว่าการดำเนินการบังคับจำนองดังกล่าวจะดำเนินการอย่างไรให้ถูกต้องและไม่เสี่ยงต่อการ

ถูกฟ้องเพิกถอนการบังคับจำนองในภายหลัง อนึ่ง ผลของงานวิจัยชิ้นนี้นั้นเสนอทางเลือกแก้ไขปัญหาการบังคับจำนองที่ล่าช้านั้นด้วยวิธีการ การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการบังคับจำนองรูปแบบใหม่ตามมาตรา 729/1 ซึ่ง “หน่วยงานเอกชน” ที่คณะผู้วิจัยเสนอนั้น อาจเป็นทางแนวทางให้แก่การดำเนินการในการขายทอดตลาดทรัพย์สินในการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลตามมาตรา 729/1 นี้ได้ โดยจะได้รับประโยชน์ทั้งการจัดตั้ง การกำกับดูแล และการให้คำปรึกษาอีกด้วย

2) หน่วยงานเอกชนนี้ ควรต้องมีหน้าที่ที่สำคัญอีกประการด้วย คือ ให้ความช่วยเหลือแก่ลูกหนี้ ทั้งในด้านการให้ข้อมูล ให้คำแนะนำ และข้อควรพิจารณาต่างๆที่อยู่ในสัญญากู้ยืมเงิน รวมถึงการชี้แจงถึงผลของข้อตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้กับบุคคลก่อนที่บุคคลนั้นจะเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินและกลายเป็นลูกหนี้ นอกจากการให้คำแนะนำในขั้นตอนก่อนทำสัญญา หน่วยงานเอกชนนี้ควรทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือ และให้คำปรึกษาต่างๆ ตลอดช่วงเวลาระหว่างที่ลูกหนี้อยู่ในสัญญา ตลอดจนถึงในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และมีการบังคับจำนองเกิดขึ้น โดยในหน้าที่การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้นั้น หน่วยงานเอกชนนี้จะต้องทำหน้าที่โดยมีเป้าหมายสูงสุดคือทำให้ลูกหนี้ได้รับความเป็นธรรมจากสัญญากู้ยืมเงิน รวมถึงความเป็นธรรมในกระบวนการบังคับจำนองด้วย

กล่าวโดยสรุป คือ หน่วยงานเอกชนนี้จะทำหน้าที่เหมือนเหรียญสองด้าน ในด้านหนึ่งจะทำหน้าที่ในการบังคับจำนองให้กับเจ้าหนี้ (ในกรณีที่มีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล) ซึ่งด้านนี้เป็นการดำเนินการไปเพื่อผลประโยชน์ของตัวเจ้าหนี้ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงิน) แต่อีกด้านหนึ่งก็ต้องทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ลูกหนี้ตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินอยู่ในระหว่างสัญญา และเมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้และเกิดการบังคับจำนองขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ตัวลูกหนี้ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้



อย่างไรก็ตาม ในการที่จะจัดตั้งหน่วยงานเอกชนเพื่อที่จะทำหน้าที่ทั้งสองประการ (หรือสองด้าน) ดังกล่าว มีข้อพิจารณาที่สำคัญอยู่หลายประการด้วยกัน

ข้อพิจารณาประการแรก

เนื่องจากความพร้อมในการจัดตั้งหน่วยงานเอกชนตามที่ได้เสนอแนะนั้น อาจมีอุปสรรคในการจัดตั้ง เช่น งบประมาณ หรือบุคลากร ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงขอเสนอรูปแบบขององค์กรเอกชนเป็น 2 รูปแบบด้วยกัน

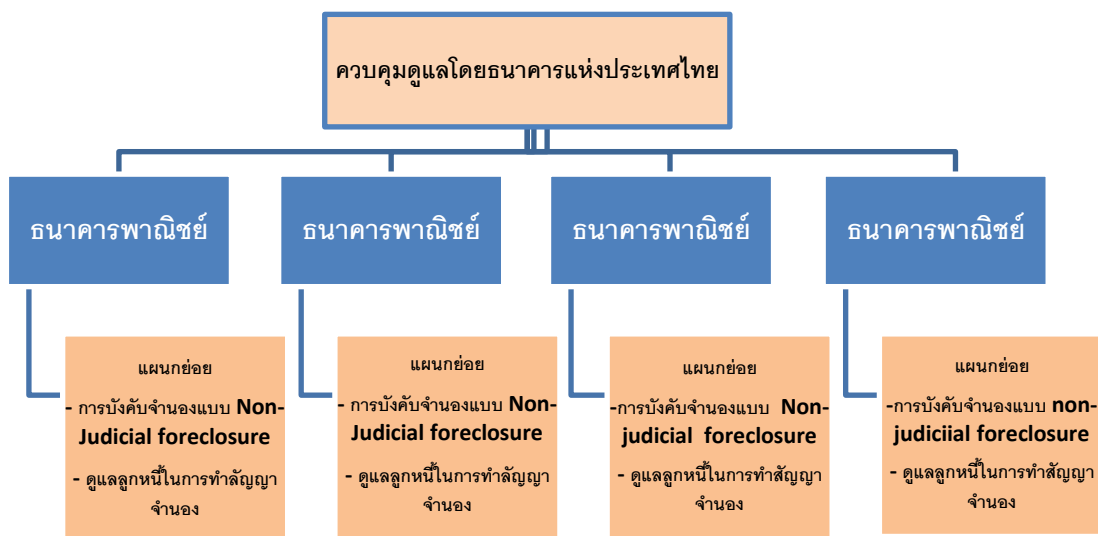
รูปแบบที่ 1: หน่วยงานเอกชนดังกล่าวควรที่จะจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นหน่วยงานในรูปแบบของแผนกหนึ่งที่ตั้งขึ้นไว้กับตัวเอง หรือองค์กรเอกชนในรูปแบบบริษัทที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากธนาคาร คณะผู้วิจัยเสนอว่าในเบื้องต้นนั้นหน่วยงานนี้ควรอยู่ในรูปแบบของแผนกหนึ่งที่ตั้งขึ้นโดยได้รับเงินสนับสนุนจากสถาบันการเงินผู้ตั้งแผนกนั้นเป็นหลัก โดยสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ทุกแห่งควรมีหน่วยงานนี้ เหตุผลสำคัญที่หน่วยงานนี้ในเบื้องต้นควรจัดตั้งโดยสถาบันการเงินนั้น เพราะว่าหน่วยงานนี้มีหน้าที่ด้านหนึ่งในการบังคับจำนองเอาอสังหาริมทรัพย์ชายหรือชายทอดตลาดทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงิน ดังนั้นการจัดตั้งหน่วยงานนี้ขึ้นเป็นแผนกในสถาบันการเงินจะช่วยอำนวยความสะดวกให้กับสถาบันการเงินได้ในเรื่องของการติดต่อประสานงาน และการเข้าถึงและแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงานกับสถาบันการเงิน (ซึ่งโดยปกติสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้จะทำการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับลูกหนี้กันอยู่แล้ว)

รูปแบบที่ 2: เมื่อภาคเอกชนอื่นๆ ที่ไม่ใช่สถาบันการเงินมีความพร้อม ก็สามารถที่จะจัดตั้งหน่วยงานเอกชนนี้ขึ้นมาในรูปแบบของบริษัทแยกต่างหากจากสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ได้

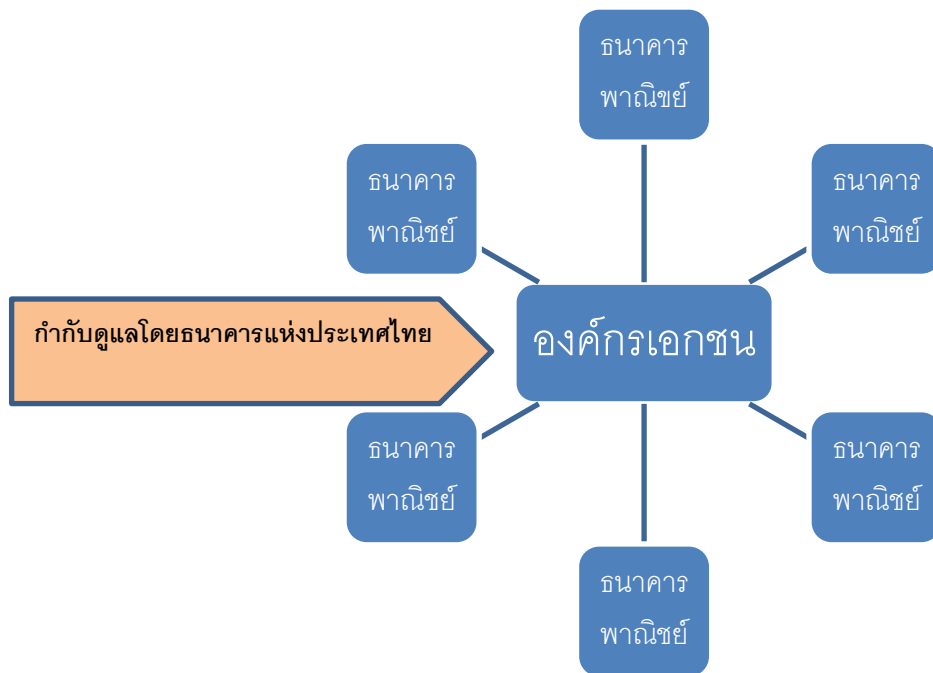
แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ข้อเสนอแนะนี้ไม่ได้ตัดทางที่ภาคเอกชนอื่นๆที่จะจัดตั้งหน่วยงานนี้เป็นบริษัทเอกชนซึ่งมีความเชี่ยวชาญในการบังคับจำนองแบบโดยไม่ผ่านศาลแยกต่างหากจากตัวสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สร้างองค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่คล้ายกรมบังคับคดีในการบังคับคดีโดยเฉพาะ ให้เป็นทางเลือกให้กับคู่ความ และหน่วยงานเอกชนในรูปแบบที่ 2 นี้ จะเป็นศูนย์กลางของธนาคารพาณิชย์หรือเจ้าหนี้รายย่อยเข้ามาขายทอดตลาดทรัพย์สิน เพื่อความสะดวกรวดเร็วและลดภาระของกรมบังคับคดีด้วย

แบบแสดงการจัดตั้ง “หน่วยงานทางเอกชน”

รูปแบบที่ 1



รูปแบบที่ 2



ข้อพิจารณาประการที่สอง

ลักษณะของการทำหน้าที่ของหน่วยงานเอกชน หน่วยงานนี้อาจถูกจัดตั้งในรูปแบบของแผนกหนึ่งในสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้และได้รับเงินสนับสนุนจากตัว สถาบันการเงินเอง อย่างไรก็ตามหน่วยงานนี้มีหน้าที่อีกด้านหนึ่งคือ การให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา และแนะนำผู้ที่จะเข้ามาทำสัญญากู้ยืมเงินเป็นลูกหนี้ และลูกหนี้ในระหว่างสัญญา ตลอดจนเมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้และมีการบังคับจำนอง ซึ่งสิ่งนี้อาจก่อให้เกิดความกังขาในตัวหน่วยงานนี้ว่าจะทำหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ได้มากน้อยเพียงใด

อย่างไรก็ดี หน่วยงานนี้แม้จะถูกจัดตั้งและได้รับเงินสนับสนุนจากสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ แต่หน่วยงานนี้ต้องคำนึงถึงหน้าที่ในการดำเนินการต่างๆเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้เสมอ โดยอาศัยหลักความซื่อสัตย์ในการให้บริการซึ่งผู้ให้บริการจะต้องมีต่อลูกค้า (fiduciary duty) ซึ่งหมายถึงว่าผู้ให้บริการต้องดำเนินงานเพื่อผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการตามที่ตนได้รับความไว้วางใจ ซึ่งมีหน้าที่หลักที่หน่วยงานนี้ต้องปฏิบัติอยู่ด้วยกัน 4 ประการ อันได้แก่

1. ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) กล่าวคือ หน่วยงานนี้จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและต้องดูแลไม่ให้เกิดความเสียหายหรือความเสียหายเปรียบแก่ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ใช้บริการ

2. ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) กล่าวคือ หน่วยงานนี้ต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อลูกหนี้ ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยมุ่งรักษาผลประโยชน์ของตัวลูกหนี้เป็นสำคัญ

3. ปฏิบัติหน้าที่โดยเป็นไปตามกฎระเบียบ (Duty of Obedience) กล่าวคือ หน่วยงานนี้ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กรอบการทำงานให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎระเบียบ หรือ ข้อบังคับต่างๆที่เกี่ยวข้อง

4. ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความโปร่งใส (Duty of Transparency) กล่าวคือ หน่วยงานนี้ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความโปร่งใสต่อลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ใช้บริการ และให้ลูกหนี้สามารถตรวจสอบได้ใน ทุกขั้นตอนของการปฏิบัติ

นอกจากนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดสถาบันการเงินที่หน่วยงานนี้ตั้งอยู่ทำการแทรกแซงหรือ มีอิทธิพลเหนือการดำเนินงานในการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ของหน่วยงานนี้ ซึ่งอาจจะกระทบต่อ ความน่าเชื่อถือ ความเชื่อมั่นของหน่วยงานในการให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษาแก่ลูกหนี้ลดลง และ อาจก่อให้เกิดความกังขาในการให้ความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ หน่วยงานนี้ควรต้องดำเนินงานในส่วน ของการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้โดยยึดหลักความเป็นอิสระ (independence) เป็นสำคัญ กล่าวคือ ในการดำเนินงานช่วยเหลือลูกหนี้นั้น หน่วยงานนี้ต้องมีอิสระในการให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา ตลอดจนการตัดสินใจเพื่อดำเนินงานอื่นใดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ในทุกขั้นตอนตั้งแต่ก่อน เข้าทำสัญญาไถ่กู้ยืมเงิน ตลอดช่วงเวลาสัญญา จนถึงเมื่อผิดนัดชำระหนี้และเกิดการบังคับจำนอง เกิดขึ้น

ข้อพิจารณาประการที่สาม คือหน่วยงานนี้ควรจะต้องอยู่ภายใต้กรอบหรือมาตรฐานใน การดำเนินงาน ซึ่งคณะผู้วิจัยเสนอให้ธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นองค์กรรัฐที่กำกับดูแลสถาบัน การเงินเป็นผู้วางระเบียบและมาตรฐาน ซึ่งอาจต้องมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาใหม่เพื่อให้อำนาจแก่ ธนาคารแห่งประเทศไทยในการวางระเบียบและมาตรฐาน ตั้งแต่ในเรื่องของการจัดตั้งว่าการจะจัดตั้ง หน่วยงานนี้จะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร หน่วยงานนี้มีหน้าที่อย่างไร (เช่น การให้คำแนะนำในเบื้องต้น ต่อผู้ที่ต้องการกู้เงิน ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในเรื่องข้อกฎหมาย การให้คำแนะนำเรื่องการ ดำเนินการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้ ให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำแก่ลูกหนี้ ในกระบวนการบังคับจำนองและการชำระหนี้ในส่วนที่ขาด) และการดำเนินงานต้องเป็นไปตาม หลัก fiduciary duty และ Independence ซึ่งได้กล่าวไว้ข้างต้น

นอกจากนี้ยังต้องมีการดำเนินงานต่างๆของหน่วยงานนี้จะต้องมีการตรวจสอบโดย ธนาคารแห่งประเทศไทย โดยทางธนาคารแห่งประเทศไทยอาจจัดตั้งฝ่ายตรวจสอบขึ้นมาอีกฝ่าย ภายใต้อกรอบการทำงานเสถียรภาพทางสถาบันการเงิน ในสายกำกับสถาบันการเงิน เพื่อทำหน้าที่ ตรวจสอบหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ที่อยู่กับธนาคาร เพื่อให้การดำเนินงานของหน่วยงานนี้ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อรักษาผลประโยชน์ของลูกหนี้ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตอย่างแท้จริง

- กฎหมายต่างประเทศ. [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก : http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content_1/detail/th/7619/7619.doc. เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2557.
- กุศล บุญยืน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2540.
- เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี, เอกสารประกอบแนวทางการศึกษา วิชา LA 702 เรื่อง ระบบกฎหมายสำคัญของโลก และสัญญา [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก : <http://www.lawprachin.com/fileadmin/templates/.../702-5.doc> เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2557.
- กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ[ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก : http://www.lrc.t.go.th/th/?wpfb_dl=696 เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 57
- จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: วิเคราะห์หลักการผล กระทบ ปัญหาอุปสรรค และ Workshop 6 มิถุนายน 2541 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ.
- จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2555.
- จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2528.
- ชนินทร์ พิทยาวิธ, การบริหารสินเชื่อสถาบันการเงินครบวงจร, บริษัท อักษรโสภณ จำกัด, 2547.
- ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: กรุงเทพฯ, 2539.
- ดุขฎิ จันทรปรีดา, ข้อตกลงในสัญญาจำนอง : พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก๊ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- ธรรมบุญ โสภารัตน์, หลักเศรษฐศาสตร์, กรุงเทพมหานคร: ป สัมพันธ์พาณิชย์, 2529.
- นพดล ปกรณ์นิมิตรดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

- ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ, สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, สิทธิเกี่ยวและการยกข้อต่อสู้ของผู้จำนองต่อผู้รับจำนอง, งานวิจัยเสริมหลักสูตร วิชา กฎหมายว่าด้วยบุคคลและทรัพย์สิน เรื่อง สิทธิเกี่ยวและการยกข้อต่อสู้ของผู้จำนองต่อผู้รับจำนอง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บทนำ.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วนิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-220, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2502.
- ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2551.
- รชต จำปาทอง, ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... , วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ระวัง เนตรโพธิ์แก้ว, หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พิทักษ์อักษร, 2530.
- รัตนา สายคณิต และ ชลลดา จามรกุล, หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, กรุงเทพมหานคร: เขียวบุคพับริช เซิร์, 2537.
- ลลิตา หงษ์รัตนวงศ์, อนุพันธ์และการบริหารความเสี่ยง, ดีเอ็มพี เอ็กเซลส, 2556.
- วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551.
- ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- สมชัย ชีมาอุตมาร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค ๔ วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, กรุงเทพฯ : ส.ไพบุลย์การพิมพ์, 2549.
- สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, “ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารอัยการ, เล่มที่ 158, เมษายน, 2534.
- สำรวจญี่ปุ่น. [Online]. Access from: <http://www.th.emb-japan.go.jp/th/japan/explorejp/page 01-05.pdf>. Accessed 10 July 2014.
- สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ, สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพฯ, 2540.

- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2539.
- อรนุช อาษาทองสุข, การควบคุมการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- Achim Dübel, Models in Mortgage Protection: European Evidence. Housing Finance International 12, 1998.
- Alastair Hudson, Equity and Trust. 7th ed., Oxon : Routledge, 2013.
- Andrea Torrente and Piero Schlesinger, Manuale di Diritto Privato, Rome: Giuffrè Editore.
- Andrew Burrows, Understanding the Law of Obligations : Essays on Contract, Tort and Restitution, Hart Publishing : Oxford, 1998.
- Authors:** Janet Ford, Elaine Kempson, Marilyn Wilson, Mortgage Arrears and Possessions; perspectives from borrowers, lenders and the courts DETR.
- Butler Stephen., Mariya Kravkova, and Mehnaz Safavian. "Mortgage registration and Fore closure around the globe: evidence from 42 countries." Housing Finance International, *September*, 2009.
- Butler, Stephen. 2003. "Housing Finance in Emergency Markets: Policy and Regulatory Challenges." World Bank Institute, Washington, DC. Access from: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156603/housing/agenda.html>. Accessed 31 July 2014.
- CA Foreclosure Postponement Reasons. [Online]. Access from: <http://www.proper tyradar.com/guides/foreclosure-101/foreclosure-process/california/postponement-reasons>. Accessed 23 August 2014.
- California Court: The Judicial Branch of California, Foreclosure, [Online]. Access from: <http://www.courts.ca.gov/1048.html>. Accessed 23 August 2014.
- Cityland & property (Holdings) Ltd v. Dabrah [1968].
- Council of Mortgage Lender, What happens if repossession occurs?, [Online]. Access from: <https://www.cml.org.uk/cml/consumers/guides/debt#>. Accessed 13 August 2014.
- Cuckmere Brick Co Ltd v. Mutual Finance Ltd [1971] EWCA Civ 9.

- CT Fair Housing Center, Representing Yourself in Foreclosure: A Guide for Connecticut Home owners. [Online]. Access from: <http://www.hartfordinfo.org/issues/wsd/HomeOwnership/CFHCForeclosureManualR3.pdf>. Accessed 23 August 2014.
- David Cox, Jeremy Trinder, Ekkehard Moeser and Endrik Lettau, Security over real estate:
Germany compared to England and Wales, [Online]. Access from: http://www.Whitecase.com/files/Publication/4cb81665-398d-40a2-9bfe-1f36d168ec4f/Presentation/PublicationAttachment/7686b052-4771-4cd4-a550-32633712dd44/Security_over_real_estate.pdf. Accessed 20 July 2014.
- Deficiency Judgments and the Perils of Anti-Deficiency Statutes, Foreclosure. [Online]. Access from: <http://www.forbes.com/sites/jayadkisson/2012/06/24/foreclosure-Deficiency-judgments-and-the-perils-of-anti-deficient-statutes/>. Accessed 23 August 2014.
- Edward Altman, Andrea Resti and Andrea Sironi, Default Recovery Rates in Credit Risk Modeling: A Review of the Literature and Empirical Evidence, working paper series, 2003.
- Eleanor Fullalove, So you can't pay your French mortgage, FrenceEntree [Online]. Access from: <http://www.frenchentree.com/french-property/law/so-you-cant-pay-your-french-mortgage/>. Accessed 17 October 2014.
- Emmanuel Gounot, "le principe de l'autonomie de la volonte' en droit prive", e'tude critique de l'individualisme juridque, 1912, 16 in FLOUR et AUBERT, *Droit Civil Les Obligations*, Vol.1, l'acte juridique.
- Eugene F. Brigham and Michael C. Ehrhardt, Financial Management, 11ed., Cengage Learning, 2005.
- European Union, Germany, [Online]. Access from: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/germany/index_en.htm. Accessed 10 July 2014.
- Federal Housing Finance Agency Office of Inspector General Website, An Overview of the Home Foreclosure Process. [Online]. Access from: http://fhfaoig1q.gov/Content/Files/SAR%20Home%20Foreclosure%20Process_0.pdf. Accessed 23 August 2014.

- Frederic Deraiche, Deficient in Deficiencies: The Potential Effects of the Refusal to Uphold Full-Recourse, Residential Real Estate Loans, [Online]. Access from: <http://www.law.illinois.edu/bljournal/post/2009/11/03/Deficient-in-Deficiencies-The-Potential-Effects-of-the-Refusal-to-Uphold-Full-Recourse-Residential-Real-Estate-Loans.aspx> Accessed 23 August 2014.
- Fionnuala Earley, 'Mortgage Possessions: Sources of Information, Legal Procedures and Trends across the UK' (2000) Housing Finance . [Online]. Access from: http://cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_45-6.pdf.pdf?ref=3277. Accessed 12 August 2014.
- Field Fisher Waterhouse, Security over Land. [Online]. Access from: <http://www.fieldfisher.com/PDF/Security-over-land.pdf>, Accessed 12 August 2014.
- Frank G. Bennett, Jr, Getting Property Right: "Informal" Mortgages in the Japanese Courts, Pacific Rim Law & Policy Journal.
- Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies*, (2nd ed), (London : Cavendish Publishing Limited, 2001).
- Giuseppe Tamburrino, *I Vincoli Unilaterali Nella Formazione Progressiva del Contracto*, 1991.
- Greg Weselka, Real Property Deficiency Judgments-Texas Enacts Fair Market Value Statutes –Tec.Prop. Code. Ann Section 51.003-.005 (VERNON SUPP.1992). School of Law, Texas Tech University.
- Habil. Christoph U. Schmid, Christian Hertel and Hartmut Wicke, Real Property Law and Procedural in European Union, [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>. Accessed 10 August 2014.
- Haley, John O. The Preliminary Contract for Substitute Performance: A Reflection of the Japanese Judicial Approach. Law in Japan, 7, 1974.
- Home Owners Alliance. [Online]. Access from: <http://hoa.org.uk/advice/guides-for-Home-owners/i-am-buying/leasehold-v-freehold-whats-the-difference/>, Accessed 10 August 2014.

- Idee, Takako, Shinichiro Iwata, and Teruyuki Taguchi. Auction Price Formation with Costly Occupants: Evidence Using Data from the Osaka District Court. *The Journal of Real Estate Finance and Economics*, 42, 1, 2011.
- Jack Beatson and Daneil Friedmnn, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon press, 1997.
- JinAh Lee, Connecticut Laws on Post-Foreclosure Deficiency Judgments. [Online]. Access from: <http://www.alllaw.com/articles/nolo/foreclosure/deficiency-laws-in-connecticut.html>. Accessed 23 August 2014.
- KazutoshiKuwahara and Geoffrey Matsunaga, Mortgage Insurance: Enhancing Credit Risk Management in a Global Financial Center. [Online]. Access from: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/japan/2006-japan/concept-papers/cp3.pdf>. Accessed 23 July 2014.
- Knightsbridge Estates Trust Ltd v. Byrne, 1939.
- Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon press ; OXFORD University Press, 1998.
- L. P. W. Van Vliet, Mortgages on immovables in Dutch law in comparison to the German mortgage and land charge. na, 2009.
- Lavelle Coldman Solicitor, Management and Enforcement of Loans and Security in England and Wales for Irish Lenders. ?, [Online]. Access from: <http://www.lavellesolicitors.ie/wp-content/uploads/2013/04/Security-Enforcement-and-Management-in-England-and-Wales-September-2009.pdf>. Accessed 13 August 2014.
- Lending Issue In Japan. [Online]. Access from: <http://www.aesintl.com/download/Lendingissues.pdf>. Accessed 20 July 2014.
- Mayer Brown, Enforcement of Security over Real Estate in Germany. [Online]. Access from: <http://www.mayerbrown.com/publications/Enforcement-of-Security-over-Real-Estate-in-Germany-01-03-2011>. Accessed 15 July 2014.
- Mortgage Law: An Overview. *Cornell University Law School*. [Online]. Access from: <http://www.law.cornell.edu/wex/mortgage>. Accessed 23 August 2014.
- Nicholas S. Wilson, “Freedom of contract and Adhesion Contracts”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.14, 1965.

- Octavia Nuiry and Staff Writer, Recourse VS. Non-Recourse Loans, [Online]. Access from: [http:// www.realtytrac.com/content/news-and-opinion/recourse-vs-non-recourse-loans-7240](http://www.realtytrac.com/content/news-and-opinion/recourse-vs-non-recourse-loans-7240).
- Olivier Hubert, Bank Finance and Regulation Multi-Jurisdictional Survey : France Enforce ment of Security Interests in Banking Transaction. [Online]. Access from:<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=2D154B93-B1EF-4B97-958F-49FDE49E2E5E>. Accessed 15 August 2014.
- Peter Sparks, Real Property and Procedure in European Union : Annotated Draft Quest ionnaire. [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/England%20and%20Wales.PDF>. Accessed 10 August 2014.
- Real Property Law and Procedure in the European Union, National Report 'Germany'. [Online]. Access from: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>. Accessed 15 July 2014.
- Recourse and Non-recourse loans. [Online]. Access from: <http://banking.about.com/od/loans/a/recourseloan.htm>. Accessed 23 August 2014.
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Oxford : Oxford University Press, 1996).
- Renato Scognamiglio, *Contratti in Generale : Trattato di Dirì Civile* (Milano: Dr.Francesco Vallardi), 1961.
- Roger J. Smith, Introduction to Land Law. Harlow: Pearson, 2nd ed., 2010.
- Stephane Glock, Real Property Law Project : France. [Online]. Access from:<http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/France.PDF>. Accessed 15 August 2014.
- Sukhninder Panesar, The Importance of Possession in Common Law Tradition. Coventry Law Journal, 8 (1), 2003, [Online]. Access from: <https://curve.coventry.ac.uk/open/file/dc090537-4f11-64cc-bb62-acb1862ed7e6/1/Importance%20of%20possession.pdf>, Accessed 11 August 2014.

-
- The Foreclosure Process. [Online]. Access from: <http://www.keepmytexashome.org/process>. Accessed 23 August 2014.
- U.S. Foreclosure Starts Edge Higher For Second Straight Month in March as Bank Repossessions Continue to Drop. [Online]. Access from: <http://www.realtytrac.com/Content/foreclosure-market-report/march-and-first-quarter-2013-foreclosure-market-report-7683>, Accessed 23 August 2014.
- Greg Weselka, Real Property Deficiency Judgments-Texas Enacts Fair Market Value Statutes –Tec.Prop. Code. Ann Section 51.003-.005 (VERNON SUPP.1992). School of Law, Texas Tech University.
- Eugene F. Brigham and Michael C. Ehrhardt, Financial Management, 11ed., Cengage Learning, 2005.
- Edward Altman, Andrea Resti and Andrea Sironi, Default Recovery Rates in Credit Risk Modeling: A Review of the Literature and Empirical Evidence, working paper series, 2003.

ภาคผนวก

ถอดเทปสรุปการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group)
โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
วันที่ 19 กันยายน 2557

ภายใต้การสนับสนุนจากกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม คณะผู้วิจัย โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้จัดการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ในครั้งนี้ขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญ คือ การรับฟังความคิดเห็นอย่างเปิดกว้างจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำข้อมูลที่ได้รับมาจัดทำประมวลข้อเสนอแนะและบทสรุปสุดท้ายของงานวิจัยโครงการนี้ต่อไป

เนื่องด้วยมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีแนวโน้มที่จะมีการแก้ไขเนื้อหาในส่วนสาระสำคัญในอนาคตอันใกล้ กล่าวคือ มาตรา 733 ในปัจจุบันนี้ บัญญัติว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนอง ออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาหลักที่ต้องศึกษาแต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบัน ได้มีการพยายามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเนื้อหาของมาตราดังกล่าวนี้อย่างไรก็ตาม โดยกระบวนการอยู่ระหว่างรอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พิจารณาโดยได้ผ่านในส่วนของทฤษฎีแล้ว ซึ่งสาระสำคัญของการเปลี่ยนแปลง คือ มีการแยกส่วนระหว่างลูกหนี้ที่เป็นหนี้ประธานกับลูกหนี้จำนอง โดยเนื้อหาที่เปลี่ยนแปลงมีดังนี้ “ถ้าเจ้าหนี้เรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ราคาท้องตลาดของทรัพย์สินนั้นต่ำกว่าเงินที่ค้างชำระ หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้แล้วได้จำนวนเงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ยังขาดอยู่นั้น” จะเห็นว่าการแยกกันอย่างชัดเจน ระหว่างลูกหนี้ประธานกับลูกหนี้จำนอง แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 733 ที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ยังไม่ประกาศใช้เป็นกฎหมาย การศึกษาของคณะผู้วิจัย จึงยังอ้างอิงอยู่กับมาตรา 733 ในปัจจุบัน โดยมาตรา 733 ในปัจจุบันนั้น ก่อให้เกิดกรณีที่ลูกหนี้กับเจ้าหนี้ โดยเฉพาะเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงิน จะมีการตกลงกันว่าไม่ให้นำมาตรา 733 มาใช้บังคับ จึงเกิดกรณีที่เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองเพื่อชำระหนี้ประธานแล้ว แต่เจ้าหนี้ยังสามารถบังคับหนี้ในส่วนที่เหลือได้เต็มจำนวน ซึ่งมีคำพิพากษารับรองไว้ว่า การตกลงกันเช่นนี้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายความว่า เจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถตกลงยกเว้นข้อความในมาตรา 733 ตรงส่วนนี้ได้ ซึ่งกรณีนี้เอง ได้มีข้อเรียกร้องจากลูกหนี้ส่งมายังกรมบังคับคดีว่า ข้อตกลงในส่วนนี้ไม่เป็นธรรมกับลูกหนี้ และนอกจากประเด็นปัญหาของมาตรา 733 โดยตัวเองแล้ว การบังคับคดีตามมาตราดังกล่าวก็มีปัญหาเช่นกัน กล่าวคือ ประเด็นกระบวนการบังคับคดีที่มีความล่าช้าด้วยสาเหตุประการต่างๆ

จุดประสงค์หลักของงานวิจัย

สามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ มิติของเศรษฐศาสตร์ และมิติของกฎหมาย ในเรื่องของความเป็นธรรมในข้อกฎหมายและความรวดเร็วในการบังคับคดี

1. มิติของเศรษฐศาสตร์

เราจะแบ่งยอดของมูลหนี้โดยยึดตามประเภทอุตสาหกรรมต่างๆ คือ หนี้ในภาคธุรกิจ ซึ่งประกอบด้วย อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม ก่อสร้าง และอื่นๆ อีกส่วนคือ หนี้เพื่อการอยู่อาศัยและหนี้ภาคเกษตรกรรม โดยจะพิจารณาที่มูลค่าของสัญญาจำนองเทียบกับมูลค่าหลักประกันว่าเป็นสัดส่วนเท่าไร และพิจารณายอดของหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ว่าเป็นเท่าไร กล่าวคือ จะมองในส่วนของตัวเลขทางการเงินนั่นเอง

2. มิติของกฎหมาย

2.1 เพื่อศึกษาปัญหาในการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733

2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 733 ในประมวลแพ่งฯ ของไทยกับมาตราหรือมาตรการทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกันในประเทศ รวมถึงแนวทางการดำเนินการบังคับจำนองเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยคัดเลือกมาด้วยกัน 5 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษและเวลส์ ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น

2.3 เพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงและแก้ไขมาตรา 733 ให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานวิจัย

1. นำมาซึ่งข้อเสนอในการปรับปรุงส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อประชาชน
2. ช่วยสร้างมาตรการควบคุมการทำสัญญาของเอกชนให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม
3. ช่วยแก้ปัญหาต่างๆ ในกระบวนการบังคับคดีกับทรัพย์สินจำนองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีให้การดำเนินการเป็นไปด้วยความเรียบร้อย รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ข้อมูลที่ได้จากการศึกษา

1. การสัมภาษณ์เชิงลึก

ทางคณะผู้วิจัย ได้ทำการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับกรณีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ซึ่งได้แก่ ฝ่ายเจ้าหนี้ ตัวแทนลูกหนี้ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านเศรษฐศาสตร์ โดยสรุปปัญหาจากการสัมภาษณ์ได้ดังนี้

1.1 ปัญหาข้อกฎหมายตามมาตรา 733 ที่ทางฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้มีความคิดเห็นที่ต่างกัน โดยฝ่ายเจ้าหนี้ เช่น ธนาคาร หรือบริษัทบริหารสินทรัพย์ มองว่าควรให้มีการตกลงให้ใช้ข้อยกเว้น เพราะควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้ประธานให้ครบเนื่องจากเป็นปัจจัยในการพิจารณาการปล่อยสินเชื่อตั้งแต่ต้น เช่น ถ้าไม่มีหลักประกันก็จะปล่อยสินเชื่อให้กับลูกหนี้น้อย ในขณะที่ลูกหนี้ จะกล่าวว่า

ข้อสัญญาข้อนี้ต้นไม่ทราบมาก่อนในขณะที่ทำสัญญากู้เงิน ซึ่งอาจจะเข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในรูปแบบของการเขียนตัวหนังสือที่มีขนาดเล็ก หรือในกรณีที่เจ้าหนี้ไม่แจ้ง

1.2 ปัญหาระยะเวลากระบวนการฟ้องร้องคดี โดยบางคดีมีการอุทธรณ์ฎีกา และร้องชดเชยทรัพย์เกิดขึ้น ทำให้คดียืดเยื้อไปถึง 5 ปีก็มี ทำให้ตัวทรัพย์ที่เป็นหลักประกันเสื่อมราคาไป ไม่ได้ราคาเท่ากับที่ควรจะได้ หรืออาจมีค่าส่วนกลางที่เพิ่มขึ้น ซึ่งกรณีนี้ถือได้ว่าเป็นภาระทั้งกับเจ้าหนี้และลูกหนี้

1.3 ปัญหากระบวนการบังคับคดีที่ล่าช้า เกิดได้กับทั้งสองฝ่าย คือ ทางฝ่ายลูกหนี้มีความผูกพันกับบ้านไม่ยอมเสียบ้านไป อาจกระทำการโดยวิธีใดๆที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น ร้องชดเชยทรัพย์ ซึ่งตรงนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนครั้งเอาไว้ ทำให้การบังคับคดีเนิ่นช้าออกไปเรื่อยๆ ส่วนทางฝ่ายเจ้าหนี้เอง เช่น ธนาคาร ก็อาจจะตั้งเรื่องที่กรมบังคับคดี ซึ่งในการบังคับขายค่อนข้างช้า กรณีนี้ ภาระก็จะตกแก่ลูกหนี้ นั่นคือ มีดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้น โดยดอกเบี้ยนั้น จะคิดต่อเนื่องจนกว่าจะขายทอดตลาดได้

1.4 ปัญหาในเรื่องการประเมินราคาทรัพย์ ปัจจุบันกรมบังคับคดีใช้หลักเกณฑ์ตามกรมธนารักษ์ ซึ่งไม่สอดคล้องตามสภาพตลาดอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน ในจุดนี้อาจจะต้องมีการปรับหลักเกณฑ์ หรือมีการตั้งหน่วยงานเฉพาะขึ้น เพื่อรับผิดชอบในเรื่องเกี่ยวกับการประเมินราคาทรัพย์โดยเฉพาะ

2. กระบวนการบังคับคดีเกี่ยวกับการบังคับจำนองในต่างประเทศ

2.1 การบังคับคดีของประเทศสหรัฐอเมริกา

กระบวนการที่น่าสนใจและอาจนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ มีดังนี้

1). การบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการบังคับคดี 2 ลักษณะ คือ การบังคับคดีแบบผ่านศาล ซึ่งไม่เป็นที่นิยม และการบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล โดยรัฐต่างๆ จะกำหนดไว้ว่า กรณีใดจะให้บังคับคดีแบบใดได้บ้าง

การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลเป็นที่นิยมมาก ผู้ให้กู้สามารถดำเนินการบังคับจำนองได้เองกำหนดไว้ในสัญญาหลักประกันเลย ข้อดีคือ สะดวก รวดเร็ว ลดขั้นตอนที่จะต้องไปยื่นเอกสารต่อศาลได้ดีมาก เจ้าหนี้ก็จะได้รับชำระหนี้อย่างรวดเร็ว และลูกหนี้พ้นภาระจากการเป็นหนี้ได้เร็วขึ้น

2). มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินที่บัญญัติในเรื่องขอให้พิจารณาราคาตลาดที่เป็นธรรม โดยการที่จะขอในเรื่องนี้ได้ จะต้องเป็นการบังคับจำนองแบบไม่ผ่านศาล โดยในขณะที่ขายถ้าลูกหนี้เห็นว่า ราคาที่ขายได้เป็นราคาที่ไม่เป็นธรรม ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ว่า ไม่เป็นธรรมอย่างไร โดยต้องเข้าเรื่องขอตั้งต่อไปนี้ คือ

- ลูกหนี้จะต้องแสดงพยานหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักประเมินราคาอิสระ
 - ลูกหนี้ต้องแสดงหลักฐานเกี่ยวกับราคาเปรียบเทียบ เช่น มีการขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทเดียวกันในเวลาใกล้เคียงกัน อาจจะมีการขายที่ได้ราคามากกว่านี้
 - ระยะเวลาในการทำการตลาดโดยประมาณ และต้นทุนการถือครอง
 - ต้นทุนในการขาย เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าโฆษณา
 - ส่วนลดจากราคาขายในอนาคตที่อาจมีความจำเป็น หรือกระแสเงินสดที่ได้รับจากสินทรัพย์นั้นตามราคาตลาดที่เป็นธรรม
 - หลักฐานอื่นๆที่ลูกหนี้รวบรวมได้ให้เสนอต่อศาล
- กรณีนี้ลูกหนี้สามารถตั้งเรื่องเป็นคดีใหม่เพื่อยื่นต่อศาลได้ในการพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาดจากการบังคับจำนองแบบไม่ผ่านศาล

3). มีบทบัญญัติการพิจารณาหนี้ส่วนที่ขาด การที่จะใช้บทบัญญัตินี้ได้นั้นจะต้องเป็นกรณีการบังคับจำนองโดยผ่านศาลแล้วมีหนี้ส่วนที่ขาดเกิดขึ้น จึงจะร้องให้ศาลตั้งเป็นคดีใหม่พิจารณาว่าหนี้ส่วนที่ขาดศาลจะให้ชำระได้อีกเท่าใด แต่ทั้งนี้กฎหมายแพ่งของแคลิฟอร์เนีย มีลักษณะเป็นการคุ้มครองลูกหนี้ที่ด้อยโอกาสคือ ถ้าหากลูกหนี้เข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ เจ้าหนี้จะมาขอให้ศาลพิจารณาในส่วนที่ขาดอีกไม่ได้ คือ ลูกหนี้รายนั้นกู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัยเท่านั้น ไม่รวมถึงการกู้เงินก้อนใหม่เพื่อใช้เงินกู้ก้อนเก่า และหลักประกันก็คืออสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เพื่ออยู่อาศัยถาวรของเขา มีขนาด 1-4 ญูนิตเท่านั้น โดยมุ่งเป็นที่อยู่อาศัยถาวร ที่ไม่ใช่บ้านหลังที่ 2 ของลูกหนี้ ไม่ใช่บ้านที่ลูกหนี้ซื้อไว้เพื่อปล่อยให้เช่า เพื่อเก็งกำไร จะเห็นได้ว่า กรณีนี้เป็นกรณีการคุ้มครองลูกหนี้ที่ด้อยโอกาส เพราะถ้าเขาโดนยึดบ้านไปแล้วก็ไม่ควรโดนยึดทรัพย์สินอื่นๆ อีก

2.2 การบังคับคดีของประเทศอังกฤษและเวลส์

ประเทศอังกฤษและเวลส์ จะไม่มีกฎหมายยกเว้นหลักชำระหนี้ทั่วไปเหมือนมาตรา 733 ของประเทศไทย คือ ลูกหนี้เป็นหนี้ที่อยู่เท่าใดบังคับจำนองไปแล้วก็ต้องใช้ให้หมด ส่วนกระบวนการในการบังคับจำนอง ก็จะเริ่มจากเจ้าหนี้จำนองจะเริ่มเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองก่อน โดยเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ต้องไปร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลออกคำสั่งให้ครอบครอง แล้วศาลจะเรียกลูกหนี้ให้เข้ามาในกระบวนการ ซึ่งตรงนี้มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ก็จะดำเนินการจัดการให้เสร็จในที่เดียว แต่หากไม่มีข้อโต้แย้ง ศาลก็จะออกคำสั่งหรือหมายให้เจ้าหนี้จำนองทำการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองนั้นได้ ถ้าพ้นตรงส่วนนี้ศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องด้วยอีก เจ้าหนี้จำนองก็สามารถเตรียมการขายอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วยตนเอง โดยสามารถขายในลักษณะตัวต่อตัวหรือขายทอดตลาดก็ได้ หรือเจ้าหนี้ อาจตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่ในการขายทอดตลาดทรัพย์ให้ก็ได้

2.3 การบังคับคดีของประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีของประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน แต่ต่างที่อังกฤษเป็นระบบ Common Law ส่วนของฝรั่งเศสเป็น Civil Law ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ไม่มีบทบัญญัติที่เหมือนมาตรา 733 เช่นกัน และให้หลักการชำระหนี้ทั่วไป โดยเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็ต้องดำเนินการร้องขอคำสั่งครอบครองจากศาลซึ่งเหมือนของประเทศอังกฤษ โดยไปที่ศาลที่โฉนดที่ดินนั้นตั้งอยู่ พอได้คำสั่งครอบครองแล้วเอาคำสั่งครอบครองไปใช้ในการจดทะเบียนที่เขตที่ดินของประเทศฝรั่งเศส โดยในการจดทะเบียนเจ้าหนี้จำนองอาจมีการแจ้งข้อกำหนดเกี่ยวกับการขายไว้ด้วย ต่อมาการบังคับจำนองขายทอดตลาดต้องทำโดยศาลเท่านั้น มีข้อยกเว้นในส่วนของแคว้นหนึ่งที่ติดกับเยอรมัน ศาลจะไม่เป็นผู้ดำเนินการขายให้ แต่มีโนตารีพับลิกเป็นผู้ดำเนินการขายทอดตลาดให้

2.4 การบังคับคดีของประเทศเยอรมัน

ในส่วนของประเทศเยอรมันก็เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส คือ ไม่มีข้อยกเว้นตามมาตรา 733 กล่าวคือ ถ้าบังคับจำนองแล้วการชำระหนี้ยังไม่ครบถ้วน ก็สามารถบังคับกับทรัพย์สินได้จนครบ และการบังคับคดีจะต้องผ่านศาล พอกระบวนการทางศาลเสร็จสิ้น ภายในศาลนั่นเองก็จะมีประกาศขายทอดตลาด ศาลจะเป็นผู้กำหนดวันและสถานที่ในการขายทอดตลาด ส่วนข้อดีของการบังคับจำนองในประเทศเยอรมันคือ จะมีการร่วมระหว่างผู้เชี่ยวชาญในการประเมินราคาทรัพย์สิน เจ้าหนี้และลูกหนี้จะถูกเรียกเข้ามาเพื่อกำหนดราคาทรัพย์สินก่อนมีการประกาศขายทอดตลาด ข้อยกเว้นประการหนึ่งคือ นอกจากจะมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลแล้ว ในประเทศเยอรมนีก็จะมีวิธีพิเศษของเจ้าหนี้โดยเฉพาะเจ้าหนี้ที่เป็นธนาคารเท่านั้นในการขอทำเอกสารตัวหนึ่งกับลูกหนี้ในขณะที่ทำสัญญาจำนอง เมื่อมีการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจำนอง การบังคับจำนองสามารถเริ่มได้ทันที โดยไม่ผ่านศาลหรือเรียกว่า shortcut แต่อย่างไรก็ตามหลักความแน่นอนของเอกสาร จะต้องมีการตรวจสอบความถูกต้องของเจตนาของคู่สัญญา ความถูกต้องของเอกสาร โดยโนตารีพับลิก

2.5 การบังคับคดีของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นไม่มีกรณีมาตรา 733 เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน เป็นการขายทรัพย์สินจำนอง ในศาลเช่นเดียวกัน แต่ในประเทศญี่ปุ่นได้มีการใช้มาตรการเสริมทางด้านเศรษฐศาสตร์เข้ามาเพื่อลดความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในกรณีที่ขายทรัพย์สินจำนองแล้วการชำระหนี้ยังไม่ครบถ้วน ตรงนี้ใช้ในประเทศญี่ปุ่นและหลายรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะมีการทำสัญญาประกันสัญญาจำนองคือ เมื่อเจ้าหนี้จำนองขายทรัพย์สินจำนองขาดเหลือเท่าไรบริษัทที่รับประกันจะมาจ่ายส่วนที่ขาดตรงนี้ให้ แต่อย่างไรก็ตามฝ่ายลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบอยู่ โดยบริษัทประกันจะไปตามเอาหลักทรัพย์อื่นอีกที่

ประเภทของการบังคับคดี

วิธีการบังคับจำนองมี 2 วิธี คือ แบบผ่านศาล และไม่ผ่านศาล มีข้อมูลจาก world bank ว่ารูปแบบการบังคับจำนองเทียบกับจำนวนวัน ระยะเวลาบังคับจำนองโดยผ่านศาลจะใช้เวลาประมาณ 415 วัน ในขณะที่การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลจะใช้เวลา 139 วัน ซึ่งมีความแตกต่างในนัยสำคัญ ส่วนระยะเวลาการบังคับคดีในประเทศไทยได้มาจากการวิจัยการบังคับคดีแพ่งของกรมบังคับคดีของปี 2554 ในการบังคับคดีเสร็จสิ้นภายใน 6 เดือน จะมีอยู่ที่ 26.8% 7-12 เดือนอยู่ที่ 31.9% 13-18 เดือนจะอยู่ที่ 16.8% 19-24 เดือนจะอยู่ที่ 9.8% 25-30 เดือนจะอยู่ที่ 5.7% และ 31-36 เดือนจะอยู่ที่ 3.6%

1. เปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียของแต่ละประเภท

1.1 การบังคับจำนองโดยผ่านศาล

ข้อดี ลูกหนี้ โดยเฉพาะลูกหนี้ที่ด้อยโอกาสจะรู้สึกมีความมั่นใจขึ้น ได้รับความคุ้มครอง โดยมีภาครัฐเข้ามาดูแล

ข้อเสีย มีการใช้ระยะเวลานาน ทำให้มีค่าใช้จ่าย เช่น ค่าดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นในช่วงเวลาที่อยู่ระหว่างการดำเนินคดี และมีค่าธรรมเนียมต่างๆ ในการดำเนินงาน รวมทั้งค่าเสื่อมราคา

1.2 การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล

ข้อดี วิธีนี้จะทำให้เสียค่าใช้จ่ายน้อย ทำให้กระแสเงินสดมีสภาพคล่องสูงขึ้น ทำให้การดำเนินการทำได้รวดเร็วขึ้น ช่วยลดขั้นตอนในการบังคับจำนองให้สะดวกมากขึ้น และทำให้ลูกหนี้ไม่ต้องรับภาระในดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้น

ข้อเสีย ลูกหนี้ โดยเฉพาะลูกหนี้ที่ด้อยโอกาสอาจจะรู้สึกว่าไม่มีภาครัฐเข้ามาดูแล อาจทำให้ขาดความเชื่อมั่น

ประเภทของลูกหนี้

อาจแบ่งได้เป็นกลุ่ม ดังนี้

1. ภาคธุรกิจ เป็นกลุ่มอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม ก่อสร้าง
2. ลูกหนี้เพื่อการอยู่อาศัย และลูกหนี้ภาคเกษตรกรรม

ความเห็นจากผู้ร่วมประชุม

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ : ในเรื่องการบังคับคดีโดยผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล ปัญหาที่เกิดขึ้นตอนนี้ คือ มีการบังคับคดีที่ลูกหนี้เห็นว่าใช้เวลานานมากจนเกิดปัญหาการตีความกฎหมายในการบังคับคดีที่เกิน 10 ปี กำลังเป็นปัญหาอยู่ว่านับอย่างไร เช่น การบังคับคดีเริ่มต้นจากอะไรบ้าง เริ่มจากออกค้ำบังคับยึดทรัพย์ นำออกขายทอดตลาด ทำบัญชีรับจ่าย ถ้าทำบัญชีรับจ่ายแล้ว

การชำระหนี้ยังไม่ครบถ้วน ก็ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด ปัจจุบันกรมบังคับคดีตีความว่าเมื่อไหร่ก็ตามที่ยึดทรัพย์ไว้แล้วจะอยู่ตลอดไป ดังนั้นลูกหนี้ ในปัจจุบันที่เกิดจากวิกฤติเศรษฐกิจปี 40 ผู้รับประกันจะยังไม่ยอมไม่หลับ เพราะไม่รู้ว่าหนี้จากการค้ำประกัน ซึ่งขณะนี้มียุกว่า 70 กว่าปีแล้วจะกลับมายึดบ้านจนไม่มีที่อยู่อาศัยอีกหรือไม่ ซึ่งกรมบังคับคดียืนยันว่า ถ้ายึดทรัพย์แล้วจะถือว่าอายุความจะอยู่ภายใน 10 ปี ดังนั้น กระบวนการภายหลังจากการยึดทรัพย์ อาจเนิ่นนานเป็น 10 ปี 20 ปี หรือ 30 ปี ก็ได้ ถ้ากรณีเป็นเช่นนี้แล้ว มีความเห็นว่าการบังคับคดี โดยไม่ผ่านกระบวนการศาลน่าจะดีกว่า เนื่องจากจบเร็ว

ต่อมาปัญหาของลูกหนี้ก็คือ การตีราคาทรัพย์สินไม่มีความแน่นอน มีความเห็นว่าน่าจะมีหน่วยงานประเมินราคาทรัพย์สินกลาง ซึ่งเป็นกลางจริงๆ ลูกหนี้จะได้รู้ราคาทรัพย์สินที่เอาไปจำนองและไม่ใช้เงินเกินตัว เช่น ลูกหนี้คิดจะทำธุรกิจ มีทรัพย์สินอยู่ 10 แปลง นำทรัพย์สิน 1 แปลงไปจำนอง แล้วถ้าธุรกิจล้ม ก็เสียที่ดินไป 1 แปลง แล้วก็เลิกทำธุรกิจไป ต่อมาเมื่อมีประสบการณ์เพิ่มขึ้นก็เริ่มต้นใหม่ได้ แต่ตอนนี้ไม่เป็นเช่นนั้น มีการแก้ไขหนี้ในลักษณะทั้งพวง ทั้งตระกูล แล้วไปจบที่กระบวนการล้มละลาย คนอายุ 70 กว่าสามารถล้มละลายได้ จากการค้ำประกันที่เป็นผลมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 อีกประการหนึ่งคือ ลูกหนี้ไม่มีทางรู้เลยว่าวันไหนกรมบังคับคดีจะทำบัญชีหนี้เสร็จ เพราะบัญชีหนี้ทำโดยกรมบังคับคดีกับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการดังกล่าวเลย แล้วในส่วนของผู้ค้ำประกันก็ได้แต่เพียงรอรับหมายในการยึดบ้าน

ดังนั้น มีความเห็นว่า การที่กระบวนการบังคับคดีที่จบได้เร็วที่สุด และสามารถรู้ว่าการกระบวนการจะจบเมื่อไหร่ ทำให้ลูกหนี้และผู้ค้ำประกันเริ่มต้นใหม่ได้ น่าจะเป็นวิธีที่ดีกว่า เนื่องจากเรายังไม่เคยใช้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และยังไม่มียุทธศาสตร์หน่วยงานที่คุ้มครองลูกหนี้

คณะผู้วิจัย: สรุปแล้ว ทางฝ่ายศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ เห็นว่าการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลจะรวดเร็ว และจบลงโดยใช้ทรัพย์สินหลักประกันขึ้นเดียว ซึ่งเป็นเรื่องที่ดีหรือไม่

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: มีความเห็นว่าการบังคับคดีไม่ควรผ่านศาล แต่ว่าราคาประเมินทรัพย์สินจะต้องเป็นกลาง สัญญาระหว่างกันจะต้องมีความเป็นกลาง และมีคนที่เป็นคนกลางที่แท้จริง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการยุติธรรม เพราะบางเรื่องทุกวันนี้ 10 กว่าปีแล้วที่ยังไม่จบจากกระบวนการศาล ผู้ค้ำประกันก็ยังไม่รู้จะโดนการบังคับคดีเมื่อไหร่ เพราะเจ้าหนี้ลูกหนี้หลักเองยังไม่จบเลย

คณะผู้วิจัย: สำหรับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล คุณกัลยาไม่กังวลว่า จะมีลูกหนี้ที่ต้องการรักษาทรัพย์สินของตนเองไว้และมีกระบวนการบางอย่างที่จะช่วยให้ลูกหนี้รักษาทรัพย์สินได้ หรือทางฝ่ายเจ้าหนี้จะมีการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในการยึดทรัพย์ของลูกหนี้หรืออย่างไร

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: ที่เราพูดถึงคือ

1. จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เป็นกลาง
2. จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เป็นธรรมดูแลเรา

ถ้ามีกลไกเหล่านี้มาช่วย กระบวนการบังคับคดีที่ไม่ผ่านศาลก็น่าจะเหมาะสมกับลูกหนี้ทุกประเภท แล้วขณะเดียวกันต้องแยกเจ้าหนี้ดีกับเจ้าหนี้ไม่ดี เหมือนที่เรามีลูกหนี้ดีกับลูกหนี้ไม่ดี เมื่อระบบเปิด เราจะเห็นเลยว่าพฤติกรรมของเจ้าหนี้ที่ดีกับที่เจ้าไม่ดีนั้นแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ถ้าเรามีหน่วยงานที่เป็นกลางแล้วดูแลเรื่องนี้ให้จบอย่างรวดเร็วและยุติธรรม ทุกคนจะประหยัดหมด ไม่เป็นภาระกับกรมบังคับคดี แล้วลูกหนี้ก็ได้มีโอกาสเริ่มต้นใหม่ ดอกเบี้ยก็จะไม่เพิ่ม และได้ใช้กฎหมายที่เป็นเรื่องอายุความการบังคับคดี

คณะผู้วิจัย: การบังคับคดีที่ไม่ผ่านศาลจะลดภาระของหลายๆ ฝ่าย เจ้าหนี้ก็ได้รับชำระหนี้เร็ว ลูกหนี้ก็ได้หลุดพ้นจากการชำระหนี้เร็ว กรมบังคับคดีก็จะได้มีภาระน้อยลง ทางฝ่ายเจ้าหนี้มีความคิดเห็นในเรื่องนี้อย่างไร

ธนาคารกรุงเทพ: ในเรื่องการบังคับคดี เจ้าหนี้ก็ต้องการได้รับชำระหนี้โดยเร็วที่สุด แต่ให้ถูกต้อง และเป็นธรรมเช่นกัน เพราะสืบเนื่องมาจากเราใช้เวลาการดำเนินคดี ในศาลนานพอสมควร พอถึงขั้นบังคับคดีก็ใช้เวลาอีกพอสมควร สถาบันการเงินโดยทั่วไปแล้ว ผู้ที่จะมาลงทุนจะมาถามเรื่องกฎหมายนี้กับเราเสมอ ถ้ามีปัญหาขึ้นมากการบังคับชำระหนี้จะรวดเร็วขนาดไหน โดยเราอธิบายว่ากระบวนการของประเทศไทย จะต้องผ่านกระบวนการทางศาล นอกจากการจำนำเท่านั้นที่ไม่ต้องผ่านศาล โดยการบังคับคดีที่ล่าช้า ก็ด้วยปัจจัยหลายอย่าง การบังคับคดีผ่านศาลหรือไม่ สถาบันการเงินไม่สนใจ ขอให้รวดเร็วก็พอ เพราะวัตถุประสงค์ของการบังคับคดีก็เพื่อให้ได้รับชำระหนี้ การบังคับคดีช้า ไม่เป็นประโยชน์กับทุกฝ่าย

บริษัทบริหารสินทรัพย์ (SAM): เห็นด้วยกับการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล

ธนาคารอาคารสงเคราะห์: ในฐานะเจ้าหนี้ ก็ประสงค์ให้การบังคับคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วมากที่สุด เพราะถ้ามีการบังคับคดีช้า ภาระต่างๆ ก็จะเพิ่มมากขึ้น แต่สิ่งที่สำคัญ คือ เราจะมีมาตรการอย่างไร ให้ลูกหนี้ได้รับความเป็นธรรม และอีกอย่างที่การบังคับคดีล่าช้าเพราะมีการใช้สิทธิโต้แย้งในหลายๆ กระบวนการ เช่น ร้องขัดทรัพย์ หรือมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง มีข้อสังเกตว่าถ้าเราบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล แล้วมีการร้องจากบุคคลภายนอก เราจะมีวิธีการอย่างไร

มหาวิทยาลัยนเรศวร: ลูกหนี้เมื่อเอาทรัพย์สินไปจำนองก็ไม่อยากที่จะเสียทรัพย์สินนั้นไป อาจจะเป็นตัวเองไปร้องขัดทรัพย์ หรือคนที่อยู่ในบ้านนั้นไปร้อง ก็มีส่วนทำให้การบังคับคดีล่าช้า ดังนั้น การบังคับคดีจะต้องแก้ไขปัญหาดังนี้ด้วย ถ้าบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลก็ตัดกระบวนการตรงนี้ไป

คณะผู้วิจัย: วัตถุประสงค์ที่เราแบ่งลูกหนี้ออกเป็น 2 ประเภท เพราะว่าลูกหนี้แต่ละประเภท มีศักยภาพในการชำระหนี้ไม่เหมือนกัน เช่น คนที่มีบ้านหลังเดียวเขาก็ไม่อยากจะขายบ้านของเขาไป เขาก็เลยไม่มั่นใจในการบังคับคดีที่ไม่ผ่านศาล จริงอยู่ที่การบังคับคดีมีความรวดเร็ว แต่เขาไม่มั่นใจว่า การไม่ผ่านอำนาจของรัฐจะเป็นธรรมต่อลูกหนี้ที่ด้อยโอกาสหรือไม่ เราจึงอยากทราบความคิดเห็นว่า กระบวนการบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาลสามารถปรับใช้กับลูกหนี้ทุกประเภทได้จริงหรือไม่

ธนาคารแห่งประเทศไทย: ในเรื่องสิทธิของลูกหนี้ที่ควรจะรู้ ทางธนาคารแห่งประเทศไทยมีศูนย์คุ้มครองผู้ใช้บริการทางการเงิน หมายเลขโทรศัพท์ 1213 หากลูกหนี้หรือผู้ที่ถูกบังคับจำนองมีปัญหาใดที่ต้องการจะทราบ สามารถติดต่อขอความรู้ได้ ธนาคารแห่งประเทศไทยพยายามเผยแพร่ความรู้ เพื่อให้ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ไม่เกิดการได้เปรียบหรือเสียเปรียบระหว่างกัน

ถ้าถามว่าการบังคับจำนองแบบผ่านศาลหรือแบบไม่ผ่านดีกว่า เราไม่มองในแง่ นั้น เรามองว่าถ้าลูกหนี้กู้ยืมเงินไปก็จำเป็นต้องใช้หนี้ จะลอยตัวหนีหนี้ไปไม่ได้ ในขณะที่เดียวกันเจ้าหนี้ ต้องให้ความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ไม่บังคับลูกหนี้โดยเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด ในการบังคับจำนองต้องให้ความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ด้วย

ดังนั้นธนาคารแห่งประเทศไทยจึงมีความเห็นว่า ที่สำคัญคือควรมีการบังคับคดีอย่างรวดเร็ว เพื่อไม่ให้มีการได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้

กรมบังคับคดี: ยังมองไม่เห็นว่าการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลจะเกิดขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาการบังคับคดีเป็นระยะเวลาตัวกลางที่เราเทียบมา แต่ปัจจัยอยู่ที่กระบวนการ อย่างปีครึ่งเป็นระยะเวลามาตรฐาน แต่ถ้าอย่าง 5-10 ปี จะเป็นกรณีที่มีปัจจัยภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นตัวคู่ความ หรือกระบวนการ ถ้าการบังคับคดีผ่านศาล กระบวนการจะย้อนกลับไปที่ศาลหมด ไม่ว่าจะเป็นการยึด การขออนุญาตขาย การร้องเพิกถอน รวมถึงร้องขັดทรัพย์ อาจจะมีถึง 3 ศาล ระยะเวลาในการบังคับคดี จึงต้องรวมระยะเวลากระบวนการของศาลด้วย ทำให้ระยะเวลานานเกินไป

ศาสตราจารย์พิเศษวิศิษฏ์ วิศิษฏ์สรอรรถ: เมื่อตั้งเป้าไปที่มาตรา 733 แล้ว พอต่อมาไปค้นพบว่า บางประเทศมีการบังคับโดยไม่ต้องผ่านศาลแล้ว ทำให้เกิดคำถามที่สอง ที่ถามว่า จะบังคับคดีแบบผ่านศาลดีหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้จะต้องพิจารณาก่อน อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องมาตรา 733 นี้เป็นเรื่องใหญ่ การที่ตั้งเรื่องขึ้นมาแล้วถามว่าจะตอบคำถามเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังไง ความจริงข้อมูลที่หามายังไม่สามารถให้คำตอบในเรื่องนี้ได้ เพราะเวลาเรามองมาตรา 733 จะเป็นการมองว่าข้อบัญญัติในกฎหมายเป็นอย่างหนึ่ง เราสามารถยกเว้นได้อย่างหนึ่ง แต่ว่าหากเรามองภาพรวม เราจะต้องอธิบายให้ได้ว่า ในเชิงเศรษฐศาสตร์ มาตรา 733 หรือการยกเว้นมาตรา 733 จะมีผลกระทบอะไรกับการกู้ยืมของแต่ละประเทศ ประเทศที่เขามีมาตรา 733 แล้วเข้าสปีท มีประเด็นอะไรที่เกี่ยวกับการปล่อยกู้ การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของเขาหรือไม่ ประเทศที่ไม่มีมาตรา 733 นั้นมีผลกระทบอะไร เราต้องดูที่ประเด็นก่อน การจะบังคับคดีผ่านศาลดีหรือไม่เป็นอีกโจทย์ใหญ่ เพราะว่าตอนที่ยกเรื่องกฎหมายในบางมลรัฐหรือในอังกฤษก็ดี เวลาเรามองภาพอย่างนี้ กฎหมายในเรื่องหลักประกัน โดยเฉพาะในเรื่องจำนองซึ่งเป็นจุดหนึ่งของเรื่องหลักประกันไม่ได้ยืนอยู่โดยตัวของมันเอง แต่ยืนอยู่ภายใต้องค์ประกอบของกฎหมายหลายตัว เช่น เป็นหนี้บางอย่างอาจจะใช้มาตรา 733 หรือถ้าเรามองกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะพบว่า กระบวนการบังคับอาจจะรุนแรง รวดเร็ว ไม่ต้องผ่านศาล แต่หากเรามองในภาพให้ลึกลงไป ในจุดที่เราให้อำนาจฝ่ายหนึ่งมาก จะมีสมดุลที่ให้กับองค์ประกอบของกฎหมายอยู่ด้วย เพราะเขามีกลไกกฎหมายล้มละลาย หรือในประเด็นการดูแลในเรื่องลูกหนี้เกษตรกรก็มีทุกระบบ

ในอังกฤษเองก็จะมีในกระบวนการต่อสู้ ในเรื่องการให้กู้ก็จะเน้นอำนาจของฝ่ายเจ้าหนี้ที่เป็นตัวที่ให้ และในขณะเดียวกันก็มีกฎหมายบางตัวที่ทำหน้าที่ในการ protect เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของ อังกฤษก็มีความเข้มงวด

ดังนั้นถ้าเรามองปัญหาในเรื่องมาตรา 733 ก็ต้องตีโจทย์ 733 ให้แตกก่อน ไม่ว่าจะ การมีหรือไม่มี ก็ไม่ทำให้เกิดผลว่าจะเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมเท่าไร เพราะการปฏิบัติจะแปรสภาพ ไปตามกฎกติกาที่มีอยู่ อย่างบ้านเรา ถ้าบอกว่ายกเว้นมาตรา 733 ได้ ธนาคารก็จะมีปฏิกริยาอย่างหนึ่ง ถ้าบอกว่ายกเว้นมาตรา 733 ไม่ได้ ธนาคารก็จะมีปฏิกริยาอีกอย่างหนึ่ง ปัญหาที่เรากำลังคุยกันอยู่ ไม่ใช่ปัญหาของลูกหนี้และเจ้าหนี้ ถ้าเราจะเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เราจะต้องมองในเชิงระบบว่า เศรษฐกิจจะเป็นอย่างไร เพราะถ้าเรามองว่า ไม่มีมาตรา 733 ก็ไม่มีปัญหาอะไร สุดท้ายแล้ว ธนาคารก็จะใช้เทคนิคการทำงานอย่างหนึ่ง ทรัพย์สินบางอย่าง หลักประกันบางอย่างก็จะมีมูลค่าแตกต่างกัน สมัยก่อนการประกันตัวบุคคลในศาลต้องใช้หลักทรัพย์ ปัจจุบันใช้บุคคลได้ แล้วมองว่าบุคคลมีมูลค่า เท่าไร ตรงนี้ยากให้ผู้วิจัยตอบคำถามมาตรา 733 ก่อน

ถ้าถามว่าการบังคับหลักประกันจะต้องผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล จริงๆ เรื่องนี้มีการรอบความคิด เพราะการบังคับแบบไม่ผ่านศาลบังคับโดย title เช่น กรณีขายฝาก กรณีเหล่านี้ไม่ต้องผ่านศาล ถูกสร้างขึ้นตามระบบ แต่ไม่ดีเพราะหลักทรัพย์มูลค่าในการดิงเงินมันมีมูลค่าต่ำ เขาจึงเปลี่ยนจาก title มาเป็นเรื่อง right สามารถเอาสิทธิไปเป็นหลักประกันได้ ในเรื่องเอา right ไปเป็นหลักประกัน เขาไม่ต้องการให้มาศาล เช่น การจำนำ เพราะเขาสามารถใช้อำนาจบังคับเหนือทรัพย์สินนั้น ได้ จึงไม่ต้องการอำนาจใดมาคัดค้าน แต่จำนองนั้นไม่มีอำนาจที่จะครอบครอง และในกฎหมายของหลายประเทศก็จะเห็นได้ว่าไม่มีทางมีการครอบครองได้ ถ้าหากไม่ผ่านศาล เป็นการใช้อำนาจศาลในการเข้าไปครอบครองที่ดินหรือบ้านได้ ก็คือต้องมีกลไกในการคุ้มครองคนที่มีอำนาจน้อยในทางธุรกิจ คำถามที่ถามว่าจะผ่านหรือไม่ผ่าน จึงต้องตอบว่า ถ้าไม่ผ่านจะเอาอะไรมาแทน จะดูแลความเป็นธรรมได้อย่างไร การพูดว่าดูแลความเป็นธรรมผ่านศาลไม่ถูก ต้องเขียนว่าศาลจะต้องทำอะไร มีอำนาจอะไร เพราะอำนาจในการสร้างความเป็นธรรมถ้าเขียนว่าเป็นธรรมเฉยๆ มันเป็นนามธรรม จะทำให้ธุรกิจซึ่งต้องการความแน่นอนหาคำตอบไม่ได้ เพราะฉะนั้นต้องกลับมาดูว่ามาตรา 733 นั้นจะอยู่หรือไม่อยู่ ด้วยเหตุอะไร แล้วค่อยมาดูว่าจุดสมดุลอยู่ตรงไหน

ประเด็นสุดท้าย ในเรื่องวงเงินทั้งหมด ถ้าเราดิงให้คนยินยอมปล่อยหนี้หรือให้ กู้ยืมได้ เป็นสิ่งที่ดี เพราะถ้าการปล่อยกู้ในระบบไม่ทำงาน สุดท้ายจะไปเกิดปัญหานั้นนอกระบบ ดังนั้นการจะทำให้หนี้นอกระบบลดลงได้ จะต้องทำให้ส่วนที่อยู่ในระบบโตขึ้น ถ้าส่วนที่อยู่ในระบบ รมัดระวังในการปล่อยกู้มากเกินไป ก็ส่งผลให้คนต้องการเงินนอกระบบ คนที่ต้องการกู้ยืมส่วนใหญ่ สนใจแค่จะ ได้หรือไม่ ดอกเบี้ยเท่าไร แต่ถ้าเปลี่ยนระบบแล้วทำระบบไม่ดี ในระบบคลื่นลอน ดอกเบี้ยก็จะสูงขึ้น มีซีเคียวลอนน้อยลง ถ้ามีอาจารย์ในทางเศรษฐศาสตร์แนะนำก็จะดี

คณะผู้วิจัย: ขอร้องทางฝ่ายธนาคารกรุงเทพว่า หากเรามองในตัวมาตรา 733 เอง ถ้าไม่นำมาตรา 733 มาใช้จะมีผลอย่างไร

ธนาคารกรุงเทพ: มาตรา 733 อยู่ในชั้นคณะกรรมการธิการ ซึ่งได้แก้เรื่อง คำประกันทั้งหมดเรื่องมาตรา 733 และเรื่องอื่นๆ ที่เรารู้ตัวกันนี้ก็จะถูกยกเลิกไปหมดแล้ว แต่บจะไม่ต้องไปวิจัยกันเลย

สถาบันการเงิน เราเอาเงินจากผู้ฝากเงินหรือผู้ถือหุ้นต่างๆ ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจะต้องมีผลตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ถ้าขาดทุนผู้บริหารจะต้องถูกเล่นงานแน่ คือปล่อยหนี้เสีย ฉะนั้นถ้าเราปล่อยไป หลักประกันเราบังคับไม่ได้ ปัจจุบันเรามีข้อตกลงต่อท้ายเพิ่มเติม ถ้าขายไม่พอเราไปยึดทรัพย์สินอื่นได้ แต่ต่อไปไม่ได้ถ้าขายไม่พอก็เอาแค่นั้น ธนาคารก็คงต้องพิจารณาว่าที่ดินแปลงนี้ตีราคา 100,000 บาท คุณจะมาขอกู้เดิมเราให้ 80% ต่อไปนี้ไม่ได้เราให้แค่ 50,000 เพราะต้องกันไว้ว่า พอบังคับจำนองต้องได้ครบ ต้องไม่เสียการเข้าถึงแหล่งเงินทุนจะยากขึ้น ก็จะไปสู่หนี้นอกระบบอีก ตอนนี้ก็มีกฎหมายทวงถามหนี้ อีก มันพันกันทั้งเศรษฐกิจ ต้องมองทั้งสองด้าน ลูกหนี้ก็จะลำบากตรงนี้ หนี้นอกระบบเขาไม่สนใจแม้จะมีกฎหมายควบคุม ตอนนี้เรามีร่างหลักประกันธุรกิจที่จะบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล ก็คือให้ลูกหนี้เจ้าหนี้ตกลงกันได้ ถ้าผิดนัดก็บังคับหลักประกันไปเลยโดยไม่ผ่านศาล อันนี้ก็กำลังอยู่ในชั้นเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการมองด้านเดียวมันอันตราย

คณะผู้วิจัย: มาตรา 733 จะทำให้หนี้นอกระบบมีมากขึ้นเพราะทำให้การตีราคาประเมินลดลง ถ้าเราไม่บังคับใช้มาตรา 733 ก็จะเป็นเหมือนปัจจุบัน แล้วประเด็นปัญหาที่ลูกหนี้ในปัจจุบัน ได้รับความเดือดร้อนอยู่ จะมีแนวทางแก้ไขหรือเสนอแนะอย่างไร

ธนาคารกรุงเทพ: ลูกหนี้ที่ปัจจุบันเดือดร้อนก็ต้องดูแลแรก ก็คือเป็นหนี้ต้องชำระ ถ้าไม่ชำระก็ไม่มีใครอยากให้กู หลักการก็คือ เจ้าหนี้ก็ต้องให้ความเป็นธรรมกับลูกหนี้พอสมควร กล่าวคือ เขาประสบปัญหาทางเศรษฐกิจซึ่งเขาไม่ได้โกง ยินดีจะชำระหนี้ให้ ก็อาจจะลดดอกเบี้ยให้ ต้นเงินไม่มี ก็อาจจะลดต้นเงินไปบางส่วน อันนี้เป็นวิธีการที่มาเจรจา ธนาคารแห่งประเทศไทยก็ให้ออกโอกาสในการปรับโครงสร้างหนี้ การที่เรามาป้องกันว่ากูแล้วจบกันไปเลยนั้นเป็นวิธีการที่กูแล้วไม่ต้องชำระ ธนาคารก็ต้องมีวิธีการคือวิเคราะห์สินเชื่อ เช่น กูแบบนี้อาจจะไม่ได้รับชำระหนี้ แม้หลักประกันมีมูลค่ามากก็ตาม ธนาคารก็ต้องวิเคราะห์ให้ดี สินเชื่อในภาคธุรกิจเป็นอย่างนี้ แต่หนี้ภาคเกษตรก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ดังนั้น รัฐจึงมีธนาคารเพื่อการเกษตรหรือธนาคารอาคารสงเคราะห์ขึ้นมา เพราะธนาคารพาณิชย์พิจารณาคนละอย่าง

คณะผู้วิจัย: ถ้าเราทำเป็นเปิดพอร์ต แล้วทำการประเมินความเสี่ยง และเมื่อเราจะมีก็ต้องมีความรู้ เรื่องดอกเบี้ยน่าจะช่วยให้ ก่อนที่จะกู้ลูกค้าต้องมีความรู้ระดับหนึ่ง ควรจะให้เป็นแบบทดสอบแล้วให้คะแนน

ธนาคารกรุงเทพ: ผู้ให้กู้ก็บอกหมดแล้วทุกอย่างแม้แต่ผู้ค้ำประกันก็บอก เพราะมีสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคคุ้มครองอยู่ ให้สำเนาสัญญา ให้ชี้แจงอะไรต่างๆ แต่ตอนกู้ไม่ได้สนใจอะไรอย่างอื่น อธิบายอะไรก็ได้ เขาอยากได้เงินอย่างเดียว

ธนาคารอาคารสงเคราะห์: ถ้าลูกค้าจะเป็นกลุ่มปานกลางถึงระดับล่าง ต้องมีการบริหารความเสี่ยง จะทำอย่างไรที่ไม่ทำให้รัฐเสียหาย การปล่อยกู้ก็อาจจะยากขึ้น อุปสรรคคือลูกค้าในกลุ่มล่างมีจำนวนมาก ถ้าพิจารณาว่าเอาตัวคนมาเป็นหลักประกันจะยากเพราะรายได้เขาน้อย จึงต้องใช้ทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในการค้ำประกัน

คณะผู้วิจัย: ที่ว่าการปล่อยสินเชื่อทำได้ยากนั้น มาจากสาเหตุใด

ธนาคารอาคารสงเคราะห์: ในตอนให้สินเชื่อจะมีการประเมินวิเคราะห์ อาจเป็นประเด็นเรื่องความสามารถของผู้กู้ ความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น หรือภาระที่เขามี

คณะผู้วิจัย: ขอสอบถามธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องผลต่างระหว่างยอดเงินฝากกับยอดเงินกู้ที่เหมือนจะดูเยอะ แต่จริงๆ แล้วเราได้น้อยกว่าธนาคารใหญ่ในสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ตัวเสถียรของเขาน้อยกว่าเรา ท่านมีความคิดเห็นอย่างไร

ธนาคารแห่งประเทศไทย: ตัวส่วนต่างดอกเบี้ยเงินกู้กับดอกเบี้ยเงินฝากของเราอยู่ที่ร้อยละ 2.9 ในขณะที่ฝั่งอเมริกาอยู่ที่ 3.16 ซึ่งถ้ามองว่าส่วนต่างของดอกเบี้ยรับจ่ายของธนาคารปัจจุบัน จ่ายดอกเบี้ยประมาณ 2 แล้วไปเรียกเก็บดอกเบี้ยประมาณ 7 กว่า สเตทควรจะมีมากกว่านี้เยอะ แต่จริงๆ แล้วมันไม่ใช่ เงินฝากทุกๆ ร้อยบาทที่รับเข้ามามันไม่ได้ปล่อยสินเชื่อได้ทั้งหมด ต้องไปคง สภาพคล่องต้องไปซื้อพันธบัตรรัฐบาลที่ธนาคารแห่งประเทศไทย และต้องมีค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินงาน ตรงนี้ตัวเสถียรดอกเบี้ยก็ลดลง ทางสภาเคยกำหนดให้มีเสถียรไม่เกินร้อยละ 5 ซึ่งยังไม่ผ่าน กำลังมองกันอยู่ว่า ต่อไปในอนาคต สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะพิจารณาเรื่องเสถียรดอกเบี้ยหรือเปล่า เพราะมองว่าต้องการคุ้มครองผู้กู้มากขึ้น

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: ในหัวข้อเราพูดกันถึงเรื่องว่าลูกหนี้ต้องการให้บังคับใช้มาตรา 733 โดยไม่มีข้อสัญญายกเว้น แล้วเข้าไปที่ว่าวันนี้กฎหมายเกี่ยวกับการค้ำประกันและจำนองผ่านมา 1 วาระแล้ว ในมุมมองของลูกหนี้ เมื่อเป็นอย่างนั้น ผลกระทบกลับมานี้แน่นอนว่าเจ้าหน้าที่เราต้องเข้มงวดมากขึ้นในการปล่อยสินเชื่อ เพราะมีอัตราเสี่ยงสูงขึ้น ผู้ให้กู้จะปล่อยเงินกุน้อยลง ผลเสียก็กลับมาสู่ลูกหนี้ ส่วนหนึ่งกลับมาที่เศรษฐกิจ เราเลยเข้ามาขมายุ่งปัญหาที่ว่า ถ้าเราบังคับคดีโดยใช้ศาลกับไม่ใช่ศาลจะเกิดผลดีต่อสังคมมากขึ้นอย่างไร เพราะเราต้องกลับไปดูพระราชบัญญัติหลักประกันธุรกิจ พระราชบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการทวงหนี้ ซึ่งออกมาพร้อมๆ กัน ซึ่งมันเอื้อต่อกันหมด เพราะฉะนั้นถ้าเรียกร้องว่า อย่ามีข้อสัญญายกเว้นมาตรา 733 แล้วจะทำยังไงให้เจ้าหน้าที่สะดวก รวดเร็ว และในความสะดวกรวดเร็ว ต้องลดความเสี่ยงของเขา เช่นนี้ก็เป็นผลดีกับลูกหนี้ด้วย สรุปก็คือทำยังไงก็ได้ให้จบเร็ว ดังนั้น ในการที่จะจบเร็วทำอย่างไรให้มีข้อตกลงเกี่ยวกับราคาทรัพย์สินที่พิมพ์ได้ ไม่ใช่ลูกหนี้เจ้าหน้าที่ราคากันเอาเอง ซึ่งก็ต้องมีคนกลางมาตีราคาทรัพย์สินที่เป็นธรรม ในขณะที่เกิดเรื่อง เราจะมี

อนุญาตตุลาการหรืออะไรที่จะดำเนินการโดยเร็ว แทนที่จะไปเข้าสู่กระบวนการศาล และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ช่วยเหลือกรณีเกษตรกรหรือที่อยู่อาศัย จะทำอย่างไรก็ค่อยๆปรับกันไป

ส่วนถ้าไม่ให้ใช้ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 มีปัญหาว่าจะจัดการกับหนี้ในระบบอย่างไร ซึ่งทุกวันนี้ไม่สามารถจัดการได้ ทำอย่างไรให้เจ้าหน้าที่ปล่อยเงินกู้ในระบบมากขึ้น ลูกหนี้เดือดร้อนในการยกเว้นมาตรา 733 ก็เพราะมีจุดอ่อนในการใช้บังคับกฎหมายเยอะมาก ถ้าเราข้ามตรงนั้นไป ทำอะไรให้มันเร็ว และลดภาระของกรมบังคับคดี ลดขั้นตอน ไม่เช่นนั้นก็มีปัญหาว่าระยะเวลาจะต้องมีภาระไปเรื่อยๆ ตรงนี้ต้องดูประกอบกับกฎหมายหลายฉบับที่กำลังอยู่ในระหว่างดำเนินการพิจารณา

คณะผู้วิจัย: ปัญหาก็คือความล่าช้าในการบังคับคดี ในส่วนประเด็นของมาตรา 733 เราควรมีข้อยกเว้นหรือไม่ ผู้วิจัยได้ศึกษากฎหมายหลายฉบับที่ยังไม่ออกมาและที่ออกมาแล้ว เช่น หลักกฎหมายแพ่ง หลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญา พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ร่างพระราชบัญญัติหลักประกัน ในส่วน model law พร้อมกับการสัมภาษณ์เชิงลึกว่าทุกคนมีความคิดเห็นอย่างไรในส่วนนี้ ก็ได้แนวทางว่า สมมติว่าขอสินเชื่อในบ้านที่มีมูลค่า 5 ล้าน ก็มีการไปจำนองบ้าน ทางธนาคาร ถ้าเราไม่ให้มีข้อยกเว้นในมาตรา 733 พรีเมียมคอส หรือการป้องกันความเสี่ยงของทางธนาคารจะอยู่ที่เท่าไร ทางธนาคารอาคารสงเคราะห์ก็ดีและทางธนาคารกรุงเทพก็ดี ให้คำตอบมาว่าน่าจะอยู่ที่ประมาณ 50% ซึ่งหมายความว่าบ้านมูลค่า 5 ล้านบาทควรจะได้รับสินเชื่อ 2 ล้าน 5 แสนบาท ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาทางด้านเศรษฐกิจค่อนข้างมาก ในส่วนของลูกหนี้ก็อาจไปเป็นหนี้ในระบบ

ในส่วนของมูลค่าทางด้านเศรษฐศาสตร์ที่อาจจะเสียไปในกรณีที่ไม่มีข้อยกเว้นมาตรา 733 นี้ ถ้ามองสัดส่วนมูลค่าของสัญญาจำนองเทียบกับมูลค่าหลักประกัน ดูสัดส่วนในแต่ละมูลค่าเศรษฐกิจ และในตัวหนี้ที่ไม่เกิดรายได้ เมื่อเทียบกับการปล่อยมูลค่าสัญญาจำนองไปทั้งหมด มีข้อมูลหนี้ในระบบที่แสดงถึงความสัมพันธ์กัน คือถ้าไม่มีข้อยกเว้นมาตรา 733 จำนวนหนี้ในระบบก็จะมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: ในเรื่องของหนี้ในระบบนั้น กรณีที่เกิดจากการที่ลูกหนี้ทำเอง คือเป็นหนี้ในระบบที่เสียแล้ว จนไม่รู้จะหันไปทางไหนแล้วก็หันไปกู้เงินในระบบ ในกรณีที่ไม่มีข้อยกเว้นมาตรา 733 ไม่ว่าจะธนาคารจะให้กู้เงินเท่าไรก็ตาม สำหรับลูกหนี้ที่พอประมาณก็จะรู้ตัว ตั้งแต่ต้นเลยว่า ในเรื่องอย่างนี้จะเตรียมตัวยังไง ทำให้ลูกหนี้เข้าใจว่าเมื่อถึงเวลาที่เกิดเหตุแล้วไม่สามารถชำระเงินกู้ได้แล้ว มันจบ มันจะไม่เกิดเรื่องอย่างทุกวันนี้ที่ล้มละลาย ทำให้ลูกหนี้เข้าใจ บ้านหนึ่งหลังกู้ 50% ผ่อนไปแล้วปลดถ้อย ผ่อนไม่ไหวมีปัญหาแล้วจบที่ตรงนั้น ก็ไปอยู่บ้านเช่า ถึงเวลาที่เก็บเงินกู้หลังใหม่ก็น่าจะดีกว่า ทำให้สังคมเราลดการเป็นหนี้ลง แล้วใช้จ่ายเงินอย่างเหมาะสม ซึ่งในหลายประเทศเขาให้กู้เพื่ออสังหาริมทรัพย์ไม่เกิน 50%

ในเรื่องหนี้นอกระบบนั้นส่วนใหญ่เขามีหนี้เสียในระบบ แล้วไม่มีวิธีการแก้ที่ถูกต้องก็หาเงินกู้ใหม่โปะเงินกู้เก่า หนี้ก็บานปลาย จนสุดท้ายหนี้ในระบบสถาบันการเงินไม่สามารถช่วยเหลืออะไรได้ มันเสียหายหมด พอไปหาหนี้นอกระบบก็อาจไม่พอก็หาต่อไปเรื่อยๆ จนถึงแหล่งที่รุนแรงขึ้น และมีความเสี่ยงสูงขึ้นเรื่อยๆ เพราะฉะนั้นจะเป็นคนละประเด็นกับการปล่อยสินเชื่อของสถาบันการเงิน

ไม่เอ่ยชื่อ 1: ในประเด็นข้อยกเว้นมาตรา 733 เราต้องมองเป็น 3 เฟสคือ กระบวนการก่อนได้รับสินเชื่อ กระบวนการระหว่างขอสินเชื่อ และกระบวนการหลังจากได้รับสินเชื่อไปแล้ว มองในมุมมองของสถาบันการเงิน เขาต้องมีกระบวนการตรวจสอบทุกชั้นตอนอยู่แล้ว เช่น กระบวนการก่อนการให้สินเชื่อสถาบันการเงินคงใช้เครดิตบูโรดูว่าผู้ที่เข้ามาขอสินเชื่อนั้นมีสถานะทางการเงินเป็นอย่างไร เพื่อที่จะกำหนดวงเงินที่จะให้ และดอกเบี้ย เพราะเขาเป็นผู้ให้กู้เงินไม่ใช่ผู้รับจำนำ

ในส่วนกระบวนการการให้สินเชื่อ ในตัวสถาบันการเงินก็ต้องแบกรับความเสี่ยงว่าความสามารถในตัวลูกหนี้ในการชำระหนี้ หรือหลักทรัพย์ที่มาเป็นประกันนั้นเพียงพอหรือไม่

หลังจากที่ให้สินเชื่อไปแล้ว ก็ต้องมีการมอนิเตอร์ว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เขาจะสามารถใช้กระบวนการบังคับคดีได้อย่างไรให้รวดเร็วและเกิดประสิทธิภาพมากขึ้น

ในทางฝั่งลูกหนี้ก็ต้องดู คือ ในช่วงก่อนการขอสินเชื่อก็ต้องดูว่า วัตถุประสงค์ของการใช้เงินที่แท้จริงเป็นอย่างไร ได้รับเงินมาแล้วเอาไปใช้ประโยชน์จริงหรือไม่ ถ้าขาดสภาพคล่องชั่วคราวจะประណหมหนี้กับธนาคารได้หรือไม่ ถ้าไม่ได้ต้องถูกบังคับชำระตามมาตรา 733 จะทำอย่างไร ดังนั้นจะต้องช่วยกันให้ลูกหนี้เข้าใจเรื่องทางการเงินมากขึ้น

ไม่เอ่ยชื่อ 2: ถ้าตั้งใจที่ว่ามาตรา 733 นั้นถูกใช้เต็มรูปจะส่งผลกระทบต่อลูกหนี้นอกระบบโดยตรง ตัวเลขจะหาไม่เจอ สิ่งที่เจอก็คือสถาบันการเงินอาจปล่อยสินเชื่อปล่อยจากมูลค่าทรัพย์สินนี้อาจพอหาได้ มันมีผลกระทบแน่ต่อการที่พยายามจะดึงให้หนี้บางส่วนที่อยู่นอกระบบกลับมาในระบบ เพราะหนี้ในระบบเองไม่ได้อยู่ที่สถาบันการเงินอย่างเดียว อยู่ที่ระบบสหกรณ์ด้วย และระบบพวกนี้ก็แย่งกันอยู่ สหกรณ์มีบุริมสิทธิดีกว่าธนาคาร ธนาคารก็เริ่มมีปัญหาเกี่ยวกับการปล่อยกู้ของผู้ที่มีวิชาชีพ

ประเด็นว่า การปล่อยสินเชื่อจากสถาบันการเงินจะลดลงประมาณกี่เปอร์เซ็นต์ผลกระทบมากน้อยเท่าไร และมีแนวทางในการทำให้เรื่องนี้มันคลายตัวลง เราจะทำให้ความเสี่ยงในการปล่อยสินเชื่อ หรือการจะได้รับเม็ดเงินเร็วขึ้น การบังคับหลักประกันโดยไม่ต้องผ่านศาลเขาก็จะปรากฏตัวเลขออกมาได้ว่าความเสี่ยงของสถาบันการเงินคือเท่าไร ถ้ามันเร็ว เรื่องมันก็จะกลับไปกรอบเดิม แต่ไม่ได้หมายความว่าเป็นการเพิ่มความสามารถในการแข่งขันเพราะเราอยู่ในกรอบที่จะต้องแย่งกันอยู่ แต่ถ้าจะตอบในเรื่องนี้ การหาตัวเลขในลักษณะอย่างนี้ก็น่าจะตอบได้

คณะผู้วิจัย: ตรงนี้อาจเป็นธำมรงค์คำตอบของวิจัยของเรา แนวโน้มคือทุกคนอยากให้การบังคับคดีเป็นไปโดยความรวดเร็ว เราเลยคิดว่าการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลอาจจะเป็นธำมรงค์คำตอบที่ทุกท่านน่าจะเห็นด้วย แต่ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ ก็เห็นควรว่าน่าจะมีมาตรการหรือมีองค์กรกลางที่ตั้งขึ้นมา หรืออาจมีระบบอะไรขึ้นมาช่วยตรงนี้ อยากทราบความเห็นว่ามีมาตรการตรงนี้ควรจะมีลักษณะอย่างไร

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: น่าจะเป็นลักษณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาขึ้นมา ลูกหนี้สามารถเอาเรื่องเข้าสู่การแก้ปัญหาระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ แล้วเรื่องให้มันจบเร็ว แต่ราคาประเมินทรัพย์สินจะต้องเป็นธรรม และเป็นที่ยอมรับของเจ้าหนี้และลูกหนี้ จะทำให้ทั้งสองฝ่ายจบเรื่องกันได้ด้วยความเร็ว

บริษัทบริหารสินทรัพย์ (SAM): ประเด็นอยู่ที่ความเร็ว ถ้าการบังคับผ่านศาลรวดเร็วลูกหนี้สนใจหรือไม่ การใช้อนุญาโตตุลาการก็คล้ายกับกรมบังคับคดีที่ใช้การไกล่เกลี่ยข้อสังเกตคือฐานะของลูกหนี้ มีกำลังในการเจรจาหรือไม่

ธนาคารกรุงเทพ: การบังคับคดีในประเทศที่รวดเร็วก็เพราะให้เอกชนดำเนินการ ควบคุมกับภาครัฐ ให้เป็นทางเลือกคู่ขนานกัน ให้เอกชนดำเนินการจะเร็วกว่าแต่ก็เสียค่าใช้จ่ายสูงกว่า ถ้าให้ภาครัฐทำไปตามระเบียบก็ช้า แต่อย่างไรก็ดี การให้เอกชนทำก็ต้องมีกฎหมายไปควบคุมเหมือนกัน ไม่ใช่ทำโดยอิสระ ทางกรมบังคับคดีก็เคยคิดอยากให้เอกชนทำโดยเป็นการมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี

ดังนั้นวิธีการให้เร็วก็คือ ให้ภาคเอกชนทำ ในขณะที่ทางภาครัฐเองก็ยังคงต้องทำในบางเรื่อง

มหาวิทยาลัยบูรพา: เห็นด้วยว่าการบังคับคดีผ่านศาลและไม่ผ่านศาลต้องทำคู่ขนานกันไป แต่มีคำถามว่าการบังคับคดีไม่ผ่านศาลมันเหมาะกับลูกหนี้ทุกประเภทหรือไม่ จะใช้กับลูกหนี้ทุกประเภท หรือแล้วแต่ความพอใจของลูกหนี้ อันดับแรก เราต้องตอบก่อนว่าใช้กับลูกหนี้ประเภทไหน ต่อไปก็คือ การตกลงนี้ต้องตกลงในวันที่ปล่อยกู้เลยหรือไม่ หรือในวันที่จะมายืดทรัพย์แล้วสามารถเปลี่ยนข้อตกลงตรงนี้ได้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามก็อยากให้เราทำขนานกันไปกับศาล ตัวลูกหนี้ส่วนใหญ่อยากให้รวดเร็ว แต่ก็มีลูกหนี้อีกหลายส่วนมั่นใจเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าจะยอมช้าแต่ได้ความมั่นใจตรงนี้ ฉะนั้น ถ้ามีการบังคับคดี 2 แบบก็อยากให้ลูกหนี้ได้มีสิทธิได้เลือกด้วย โดยต้องให้ข้อมูลของลูกหนี้ที่เป็นชาวบ้านเขาจะไม่เข้าใจในวันที่ก่อนหน้า ว่าผลที่ตามมาคืออะไร

ฝากไว้ว่า เราจะเลือกกลุ่มลูกหนี้หรือไม่กับเราจะตกลง ณ วันแรกหรือจะเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ ข้อดีข้อเสียเป็นอย่างไร

มหาวิทยาลัยนเรศวร: เห็นด้วยกับมาตรการคู่ขนาน แต่มีข้อสังเกตว่าค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น จากการบังคับคดีแบบไม่ผ่านศาล ลูกหนี้ต้องแบกรับตรงนี้ด้วยหรือเปล่า

ธนาคารแห่งประเทศไทย: น่าจะมีการให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่กับลูกหนี้ได้เลือกว่าจะบังคับคดีผ่านศาล อนุญาโตตุลาการ หรือผู้บังคับคดีเอกชน เหมือนพระราชบัญญัติร่างหลักประกันทางธุรกิจ ที่มีผู้บังคับคดีเอกชน ที่ได้รับอนุญาต ตรงนี้จะทำให้การบังคับคดีได้รวดเร็วยิ่งขึ้น และจะต้องกำหนดค่าใช้จ่ายอย่างไรที่จะเป็นธรรมกับเจ้าหน้าที่และลูกหนี้

กรมบังคับคดี: อาจเป็นโมเดลว่าเป็นหนี้ที่มีกระบวนการบางส่วนที่ต้องผ่านศาลก่อน แล้วในชั้นบังคับคดีก็ค่อยเลือกได้ว่าจะผ่านศาลหรือไม่ หรืออาจเป็นหนี้บางประเภทที่ไม่ต้องผ่านขั้นตอนศาลตั้งแต่ต้นเลย ให้เอกชนดำเนินการจนจบกระบวนการ แต่ละโมเดลอาจจะต่างกันไปว่ามีความเหมาะสมแค่ไหน ที่จะนำมาใช้กับระบบการก่อนหนี้และการบังคับคดีในประเทศไทย เช่น การบังคับหนี้ค่าเช่าสามารถบังคับได้เลย โดยไม่ต้องผ่านศาล คือ ผ่านเจ้าหน้าที่เอกชนสามารถนำมาใช้ได้แค่ไหน เพียงใด หรือเหมาะสมหรือไม่ ในปัจจุบันโมเดลที่ตั้งจะต้องชดถกว่านี้ เพราะทั้งประเภทของหนี้ ประเภทของลูกหนี้มีความแตกต่างในสาระสำคัญ เพราะถ้าแยกประเภทไม่ได้ เราก็ไม่สามารถหามาตรการไปปฏิบัติกับเขาได้อย่างเหมาะสม

คณะผู้วิจัย: กล่าวคือ ประเภทของหนี้ นั้น และประเภทของลูกหนี้ ควรจะถือเป็นปัจจัย ในการพิจารณาว่าลูกหนี้ควรจะใช้การบังคับคดีแบบไหน

กรมบังคับคดี: คือเราไม่อาจใช้มาตรการเดียวกับลูกหนี้ทุกประเภทได้ อาจมีบางมาตรการ ที่จะต้องใช้ช่วยเหลือลูกหนี้บางกลุ่ม เช่น ระบบล้มละลายของอเมริกาที่มีช่องทางช่วยเหลือลูกหนี้เกษตรกรโดยเฉพาะ ก็คือไม่สามารถใช้มาตรการกับเจ้าหน้าที่ทางธุรกิจอื่นๆ ได้ เมื่อแบ่งประเภทลูกหนี้ออกมาได้แล้ว ก็อาจมีการแบ่งประเภทหนี้ อีก หนี้บางอย่างอาจจะจบได้อย่างรวดเร็วไม่ต้องผ่านขั้นตอนของรัฐให้ยืดเยื้อ หนี้บางอย่างอาจต้องผ่านขั้นตอนของรัฐก่อนเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือแก่ประชาชน ก็ควรจะมีศึกษาการทำงานต่างๆ เหล่านั้นว่าเหมาะสมมาใช้กับประเทศไทยหรือไม่

กฎหมายของประเทศไทยหลายฉบับควรจะต้องปรับปรุง โดยขั้นตอนใดบ้างที่ควร จะเอาออกไปได้ โดยไม่เสียความยุติธรรม ก็จะทำให้การบังคับคดีเร็วขึ้น อาจมีการเร่งรัดเจ้าหน้าที่ เช่น ของประเทศสิงคโปร์ที่เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการภายใน 1 ปี นับแต่วันที่มีคำพิพากษา จริงๆประเทศไทยก็มีบทลงโทษ แต่ไม่มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง คือเมื่อเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการใดๆ ภายในเวลาที่เจ้าหน้าที่กำหนดในเวลาอันควร เจ้าหน้าที่สามารถถอนการบังคับคดีได้ ทำให้เรื่องเร่งจบโดยเร็ว ถ้าทำให้เจ้าหน้าที่กระตือรือร้นได้ การประวิงก็อาจจะไม่เกิดขึ้นได้

ศาสตราจารย์พิเศษวิศิษฏ์ วิศิษฏ์สรอรรถ: ทางผู้วิจัยจะต้องมีความชัดเจนใน โจทย์ก่อน สำหรับประเด็นที่ผ่านศาลไม่ผ่านศาลนั้น

1. ศาลทำหน้าที่ในการชี้ขาดโดยใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นข้อเสนอแนะที่ใช้ อนุญาโตตุลาการก็เพียงแค่อามาแทนศาลเท่านั้น ขั้นตอนในการบังคับเป็นอีกขั้นตอนหนึ่ง ถ้าบอกว่า การชี้ขาด ไม่ต้องผ่านศาลก็หมายความว่าเข้าสู่กระบวนการบังคับได้เลย เท่ากับยกเว้นแค่กรอบแรก เท่านั้น ส่วนกรอบสองนั้นยังงี้ก็ต้องมี

2. สิ่งที่มาแทนกลไกในการบังคับคตินั้นมีหลายส่วน ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศสัญญาบางประเภทที่มีโมดาร์บีพับบลิกมาทำหน้าที่ให้ พวกนี้ก็จะไม่ต้องผ่านศาล ซึ่งหมายความว่า เขามีอะไรมาแทนที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่น หรือกรณีการบังคับหลักประกันของบางประเทศที่ไม่ต้องผ่านศาลเพราะเจ้าหน้าที่ใช้สิทธิอะไรบางอย่าง แล้วเจ้าหน้าที่ก็อาจจะครอบครองบ้านหลังนั้นได้ทันที อันนี้เป็นประเด็นสำคัญ อยากให้ดูด้วยว่าบางเรื่องมันซ่อนอยู่ข้างใน เหมือนอย่างที่ลูกหนี้ บอกว่าเราอยากได้อสังหาริมทรัพย์ที่มีความเป็นธรรมในการมาบอกราคาสินทรัพย์ว่าเป็นเท่าไร คำตอบก็คือ ทรัพย์จะมีราคาตามสภาพและความเสี่ยงที่เกิดขึ้นกับตัวทรัพย์ ในประเทศอื่นถ้าจะบังคับหลักประกัน เวลา take charge เขาจะเขารอบครองทรัพย์สินแล้วจึงขาย แต่ของไทยเราเข้าไปยึด แต่ลูกหนี้ไม่ต้องออก การแก้กฎหมายเป็นการแก้ปัญหาปลายเหตุ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดี ไปออกหมายอะไร บังคับได้เพิ่มเติม แต่มีความเสี่ยงเพราะต้องรอว่าจะได้ทรัพย์สินนั้น หลังจากได้เงินครบ มันเป็นความเสี่ยงที่ซ่อนอยู่ในตัวทรัพย์ ถ้าถามว่าซื้อใหม่ก็คงไม่ซื้อ มันเป็นความเสี่ยงที่ทำให้ราคามันเบี่ยงเบนตามมูลค่าความเสี่ยง ประเทศสิงคโปร์ก็บอกว่า เมื่อมีการบังคับหลักประกันคุณต้องออก แต่นั่นมีเหตุจูงใจให้ออก โดยการสร้างเงื่อนไขบางอย่าง หรือจำนวนเงินบางอย่างถ้าคุณออกก็จะได้รับเงินก่อนนั้น ดังนั้น ถ้าหากไปตั้งประเด็นว่าการบังคับคดี ที่ดีขึ้นจะต้องผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล มองว่าเป็นเรื่องที่ยากมาก เพียงแต่ต้องปรับปรุงให้ดีขึ้น เร็วขึ้น ผ่านศาลหรือไม่เป็นประเด็นหนึ่ง เคยมีงานวิจัยว่าการบังคับหลักประกันการซื้ขาดโดยศาลอาจจะไม่มีประโยชน์ในตอนเริ่มต้น แต่ในแง่ของการบังคับคดีไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือรัฐก็ตาม จะพบว่าจะมีประเด็นซ่อนอยู่ภายในเรื่องราคา การโต้แย้ง เพราะว่าถ้ามีการโต้แย้งโดยไม่จำเป็นแล้วไม่มีบทลงโทษ จะทำให้กระบวนการถูกดึงออกไปได้ในหลายๆส่วน

ในประเด็นนี้ ตอบไม่ได้ว่าจะผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล ใครจะเข้ามาแทน แต่คงต้องมองให้ทั่ว จะสามารถเร่งรัดกระบวนการ มองว่าการบังคับคดีไม่ควรจะเกินปีหนึ่ง จริงๆไม่ควรเกิน 200 วัน

คณะผู้วิจัย: ขอชี้แจงว่า ไม่ว่าจะ เป็นระบบของอเมริกาหรือเยอรมัน ในกรณี non-judicial เจ้าหน้าที่บังคับขายเอง ทั้งนี้ทั้งนั้นทางผู้วิจัยจะเสนอเป็นสอง option คือ กรมบังคับคดีก็ยังมีอยู่ เพราะเชื่อในระบบ แต่อีกกรณีเหมือนเป็นเส้นขนานคือทางองค์กรกลางมาเพื่อเป็นตัวเลือกในการขายทอดตลาดให้เจ้าหน้าที่

ศาสตราจารย์พิเศษวิศิษฏ์ วิศิษฏ์สรอรรถ: มีความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่เกี่ยวกับการบังคับเป็นการซื้ขาด

คณะผู้วิจัย: มองว่า เป็นคนกลางในการซื้ขาดยอดหนี้ก่อนขาย แทนศาลแต่เจ้าหน้าที่ขายเอง

ศาสตราจารย์พิเศษวิศิษฏ์ วิศิษฏ์สรอรรถ: เข้าใจแล้ว

คณะผู้วิจัย: ในเรื่องการประเมินราคาทรัพย์สิน ในส่วนที่ว่าควรจะมีผู้ประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นกลางขอความคิดเห็นว่า ควรจะเป็นองค์กรในลักษณะใด และควรใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการอิงราคาทรัพย์สิน

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: เนื่องจากวิธีการประเมินมีหลากหลาย และเรามีหลายหน่วยงานที่แยกกันไป อีกทั้งประเทศไทยไม่มีคณะกรรมการประเมินราคาทรัพย์สินกลาง ก็น่าจะมีคณะกรรมการชุดนี้ขึ้นมาประเมินราคาทรัพย์สินเพื่อหาอะไรที่เป็นกลางและเหมาะสม ราคาประเมินของกรมธนารักษ์มีวัตถุประสงค์นั้น แยกต่างหากไป ก็น่าจะมีตัวนี้เป็นหลักเลย ซึ่งก็ต้องเลือกว่าจะให้หน่วยงานไหนทำ แต่น่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐ

ธนาคารกรุงเทพ: เรื่องประเมินราคาทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ถูกบังคับคดีมันจะไปเทียบกับการซื้อขายแบบปกติไม่ได้ เพราะการซื้อขายปกติเป็นความพอใจของผู้ซื้อและผู้ขายซึ่งอาจจะสูงกว่าหรือต่ำกว่า แต่การประเมินราคาทรัพย์สินของกรมบังคับคดีเป็นการกำหนดในการขายเหมือนกัน เพราะระเบียบจะบอกไว้แล้วว่าขายครั้งแรกต้อง 100% ของราคาที่กำหนด ถ้าขายไม่ได้ก็ค่อยลดทีละสิบจนเหลือ 70% ประเด็นก็คือ บางครั้งสวนกับความเป็นจริงของตลาด ถ้าเจ้าพนักงานประเมินราคาสูงเช่น ที่ดินราคา 100 บาท แต่เจ้าพนักงานประเมินไป 200 บาท ถ้ามัวให้ลดลงมา 70% เหลือ 140 บาทก็ขายไม่ได้ แต่ถ้าเจ้าพนักงานประเมินราคา 100 บาท ลด 70% เหลือ 70 บาท ทรัพย์สินมันมีมูลค่าในตัวเอง เจ้าหนี้ก็อยากจะขายให้ได้ราคาสูงลูกหนี้ก็เหมือนกัน แต่บางครั้งมันฝืนขายไป 30 กว่าครั้งแล้ว แต่ราคามันไม่มีใครมาสนใจ แต่ถ้าทรัพย์สินที่ดี ก็จะมีคนมาประมูลราคาสูง มันอยู่ที่ความต้องการของคนเข้าประมูล แต่เราไปกันให้ขาย 70% แล้วไปขอปรับราคาก็ทำไม่ได้ เพราะเป็นราคาที่เหมาะสมแล้ว หรือบางครั้งสถาบันการเงินบอกว่าคุณมาซื้อเดี่ยวให้สินเชื่อด้วยแต่ไม่มีใครเอา ดังนั้นต้องนึกถึงความเป็นจริงด้วย เวลาขอปรับลดเพราะขายไม่ได้ ก็ต้องให้ปรับลงมา พอปรับลงมาแล้วที่ถ่วงนั้นเจริญคนก็เข้ามาซื้อในการตลาดต้องพิจารณาอย่างนี้ด้วย

ราคาประเมินเป็นการบังคับชำระหนี้ไม่ใช่การซื้อขายตามปกติ แต่อย่างไรก็ตามก็ให้ความเป็นธรรมว่า เจ้าหนี้ลูกหนี้มีสิทธิค้านถ้ากำหนดราคาต่ำ ก็หาคนมาซื้อ หรือมาสู้ราคาเอง บางครั้งค้านแล้วมันมีราคาที่สูงแต่ไม่มีใครมาซื้อ ตรงนี้เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาด้วย

ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ: การประเมินราคาทรัพย์สินตรงนี้ไม่ใช่หมายความว่า เป็นการประเมินราคาทรัพย์สินเพื่อบังคับคดีอย่างเดียว แต่หมายถึงการประเมินราคาทรัพย์สินกลางของประเทศ กล่าวคือ ตอนที่เราจะกู้เงินกัน เราจะมีกฎกติกาบางอย่างไว้ อย่างน้อยที่สุดต้องมีหลักให้แต่ละฝ่ายได้ยึดว่า ทรัพย์สินที่เราจะกู้เมื่อไม่มีมาตรา 733 แล้ว ราคาควรจะเป็นเท่าไร

รายชื่อผู้เข้าร่วมงานสัมมนา (ประชุมกลุ่มย่อย) "โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดี
อันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา ๗๓๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"

1. คุณสุวัฒน์ ชูจันทร์	นิติกรชำนาญการ	สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์
2. คุณทิพวรรณ ตั้งสวัสดิ์รัตน์	นิติกร	สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์
3. คุณกัลยาณี รุทธระกาญจน์	เลขาธิการศูนย์	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
4. คุณสุพรทิพย์ เอี่ยมรัตน์	กรรมการประจำศูนย์	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
5. คุณมณฑรัตน์ พงคขมาศ	เจ้าหน้าที่ประจำศูนย์	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
6. คุณพัชรินทร์ กิณลา	ฝ่ายกฎหมาย	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
7. คุณวินัย โฮ้สกุล	ฝ่ายกฎหมาย	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
8. ศาสตราจารย์พิเศษวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ ผู้ตรวจราชการ		สำนักปลัดกระทรวงยุติธรรม
9. คุณสงคราม สกุลพราหมณ์	ผู้ช่วยผู้จัดการใหญ่	ธนาคารกรุงเทพ จำกัด มหาชน
10. คุณจันทนี นาดเจริญวารี	อาจารย์	มหาวิทยาลัยบูรพา
11. คุณจงรักษ์ เมธาวรรกุล	อาจารย์	มหาวิทยาลัยบูรพา
12. คุณบันเทิง ลีมนวงค์	นิติกรอาวุโส	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
13. คุณสุธารี มหิสรากุล	นิติกรอาวุโส	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
14. คุณสุรศักดิ์ ข้าปลื้มจิตร์	นิติกร	ศูนย์ช่วยเหลือลูกหนี้ฯ
15. คุณณัฐพล บัวทุม	นิติกร	ศูนย์ช่วยเหลือลูกหนี้ฯ
16. คุณภัทรพล สิทธิบุญ	นิติกร	ศูนย์ช่วยเหลือลูกหนี้ฯ
17. คุณสุคนธ์ ต้นเกตุ	นิติกร	ศูนย์ช่วยเหลือลูกหนี้ฯ
18. คุณพัฒนพงศ์ คงศักดิ์	นิติกรชำนาญการ	กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม
19. คุณบุญธรรม ทองขลิบ	ผู้เชี่ยวชาญด้านบังคับคดี	กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม
20. คุณสมพล วงศ์มณฑา	ผู้บริหารฝ่ายกำกับงานคดี	บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด
21. คุณวุฒิพงษ์ ปิยะบวรนนท์	ผู้จัดการ	บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด
22. คุณกิตติธเนศ พลสมบัตินนท์	ผู้จัดการ	บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด
23. คุณศุภชัย งามประภาวัฒน์	ผู้ชำนาญการพิเศษ	ธนาคารแห่งประเทศไทย
24. คุณอิสรา ตั้งเทียมยา	นิติกร	ธนาคารแห่งประเทศไทย
25. นายสิทธิพัฒน์ ไตรพงษ์	นิติกรอาวุโส	ธนาคารแห่งประเทศไทย
26. นายคงฤทธิ์ สงวนศักดิ์	นิติกร	ธนาคารแห่งประเทศไทย
27. คุณกฤษฎา รัตนโอโยทัย	ผู้ช่วยผู้จัดการ	บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม
28. คุณจักรี อุดลนิตน์	อาจารย์	มหาวิทยาลัยนเรศวร
29. คุณสามารถ บุญธราทิพย์	-	สำนักนายกรัฐมนตรื
30. คุณวรพจน์ ไม้หอม	-	สำนักนายกรัฐมนตรื
31. คุณไอลดา เมฆารัฐ	-	สำนักนายกรัฐมนตรื

ถอดเทปสรุป การนำเสนอผลการวิจัยและรับฟังความคิดเห็น
(Public Hearing)
วันอังคารที่ 28 ตุลาคม 2557

กล่าวเปิดงาน

เกริ่นวัตถุประสงค์ของงานวิจัย

ปัญหาตามกระบวนการบังคับคดีอันเนื่องมาจากข้อยกเว้นมาตรา 733 ปัญหานี้สืบเนื่องมาจากทางกรมบังคับคดีได้รับเรื่องร้องเรียนจากทางลูกหนี้ว่ามาตรา 733 กรณีมีการบังคับจำหน่ายหลุดหรือบังคับขายทรัพย์สินที่จำนอง โดยทางกระทรวงยุติธรรมได้มอบหมายให้กับกรมบังคับคดีศึกษา แล้วกรมบังคับคดีได้มอบหมายให้กับทางทีมผู้วิจัยศึกษาเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายและทางกระบวนการบังคับคดีอันเกิดจากการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

วัตถุประสงค์ คือ

1. ศึกษาปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน
2. ศึกษาบทบัญญัติของมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เปรียบเทียบกับบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันนี้ของต่างประเทศ เปรียบเทียบแนวทางในการดำเนินการบังคับคดีในเรื่องดังกล่าว
3. เสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายมาตรา 733 นี้ให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ คือ

1. ต้องการเสนอแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งนอกจากมาตรา 733 นี้ อาจจะมีกฎหมายตัวอื่นที่เกี่ยวข้องอีก เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นต้น
2. ต้องการสร้างมาตรฐานเพื่อควบคุมการทำนิติกรรมสัญญาของประชาชนให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและมีความเป็นธรรม
3. ต้องการช่วยแก้ไขปัญหาในกระบวนการบังคับคดีกับทรัพย์สินจำนองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี ให้สามารถดำเนินการไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ระเบียบวิธีวิจัย

ได้มีการศึกษารวบรวมข้อมูลที่เป็นเอกสารทั้งที่เป็นข้อมูลฐานปฐมภูมิและข้อมูลชั้นทุติยภูมิ โดยข้อมูลชั้นปฐมภูมิ ได้แก่ ตัวบทกฎหมายต่างๆทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ส่วนข้อมูลชั้นทุติยภูมิคือ บทความในวารสารทั้งในและนอกประเทศ ทั้งได้มีการสัมภาษณ์เชิงลึกกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดีและปัญหาในเรื่องนี้ เช่น ตัวแทนเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ได้แก่ ณาการอาครสงเคราะห์และณาการกรุงเทพ ส่วนตัวแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้สัมภาษณ์ศูนย์ประสานงานลูกหนี้และศูนย์ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ นอกจากนี้ยังมีบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดี โดยได้ไปสัมภาษณ์นิติกรผู้เชี่ยวชาญทางด้านการบังคับคดีและบุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อการศึกษาอย่างรอบด้านจึงได้มีการสัมภาษณ์บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐศาสตร์เพื่อสนับสนุนเหตุผลทางด้านเศรษฐศาสตร์ด้วย อันได้แก่ ตัวแทนของธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งเมื่อได้สัมภาษณ์เชิงลึกมา และได้เรียบเรียงข้อมูลแล้ว จึงได้เรียนเชิญผู้มีส่วนได้เสียทุกท่านและผู้ที่เกี่ยวข้องทุกคนมาประชุมกลุ่มย่อย ซึ่งครั้งที่แล้วจัดขึ้นเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2557 โดยในครั้งนั้นได้มีการรวบรวมปัญหา เพื่อนำไปต่อยอดงานวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเนื่องมาจากการตกลงยกเว้นมาตรา 733 นี้ เรื่องเกี่ยวกับมาตรา 733 นี้ โดยพบปัญหา 2 ปัญหาหลัก คือ 1. ปัญหาในตัวบทกฎหมายของมาตรา 733 และ 2. ปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการบังคับคดีอันเกิดจากการตกลงยกเว้นมาตรา 733

สำหรับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 733 ที่เราใช้เป็นกรอบในการศึกษาโดยหลักจะมีด้วยกัน 6 เรื่องด้วยกันว่าด้วยเรื่อง

1. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา
2. กฎหมายว่าด้วยหนี้
3. กฎหมายว่าด้วยหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งตรงนี้แล้วจะเน้นที่เรื่องของการจำนองเป็นหลัก
4. กฎหมายเกี่ยวกับการจำนองภายใต้กฎหมายพิเศษคือภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
5. ศึกษาสัญญาจำนองภายใต้ ROSC (Report on the Observance of Standards and Codes – ROSC และ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)
6. ศึกษากฎหมายจำนองภายใต้กฎหมายตัวใหม่ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ

สัญญาจำนอง

จากตัวอย่างสัญญาจำนองในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าสัญญาจำนองนั้น มีสัญญา 2 ฉบับ ในส่วนข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นั้น จะแยกเป็นเอกเทศออกมาจากตัวข้อตกลงอื่นๆ นอกจากที่คู่สัญญาตกลงในสัญญาจำนองหลัก ซึ่งในสัญญาจำนองหลักจะมีข้อความทั่วไป จะมีชื่อลูกหนี้, เจ้าหนี้, มูลหนี้ ตามสัญญาบังคับจำนอง และทรัพย์สินจำนองคืออะไร ส่วนข้อตกลงต่างๆ จะไปอยู่ในข้อตกลงแนบท้ายสัญญา ซึ่งข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นั้นก็อยู่สัญญารองแนบท้ายสัญญาหลักดังที่กล่าวไป

ส่วนใหญ่ธนาคารจะมีการตกลงยกเว้นเอาไว้ในสัญญา จากตัวอย่างสัญญาจำนองห้องชุด จะพบว่า ในสัญญาข้อที่ 8 เขียนไว้ว่า *ภายหลังจากที่เอาห้องชุดที่จำนองขายทอดตลาดนั้น ได้เงินน้อยกว่าจำนวนหนี้ของผู้จำนองและ/หรือลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระแก่ผู้รับจำนอง หรือเมื่อผู้รับจำนองเอาห้องชุดที่จำนองหลุดเป็นสิทธิและราคาห้องชุดที่จำนองต่ำกว่าราคาหนี้ อันผู้จำนองและ/หรือลูกหนี้จะต้องชำระเป็นเงินเท่าใด ผู้จำนองยินยอมรับใช้เงินส่วนที่ขาดจนครบ จะเห็นได้ว่า ข้อสัญญานี้เป็นการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ซึ่งสามารถให้ตกลงยกเว้นได้ ซึ่งในส่วนนี้เป็นความเกี่ยวข้องในเรื่องการทำสัญญา กล่าวคือ ไม่ว่าจะเจ้าหนี้ และลูกหนี้ ก็ต่างเป็นคู่สัญญา ต่างฝ่ายต่างมีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญาด้วยกัน ตามหลักกฎหมายเอกชน ที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งคู่ในการตกลงเข้าทำสัญญา ดังนั้นตามสัญญาข้อ 8 ที่ยกตัวอย่างนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกัน ย่อมมีผลบังคับกันได้ ทั้งข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากไม่ขัดต่อหลักกฎหมายเอกชนและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี จึงสามารถใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา*

ส่วนกรณีที่รัฐจะเข้ามาควบคุมดูแลการทำสัญญาของเอกชนนั้น ต้องเป็นกรณีเฉพาะที่อาจจะเกิดการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเท่านั้น รัฐจึงจะสามารถออกนโยบายหรือหลักเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อควบคุมการกระทำที่อาจขัดต่อศีลธรรมอันดีดังกล่าวนี้

หลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาหรือหลักการทางแพ่งพาณิชย์เอกชนนั้น ยังคงเป็นหลักการที่คู่สัญญาซึ่งใช้ปฏิบัติและเป็นใหญ่กว่าหลักการที่ต้องการให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอาจจะทำให้ขาดอิสรภาพในการแสดงเจตนาได้ กรณีตามมาตรา 733 นี้ จากตัวอย่างสัญญาข้อ 8 การตกลงยกเว้นมาตรา 733 นั้น จึงเป็นผลบังคับได้ ดังนั้น หากลูกหนี้หรือผู้จำนองผิดนัดและถูกบังคับจำนองแล้ว นอกจากจะถูกบังคับจำนองในทรัพย์สินจำนองแล้ว ยังคงต้องถูกบังคับทรัพย์สินอื่นๆ จนกว่าจะครบจำนวนหนี้ด้วย เนื่องจากข้อตกลงในสัญญามีการยกเว้นมาตรา 733 ไว้

แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

ประเด็นปัญหาของการวิจัยนี้ เป็นปัญหามีคดีนำขึ้นสู่ศาลตั้งแต่ปี พ.ศ. 2478 จะเห็นได้ว่าปัญหานี้มีมานานแล้ว โดยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้พิจารณาโดยเอาหลักอิสระในการแสดงเจตนา รวมไปถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา มาเป็นหลักใน

การพิจารณาตัดสินคดี เมื่อพิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา ข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 นั้น สามารถทำได้ในสัญญาจ้างงานทั่วไป เพราะถือว่าไม่ใช่สัญญาหรือข้อตกลงอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกาจึงยอมรับการตกลงยกเว้นมาตรา 733 นี้

กฎหมายว่าด้วยหนี้

หลักทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องหนี้ ซึ่งเรื่องนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการบังคับจ้างงาน เพราะหนี้เป็นบุคคลสิทธิที่เกี่ยวข้องไปถึงการบังคับจ้างงานตามมาตรา 733 นี้ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหนี้ หนี้ หรือ obligation เป็นทั้งสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิทธิทางหนี้ที่มีราคาและโอนแก่กันได้ หนี้เป็นสิทธิทางแพ่ง ซึ่งเมื่อเกิดหนี้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเรียกว่าสิทธิของเอกชน สิทธิทางหนี้เป็นสิทธิที่มีต่อบุคคลเฉพาะราย ผู้ที่เป็นเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องมีสามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ ภาระการ หรืองดเว้นกระทำการปฏิบัติการอันเป็นการชำระหนี้ในตัววัตถุแห่งหนี้ได้ โดยวัตถุแห่งหนี้จะต้องมีความชัดเจนแน่นอน จะต้องมีกำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นทรัพย์สินใด เป็นการชำระอย่างไร

ประเด็นต่อมาคือ ผลแห่งหนี้เมื่อเกิดหนี้ขึ้นซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุดคือ ลูกหนี้จะต้องทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยถูกต้องครบถ้วนตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ นอกจากวัตถุแห่งหนี้ที่ชัดเจนแล้ว ยังจะต้องมีการชำระให้ตรงตามเวลาที่กฎหมายกำหนดด้วย หนี้จึงจะเป็นอันระงับไป อย่างไรก็ตามเมื่อหนี้เกิดขึ้น ถ้าลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้หรือไม่ตรงตามเวลาที่กำหนดไว้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ โดยสำหรับประเทศไทย ณ ขณะนี้ การที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ขึ้นต้องอาศัยกลไกทางกฎหมาย คือ ต้องมีการดำเนินการฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ต่อไป

กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องหลักประกันการชำระหนี้โดยเฉพาะในส่วนของจ้างงาน

หลักกฎหมายที่อยู่ในกรอบการศึกษาอีกเรื่องหนึ่ง การจ้างงาน ซึ่งเป็นการประกันการชำระหนี้โดยการนำทรัพย์สินมาจ้างงานไว้เป็นประกันแก่เจ้าหนี้กล่าวคือ หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ อันส่งผลให้เจ้าหนี้เสียหาย เจ้าหนี้อาจบังคับทรัพย์สินจ้างงาน หรือให้ลูกหนี้ทำหลักประกันมาเพิ่มเติม เพื่อเป็นการประกันกรณีที่เมื่อลูกหนี้ผิดนัดหรือไม่สามารถชำระหนี้ตามกำหนดให้แก่เจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ ก็สามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาเพิ่มนั้นได้ด้วย

ทรัพย์สินจ้างงานทั่วไปนั้น ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์และสิทธิอันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งสิ่งที่ติดกับที่ดินเป็นการถาวรประกอบเป็นเนื้อที่เดียวกัน เช่น คอนโด บ้าน เป็นต้น อสังหาริมทรัพย์พิเศษ ได้แก่ เรือ ที่มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป หรือแพ สัตว์พาหนะ เครื่องจักร การบังคับจ้างงานสามารถบังคับได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ อันเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะบังคับจ้างงานได้เมื่อหนี้ถึงกำหนด

ชำระหรือเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองกับทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ได้

การบังคับจำนองหรือการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันนี้จะสามารถแบ่งได้เป็น 2 วิธี

วิธีที่ 1 คือ ฟ้องบังคับเอาทรัพย์สินจำนองและนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดวิธีนี้เป็นไปตาม มาตรา 728 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้จำนองจะต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควรซึ่งต้องมีการกำหนดไว้ในคำบอกกล่าว และถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ตามเวลาอันสมควรที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะต้องไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาสั่งบังคับทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ และนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดต่อไป

วิธีที่ 2 วิธีบังคับทรัพย์สินจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729 ปัจจุบันที่ยังไม่ได้มีการแก้ไข ผู้จำนองจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้จำนองว่า ผู้จำนองขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วอย่างน้อย 5 ปี ซึ่งจะต้องเข้าเงื่อนไขจึงจะสามารถส่งคำบอกกล่าวตามมาตรานี้ได้ เงื่อนไขข้อที่ 2 คือ ผู้จำนองต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีราคามากกว่าจำนวนหนี้ และทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะต้อง ไม่มีการจดทะเบียนจำนองเหนือทรัพย์สินรายเดียวกันนี้ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนก่อนหรือหลังจำนองที่จะขอบังคับขอเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ทั้งนี้ ผลของการบังคับจำนองทั้งสองวิธี ไม่ว่าจะปฏิบัติตามมาตรา 728 หรือ 729 ซึ่งผลของการบังคับจำนองทั้ง 2 มาตราดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 733 ปัจจุบัน ซึ่งเป็นปัญหาของการวิจัยในครั้งนี้

สำหรับปัญหาตามมาตรา 733 มีข้อสังเกตคือ เป็นกรณีที่ใช้กับการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองขายทอดตลาด และใช้กับการบังคับจำนองทุกกรณีไม่ว่าทรัพย์สินจำนองนั้นจะเป็นของผู้จำนอง (คือกรณีบุคคลภายนอกจำนองเอาทรัพย์สินของตนเข้าประกันลูกหนี้ชั้นต้น) หรือเป็นของลูกหนี้ หรือแม้แต่ทรัพย์สินนั้นมีการโอนไปยังบุคคลภายนอก หากมีการบังคับเอาทรัพย์สินสินนั้นแล้วลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด เป็นไปตามมาตรา 733 ปัจจุบัน

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

หลักการพิจารณา คือ กรณีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่ พระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ของการร่าง คือ เพื่อต้องการคานอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า เช่น สถาบันการเงินที่ได้ทำสัญญากับภาคประชาชนทั่วไป อำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจของสถาบันการเงินย่อมมีมากกว่าทางประชาชน โดยอำนาจต่อรองที่มากกว่าอาจเห็นได้จากการที่ทางธนาคารหรือสถาบันการเงินจะมีการทำสัญญาที่เป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นสัญญาที่มีข้อความกำหนดไว้โดยครบถ้วนในทุกข้อสัญญา แล้วจึงนำมาให้ลูกหนี้เซ็น โดยลูกหนี้บาง

ท่านจะได้อ่านสัญญา บางท่านก็ไม่ได้อ่านข้อสัญญาทั้งหมด โดยกรณีสมมติถ้าในการทำสัญญาจำนอง ลูกหนี้บางท่านไม่ได้อ่านในรายละเอียดของข้อสัญญาจำนองหรือไม่ได้อ่านข้อยกเว้นตามมาตรา 733 ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับจำนองด้วย ซึ่งข้อสัญญานี้เป็นสิทธิของลูกหนี้ที่สมควรจะได้อ่าน อย่างไรก็ตามข้อตกลงดังกล่าวกลับไปปรากฏอยู่ในข้อตกลงแนบท้ายสัญญาจำนอง ไม่ได้ปรากฏอยู่อย่างชัดเจนในสัญญาจำนองหลัก

คำถามแรกที่ทางผู้วิจัยตั้งประเด็นขึ้น คือ สัญญาจำนองที่มีการตกลงยกเว้นมาตรา 733 ทั้งมีลักษณะเป็นการ print ออกมาแล้วให้ลูกหนี้เซ็นเลย เช่นนี้จะถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูป ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้หรือไม่ เพราะหากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วนั้น ศาลมีอำนาจพิจารณา ตามพระราชบัญญัติที่กำหนดให้ข้อตกลงนั้นไม่มีผลใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตีความตัดสินว่าข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้หรือไม่ แต่ท่านอาจารย์จรูญ ภาคิศานุกุล ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า เมื่อคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องข้อยกเว้นตามมาตรา 733 นั้นเป็นคดีทั่วไปที่ไม่ได้พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลพิพากษาตามมาตรา 733 โดยทั่วไปว่า ข้อตกลงยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่าเมื่อศาลฎีกาวางหลักให้เหตุผลว่าไม่ได้ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วยเช่นกัน

สัญญาจำนองภายใต้ ROSC (Report on the Observance of Standards and Codes – ROSC และ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)

นอกจากนี้งานวิจัยศึกษามาตรฐานเกี่ยวกับการตีความสัญญาของสากลโลก โดยทำการศึกษา ROSC และ UNCITRAL

เริ่มจาก ROSC ย่อมาจาก Report on the Observance of Standards and Codes แนวคิดในการจัดทำ ROSC เกิดจากความต้องการสร้างระบบที่มีประสิทธิภาพ และต้องการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ให้ได้รับการคุ้มครองให้ได้รับการชำระหนี้ และรักษาเสถียรภาพของระบบการเงิน เพราะมีความเกี่ยวข้องกับการเงินและเศรษฐกิจทั้งระบบทั่วโลก ดังนั้น World Bank จึงได้ร่วมมือกับองค์กรต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้ง IMF เพื่อพัฒนาหลักการซึ่งใช้เป็นหลักการอ้างอิงสำหรับกระบวนการล้มละลาย และคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ให้มีประสิทธิภาพ จึงเกิดหลักการขึ้นในปี 2001 ชื่อว่า Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems Act หลักการดังกล่าวได้กลายมาเป็นมาตรฐานของประเทศที่เป็นสมาชิกของ IMF ซึ่งเป็นสมาชิกของ World Bank จะต้องนำเอามาตรฐานนี้มาประเมินใช้กับกฎหมายภายในของประเทศตน โดยการประเมินหลักการนี้กับกฎหมายภายในของตน จะทำออกมาในรูปแบบของ ROSC เป็นรายงานขึ้นมา

ส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงที่เกี่ยวกับเรื่องการจำนองอสังหาริมทรัพย์นั้น อยู่ในหลักการ a2 ซึ่งกำหนดว่าจะต้องให้มีระเบียบที่ชัดเจนเกี่ยวกับการดำเนินการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้หลักประกัน การเจรจาตกลง และการดำเนินการตามกฎหมายของทรัพย์สินทุกประเภทที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ และ ประการที่ 2 คือ ต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ รวมไปถึงหลักเกณฑ์ในการชำระหนี้และบุริมสิทธิด้วย นอกจากนี้ยังมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีที่อยู่ในหลักการ a5 ข้อ a5.1 เป็นเรื่องอสังหาริมทรัพย์ส่วน a5.2 เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งกล่าวไว้ว่า การบังคับคดีเอาที่ดินที่มีหลักประกัน ควรมีพื้นฐานที่มีประสิทธิภาพ มีค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล และมีความโปร่งใส ไม่ว่าจะ เป็นระบบผ่านกระบวนการทางศาลหรือระงับข้อพิพาทนอกศาล เป็นหลักการที่เปิดช่องให้การบังคับ จำนองจะทำโดยศาลหรือนอกศาลก็ได้

สำหรับมาตรฐาน UNCITRAL ในส่วน legislative guide on secured transactions ซึ่งเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายหลักประกัน จัดทำโดย UNCITRAL หรือคณะกรรมการ สหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งมีการจัดทำเสร็จในปี 2007 และได้รับการ รับรองโดยสหประชาชาติในปี 2008 ซึ่งตรงนี้มีรายละเอียดมาตรฐานที่แต่ละประเทศจะต้องดำเนิน กระบวนการบังคับจำนองควรเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. กฎหมายควรบัญญัติให้เกิดสิทธิหลักประกันในทรัพย์สิน ซึ่งเกิดขึ้นโดยการตกลงระหว่าง ผู้รับประกันและเจ้าหนี้ผู้มีหลักประกัน
2. กฎหมายควรจะบัญญัติให้ข้อตกลงระหว่างกันต้อง
 - 2.1 สะท้อนให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการให้มีหลักประกัน
 - 2.2 ระบุตัวผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันให้ชัดเจน
 - 2.3 บ่งชี้ถึงหนี้ที่มีหลักประกัน
 - 2.4 บ่งชี้ถึงทรัพย์สินที่มีภาระติดพัน ในลักษณะที่อาจจะดำเนินเกี่ยวพันไปถึงทรัพย์สินที่ ประกันได้
 - 2.5 ระบุถึงจำนวนเงินสูงสุดที่จะสามารถบังคับเอาทรัพย์สินนั้นได้

หลักเกณฑ์เหล่านี้ หมายความว่า ประเทศที่เป็นสมาชิกหรือประเทศที่จะดำเนินการ ตามหลักเกณฑ์นี้ใช้ควรจะมีกฎหมายที่มีเป็นไปตามหลักเกณฑ์เหล่านี้
3. กฎหมายควรจะมีตกลงให้มีรูปแบบของหลักประกัน ซึ่งอาจเป็นรูปแบบของการบอก กล่าว ถ้าเจ้าหนี้ได้มีการครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้แล้ว มิเช่นนั้นรูปแบบของการให้มี หลักประกันต้องทำเป็นหนังสือ
4. กฎหมายควรบัญญัติให้สิทธิได้หลักประกันนั้นครอบคลุมได้หนี้ทั้งหมด ไม่ว่าในปัจจุบัน หรือในอนาคต, หนี้นั้นระบุได้หรือไม่สามารถระบุได้ก็ตาม ก็ควรที่จะครอบคลุมถึง, หนี้นั้นจะมีเงื่อนไขที่ ไม่มีเงื่อนไขเฉพาะเจาะจงหรือเป็นหนี้ที่เปลี่ยนแปลงได้ก็ตาม

5. กฎหมายควรบัญญัติให้สิทธิในหลักประกันนั้นใช้บังคับได้กับทรัพย์สินทุกประเภท รวมถึงทรัพย์สินและสิทธิอื่นไม่สามารถแบ่งแยกได้

6. กฎหมายควรบัญญัติให้กฎหมายนี้ไม่มีผลยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ที่กำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการเกิดขึ้นและการบังคับในหลักประกันในทรัพย์สินบางประเภทโดยเฉพาะเจาะจงหรือความสามารถในการโอนสิทธิ ซึ่งโดยรวมกฎหมายของไทยปัจจุบันนั้น เกี่ยวกับเรื่องของหลักประกันและเรื่องการบังคับจำนองค่อนข้างที่จะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ UNCITRAL ได้วางไว้

กฎหมายจำนองภายใต้ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ศึกษากฎหมายจำนองภายใต้กฎหมายตัวใหม่ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งกฎหมายตัวนี้ยังไม่มีผลเป็นกฎหมาย อยู่ระหว่างการพิจารณาที่สภา โดยร่างฯ นี้ มีต้นแบบที่มาจาก 2 ประเทศคือ ประเทศอังกฤษ เรียกว่า floating charge กับประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เรียกว่า Uniform Commercial Code โดยสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติประกันทางธุรกิจ คือ ต้องการที่จะให้ผู้ให้หลักประกันสามารถตราทรัพย์สินไว้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้กับผู้รับหลักประกัน ซึ่งตรงนี้อาจจะถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้ที่ต้องการลงทุนเริ่มต้นทำธุรกิจ ทำให้ผู้ที่ต้องการลงทุนทางธุรกิจนั้นมีทางเลือกมากขึ้น สามารถนำทรัพย์สินที่ยังต้องใช้ประโยชน์ในกิจการอยู่ นำไปเป็นหลักประกันในการลงทุนได้ทำให้ผู้ที่ต้องการลงทุนทางธุรกิจสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้น

สำหรับทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ นอกจากอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์โดยทั่วไปแล้ว ยังอาจนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้ ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เช่น ผู้ที่ทำธุรกิจเปิดร้านอาหาร ก็สามารถจะใช้สิทธิในการเช่าที่ดินหรืออาคารพาณิชย์ มาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้ ยังรวมไปถึงสิทธิเรียกร้อง เช่น สิทธิในการได้รับชำระหนี้ หรือทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าชนิดหนึ่ง ที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ นอกจากนี้ยังมีทรัพย์สินอื่นๆ ที่สามารถประกาศกำหนดได้ในกฎกระทรวงได้เพิ่มเติม ส่วนนี้เนื่องจากกฎหมายได้ออกแบบเปิดช่องไว้ว่า ถ้าเกิดเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและใช้ได้การประกอบกิจการอาจนำมาเป็นทรัพย์สินหลักประกันตามร่างกฎหมายได้ร่างกฎหมายนี้ได้ในอนาคต

ส่วนในการบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ

ส่วนแรก การบังคับลักษณะหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน ลักษณะจะคล้ายกับการบังคับหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นลักษณะของการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก็ได้

ส่วนที่สอง คือ การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการที่จะต้องทำผ่านบุคคลๆหนึ่ง ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้กำหนดให้เป็นผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งได้มีการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน รวมถึงคุณสมบัติครบถ้วนตามที่พระราชบัญญัติกำหนด ทั้งจะต้องได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญา

แนวทางในการบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ สามารถแบ่งได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก คือ กรณีที่คู่กรณีตกลงกันได้ และเจ้าหนี้ตกลงใจที่จะเอาทรัพย์สินหลักประกันและให้ผู้หลักประกันยินยอมที่จะส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้บังคับหลักประกันได้ กรณีนี้คือกรณีที่สามารรถตกลงกันได้ ไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องต่อศาลอีก ซึ่งคณะผู้วิจัยได้นำ concept ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้มาเป็นข้อเสนอแนะในงานวิจัยด้วย

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้ เช่น ผู้ให้หลักประกันไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือมีข้อโต้แย้งในเรื่องใดๆก็ตาม ทำให้ตกลงกันไม่ได้ ต้องมีการฟ้องร้องคดีต่อศาล ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบการบังคับหลักประกันระหว่างการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ จะมีข้อสังเกต 2 ประการคือ 1. มีการบังคับจำนองกับหลักประกันที่เป็นกิจการ และจะต้องดำเนินการบังคับโดยผู้บังคับหลักประกัน ในขณะที่การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นไม่มีการบังคับจำนองทรัพย์สินที่เป็นกิจการ ประการที่ 2 คือเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องคดีต่อศาล คือ การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกกรณีจะต้องฟ้องร้องต่อผู้เป็นคดีต่อศาล ในขณะที่การบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันฯ หากผู้ให้หลักประกันยินยอมในการที่จะส่งมอบทรัพย์สินหลักประกันให้กับผู้รับหลักประกันแล้ว ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันนั้นได้ทันที โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล เป็นการซึ่งลดความยุ่งยากลงได้เป็นอย่างดี

วิเคราะห์ผลทางด้านเศรษฐศาสตร์ เมื่อมีการตกลงยกเว้นมาตรา 733

สำหรับทางด้านเศรษฐศาสตร์จะมีการวิเคราะห์ดูว่าสภาพเศรษฐกิจปัจจุบันเป็นเช่นใด ปัจจุบันฐานดอกเบี้ยนโยบายเป็นฐานลงมาโดยตลอด ซึ่งก็อาจจะมีการปรับนโยบายในอนาคตอันใกล้นี้ การที่ดอกเบี้ยนโยบายลดลงนี้ ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศค่อนข้างที่จะมีความอ่อนแอ ส่วนตัวค่าน้ำมันยังไม่แข็งมาก แสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงของการลงทุน ทำให้มีการหนีไปลงทุนในประเทศที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า

ถ้ามองเรื่องการกู้ยืมเงิน ต้องมองเป็นสามภาคส่วนคือ ภาคธุรกิจ ภาคครัวเรือน และภาคเกษตรกรรม แต่สำหรับเรื่องการกู้ยืมเงินที่ตรงกับปัญหาของงานวิจัยครั้งนี้ คือ การกู้ยืมเงินของภาคครัวเรือน ซึ่งตามตัวเลขที่ปรากฏของธนาคารแห่งประเทศไทยพบว่า สำหรับภาคครัวเรือนนั้นส่วนใหญ่เป็นการกู้ยืมเงินเพื่อที่อยู่อาศัย รองลงมาเป็นเช่าซื้อรถจักรยานยนต์ เป็นต้น

สำหรับมูลค่าสัญญาจ้างงาน มีสถานะ, มูลค่าหลักประกันคิดเป็นเท่าไร และหนี้ที่ก่อให้เกิดรายได้ปัจจุบันมีอัตราส่วนเท่าไร ส่วนนี้เป็นข้อมูลในเดือนมกราคม 57 - กันยายน 57 ระยะเวลา 9 เดือนนี้ พบว่า สัดส่วนของหนี้ที่ก่อให้เกิดรายได้เทียบกับอัตราดอกเบี้ยสินเชื่อรวมของธนาคารใหญ่ๆ สูงสุดคิดเป็นปริมาณ 5.6 เปอร์เซ็นต์ของยอดสินเชื่อรวม ซึ่งถือเป็นระดับที่ยอมรับได้ แต่ถ้าคิดเป็นมูลค่าก็ค่อนข้างจะสูง

ด้านคณะกรรมการนโยบายการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทยนั้น ได้มีการประเมินปรับปรุงของธนาคารในปีนี้อยู่ 1.5 เปอร์เซ็นต์ และปีหน้าอยู่ที่ 4.8 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ธนาคารพาณิชย์มีการปรับตัวเพื่อรองรับการอนุมัติสินเชื่อ 6-9 เปอร์เซ็นต์ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเศรษฐกิจในปีหน้าจะเจริญเติบโตยิ่งขึ้น ทุกๆธนาคารบอกว่า อัตราปีหน้า จะดีขึ้นจะเห็นได้ว่าช่วงนี้ก็จะมีการระดมเงินฝากมากขึ้น

ส่วนในเรื่องของการตั้งยอดสินเชื่อที่โตและสูงกว่าการเติบโตของเศรษฐกิจ ก็อาจจะมีปัญหาในเรื่องสภาพคล่องได้ หากมาตรา 733 เข้ามาเกี่ยวในช่วงของการทำข้อเสนอแนะที่จะกล่าวต่อไป

สรุปผลการศึกษาวิจัย

รายละเอียดเป็น 2 ส่วน ดังต่อไปนี้

ส่วนแรก เป็นปัญหาทางกฎหมายสารบัญญัติ ในส่วนของมาตรา 733 ตัวกฎหมายนั้นมีส่วนบางอย่างที่จะต้องมีการแก้ไข ซึ่งจะได้มีการกล่าวต่อไปว่าควรจะแก้ไขไปด้วยลักษณะอย่างไร

ส่วนที่สอง เป็นปัญหาที่เกิดจากวิธีบัญญัติ เกี่ยวกับกระบวนการในการบังคับจ้างงานว่าในปัจจุบันมีปัญหาอย่างไรซึ่งมีการนำข้อเสนอแนะมาแก้ไขวิธีการบังคับจ้างงานนั้นควรจะมีการวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไรจะมีการกระบวนการบังคับจ้างงานโดยไม่ผ่านศาลเป็นทางเลือกเพิ่มขึ้นหรือไม่ หรือในกรณีที่ลูกหนี้สามารถร้องได้ว่า หากกรณีราคาขายทรัพย์สินจ้างงานเป็นราคาตลาดที่ไม่เป็นธรรมไม่เป็นไปตามราคาตลาดที่เป็นธรรม รวมไปถึงการเสนอให้มีการจัดตั้งหน่วยงานในการดำเนินการมีอำนาจหน้าที่ 2 ประการคือ ดำเนินการบังคับจ้างงานได้โดยไม่ผ่านศาล และอีกด้านหนึ่งให้ความช่วยเหลือ เพื่อให้ลูกหนี้เกิดได้รับความเป็นธรรมยิ่งขึ้น ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปว่ามีวิธีการอย่างไร ซึ่งการจะเสนอวิธีการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลนั้น มีความจำเป็นจะต้องก้าวล่วงในกฎหมายวิธีบัญญัติ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั่นเอง

สรุปผลจากการศึกษาวิจัย – ส่วนกฎหมายสารบัญญัติ

เป็นประเด็นปัญหาสำคัญมากในปัจจุบันว่า ตกลงแล้วมาตรา 733 นั้นควรจะเป็นไปได้ ทิศทางใดควรจะมีการบังคับจ้างงานเฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้นหรือบังคับจ้างงานกับทรัพย์สินอื่นๆ ภายหลังจากบังคับทรัพย์สินจ้างงานต่อไปเรื่อยๆ ได้ จนกว่าจะครบมูลหนี้ ก็มีปัญหาคือศาลฎีกาว่า ข้อตกลงยกเว้นนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ เป็นปัญหาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันนี้

ความคิดเห็นของผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขมาตรา 733 ให้มีความชัดเจนโดยมีเหตุผล 2 ข้อสนับสนุนด้วยกัน

เหตุผลประการที่ 1 เหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ เริ่มแรกการร่างกฎหมาย เมื่อปี 2468 ในส่วนของมาตรา 733 และมาตรา 214 ในเรื่องนั้นนั้น มาตรา 214 บัญญัติให้ ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้จนกว่าจะครบมูลหนี้ในส่วนของมาตรา 733 จะเป็นการบัญญัติที่เป็นการล้อตามมาตรา 214 มาเช่นเดียวกัน ซึ่งถือว่า เป็นกฎหมายดั้งเดิม ต่อมาในปี 2478 เกิดคนรวยรับจ้างนองที่ดินของชาวนา ชาวสวนหรือเกษตรกร ที่มีที่นา หรือที่ดินที่ใช้ทำมาหากิน เป็นลักษณะของที่ดินที่มีจำกัด หากพิจารณาตามมาตรา 733 เดิม เมื่อเจ้าหนี้บังคับทรัพย์ คือ ที่ดินผืนนั้นของเกษตรกร ชาวไร่ ชาวนาแล้ว ตามมาตรา 733 เดิม ยังให้เจ้าหนี้สามารถบังคับกับทรัพย์อื่นของลูกหนี้ได้ ทำให้เกิดการบังคับทรัพย์สินอื่นต่อมาของลูกหนี้ ทำให้ชาวนาบางคนถึงกับหมดที่ดินทำกิน ประกอบกับในสมัยนั้นไม่มีหน่วยงานที่จะให้ลูกหนี้ไปร้องเรียน อย่าง สคบ. หรือองค์กรต่างๆ ที่อาจจะช่วยให้ลูกหนี้เข้าถึงความยุติธรรมได้

ในปี 2478 จึงมีแนวความคิดในการแก้กฎหมายในส่วนมาตรา 733 นี้ กลายเป็นที่มาของการแก้เป็นว่า การบังคับจ้างจำเป็นจะต้องมีการบังคับทรัพย์จำนองขึ้นเดียวเท่านั้น หมดจากทรัพย์สินนั้นเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิไปบังคับทรัพย์สินอื่นได้อีก ซึ่งตรงนี้ถ้าพิจารณาตามมาตรา 214 ที่มีการแก้ไขล้อกับมาตรา 733 ก็จะพบว่าเป็นการกลับหลักของกฎหมายหนี้อันเป็นหลักสากลที่ทั่วโลกยอมรับที่ว่า ถ้าเป็นหนี้ ก็จะต้องใช้หนี้จนกว่าจะครบมูลหนี้ ซึ่งในต่างประเทศหลักกฎหมายหนี้ ถ้อยคำทำนองนี้จะไม่มีการบัญญัติไว้ เพราะเขาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่นไม่มีการเขียนบัญญัติลักษณะนี้ลงในประมวลกฎหมายของประเทศเขาแต่อย่างใด

ภายหลังจากที่มีการแก้ไข และใช้กฎหมายปี 2478 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ผ่านมาแล้วเป็นเวลาร่วมกว่า 70 ปี สถานการณ์บ้านเมืองมีการเปลี่ยนแปลงไปลูกหนี้มีความรู้เพิ่มมากขึ้น ถ้าเทียบกับเกษตรกร ชาวนาสมัยก่อน อีกทั้งมีองค์กรที่มีความรู้ มีหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้มากยิ่งขึ้น ประกอบกับแนวทางการตีความของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ดีความว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ไม่เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ เป็นเรื่องความตกลงของคู่สัญญา ที่จะยกเว้นมาตรา 733 จึงนำกลับไปสู่หลักทั่วไปที่ทุกฝ่ายยอมรับหลักสากลว่า เมื่อเป็นหนี้ก็ต้องใช้หนี้ครบจนเต็มตามมูลหนี้ ก็คือจนกว่าจะครบมูลหนี้ เพราะว่าการตีความข้อตกลงยกเว้นข้อตกลงมาตรา 733 นั้นเป็นการตีความในลักษณะที่ว่ายินยอมให้กับเจ้าหนี้บังคับเอาที่ทรัพย์อื่นๆ นอกจากทรัพย์จำนองของลูกหนี้จนกว่าจะครบตามมูลหนี้ ซึ่งเป็นหลักสากล ทางผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 733 ให้เป็นไปอย่างชัดเจน เพื่อป้องกันการสับสน จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 214 ณ ปัจจุบันในตอนต้น วางหลักไว้ว่า ภายใต้อำนาจมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะชำระหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย โดยทางผู้วิจัยจึงขอเสนอในประเด็นนี้ว่าให้แก้ไขมาตรา 214 ปรับไปในหลักกฎหมายที่ได้รับการ

ยอมรับ เป็นมาตรา 733 ใหม่ เป็นว่า ถ้าเอาทรัพย์สินจำนวนหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีราคาประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินที่จำนวนนั้นออกขายทอดตลาดเพื่อตีใช้หนี้ ได้เงินเป็นจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ ยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้ให้ครบ

เหตุผลประการที่ 2 เหตุผลทางด้านความเป็นธรรม เนื่องจากว่ามาตรา 733 ในตอนท้ายวางหลักไว้ว่า ลูกหนี้ไม่จำเป็นจะต้องบังคับกับทรัพย์สินอื่น ๆ ที่สถาบันการเงินได้มีการทำตามข้อตกลง ยกเว้นไว้กฎหมายปัจจุบันจึงกลายเป็นว่าทั้งตัวลูกหนี้และบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ลูกหนี้ชั้นต้น จะต้องถูกบังคับชำระหนี้จนกว่าจะครบมูลหนี้ ทำให้เกิดปัญหาทางด้านความเป็นธรรม เพราะกรณีบุคคลภายนอกที่เอาทรัพย์สินของตนเข้าประกันหนี้ของลูกหนี้ชั้นต้น แต่ต้องถูกบังคับชำระหนี้เนื่องจากทรัพย์สินจำนวนของตนจึงไม่เป็นธรรม ทางผู้วิจัยจึงขอเสนอให้แก้ไขตอนท้ายของมาตรา 733 เป็นว่า ผู้จำนองที่ไม่ใช่ลูกหนี้ชั้นต้นไม่ต้องรับผิดชอบในจำนวนเงินที่ค้างชำระเช่นว่านั้น หมายความว่า ถ้าคุณเป็นบุคคลภายนอกได้นำทรัพย์สินของตนมาจำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ และมีการบังคับขายทรัพย์สินจำนวนนั้นเพื่อชำระหนี้แล้ว ปรากฏว่าหนี้ยังเหลืออยู่ผู้จำนองที่เป็นบุคคลภายนอกนั้นไม่ต้องรับผิดชอบ ไม่ต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้จากทรัพย์สินของตนอีก ตัวลูกหนี้ชั้นต้นเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ต่อไป นอกจากนี้ยังขอเสนอแนะเพิ่มเติมข้อความว่า การตกลงให้แตกต่างจากบทบัญญัติเช่นว่ามานี้ ท่านให้ถือเป็นโมฆะ การบัญญัติบทบัญญัติส่วนท้ายอันนี้ก็เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในการใช้บทบัญญัติหลีกเลี่ยงกันนำไปใช้ และการตีความ

ถ้ามองในแง่เศรษฐศาสตร์ หากมีการปรับปรุงมาตรา 733 จะทำให้มีลูกหนี้เข้าถึงแหล่งเงินทุนมากขึ้น เพราะต้นทุนการกู้ยืมเงินสูงขึ้น เพราะว่าดอกเบี้ยจะสูงขึ้น โดยปกติแล้วเวลา ดอกเบี้ยเกิดขึ้น เกิดจากดอกเบี้ยที่แท้จริงรวมกับดอกเบี้ยอัตราเงินเฟ้อ จึงจะเป็นดอกเบี้ยที่ใช้ในอัตราปัจจุบัน ในส่วนดอกเบี้ยที่แท้จริงจะประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นดอกเบี้ยที่มีความเสี่ยง ซึ่งส่วน ความเสี่ยงนี้ จะมีทั้งความเสี่ยงในเรื่องของการผิดนัดชำระหนี้ ความเสี่ยงทำให้สภาพคล่อง และความ เสี่ยงทางด้านมาจอลิตี และความเสี่ยงจากการกำหนดเวลาชำระหนี้ โดยความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับ เรื่องมาตรา 733 นี้จะเป็นในส่วนของความเสี่ยงดอกเบี้ยผิดนัด ทำให้หากเมื่อลูกหนี้ผิดนัด ย่อมมี ความเสี่ยงในส่วนนี้สูงขึ้น ทำให้ต้นทุนการกู้ยืมสูงขึ้น

ส่วนในเรื่องของการเข้าถึงแหล่งเงินกู้มากขึ้น คือ ธนาคารพาณิชย์อยู่ภายใต้ของหลักมาเซลล์ ซึ่งตามหลักมาเซลล์จะประกอบไปด้วยหลักในเรื่องของการตั้งทุนสำรอง การบริหารความเสี่ยง ทางด้านการตลาด ความเสี่ยงทางด้านผิดนัดชำระหนี้ซึ่งคือความน่าเชื่อถือ และความเสี่ยงทางด้าน บุคคลซึ่งคือการบริหารจัดการ เมื่อความเสี่ยงสูงขึ้นจากการไม่ได้รับชำระหนี้ แทนที่ธนาคารจะนำเงิน ไปปล่อยกู้ ก็อาจโยกไปทำอย่างอื่นที่ไม่ต้องมีความเสี่ยงสูงเท่านี้ ดังนั้นการโยกย้ายเงินจะทำอย่างอื่น จัดสรรเงินสำหรับการกู้ยืมเงินน้อยลง เพราะว่าการให้เครดิตมีความแปรผันตรงกับความเสี่ยงที่

สูงขึ้นของธนาคาร หากธนาคารพาณิชย์ถ้าถูกเรียกบีบให้ลดดอกเบี้ยให้น้อยลง ก็จะปล่อยกู้ให้น้อยลง ทำให้ประชาชนเข้าถึงแหล่งเงินกู้ยากขึ้น

สำหรับข้อเสนอแนะข้อแรก ที่เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 733 ทั้งนี้ทั้งนั้นภายหลังจากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและมีการคิดในส่วนของข้อเสนอแนะแก้ไขต้องบอกว่าเป็นความโชคดีเป็นอย่างมาก ที่มีกฎหมายจาก สนช.ออกมา Support ข้อเสนอแนะของเราออกมาวันที่ 2 ตุลาคม โดยได้ผ่านกฎหมายในส่วนของจำนอง ซึ่งแจกให้ในเอกสารประกอบการบรรยายแผ่นแรก ซึ่งมีการเขียนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งส่วนนี้ผ่าน สนช. และแต่ยังไม่ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา จึงยังไม่ได้เห็นสู่สายตาประชาชนว่ากฎหมายได้แก้ไขเป็นประการใด สำหรับข้อมูลนี้ได้มาจากทางด้านกฤษฎีกา

จากมาตรา 727/1 ใหม่ เป็นข้อสนับสนุนของงานวิจัยของเราว่า ในส่วนของผู้จำนองที่เป็นบุคคลภายนอก เอาทรัพย์สินของตนมาตราเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งมาตรา 727/1 บัญญัติว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดผู้จำนองประกันทรัพย์สินของตนประกันหนี้อันบุคคลหนึ่งต้องชำระไม่ต้องรับผิดในหนี้อันเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เขาได้จำนองในเวลาที่เขาจำนองหรือบังคับจำนอง ข้อตกลงใดอันมีผลให้ผู้จำนองรับผิดเกินกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง หรือผู้ให้จำนองรับผิดอย่างผู้ค้ำประกันข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ ทั้งนี้ไม่ว่าข้อตกลงนั้นจะมีอยู่ในสัญญาจำนองหรือทำเป็นข้อตกลงต่างหาก

ถ้าสังเกตตามมาตรา 727/1 นั้นและดูประกอบกับข้อเสนอแนะของทางผู้วิจัยจะเห็นได้ว่าวรรค 2 (ตัวแดงขีดเส้นใต้) ของมาตรา 727/1 จะเป็นเรื่องเดียวกัน เป็นไปในทำนองเดียวกัน แต่ผู้วิจัยได้เสนอแก้ไขมาตรา 733 ให้มีความชัดเจน โดยเพิ่มเติมด้วยว่า ถ้ามีการแก้ไขข้อตกลงใดอันมีผลให้ผู้จำนองรับผิดเกินกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง หรือผู้ให้จำนองรับผิดอย่างผู้ค้ำประกันข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ คือ ผู้จำนองไม่ต้องรับผิดในหนี้เกินกว่าทรัพย์สินจำนองในเวลาที่ยังบังคับทรัพย์สินจำนองหลุดสอดคล้องกับวรรคหนึ่ง

สรุปผลจากการศึกษาวิจัย – กฎหมายวิธีสบัญญัติ

ข้อเสนอแนะอีกส่วนหนึ่ง คือ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกระบวนการบังคับทรัพย์สินจำนองซึ่งทางทีมวิจัยต้องการเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับจำนอง โดยไม่ผ่านศาลขึ้นมา โดยนำใช้ในกรณีนี้ที่ลูกหนี้กับเจ้าหนี้ตกลงกันได้คือ เมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ก็ตกลงกันว่าจะไม่ไปศาล จะบังคับจำนองโดยผ่านเป็นหน่วยงานพิเศษขึ้นมาอีกหนึ่งหน่วยงาน เป็นหน่วยงานที่สามารถช่วยในการบังคับทรัพย์สินจำนองไม่ผ่านศาล กับมีหน้าที่อีกนัยหนึ่งควบคู่ไปกับการบังคับทรัพย์สินจำนองคือ ควรจะมีอำนาจของบริษัทในการเป็นผู้คุ้มครองผู้บริโภค โดยอาจจะช่วยเหลือลูกหนี้ในขณะหรือก่อนการเข้าทำสัญญา มีหน้าที่ตรวจสอบในข้อสัญญาซึ่งลูกหนี้ อาจต้องเสียเปรียบในการทำสัญญา สำหรับขั้นตอนนี้ทางผู้วิจัยต้องการเสนอเพื่อให้กระบวนการ

บังคับจำนวนในปัจจุบันทำได้วิธีทำได้หลายวิธีมากขึ้น นอกจากไปฟ้องคดีต่อศาลแต่เพียงประการเดียว เพราะว่าการไปฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขายทอดตลาดที่กรมเค่าบังคับคดีนั้น เข้าใจว่าใช้ระยะเวลาเวลานาน ทำให้ไม่สมประโยชน์ทั้งสองฝ่าย ฝ่ายเจ้าหนี้ก็ไม่ได้รับสำหรับชำระหนี้ ส่วนฝ่ายลูกหนี้ก็ต้องรับภาระดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นตลอดเวลาที่เรายังไม่มีการบังคับขายทอดตลาด แต่หากมีวิธีใหม่คือ การบังคับทรัพย์ จำนวนโดยไม่ผ่านศาล ซึ่งต่างประเทศมีมาเป็นระยะเวลานานแล้ว ทางที่มิวิจัยจึงได้รวบรวมข้อมูล ทั้งข้อมูลเชิงวิชาการ และสถิติ พบว่าวิธีการนี้มีข้อดีคือ ความรวดเร็ว ทำให้สมประโยชน์ทั้งฝ่ายเจ้าหนี้ และฝ่ายลูกหนี้

นอกจากนี้ ซึ่งกฎหมายทาง สนช. ได้ประกาศอนุมัติเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2557 ที่ผ่านมาได้เพิ่มเติม มาตรา 729/1 ซึ่งเป็นการเสริมสิทธิลูกหนี้ในการบังคับทรัพย์จำนวนมาตรา 729/1 กล่าวคือ ให้สิทธิลูกหนี้ในการที่จะแจ้งไปยังเจ้าหนี้ว่า ต้องการให้บังคับทรัพย์จำนวนคือ ลูกหนี้แจ้งเจ้าหนี้ได้ ซึ่งตรงนี้สนับสนุนผลงานวิจัยของเราที่ต้องการเสนอให้มีการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล กล่าวคือ มาตรา 729/1 ให้สิทธิเจ้าหนี้บังคับจำนวนได้หากลูกหนี้ยินยอม โดยหากตกลงกันได้ ก็สามารรถดำเนินการบังคับจำนวนโดยไม่ผ่านศาลได้ ซึ่งตอนนี้มีกฎหมายตัวใหม่รองรับแล้ว

สำหรับข้อเสนอแนะการแก้ไขขั้นตอน หลังการขายทอดตลาดทรัพย์ไม่ว่าจะเป็นการขายโดยไม่ผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล ถ้าหากว่าทั้งฝ่ายลูกหนี้เห็นว่าราคาที่ขายได้เป็นราคาตลาดที่ไม่เป็นธรรม หรือราคาต่ำไป ซึ่งภาระตรงนี้เกิดขึ้นกับลูกหนี้มาก หากราคาต่ำไปหมายความว่า หนี้ส่วนต่างที่ยังเหลืออยู่รูปนี้จะต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่ขาดนี้เป็นจำนวนมาก จึงต้องการเสนอเป็นอีกมาตราหนึ่ง ในกระบวนการบังคับคดี ในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า ให้ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ว่า หากลูกหนี้เห็นว่าราคาที่ขายทรัพย์สินเป็นราคาตลาดที่ไม่เป็นธรรมหรือต่ำไปนั้น ให้ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ โดยที่จะต้องรวบรวมหลักฐาน ขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ นักประเมินราคาอิสระหรือหลักฐานการขายเปรียบเทียบ เช่น หากมีการขายที่ดินในบริเวณเดียวกัน ที่ดินใกล้เคียงกัน มีการขายเมื่อไม่นานมานี้ ลูกหนี้ก็จะต้องนำหลักฐานทั้งหมดมาแสดง เพื่อบอกว่าราคาขายทอดตลาดนั้นเป็นราคาตลาดที่ต่ำเกินไป ซึ่งการให้สิทธิลูกหนี้ในการเรียกร้อง ในกรณีนี้ จึงขอเสนอให้มีการเพิ่มมาตรา ในส่วนของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรื่องการบังคับเอาทรัพย์หลักประกัน

สำหรับกระบวนการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลที่ต้องการสนับสนุนให้เกิดเป็นผลบังคับขึ้นเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเรามีข้อมูลสนับสนุนทั้งจากเอกสารต่างประเทศรวมถึงสถิติจาก World Bank ว่า กระบวนการบังคับคดีที่ผ่านศาลหรือไม่ผ่านศาล ผลคือ จาก 42 ประเทศทั่วโลกที่มีการกระบวนการทำคดีทั้งที่ผ่านศาลและไม่ผ่านศาล เปรียบเทียบกระบวนการ 2 กระบวนการแล้ว ระยะเวลาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการบังคับจำนวนผ่านศาลและไม่ผ่านศาล ค่อนข้างแตกต่างกันอย่างมีนัยยะสำคัญ กล่าวคือ การบังคับจำนวนไม่ผ่านศาลใช้เวลาน้อยกว่า และราคาขายทรัพย์จำนวนได้มากกว่า กระบวนการที่ผ่านศาลมากกว่าถึง 3 ถึง 4 เท่า ช่วยแก้ปัญหาของกระบวนการเดิมที่ช้า และเสียประโยชน์ทางฝ่ายลูกหนี้และฝ่ายเจ้าหนี้ด้วย

ข้อเสนอแนะทางด้านเศรษฐศาสตร์ที่สนับสนุนทางผลการวิจัยส่วนนี้ว่า การบังคับคดีโดยผ่านศาลว่ามีผลดีหรือผลเสียอย่างไรหากมีการบังคับจำนองโดยผ่านศาล ลูกหนี้จะต้องรับภาระดอกเบี้ยมากขึ้น แล้วก็ไม่รับความเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ดีการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลอาจทำให้ลูกหนี้ไม่มั่นใจเท่าเดิม เพราะว่าไม่ได้รับความคุ้มครองจากศาล แต่ที่เห็นชัดคือ ระยะเวลาการบังคับคดี การทำให้กระบวนการบังคับคดีรวดเร็วขึ้น ทั้งลดต้นทุน ลดจำนวนหนี้ที่ลูกหนี้ต้องเสียจากดอกเบี้ยทบต้น ย่อมเป็นประโยชน์มากกว่า แต่ข้อเสียคือ ลูกหนี้อาจจะขาดความมั่นใจในเรื่องของความยุติธรรม

สังเกตได้จากดุลยภาคตามที่แสดงในกราฟ สมมติว่า มีการกู้เงิน 1 บาท เมื่อผิดนัด และมีการคิดดอกเบี้ยทบต้น รวมกันไปกันมา ลูกหนี้จะต้องเสียเงินเป็นจำนวนถึง 1.81 บาท ซึ่งเป็นจำนวนที่เกินจากต้นเงินคิดเป็น 20 เปอร์เซ็นต์ อันเป็นการเพิ่มต้นทุนที่กู้ยืมเงิน จุดนี้เอง หากกระบวนการมีความล่าช้า อัตราความสูญเสียก็ย่อมมีมากขึ้นเช่น บังคับคดี 10 ปี จำนวนเงินที่ลูกหนี้ต้องชำระอาจคิดเป็น 7 เท่าของเงินต้น บางคดีมีการฟ้องคดีล้มละลายต่อจากคดีแพ่งออกไปอีก จึงอาจจะมากกว่า 7 เท่า เพราะเจ้าหนี้นิยมจะฟ้องคดีแพ่งก่อน เพราะคดีล้มละลายมีระยะเวลาเพียง 3 ปี แต่หากฟ้องเป็นคดีแพ่งจะสามารถขยายระยะเวลาได้ถึงเกือบ 10 ปี ซึ่งจะส่งผลให้ตัวต้นเงินเพิ่มขึ้นถึง 7 เท่าหรือมากกว่านั้น

สิ่งที่คณะผู้วิจัยต้องการเสนอเกี่ยวกับการป่วนการบังคับจำนองเสนอให้เป็นทางเลือกเพิ่มเติม หากกรณีตกลงกันไม่ได้ก็สามารถใช้สิทธิทางศาลได้เหมือนเดิม แต่หากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้กับเจ้าหนี้ตกลงกันได้ว่าจะให้บังคับชำระแบบไม่ผ่านศาล ก็จะรวดเร็วกว่าทำให้มีทางเลือกมากขึ้นในการดำเนินการ สำหรับกรณีการบังคับจำนองได้ไม่ผ่านศาลนั้น ทางผู้วิจัยได้เสนอให้มีหน่วยงานพิเศษขึ้นมาเพื่อดูแลเกี่ยวกับการบังคับจำนองดังกล่าว และนอกจากอำนาจแล้วก็ให้มีหน้าที่ที่จะต้องช่วยเหลือให้ความเป็นธรรมกับลูกหนี้-เจ้าหนี้ ซึ่งส่วนนี้การให้ความเป็นธรรมช่วยเหลือลูกหนี้จะต้องเริ่มตั้งแต่ที่ต้นน้ำคือ การเข้าทำสัญญาว่าจะต้องให้ความรู้ในการทำสัญญากันลูกหนี้ เช่น บอกว่าข้อสัญญาควรต้องปรากฏข้อความอะไรบ้าง อย่างไรก็ตามจะไม่ถูกเอาเปรียบ รวมไปถึงกระบวนการเรื่องของสัญญาที่อาจจะเกิดข้อพิพาทไปจนถึงจุดที่ว่า จะมีการบังคับทรัพย์จำนอง ก็อาจทำหน้าที่นัดประชุม เพื่อให้เกิดการเจรจาคุยกัน ตกลงกันประนีประนอมหนี้กัน สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หน่วยงานนี้ควรมีหลักการทำงานได้โดยอิสระ ถึงแม้จะมีแนวคิดที่ว่า หน่วยงานนี้ควรได้รับเงินช่วยเหลือจากธนาคารพาณิชย์อันเป็นฝ่ายเจ้าหนี้ก็ตาม แต่การทำงานควรมีความเป็นอิสระด้วย ทั้งนี้ทั้งนั้นเป็นไปตามหลักของ fiduciary duty ซึ่งปกติผู้ให้บริการในลักษณะนี้จะต้องให้ความซื่อสัตย์ต่อลูกค้าคู่ความ โดยหน่วยงานนี้อาจจะถูกกำกับโดยภาครัฐอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งผู้วิจัยจึงขอเสนอให้เป็นธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นผู้วางระเบียบที่วางและจัดตั้งหน่วยงานพิเศษนี้ โดยอาจจะเป็นแบบจัดตั้งบริษัทโบรกเกอร์ค่าหุ้นต่างๆโดยธนาคารในประเทศไทยในส่วนผู้กำหนดระเบียบในการกำกับดูแล ให้ได้มาตรฐานและทุกอย่างเป็นไปตามกรอบการดำเนินงานที่ธนาคารที่ประเทศไทยได้วางไว้

ซึ่งส่วนนี้เป็นรายละเอียดของการทำงานหน่วยงานนี้จะต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมต่อไป อันอยู่นอกเหนือขอบข่ายของการวิจัยนี้ คงจะต้องดำเนินการเป็นอีกโครงการหนึ่งต่อไป

สรุปข้อเสนอแนะ

1. เสนอให้แก้ไขกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยากให้มีการแก้ไขมาตรา 214 และมาตรา 733 ให้เป็นไปตามหลักเรื่องหนี้
2. เสนอกระบวนการบังคับจำนอง โดยสร้างทางเลือกกรณีที่ถูกหนี้เจ้าหนี้ตกลงกันได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องนำคดีไปร้องต่อศาล โดยสถาบันการเงินอาจทำการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษในเรื่องนี้ภายในสถาบันการเงินของตน แต่ให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยทำหน้าที่บังคับจำนองในกรณีที่ถูกหนี้ตกลงกันได้ว่า จะใช้กระบวนการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาล อีกกรณีหนึ่งควรเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานพิเศษนี้ คือ ให้ความคุ้มครองดูแลลูกหนี้ตั้งแต่ตอนเข้าทำสัญญาเลย อาจจะมีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบถึงสิทธิหน้าที่ในข้อสัญญาที่อาจจะทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบเมื่อเข้าทำสัญญากับธนาคารของท่าน ทั้งนี้ ขั้นตอนที่เจ้าหนี้กับลูกหนี้ตกลงกันได้ ก็ให้เป็นไปตามกระบวนการเดิมกลับไปสู่ศาลต่อไป
3. นอกจากนี้ยังเสนอแก้ไขในเรื่องกระบวนการบังคับจำนองในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ว่า หากมีการบังคับทรัพย์จำนอง และลูกหนี้เองเห็นว่าราคาทรัพย์สินที่ขายได้นั้นมีราคาต่ำ อันจะส่งผลให้ลูกหนี้ต้องรับภาระในหนี้ส่วนที่ขาดอีกเป็นจำนวนมาก จึงอยากให้มี function เพิ่มขึ้นมาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในกรณีราคาขายทอดตลาดไม่เป็นธรรม โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้มีภาระการพิสูจน์แสดงหลักฐานว่าราคาขายดังกล่าวไม่เป็นธรรมอย่างไรต่อศาล
4. เสนอให้มีการเร่งระยะเวลาในกระบวนการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้เร็วยิ่งขึ้น โดยเฉพาะเรื่องการบังคับทรัพย์จำนองนั้น ควรมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยอาจกำหนดกรอบระยะเวลาบังคับจำนอง แม้เราจะมีหลักในมาตรา 271 ว่าจะต้องบังคับจำนองภายใน 10 ปี แต่อย่างไรก็ดี ระยะเวลาดังกล่าวจะต้องพิจารณาประกอบว่าไม่เป็นการใช้สิทธิของเจ้าหนี้เอาเปรียบลูกหนี้มากเกินไป จึงอาจกำหนดกรอบระยะเวลาเช่น ต้องตั้งเรื่องขอบังคับทรัพย์ภายใน 180 วัน นับแต่มีคำพิพากษาให้ยึดทรัพย์ หรือต้องขายทรัพย์จำนองให้ได้ภายใน 2 ปีตั้งแต่มีการบังคับคดี เป็นต้น ข้อเสนอแนะนี้ที่ทีมวิจัยได้มาจากการสัมภาษณ์เชิงลึก ทางตัวแทนลูกหนี้เห็นว่าระยะเวลา 10 ปี นั้น ตามที่วางหลักไว้ในมาตรา 271 ว่า 10 ปี หมายถึงเมื่อใด, นับ 10 ปี ตั้งแต่เมื่อใด, จะตั้งเรื่องยึดในปีที่ 9 ได้หรือไม่ จึงขอเสนอให้มีการแก้ไขระยะเวลานี้ให้มีความชัดเจนขึ้นเป็นข้อความทำนองว่า ให้การบังคับคดีตามคำพิพากษานั้น เสร็จสิ้นทุกกระบวนการภายใน 10 ปี นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

รับฟังความคิดเห็น

1. ธนาคารอาคารสงเคราะห์

หลักกฎหมายที่แก้คือ กรณีมีผู้จำนองส่งผลให้เป็นลูกหนี้มีประกัน ซึ่งผู้จำนองที่เป็นบุคคลภายนอกไม่ต้องรับผิดชอบในทรัพย์สินอื่นนอกจากทรัพย์สินที่ตนตราเป็นประกันไว้ แต่ในกรณีเป็นลูกหนี้ชั้นต้นจำนองเป็นประกัน ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด ส่วนกรณีเป็นลูกหนี้สามัญซึ่งถือเป็นลูกหนี้ไม่มีประกันนั้น ย่อมถูกบังคับกับทรัพย์สินอื่นๆได้ ไม่เข้ากรณีมาตรา 733 อยู่แล้ว

ผลกระทบที่เกิดขึ้นในแง่ของสถาบันการเงิน คือ ลูกหนี้ก็จะเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ยากขึ้น และในเรื่องของราคาประเมินก็จะถูกกดราคาให้ต่ำลง คล้ายๆกับกรณีจำนำ ที่จำเป็นต้องกดราคาก็เพื่อให้บังคับกับทรัพย์สินอื่นได้มากขึ้น การที่มาตรา 729/1 ที่อยู่ระหว่างรอประกาศในราชกิจจานุเบกษา อย่าง 729/1 ที่วางหลักว่า เวลาใดหลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระ

คำถาม มาตรา 729 กรณีที่ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่น อันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินจำนองเดียวกันนี้ ผู้จำนอง... คำว่า ผู้จำนอง ในที่นี้ หมายถึงใครบ้าง หมายความว่ารวมถึงผู้จำนองที่เป็นลูกหนี้สามัญด้วย หรือหมายความว่าเฉพาะลูกหนี้สามัญ ในความเห็นส่วนตัว คิดว่าน่าจะหมายถึงทั้งสองคน

ประเด็นต่อมาคือ กรณีมาตรา 729/1 ที่ให้ขายได้โดนไม่อยู่ในกระบวนการบังคับคดี แต่พอมาดูวรรคสอง คำว่า กรณีที่ผู้รับจำนองไม่ได้ดำเนินการขายทรัพย์สินที่จำนองภายในระยะเวลาที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้จำนองหลุดพ้นในดอกเบี้ย และค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระไม่แน่ใจว่า ถ้อยคำเช่นนี้ หมายความว่า ดอกเบี้ยหยุดนับเลยใช่หรือไม่กล่าวคือ เมื่อผู้จำนองแจ้งมาให้ผู้รับจำนองขายทรัพย์สิน และระหว่างขาย (ซึ่งอาจจะมีการฟ้องพิเศษขึ้นมาตามที่ผู้วิจัยเสนอแนะ) นี้ปัญหาคือ ไม่มีการดำเนินการขายภายใน 1 ปี ดอกเบี้ยก็จะหยุดนับทันทีเลยใช่หรือไม่ แล้วถ้าหยุดนับทันทีเท่ากับว่าเหลือแต่ต้นเงิน ผลของการที่ดอกเบี้ยหยุดเดินนี้จะทำให้การบังคับใช้มาตรา 733 กับมาตรา 214 ที่ทางผู้วิจัยเสนอใหม่นั้นเป็นหมันหรือไม่ เพราะที่ทางผู้วิจัยเสนอ คือ ลูกหนี้ต้องผูกพันชำระหนี้ในมูลหนี้โดยสิ้นเชิง และนอกจากแนวทางคู่ขนานที่ผู้วิจัยเสนอแล้ว ในทางกลับกันหากมีการฟ้องคดีต่อศาลควบคู่ไปกับการดำเนินการขายผ่านองค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้นจะเป็นไปได้หรือไม่

คำตอบ ต้องขอกล่าวในเบื้องต้นก่อนว่า ตามร่างที่ สนช. ประกาศเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2557 นั้น มีการแก้กฎหมายหลายส่วนด้วยกัน ทั้งคำประกันและจำนอง โดยส่วนใหญ่เป็นการแก้ไขเรื่องคำประกัน ในส่วนการจำนองที่มีการแก้ไขและเกี่ยวข้องกับงานวิจัย มี 2 มาตรา ได้แก่ 727/1 และ 729/1 ซึ่งจากคำถามผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตในมุมมองของผู้วิจัยว่า คำว่า เวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระคือเวลาใด ซึ่งในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่า หมายถึง กำหนดเวลาชำระหนี้เมื่อผิดนัดเท่านั้น และคิดว่าเจตนารมณ์ของตัวบทน่าจะหมายความว่าอย่างเดียวกันเพราะน่าจะหมายถึงช่วงเวลาที่ถูกหนี้ค้างใช้สิทธิเรียกร้อง เพียงแต่ใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน เนื่องจากในเบื้องหลังของการใช้ถ้อยคำว่า เวลาใดใด

เพราะคำว่า หนี้ถึงกำหนดเวลาชำระ เป็นช่วงเวลาที่กว้างขวางมาก อาจเป็นไปได้ทั้งก่อนช่วงผิดนัด หรือในวันที่ผิดนัด ซึ่งมีหลายส่วนซ้อนทับกัน ทางผู้วิจัยจึงอยากฝากเป็นข้อสังเกตไว้ด้วย

คำถาม ถ้าไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่น อันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินเดียวกันนี้ ผู้จำนองมีสิทธิแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนอง เพื่อให้ผู้รับจำนองดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล ถ้อยคำทั้งหมดนี้ เป็นเรื่องใหม่สำหรับสถาบันการเงินและนักกฎหมาย ซึ่งทางผู้วิจัยเห็นว่า น่าจะร่างขึ้นเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ เนื่องจากวรรคหนึ่งได้ใช้คำว่า ลูกหนี้ แต่เพียงฝ่ายเดียว จึงไม่น่าจะใช่เป็นการตกลงกันแต่อย่างใด ดังนั้นผู้จำนองตามมาตรา 729/1 นี้ น่าจะเป็นทั้งผู้จำนองที่เป็นลูกหนี้ชั้นต้นและที่เป็นบุคคลภายนอก เพราะวรรคท้ายได้มีการยกเว้นกรณีที่ผู้จำนองเป็นบุคคลภายนอกไว้อย่างชัดเจนแล้ว ดังนั้น กรณีตามวรรคหนึ่ง ในเรื่องสิทธิในการแจ้งเจ้าหน้าที่บังคับจำนองที่ไม่ผ่านศาลนั้น จึงน่าจะหมายถึงทั้งผู้จำนองที่เป็นลูกหนี้ชั้นต้นและที่เป็นบุคคลภายนอก ซึ่งกรณีนี้ผู้ร่างอาจจะเล็งเห็นปัญหา ขอยกตัวอย่างเช่นกรณีที่สถาบันการเงินไม่ยอมบังคับคดีหลังจากมีคำพิพากษา ไม่ยอมไปตั้งเรื่อง เพราะปัจจุบันยังไม่มีกำหนดกรอบเวลา ระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่มีสำหรับการตั้งเรื่องจึงมีถึง 10 ปี ตามมาตรา 271 ซึ่งดอกเบี้ยยังคงเดินอยู่เรื่อยๆ ลูกหนี้จึงมองว่าไม่เป็นธรรม เป็นที่มาของการแก้ไขมาตรา 729/1 การใช้สิทธิของผู้จำนอง สามารถทำหนังสือแจ้งไปยังผู้รับจำนองให้มีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล และยังคงกำหนดกรอบระยะเวลาการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลไว้คือ ต้องดำเนินการขายทอดตลาด โดยคำว่าดำเนินการนี้ มีความหมายทางกฎหมาย เพราะการขายทรัพย์สินนี้เฉพาะกรณีการขายที่ไม่ผ่านศาล ไม่ผ่านดำเนินการผ่านกรมบังคับคดี ซึ่งที่ผ่านมาสถาบันการเงิน ธนาคารพาณิชย์ หรือเจ้าหน้าที่จำนองไม่ได้ทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินเองแต่อย่างใด จึงอยากสอบถามความเห็นเกี่ยวกับกระบวนการบังคับทรัพย์สินขายทอดตลาดนี้ว่าเห็นควรเป็นเช่นใด

คำตอบ น่าจะทำเหมือนกรณีขายฝากแบงก์คือ ต้องมีการกำหนดราคาคือ กำหนดยอดหนี้และดอกเบี้ย แต่กรณีนี้ใช้กับการขายทรัพย์สินของธนาคารเอง แต่กรณีที่กฎหมายใหม่กำลังจะเปิดให้ผู้จำนองมีสิทธิแจ้งให้เจ้าหน้าที่บังคับทรัพย์สินจำนองได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการขายทรัพย์สินจำนองนั้นอาจจะไม่ได้ดำเนินการจบได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว เช่น ราคาไม่เป็นที่พอใจของผู้จำนองเกิดการคัดค้านราคาซึ่งตรงจุดนี้ยังไม่มีมาตรการรองรับ

ทางด้านผู้วิจัยเห็นปัญหาตรงจุดนี้เช่นกัน มีปัญหาเรื่องความไม่เป็นธรรมอยู่ 3 ส่วนด้วยกันคือ ปัญหาสัญญาไม่เป็นธรรม (ทั้งความถูกต้องของสัญญา) ปัญหาการกำหนดอัตราดอกเบี้ยและสรุยอดหนี้ ใครจะเป็นผู้สรุป รวมทั้งปัญหาการบังคับขายทรัพย์สินอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ในส่วนที่มีการบังคับคดีผ่านศาล กรมบังคับคดีจะเป็นผู้ทำหน้าที่นี้ แต่สำหรับกรณีการบังคับคดีโดยไม่ผ่านศาลตามมาตรา 729/1 นี้ ไม่ได้ผ่านกรมบังคับคดี เจ้าหน้าที่จึงสามารถขายทรัพย์สินได้เอง ซึ่งอาจจะเกิดปัญหาจากการที่เจ้าหน้าที่สามารถขายทรัพย์สินได้เองในทางปฏิบัติ ซึ่งไม่ทราบว่ามีผู้ร่างได้คำนึงถึงจุดนี้หรือไม่ จึงอยากให้ฝากเป็นข้อเสนอแนะไว้ เพราะทางผู้วิจัยเห็นถึงปัญหาส่วนนี้เช่นเดียวกัน ทั้งในเรื่อง

การดำเนินการเพื่อบังคับทรัพย์สิน และการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง ทั้งนี้ทางผู้วิจัยได้เสนอให้มีการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษ ในการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยไม่ผ่านการฟ้องคดีต่อศาล และถูกควบคุมโดยแบงก์ชาติ ต้องทำตามกรอบทุกอย่าง มีมาตรฐานความเป็นธรรม รวมถึงมีหน้าที่ช่วยเหลือลูกหนี้ก่อนหรือขณะเข้าทำสัญญา ส่วนเรื่องราคาขายทรัพย์สินที่ไม่เป็นธรรม ผู้วิจัยก็ได้เสนอแนะให้มีการแก้ไขวิธีพิจารณาความแพ่ง ให้ลูกหนี้มีสิทธิที่จะร้องเรียนการขายราคาที่ไม่เป็นไปตามราคาตลาดอันเป็นช่วงขั้นตอนสุดท้าย

ทั้งนี้ ผู้วิจัยยินดีรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพิ่มเติม และจะนำไปใช้ปรับปรุงการวิจัยนี้ต่อไป เพื่อเป็นประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ หลังจากที่การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้

คำถาม เนื่องจากกฎหมายใหม่ได้เพิ่มช่องทางการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลชั้น ที่ให้ลูกหนี้ฝ่ายเดียวสามารถใช้สิทธิแจ้งเจ้าหนี้ให้บังคับจำนองได้ จึงอยากทราบว่า การใช้สิทธิของลูกหนี้กรณีนี้แล้วจะเป็นการตัดสิทธิเจ้าหนี้ในการใช้สิทธิร้องขอบังคับคดีต่อศาลเลยหรือไม่

คำตอบ ถ้าพิจารณาตามมาตรา 729/1 ถ้าลูกหนี้มิได้มีการทำเป็นหนังสือแจ้งไปยังเจ้าหนี้ กรณีนี้เจ้าหนี้น่าจะยังมีสิทธิใช้กระบวนการเดิม คือ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระก็ต้องไปฟ้องศาลแล้วบังคับจำนองที่กรมบังคับคดีต่อไป เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรานี้ เป็นการเสริมสิทธิของลูกหนี้แต่เพียงฝ่ายเดียว แต่อย่างไรก็ตาม ทางผู้วิจัยเห็นว่าจะเป็นการตัดสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะร้องขอต่อศาลเลยหรือไม่ คงจะต้องใช้การตีความของศาลวางหลักการต่อไป เพราะเป็นการยกเว้นกฎหมายมาตราดังกล่าว หากมีการตกลงกันให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องต่อศาลได้ แม้ลูกหนี้ใช้สิทธิตามมาตรา 729/1 นี้แล้วก็ตาม นั่น เป็นข้อตกลงอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือไม่ นั่น ก็จะต้องพิจารณาดูกันต่อไปในอนาคต

2. คุณกัลยาณี เลขาธิการศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมมาจากข้อเรียกร้องของลูกหนี้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนเรื่องของการบังคับจำนองที่มากกว่าทรัพย์สินจำนองไม่หลุดพ้นจนทำให้เกิดการบังคับจำนอง มีการล้มละลายทั้งครอบครัวและบังคับจำนองไปจนถึงแม้กระทั่งผู้รับมรดกเป็นที่มาของกฎหมายฉบับนี้ที่จะขอข้ามไปในรายละเอียดมาตรา 729/1 ที่ระบุด้วยว่า ไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลหมายความว่าเมื่อทางเจ้าหนี้และลูกหนี้ ผู้จำนองและผู้รับจำนองได้ตกลงกันแล้ว ผู้จำนองมีหนังสือแจ้งร้องขอไปยังผู้รับจำนองว่าขอให้ดำเนินการขายทอดตลาดไม่ต้องฟ้องเป็นคดีหมายถึงว่าไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลไม่ต้องมาทะเลาะกันแล้วที่เราเป็นหนี้กันก็บาทก็สตางค์ให้ไปดำเนินการร้องต่อศาลและดำเนินการขายทอดตลาดต่อกรมบังคับคดีซึ่งมีนัดที่ขายทอดตลาดภายในกำหนดระยะเวลาเลยและการคัดค้านราคาขายทอดตลาดหรือกรณีอื่นๆก็เป็นเรื่องปกติที่ปัจจุบันดำเนินการอยู่แล้วสาเหตุที่มีกฎหมายตัวนี้ขึ้นมาเพื่อไม่ให้เกิดกระบวนการที่ยืดเยื้อไปและเจ้าหนี้ไม่ทำการบังคับ

จำนองและเกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่ลูกหนี้ดีเพราะฉะนั้นผู้ดำเนินการขายทอดตลาดก็คือกรมบังคับคดีเพียงแต่ไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลอีกแล้วในส่วนของสำนวนยอดหนี้ที่ต้องชำระแล้วก็ไม่ต้องมานั่งพิสูจน์อีกแล้วว่าใครเป็นหนี้ใครกันเท่าไรแต่ให้ยื่นต่อศาลได้เลยว่าทั้งผู้รับจำนอง และผู้จำนองจะขอดำเนินการเข้าสู่กระบวนการขายทอดตลาดดังนั้นคำว่าฟ้องเป็นคดีและคำว่าร้องต่อศาลปัจจุบันนี้มีความแตกต่างกันเช่นกรณีเจ้าหนี้เราก็ส่งซื้อกันทวงสิทธิ์หรือกรณีลูกหนี้คือการร้องคัดค้านการขายทอดตลาดส่วนข้อเสนอผู้วิจัยในการที่จะแก้ไขมาตรา 733 ที่ว่าเมื่อกฎหมายฉบับนี้ออกมาแล้วไม่เห็นด้วยว่าจะต้องมีการแก้ไขมาตรา 733 อีกเพราะกฎหมายใหม่พูดไว้ชัดเจนแล้วว่าผู้รับผิดชอบรับผิดของผู้รับจำนองผู้จำนองว่ามีความรับผิดชอบแค่ไหน ในส่วนที่ลูกหนี้ได้เสนอตลอดมาในเรื่องการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลนั้นเนื่องจากว่ามีปัญหามากมาย มีปัญหามากมายในระยะเวลาการบังคับคดีและเวลาที่ดอกเบี้ยเดินไปเรื่อยๆจนเกิดการล้มละลายอย่างมหาศาลตามที่ท่านอาจารย์ลลิตาได้เสนอขึ้นมาว่าแค่ระยะเวลา 20% เพิ่มขึ้นไปถึง 13 เท่าหรือ 52.83 เท่าของเงิน 1 บาทเพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าระยะเวลาการบังคับคดีมีผลต่อการล้มละลายของลูกหนี้จำนวนมากของประเทศไทยนี้ เพราะฉะนั้นเมื่อกำหนดระยะเวลาไว้แล้วตามมาตรา 729/1 นี้ปัญหาดังกล่าวจะลดลงเป็นจำนวนมาก ส่วนการบังคับจำนองโดยที่ไม่ต้องผ่านศาลที่นักวิจัยได้เสนอไว้คู่กับการใช้บังคับกับมาตรา 733 เพื่อต้องการให้คำตอบกับธนาคารว่าเมื่อธนาคารได้รับชำระหนี้ไม่ครบธนาคารจะปล่อยกู้ได้อย่างไรลูกหนี้ก็จะได้รับการปล่อยตัวไปให้กู้ยืมเงินเยียวยาคืนก็จะลำบากขึ้นเพราะต้องไปกู้หนี้ยืมสินนอกระบบ ลูกหนี้จึงเสนอว่าไม่ต้องทำการบังคับคดี โดยเสนอว่าถ้ามีการตกลงกู้ยืมเงินกันแล้วและเรื่องนี้ต้องมีการจำนองด้วยทรัพย์สินเป็นจำนวนเงินเท่านี้หากมีการผิดพลาด ลูกหนี้ยินยอมให้เจ้าหนี้บังคับทรัพย์สินได้เลยเพื่อที่จะไม่ต้องรอรระยะเวลาการทำคดี 10 ปีเป็นการประหยัดเงินต้นทุนในการฟ้องร้องบังคับคดีแล้วก็เป็นการประหยัดเวลาไม่ให้ล่าช้า

ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่ผ่านมาต้องกราบเรียนว่าการแก้ไขกฎหมายของผู้วิจัย นี้ไม่เห็นด้วยว่าจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายมาตรา 733 เนื่องจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 727/1 และ 729/1 ส่วนในข้อเสนอเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีโดยบุคคลภายนอกหรือมีหน่วยงานหรือกระบวนการบังคับคดีได้ไม่ผ่านศาล หรือจะเป็นเรื่องของการบังคับคดีได้ทันศาลและกำหนดกรอบระยะเวลาการบังคับจำนองและการบังคับคดีให้เสร็จสิ้น ตามมาตรา 271 ให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่คำพิพากษานั้นก็น่าจะเป็นผลดีทั้งต่อกับเจ้าหนี้และลูกหนี้ จากการทำงานมั่นใจได้ว่าเราทำการยืนยันว่ามีเจ้าหนี้บางรายได้มีการคิดดอกเบี้ยหลังจากมีการทำคำพิพากษาและไม่เอาไปลงบัญชีต่อกรมบังคับคดี ซึ่งเงินจำนวนนี้เป็นเงินมาจำนวนมหาศาลที่หายไปและส่งผลเสียหายจำนวนมากดังนั้นการบังคับใช้มาตรา 271 ป.วิ.แพ่งให้ชัดเจนว่าต้องมีการบังคับคดีตามคำพิพากษาให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 10 ปี ก็จะเกิดผลดีและเป็นธรรมมากขึ้น

3. ตัวแทนจากธนาคารอาคารสงเคราะห์

เนื่องจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 727/1 และมาตรา 729/1 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 733 ฉะนั้น หากไม่แก้ไขมาตรา 733 ให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เพิ่มเติมนี้ เกรงว่าจะมีการปรับใช้ที่เป็นปัญหา และไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน จากวรรคสองของมาตรา 733 เมื่อเราขายทอดตลาดเราจะไปบังคับกับทรัพย์สินอื่นได้อีกหรือไม่ ซึ่งจากที่ผู้วิจัยเสนอแก้ไขนั้น มีการแยกชัดเจนระหว่างลูกหนี้และผู้จำนอง ซึ่งเห็นด้วย แต่พอมีมาตรา 729/1 ซึ่งให้อำนาจธนาคารบังคับขายทอดตลาดได้เอง จึงเกิดความสงสัยว่ากรณีที่ดินธนาคารบังคับทรัพย์สินจำนองได้เองนี้ จะบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้หรือผู้จำนองได้หรือไม่ อย่างไร และเมื่อดอกเบี้ยหยุดนับตามมาตรา 729/1 จะส่งผลให้ดอกเบี้ยหยุดนับ จะส่งผลให้มาตรา 733 และมาตรา 214 เป็นหมันหรือไม่ ยังเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป ทางผู้วิจัยบอกได้แต่เพียงว่า ในการร่างมาตรา 729/1 นั้น มีอีกทีมผู้ร่างหนึ่งคือ ร่างของคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ได้เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 733 แก่แนวการแก้ไขนั้นก็ขัดแย้งกันในตัวบทกฎหมายเอง มาตรา 729/1 และ 271 ป.วิ.แพ่ง กล่าวคือร่าง มาตรา 733 ใหม่ของกฤษฎีกาคือ ถ้าเจ้าหนี้เรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาของทรัพย์สินนั้นในท้องตลาดต่ำกว่าเงินที่ค้างชำระ หรือถ้าเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้แล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบในเงินส่วนเงินที่ยังขาดอยู่นั้น จะเห็นได้ว่าร่างมาตรา 733 ของคณะกรรมการกฤษฎีกา ยังคงมีความทับซ้อนกับมาตรา 727/1 อยู่ดี จึงอาจกล่าวได้ว่า ยังไม่แน่ว่ากฎหมายฉบับใหม่จะประกาศออกมาในลักษณะใด จึงฝากให้ผู้วิจัยศึกษาในประเด็นนี้เพราะกระทบกับกฎหมายหลายตัว

4. ตัวแทนจากธนาคารแห่งประเทศไทย

ขอกล่าวก่อนว่าที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นความเห็นส่วนตัวไม่ได้ผูกพันกับหน่วยงานที่มาขอแบ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ อาจจะพูด 2-3 ประเด็น

ประเด็นแรก คือ ในเรื่องของมาตรา 733 เป็นเรื่องของข้อตกลงทางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญา คือ เจ้าหนี้กับลูกหนี้ หรือเจ้าหนี้จำนองกับลูกหนี้จำนอง ในแง่ตัวเจ้าหนี้เอง นอกเหนือจากสถาบันการเงินแล้วยังมีบุคคลอื่น อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และตัวลูกหนี้ อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ การจำนองเป็นเรื่องทางแพ่ง การเสนอการแก้ไขข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 อาจจะต้องเกี่ยวข้องกับหลายฝ่าย ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ เพราะว่าในศาลฎีกาก็กว้างแนวบรรทัดฐานของข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ใช้บังคับกันได้ แต่ก็มีข้อร้องเรียนกันมาว่าเกิดความไม่เป็นธรรม จนนำมาสู่การแก้ไขกฎหมายของ สนช. ข้อสังเกตข้อที่ 1 คือ การที่จะหาข้อสรุปข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ต้องพิจารณาหลากหลายมุม เพราะปัจจุบันก็ยังให้ ศาลยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แต่ก็มีเรื่องกฎหมายใหม่ ที่ สนช.ออกเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2557 ตัวร่างกฎหมายนั้นให้มีผลเมื่อ

พัน 90 วันนับแต่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็ยังมีเวลาคือ อาจจะฝากผู้วิจัยให้นำประเด็นตรงนี้ไปศึกษาด้วย มีประเด็นอีกคือว่า ไม่แน่ใจว่าร่างของการแก้ไขเรื่องการค้าประกัน จำนอง จำน่า ในร่างสนช. ให้รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์รักษาการจึงแปลกใจว่า ข้อตกลงทางแพ่งน่าจะเป็นของกระทรวงยุติธรรม อันนี้คือประเด็นที่หนึ่ง

ประเด็นที่สอง ในเรื่องของข้อเสนอของผู้วิจัย ที่จะให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเข้ามากำกับดูแลในเรื่องนี้ ขอเรียนว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธนาคารแห่งประเทศไทยและเรื่องนี้มีอยู่ 2 ฉบับคือ ตัวพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 แก้ไขเพิ่มเติม แต่พ.ร.บ.ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 แห่งของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยกฎหมายจัดตั้งเขียนบอกว่า ธนาคารแห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์ ดำเนินธุรกิจเป็นงานของธนาคารกลาง เพื่อดำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพทางการเงิน เสถียรภาพของระบบทางการเงิน และระบบการชำระเงิน เป็นลักษณะของการมองภาพใหญ่ ดูแลความมั่นคงของระบบการเงิน นี่คือตัวกฎหมายหลักที่จัดตั้งธนาคารแห่งประเทศไทย ส่วนตัวกฎหมายที่ใช้กำกับสถาบันการเงินก็คือ ตัวพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินที่ให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยกำกับดูแลสถาบันการเงิน ในที่นี้ คือ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ นอกเหนือจากนั้นอาจเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการอื่นที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน แต่ทั้งนี้มันจะต้องเกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการเงิน เช่น ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์ ผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์อันนี้คือ อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของธนาคารแห่งประเทศไทย ตามที่ผู้วิจัยได้เสนอให้ธนาคารแห่งประเทศไทยกำกับดูแลและให้ใบอนุญาตเรื่องของการข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ความเห็นส่วนตัวคือ ไม่น่าจะมีส่วนสัมพันธ์ในเรื่องนี้ เพราะว่าการบังคับคดีในข้อตกลงมาตรา 733 มันไม่มีจุดเกี่ยวกับธุรกิจการเงิน อยู่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทยที่ดำเนินการภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ จึงให้ข้อสังเกตในเบื้องต้น

เนื่องจากที่เสนอไปไม่ใช่จะให้ธนาคารแห่งประเทศไทยออกใบอนุญาต แต่อยากให้เป็นผู้ออกระเบียบหลักเกณฑ์ของหน่วยงานตรงนี้ให้ปฏิบัติตามเป็นมาตรฐาน อำนาจหน้าที่อาจไม่ใช่โดยตรงในการที่จะควบคุมดูแลหรือต้องออกใบอนุญาตหน่วยงานตรงนี้

ข้อสังเกต อันนี้อาจจะต้องไปดูร่างแก้ไขมาตรา 733 ที่อยู่ในชั้นกฤษฎีกา ดั้งนั้นอาจจะให้ไปดูว่ารัฐมนตรีที่รักษาการกฎหมายฉบับนั้นเป็นท่านไหน นอกเหนือจากนั้น เรื่องของการบังคับคดีตามข้อตกลงมาตรา 733 จริงๆสาระสำคัญอยู่ที่ว่ามันเป็นวิธีบัญญัติที่ต้องอาศัยความรวดเร็ว ความเป็นธรรม ความน่าเชื่อถือของผู้บังคับคดี นอกเหนือจากนั้น การดำเนินการเช่นว่านั้นจะต้องไม่ทำให้ระบบการปล่อยสินเชื่อของสถาบันการเงินมีปัญหาด้วย ถ้าจะหาหน่วยงาน ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานหนึ่งของกระทรวงยุติธรรม อาจจะคล้ายๆ กรมบังคับคดี โดยเป็นการบังคับคดีที่ไม่ผ่านทางศาล

ที่ผู้วิจัยคุยกันมี 2 ทางเลือก opt-in และ opt-out การ opt-out คือการบังคับคดีโดยไม่เข้าสู่กระบวนการทางศาล ซึ่งไม่ได้แปลว่าเราตัดสิทธิของใครในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในแง่ของการจะดูแลลูกหนี้ เอา concept ใหม่ที่หลายประเทศนิยมใช้แล้วคือ ธนาคารพาณิชย์ หรือ investment bank มี fiduciary duty กับ consumer กับลูกค้า รวมถึงลูกหนี้ผู้กู้ยืมด้วย ซึ่งอันนี้เป็นแนวโน้มสำคัญ

เรื่องที่สอง หากเอาหลักกฎหมายเศรษฐกิจมาใช้คนที่อยู่ใกล้กับลูกหนี้มากที่สุดก็คือธนาคารพาณิชย์ จึงควรมี fiduciary duty ในส่วนนี้ด้วย เพราะฉะนั้นธนาคารพาณิชย์ มีหน้าที่ส่วนหนึ่งที่ต้องรับภาระกับผู้ถือหุ้น ผู้ฝากเงินและลูกหนี้ เป็นการนำ fiduciary duty ใส่เข้าไปในต่างประเทศกฎหมายหรือกฎหมาย กฎเกณฑ์ที่จะกำกับหรือบังคับให้ธนาคาร ไม่ใช่แค่ธนาคารอย่างเดียวผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดกับการบังคับชำระหนี้ ต้องนึกถึงลูกหนี้ด้วย อย่างในสหรัฐอเมริกาที่ศาลเขาตัดสิน เดิมเป็นเรื่องของสัญญาเท่านั้น แต่ตอนหลัง 2-3 ปีมานี้ ศาลเขาเริ่มตัดสินแล้วว่าธนาคารเริ่มมี fiduciary duty กับผู้รับด้วย ซึ่งไม่ได้เป็นการบังคับ เพียงแต่เวลาที่จะบังคับคดีเกี่ยวข้องกับที่ดิน การจำนอง ให้ธนาคารคิดถึงเรื่องเหล่านี้ด้วย คือ จะเห็นได้ว่าแนวโน้มสากลโลก บริษัทที่เป็น financial institution เริ่มมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบ เนื่องจากธนาคารพาณิชย์เป็นองค์กรที่มีความเหมาะสมที่สุด ใกล้ชิดลูกหนี้ และต้นทุนต่ำที่สุด เหมือนกับที่ธนาคารพาณิชย์ถูก regulate ว่าจะต้องให้ใช้มาตรฐานบัญชีอย่างนี้ ต้องมีหน่วยงานที่ดูแลเรื่อง audit ต้องมีโครงสร้างการกำกับดูแลแบบเดียวกันกับ internalization ในส่วนที่เป็นองค์กร third party อื่นก็จะอยู่ในหัวข้อได้ สรุปก็คือ หลักกฎหมายง่ายๆ เอา fiduciary duty เข้าไปใน third party มากขึ้น

อีกสองเรื่องที่น่าจะเกี่ยวข้อง เนื่องจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 เป็นเรื่องทางแพ่ง ซึ่งก็ไม่ค่อยแน่ใจว่าในต่างประเทศจะอยู่ในเชิงพาณิชย์ นอกเหนือจากการแก้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตัว สนช. อาจจะมีพระราชบัญญัติประกันภัยทางธุรกิจ ซึ่งตรงนั้นแน่นอนว่ามันเกี่ยวข้องกับธนาคารพาณิชย์โดยตรง แต่มาตรา 733 มันเป็นเรื่องทางแพ่ง ผู้จำนองหรือผู้รับจำนองมันไม่ได้มีแค่สถาบันการเงิน แต่มีบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล เช่น บริษัทประกัน บริษัทหลักทรัพย์ จุดเกาะเกี่ยวที่จะหาข้อยุติก็เป็นเรื่องของศาลยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาด แต่ถ้าทางฝั่งเจ้าหนี้ลูกหนี้อาจจะไม่เห็นด้วย เช่น ลูกหนี้มองว่าข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ขัดต่อความสงบ ถ้าศาลยุติธรรมยังยืนตามแนวเดิม ก็ต้องพึ่งทางฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย เมื่อออกกฎหมายมาแล้ว ก็มีเรื่อง 90 วัน ข้อตกลงใน 727/1 ที่ว่าข้อตกลงอย่างอื่นเป็นโมฆะ กฎหมายมาตรานั้นมันมีผลใช้บังคับแค่ไหนเพียงใด

ในแง่ของการออกแบบโครงสร้างของสถาบันการเงิน เดิมจะแบ่งเป็น 2 กลุ่มคือ household consumption ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ว่าไม่ต้องบังคับโดยฝ่ายศาลได้หรือไม่ อีกกลุ่มคือ commercial business consumption แต่เราโฟกัสไปที่ business consumption ก็คงต้องใส่ในวิจัยว่ามันมีเรื่องที่เกี่ยวข้องหลายอย่าง เช่น financial consumption ไม่ได้อยู่ในกำกับของธนาคาร

แห่งประเทศไทย แต่อยู่ในกำกับของกระทรวงพาณิชย์ ขอนำประเด็นดังกล่าวเพิ่มเติมในงานวิจัยนี้ด้วย

เรื่องดอกเบี้ยในมาตรา 729/1 อย่างแรก ตั๊กฎหมายมันใหม่มาก ไม่มีใครที่จะมาตีความดอกเบี้ยตรงนี้ตามความเป็นจริงมี สองลักษณะคือ ตามกฎหมายแพ่ง คือ ร้อยละ 7.5 และดอกเบี้ยตามธนาคารตามพระราชบัญญัติธนาคาร ซึ่งตรงนี้นั้นก็ยังไม่ชัดเจน ว่ามันหมายถึงดอกเบี้ยอันไหน หรือว่ารวมทั้งสองดอกเบี้ย ตอนนี้อยู่ตอบอะไรไม่ได้ เพราะยังไม่มีการตีความ แต่ ณ จุดนี้ ดูผิวเผินภาษาที่ใช้ตรงนี้น่าจะเป็นดอกเบี้ยตามกฎหมายแพ่ง

5. ธนาคารกรุงเทพ

จากการวิจัยแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่สำคัญ 2 ประการคือ ปัญหาข้อกฎหมาย กับปัญหาการบังคับคดี การปล่อยสินเชื่อของธนาคารพาณิชย์ส่วนใหญ่ จะดูในเรื่องความสามารถในการชำระหนี้ของลูกค้า และดูหลักประกัน ซึ่งจะให้ประมาณ 70-80 เปอร์เซ็นต์ของราคาประเมิน ปัญหาคือเราปล่อยสินเชื่อให้ 70-80 เปอร์เซ็นต์ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ก็บังคับขายทอดตลาด ได้เงินไม่พอชำระหนี้ ต้องบังคับยึดทรัพย์ของลูกค้าอีก ปัญหาคือการบังคับคดี ที่มีขั้นตอนมากมาย มีช่องว่างมากมาย เปิดโอกาสให้ลูกหนี้ หรือผู้เกี่ยวข้อง คัดค้านการบังคับคดีได้ตลอดเวลา และกว่าจะประกาศขายทอดตลาดได้แต่ละครั้งใช้เวลานาน เร็วสุดคือ 6 เดือน ซ้ำก็เป็นปี ระหว่างนั้นก็มีการร้องขอตัดทรัพย์เพิกถอนการบังคับคดี อะไรต่างๆมากมาย จึงไม่สามารถนำทรัพย์ออกมาขายทอดตลาดได้ในระหว่างนั้นดอกเบี้ยก็เดินอยู่ ขายทอดตลาดได้แล้ว กว่าเจ้าหนี้จะได้รับเงินจากกรมบังคับคดีในการขาย ต้องมีการทำบัญชีใช้เวลาานปัญหาคือ เราไม่สามารถนำเงินมาชำระหนี้ของลูกค้าได้ ดอกเบี้ยก็เดินต่อมาเรื่อยๆ มองว่าถ้าจะแก้ปัญหาก็ต้องทำให้การบังคับคดีรวดเร็วขึ้น ลดขั้นตอนหรือช่องโหว่ของกฎหมายให้น้อยลง ในการขายทอดตลาดทรัพย์ อีกประเด็นคือ เงินที่ขายทอดตลาดทรัพย์ได้ อยู่ที่กรมบังคับคดี ซึ่งฝากไว้ที่ธนาคารพาณิชย์ ก็จะมีดอกเบี้ยเงินฝากเกิดขึ้นด้วย ทางปฏิบัติทางกรมฯก็เอาดอกเบี้ยตรงนี้ไปชำระหนี้ให้กับลูกหนี้ด้วย หรือบางส่วนก็เข้ารัฐบ้าง ถ้าออกกฎหมายมาแก้ ต้องให้เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทั้งหมด เอามาชำระหนี้ให้กับลูกหนี้ จะลดหนี้ให้กับลูกหนี้จำนวนหนึ่ง แม้ดอกเบี้ยตามคำพิพากษาจะมากกว่าก็ตาม แต่มันก็เป็นประโยชน์ในการที่จะได้ชำระหนี้เพิ่มขึ้น หนี้ก็น้อยลง เจ้าหนี้ก็ไปบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นของลูกค้าได้น้อยลงด้วย อยากจะฝากนักวิจัยประเด็นตรงนี้ด้วย

ข้อเสนอของนักวิจัยที่จะมีการแก้ไขวิธีพิจารณาความแพ่ง 2 ประเด็นคือ กรอบระยะเวลาในการบังคับจำนอง ต้องตั้งเรื่องบังคับคดีภายใน 180 วัน ต้องขายทรัพย์จำนองให้ได้ภายใน 2 ปี เจตนาของเจ้าหนี้จริงๆก็ไม่ได้ต้องการจะปล่อย ต้องการบังคับคดีทันที แต่กระบวนการต่างหากที่ล่าช้า หากมีการกำหนดระยะเวลาตรงนี้ มันทำไม่ได้คือ ประกาศขายแล้ว แต่ไม่มีบุคคลภายนอกสนใจที่จะมาซื้อทรัพย์ มันก็ขายไม่ได้ภายใน 2 ปี การกำหนดกรอบตรงนี้จึงไม่ใช่การ

แก้ปัญหาที่ถูกต้อง ส่วนที่จะแก้ไขมาตรา 271 ว่าจะต้องบังคับคดีภายใน 10 ปี ก็ไม่น่าจะถูกต้อง เนื่องจากตามหลักกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาปัจจุบัน ตีความว่าต้องบังคับคดีภายใน 10 ปี เมื่อตั้งเรื่องแล้วภายใน 10 ปี ส่วนการขายเราควบคุมระยะเวลาไม่ได้ แต่ประเด็นคือ เจ้าหนี้ต้องการให้ขายทอดตลาดก่อน การชำระหนี้ที่เหลือจึงบังคับได้ต่อไปได้ ถ้าเกิน 10 ปี ขายทอดตลาดได้เงินไม่พอ ก็ไปยึดทรัพย์อื่นไม่ได้ ในความเห็นส่วนตัว คือ ข้อเสนอทั้งสองประเด็นมันยังไม่ใช่ คือ แก้อย่างไม่ถูกจุดที่ต้องแก้คือระเบียบวิธีปฏิบัติ

6. กรมบังคับคดี

ปัญหาหรือข้อเสนอแนะเพิ่มเติม กรอบระยะเวลาในการบังคับคดี เห็นด้วยว่า การบังคับคดีเร็วจะเป็นประโยชน์ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่การที่จะต้องบังคับคดีให้เสร็จภายใน 2 ปี บางครั้งบท sanction มีมากมาย ไม่ว่าจะเป็นการร้องในชั้นศาล ทำให้กระบวนการบังคับคดีล่าช้า ทั้งๆที่กรมบังคับคดีพยายามเร่งรัดให้มีการบังคับคดีโดยรวดเร็ว หรือว่าในส่วนของการที่ทรัพย์ขายไม่ได้ เพราะไม่เป็นที่สนใจ กำหนดเวลา 2 ปี ถ้ามันไม่เสร็จภายใน 2 ปีจะอย่างไร และในส่วนระยะเวลาตาม มาตรา 271 ถ้ามันไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเวลาจะอย่างไร ทั้งๆที่กรมบังคับคดีอยากให้มันแล้วเสร็จ และเรื่องดอกเบี้ยที่อยู่ที่กรมบังคับคดี มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เจ้าหนี้เขาไปฟ้อง ซึ่งศาลว่ามันไม่ใช่ส่วนที่จะจ่ายให้กับเจ้าหนี้ได้ ในเมื่อกฎหมายเป็นอย่างนั้นก็ต้องทำอย่างนั้น ในการจ่ายเงินล่าช้า ทางอธิบดีกรมบังคับคดีก็พยายามเร่งรัดในส่วนนี้อยู่แล้ว

การเสนอกรอบระยะเวลาในการบังคับจำนอง เนื่องจากผู้วิจัยได้สัมภาษณ์เชิงลึก 10 ฝ่ายที่ผู้มีส่วนได้เสียในการมาตรา 733 และการยกเว้นมาตรา 733 ส่วนของข้อเสนอแนะ ผู้วิจัยใช้คำว่า เช่น มาจากบทสัมภาษณ์ ทั้งฝ่ายผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง อย่างเช่นคำว่า ต้องขายทรัพย์ภายใน 2 ปี หมายความว่า มีผู้เสนอแนะมา ก็มีข้อเสนอแนะ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา กระบวนการก็จะมีการตั้งเรื่อง แล้วก็ขาย ซึ่งหลังจากตั้งเรื่อง บางคดีก็เร็ว บางคดีก็ช้า เราไม่มีกรอบตรงนี้ จึงมีผู้เสนอแนะบางท่านที่เห็นว่า ควรจะกำหนดกรอบระยะเวลาแต่ละช่วง เช่น เมื่อมีคำพิพากษาเจ้าหนี้ต้องมาตั้งเรื่องภายในกี่วัน ผู้วิจัยเอามาจากการสัมภาษณ์เชิงลึก การกำหนดกรอบรายละเอียดอย่างไรเป็นเรื่องที่ต้องมีการศึกษา เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งกรมบังคับคดีมีระเบียบตรงนี้อยู่แล้ว เคยมีรายงานกำหนดกรอบระยะเวลาของทางกรมบังคับคดีเอง แต่ว่าตรงนี้เป็นทางผู้วิจัยเป็นผู้สะท้อนผลการสัมภาษณ์เชิงลึกตรงนั้น

7. ตัวแทนจากบริษัท บริหารสินทรัพย์ฯ

สำหรับส่วนที่จะแก้ไขเพิ่มเติม เข้าใจว่า ต้องการเน้นที่บุคคลที่สามคือ ผู้จำนอง ให้มีจำกัดความรับผิดชอบให้ชัดเจนขึ้น ในวรรคสองของมาตรา 733 มองว่า มาตรา 727/1 ที่เป็นกฎหมายใหม่นี้ ไม่ได้มองอย่างที่ทีมผู้วิจัยต้องจากแก้ไข 733 กล่าวคือ ในกฎหมายตัวเดิมที่ยังไม่มีการแก้ไข

มาตรา 725 726 727 เดิมมีคำว่า การจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้ซึ่งบุคคลอื่นต้องชำระ ซึ่งศาลตีความว่า ผู้จำนองต้องอยู่ในฐานะผู้จำนอง แต่ต้องไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ค้ำประกันด้วย ถ้าบุคคลที่สามอยู่ในฐานะผู้ค้ำด้วย ก็ไม่น่าจะได้ประโยชน์จากมาตรา 733 การที่เพิ่มมาตรา 733 วรรคสอง อาจจะทำให้เขาได้รับประโยชน์ ถ้า มาตรา 727 วรรค 1 การจำนองซึ่งมีบุคคลอื่นต้องชำระ ถ้าบุคคลที่สามอยู่ในฐานะผู้ค้ำด้วย ก็ไม่น่าจะได้ประโยชน์ตามมาตรา 733 เช่นกัน การแก้ไขมาตรา 271 ที่จะบังคับคดีภายใน 10 ปี ในกระบวนการที่ทางเจ้าหนี้ไปบังคับได้ อาจจะไม่เสร็จตามกำหนดเวลา กระบวนการขายทอดตลาดมันควบคุมไม่ได้ ควรกำหนดดอกเบี้ยตามฟ้องให้แน่นอนเสียก่อน เช่น อาจกำหนดระยะเวลา เป็นต้น

ประเด็นแรก เรื่องดอกเบี้ย เห็นด้วย ว่าดอกเบี้ยควรนำมาจ่าย แต่ทางปฏิบัติมันทำไม่ได้ เคยมีคนพยายามแต่ไม่สำเร็จ ประเด็นที่สองในการบังคับจำนอง โดยบังคับกันเองนอกศาล ขั้นตอนหรือกระบวนการในการบังคับมีปัญหาพอสมควร ณ ขนาดนี้เราบังคับขายทอดตลาดโดยศาล มันก็มีการคัดค้านกันอยู่มาก หากออกมานอกศาลมันจะเกิดสถานะเดียวกัน ถ้าผู้จำนองขอให้มีการบังคับจำนองด้วย ธนาคารไม่ยอม มันจะต้องมีการกลับไปศาลอีกหรือไม่ ตรงนี้อาจต้องหากฎจัดการปัญหาเหล่านี้ด้วย และการจำกัดเวลาให้มันสั้นลงดีหรือไม่ ขณะนี้ไม่มีการจำกัดเพราะเขาคุ้มครองบุคคลภายนอกพอสมควร เช่น ปัจจุบันการยึดทรัพย์ก็จะยึดของอื่นไปด้วย มันจะต้องมีการขอเกี่ยวส่วนบ้าง บางที่เจ้าหนี้อื่นก็มาขอเฉลี่ย ถ้าหากเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายึดเองก็ค้ำเหมือนกัน กระบวนการก็ซ้ำอีก ไม่ใช่เจ้าหนี้กับลูกหนี้ที่มีปัญหา บางครั้งเจ้าหนี้กับเจ้าหนี้เองก็มีปัญหาเหมือนกัน จึงต้องเปิดช่องไว้ ในแง่ของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ เร็วดีหรือไม่ ชำดีหรือไม่ ตอบไม่ได้ มีคดีที่เคยทำ ตั้งแต่เกิดเศรษฐกิจฟองสบู่ ตอนนั้นลูกหนี้แย่มาก และเป็นทรัพย์ที่ลูกหนี้มีเหลือในการประกอบธุรกิจ จึงต้องยึดไว้ จนตอนนี้เขามีเงินจ่ายหนี้แล้ว ใช้ทุกวิถีทาง ทำอย่างไรก็ได้เพื่อไม่ให้มีการขายทอดตลาดยึดคดีไว้เกือบ 20 ปี สิ่งที่ยกเว้นคือ จริงๆเริ่มต้นจากมาตรา 733 ตัวบทเขียนดีอยู่แล้ว เพราะการทำธุรกิจเขาก็เอาที่ดินของเขาทำธุรกิจ วัตถุประสงค์มองแล้วว่าทรัพย์ตรงนั้นมันพอ หากมันไม่พอจริงๆ ก็ไปบังคับเขาไม่ได้ คือทุกวันนี้ลูกหนี้เจ๊ง แต่ธนาคารไม่เคยเจ๊ง นี่คือเสียงสะท้อนของลูกหนี้

รายชื่อผู้เข้าร่วมงานสัมมนาเพื่อนำเสนอผลการวิจัย “โครงการวิจัยปัญหาในกระบวนการบังคับคดีอันเกิดมาจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

1. คุณสิทธิพัฒน์ ไตรพงษ์	นิติกรอาวุโส	ธนาคารแห่งประเทศไทย
2. คุณอริศรา ตั้งเทียมยา	นิติกร	ธนาคารแห่งประเทศไทย
3. คุณทศวรรณ หิรัญพิทักษ์พงศ์	ทนายความ	ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน)
4. คุณณัฐติกาญจน์ วิฑิตวิริยกุล	ทนายความ	ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน)
5. คุณสุรรัตน์ ศรีรักษา	ผู้อำนวยการ	ธนาคารยูโอบี จำกัด (มหาชน)
6. คุณสุรศักดิ์ นัยสงวนศรี	ผู้จัดการ	ธนาคารยูโอบี จำกัด (มหาชน)
7. คุณอมิตา เสนาะเมือง	ผู้จัดการฝ่ายกฎหมาย	ธนาคารกรุงเทพ จำกัด มหาชน
8. คุณธวัช บุญยะผลึก	นิติกรอาวุโส	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
9. คุณสุธารี มหิสรากุล	นิติกรอาวุโส	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
10. คุณมารีญา มุขราตรี	ผู้จัดการส่วน กฎหมาย	ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย
11. คุณฉลวยพิลา กิตติวงศ์ภักดี	ผู้ช่วยผู้จัดการ กฎหมาย	ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย
12. คุณบุญส่ง กิจจาวรรณพัฒนา	ผู้ช่วยผู้จัดการ กฎหมาย	ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน)
13. อภิชาติ กวีวัฒน์	-	ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน)
14. คุณจักรี อดุลนิรัตน์	อาจารย์	มหาวิทยาลัยนเรศวร
15. คุณรัตนา จันตรี	เจ้าหน้าที่ 1	ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย
16. คุณสายพิรุณ รัตนวงศ์สงค์	นิติกรชำนาญการ	กรมบังคับคดี
17. นายสุเทพ ทีฆายุโก	นิติกรชำนาญการ	กรมบังคับคดี
18. นางอุมาภรณ์ รัตนวง	นิติกรชำนาญการ	กรมบังคับคดี
19. นางสาวสุกัญญา ันดานุ	นิติกร	กรมบังคับคดี
20. นางสาวประภาภรณ์ ภาเมือง	นิติกร	กรมบังคับคดี
21. นายวิศิณ ยิ้มแย้ม	พนักงานมหาวิทยาลัย	มหาวิทยาลัยราชภัฏ เชียงใหม่
22. นายชัยรัตน์ พูลสวัสดิ์	นิติกร	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
23. คุณปรีชา ขจรกุลอิ่ง	นิติกร	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
24. นายราชพฤกษ์ พูลสวัสดิ์	นิติกร	ธนาคารอาคารสงเคราะห์
25. ดร.ลลิตา พงษ์รัตนวงศ์	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
26. ดร.อรอมล อาระพล	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
27. ดร.จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
28. คุณอโนชา หงส์บุรินทร์	กรรมการ	เอ ซี ยู แอนด์ พาร์ทเนอร์
29. คุณกัลยาณี สุขกาญจน์	เลขาธิการ	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
30. คุณมณฑรัตน์ บวรกรรม	เจ้าหน้าที่ศูนย์	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
31. คุณพัชรินทร์ กันศา	ฝ่ายกฎหมาย	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
32. คุณประพจน์ จริญ	ฝ่ายกฎหมาย	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
33. คุณวินัย ไอสกุล	ฝ่ายกฎหมาย	ศูนย์ประสานงานลูกหนี้แห่งชาติ
34. อาจารย์ปกรณ์ วิญญูห์ตถกิจ	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

35. คุณอรุณี ศรีทิพย์โยธา	ทนายความ	ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
36. อาจารย์อำภัสรา เทพรัตน์	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
37. อาจารย์ขวัญกมล ทิพย์มโนสิงห์	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
38. อาจารย์ประพันธ์พงษ์	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
39. อาจารย์สมชาย รัตนชื้อกุล	อาจารย์	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
40. คุณชาญยุทธ พินโย	ฝ่ายกฎหมาย	บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด
41. คุณอนุรักษ์ อยู่สุข	ฝ่ายกฎหมาย	บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด
42. เพทาย สมบูรณ์พงศ์	ฝ่ายกฎหมาย	บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด
43. น.ส. สิริภา ศักดิ์เรืองงาม	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
44. น.ส. เจนจิรา สมสุดใจ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
45. น.ส. ญัฐวitra เมฆแสงอรุณรุ่ง	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
46. นายชาญณรงค์ โพธิ์ศรี	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
47. น.ส. กุลประทีปสรณ์ ฉันทาลักษณ์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
48. น.ส. นิรมล คำจิ้น	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
49. น.ส. สิริพรรณ เดชดำรง	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
50. น.ส. ศิวาพร เอี่ยมวิบูลย์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
51. นาย มนตรี สายทอง	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
52. น.ส. เบญจพร ทองหิรัญวิมล	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
53. นาย วสันต์ วิเศษโกสิน	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
54. น.ส. ภาวิณี บำรุงจิตต์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
55. น.ส. วรารัตน์ คลังข้อง	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
56. นาย ลิขสิทธิ์์ ศุภการ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
57. น.ส. ชญานิศ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
58. น.ส. ภัทรี บัญทองอ่อน	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
59. นาย ทักษิณ พลวิชัย	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
60. นาย กำพล ฉัตรภาพ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
61. น.ส. ทิพย์สุดา สุทรสิงห์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
62. น.ส. มะลิ หนูหน่าย	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
63. นาย ธนวันต์ เขียรธนะรัตน์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
64. น.ส. ปวีณ์พร พุ่มพวง	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
65. น.ส. ไพรัชยา วงศ์สกุลเพชร	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
66. น.ส. ณททัย สุขเสนา	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
67. นาย สันติภาพ จันทรัสด	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
68. น.ส. เบญญาญา เจริญานนท์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
69. นาย พรหมธร ดีมาก	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
70. นาย ชัชฤทธิ์ ชัยสุรินทร์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
71. นาย ศตวรรษ มั่งแสง	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

72. นาย วีรภัทร ลีลานุวัฒน์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
73. น.ส. ณัฐชนก แสสนยาอุโฆษ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
74. น.ส. ลัดดาวัลย์ ตรีสาตร์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
75. น.ส. ศนิชล พฤทธิ์ลาภากร	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
76. นายดีน บุรณะพงศ์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
77. นาย ฐิตินันท์ ศรีไชยกิจ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
78. น.ส. ณิชกมล วงษ์รอด	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
79. น.ส. สุธิดา แซ่มครบุรี	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
80. นายปฏิพัทธ์ เกิดจำรูญ	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
81. น.ส. ปาณิศา สิทธิตตะวงค์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
82. น.ส. ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
83. น.ส. ธรีณปราชญ์ ลี	นักศึกษา	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
84. นายชันยธร กริชชาญชัย	ผู้ช่วยวิจัยกฎหมาย	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
85. นายเอกวิชญ์ ศรีลา	ผู้ช่วยวิจัยกฎหมาย	มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

ในการเข้าทำสัญญาเพื่อกู้ยืมเงินนั้น ในหลายกรณีสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้อาจมีข้อตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติไว้ว่า “ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สิน ซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” ซึ่งการตกลงดังกล่าวส่งผลให้เมื่อเจ้าหนี้ทำการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา โดยผ่านกระบวนการบังคับคดีของกรมบังคับคดี เจ้าหนี้สามารถที่จะบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินจำนอง และหากทรัพย์สินดังกล่าวไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถที่จะอายัดทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จนกว่าจะเพียงพอกับจำนวนหนี้ดังกล่าว แม้ว่าการตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 จะเป็นไปโดยสมัครใจ แต่ก็เกิดข้อร้องเรียนจำนวนมากจากฝ่ายลูกหนี้ และปัญหาดังกล่าวจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดีด้วย

การวิจัยนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (qualitative research) โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ เพื่อศึกษาปัญหาในข้อกฎหมายและปัญหาในส่วนของกระบวนการบังคับคดีและอันเนื่องมาจากการตกลงยกเว้นการใช้บังคับมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยขอบเขตของการศึกษาจะมุ่งไปที่ มาตรา 733 เป็นหลัก รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย เช่น กฎหมายเรื่องสัญญา หนี้ หลักประกันการชำระหนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 การบังคับจำนอง นอกจากนี้ยังได้ทำการศึกษาร่วมไปถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องและแนวทางปฏิบัติในประเทศต่าง ๆ อันได้แก่ Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSC) ของธนาคารโลก (World Bank) และ Legislative Guide on Secured Transaction ของ the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น

ในส่วนของการเปรียบเทียบการวิจัย งานวิจัยนี้ได้ใช้วิธีการวิจัย 3 รูปแบบด้วยกัน อันได้แก่ การศึกษาเอกสาร (documentary research) ทั้งที่เป็นเอกสารปฐมภูมิ เช่น ตัวบทกฎหมาย และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง และเอกสารทุติยภูมิ เช่น ตำรา หนังสือ และบทความวิชาการที่เกี่ยวข้อง ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และใช้วิธีการสัมภาษณ์เชิงลึก (in-depth interview) กับผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งทางด้านเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นสถาบันการเงินต่างๆ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี อันได้แก่ เจ้าพนักงานบังคับคดี และ เจ้าหน้าที่ระดับสูง

ในกรมบังคับคดี และลูกหนี้ตามคำพิพากษา และนอกจากนี้ยังใช้การสนทนากลุ่ม (Focus Group) เพื่อระดมความคิดเห็นจากภาคส่วนต่างๆที่เกี่ยวข้อง และยังมีการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 ในทางเศรษฐศาสตร์ เพื่อให้งานวิจัยนี้มีความสมบูรณ์และสะท้อนมุมมองจากทุกด้านให้ครบถ้วนที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ผลที่ได้จากการวิจัยสามารถสรุปได้เป็นประเด็นต่างๆ ดังนี้

- ปัญหาที่ค้นพบประการแรก คือ บทบัญญัติในมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีที่มาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ อย่างไรก็ตามหากตีความตามภาษาที่ใช้ในตัวบทจะมีผลเท่ากับการยกเว้นให้ลูกหนี้ที่มีทรัพย์สินจํานองประกันการชำระหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ไม่พอหากมีการบังคับจํานองไปแล้ว ซึ่งกรณีนี้นั้นไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปว่าด้วยหนี้ ตามมาตรา 214 ที่วางหลักไว้ว่าหากมีหนี้เท่าใดก็ต้องชำระให้สิ้น หากไม่มีการตกลงยกเว้นการบังคับใช้ มาตรา 733 นี้จะทำให้เจ้าหนี้มีความเสี่ยงที่อาจจะได้รับชำระหนี้ไม่ครบ ทำให้เจ้าหนี้โดยเฉพาะสถาบันการเงินไม่อยากจะปล่อยกู้ หรือปล่อยกู้แต่ในวงเงินที่ต่ำกว่าทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาจํานองมาก ซึ่งผลกระทบก็จะตกอยู่ที่ลูกหนี้ที่ต้องการเงินกู้ก็อดหนึ่งเพราะทำให้หาแหล่งเงินกู้ได้ยาก หรือได้เงินกู้ในจํานวนที่ต่ำ
- ปัญหาประการที่สอง คือ ข้อตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 ที่ปรากฏอยู่ในสัญญากู้เงินนั้นมีข้อถกเถียงจากฝ่ายลูกหนี้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เนื่องจากการทำสัญญากู้เงินโดยส่วนใหญ่ลูกหนี้มักตกอยู่ในภาวะที่มีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่าเจ้าหนี้และด้วยความต้องการที่จะได้เงินกู้จึงอาจยอมที่จะผูกพันตนเข้ากับข้อตกลงดังกล่าว และในบางกรณีลูกหนี้ไม่รู้ถึงผลกระทบทางกฎหมายที่มีต่อตนเองอันอาจเกิดขึ้นจากข้อตกลงดังกล่าว
- จากการศึกษาภาพโดยรวมของการตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 733 และบริบทที่เกี่ยวข้อง ทำให้ทราบว่าปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือเรื่องของความล่าช้าของกระบวนการบังคับจํานองในปัจจุบัน เนื่องจากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องบังคับจํานองโดยผ่านเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งโดยตัวของกระบวนการเองอาจใช้เวลาพอสมควร แต่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการอาจมีคำร้องต่างๆไปยังศาล โดยเฉพาะจากฝั่งลูกหนี้ เช่น ร้องขัดทรัพย์ ร้องว่าราคาประเมินต่ำ ฯลฯ เพื่อให้ศาลพิจารณา ในหลายๆกรณีอาจเป็นการร้องที่มีมูล แต่บางครั้งการร้องดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อประวิงการบังคับจํานอง ซึ่งแม้ว่าทรัพย์สินจํานองจะไม่ถูกขายทอดตลาดออกไปและยังอยู่กับตัวลูกหนี้ แต่ดอกเบียที่

สะสมเพิ่มขึ้นในช่วงนี้ก็จะตกเป็นภาระของลูกหนี้ในที่สุด ซึ่งบางรายอาจถูกดำเนินคดีล้มละลาย และเกิดผลเสียต่อเจ้าหนี้คือได้รับชำระหนี้ล่าช้า

- ลูกหนี้ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทหลักๆ คือ ลูกหนี้ภาคธุรกิจ (business debtors) และ ลูกหนี้ภาคครัวเรือน (household consumption debtors) โดยลูกหนี้ภาคธุรกิจต้องการนำเงินกู้มาใช้ในการลงทุนและดำเนินการทางธุรกิจซึ่งโดยปกติแล้วจะกู้เงินในจำนวนมาก ในขณะที่ลูกหนี้ภาคครัวเรือนต้องการนำเงินที่กู้มาใช้อุปโภค บริโภค ในชีวิตประจำวัน เช่น การกู้เงินสร้างบ้าน ซึ่งจำนวนเงินกูน้อยกว่า โดยลูกหนี้ประเภทนี้จะมีเรื่องของประเด็นทางสังคมและมนุษยธรรมเข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ลูกหนี้ภาคธุรกิจมีแนวโน้มที่มีความคล่องตัวทางการเงินสูงกว่าและความสามารถในการชำระหนี้ได้มากกว่าลูกหนี้ภาคครัวเรือน
- จากการศึกษาเอกสาร สัมภาษณ์เจ้าหนี้ ลูกหนี้และเจ้าพนักงานบังคับคดี และความเห็นที่ได้จากการประชุมกลุ่มย่อยพบว่า การบังคับจำนองโดยผ่านศาล (judicial foreclosure) อย่างที่เป็นในปัจจุบันในประเทศไทย มีข้อดี คือ ลูกหนี้มีความมั่นใจในกระบวนการเพราะอย่างน้อยมีศาลในฐานะตัวแทนของรัฐเข้ามาเป็นกลไกหนึ่งในการบังคับจำนอง แต่มีข้อเสียคือ การดำเนินกระบวนการบังคับจำนองล่าช้า และอาจเกิดกรณีดอกเบี้ยที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบมีการสะสมอย่างที่ได้กล่าวมาแล้ว
- จากการศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติในต่างประเทศ พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาามีวิธีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (non-judicial foreclosure) ซึ่งมีข้อดีคือ ทำให้การบังคับจำนองมีความรวดเร็วกว่าการบังคับจำนองโดยผ่านศาลอย่างมีนัยสำคัญ (จากข้อมูลระยะเวลาในการบังคับจำนองเสร็จ 42 ประเทศทั่วโลก โดย World Bank Institute ปี 2003) เป็นผลให้เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้เร็วขึ้น และยังช่วยลดต้นทุนและดอกเบี้ยที่อาจตกแก่ลูกหนี้ อย่างไรก็ตามข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เจ้าหนี้ ลูกหนี้และเจ้าพนักงานบังคับคดี และความเห็นที่ได้จากการประชุมกลุ่มย่อยพบว่าวิธีการนี้ หากนำมาใช้ในประเทศไทยแล้วลูกหนี้อาจไม่มีความมั่นใจในกระบวนการบังคับจำนองโดยเอกชนล้วนๆ และยังคงต้องการได้รับความคุ้มครองจากศาลอยู่

จากการศึกษาทั้งเอกสาร ตัวบทกฎหมาย แนวทางปฏิบัติ และคำพิพากษา ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึกและความคิดเห็นที่ได้จากการประชุมกลุ่มย่อย ทำให้สามารถสรุปแนวทางการแก้ไขปัญหาได้ดังนี้

- เสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเพิ่มเติมข้อความในส่วนที่ขีดเส้นใต้ ทั้งนี้เพื่อให้มีการแบ่งแยกชัดเจนระหว่างลูกหนี้ชั้นต้น (ลูกหนี้เงินกู้) และ

ลูกหนี้จำนอง โดยที่ลูกหนี้ขั้นต้นยังคงต้องชำระหนี้จนครบถ้วน ในขณะที่ลูกหนี้จำนองก็สิ้นสุดความรับผิดชอบเมื่อมีการบังคับจำนองไปแล้ว

“ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้ให้ครบ

ผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ขั้นต้น ไม่ต้องรับผิดชอบในจำนวนเงินที่ค้างชำระเช่นว่านั้น หากตกลงเป็นอย่างอื่นให้ถือเป็นโมฆะ”

- ในส่วนของปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการบังคับจำนอง เสนอให้มีการแก้ไขวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ในส่วนการบังคับทรัพย์สินจำนองโดยให้มีการบังคับจำนองอยู่ 2 ลักษณะ คือ
 - การบังคับจำนองแบบผ่านศาล (judicial foreclosure) และ
 - แบบไม่ผ่านศาล หรือ Non-judicial foreclosure
- ในส่วนของลูกหนี้ที่เป็นภาคธุรกิจ (business debtors) ให้เข้าสู่กระบวนการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลแต่แรกเริ่ม (by default) แต่ในกรณีลูกหนี้ภาคครัวเรือนสามารถที่จะเลือกได้ กล่าวคือ หากเจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถตกลงกันให้มีการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลก็สามารถดำเนินการตามนั้นไปได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงกันไม่ได้ ก็ให้เป็นการบังคับจำนองโดยผ่านศาลเช่นอย่างที่เป็นอยู่
- ในกรณีของการบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ณ จุดใด เช่น การร้องขอตทรัพย์ ฯลฯ ก็ให้นำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาล กล่าวคือ การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาลไม่ตัดสิทธิคู่กรณีในการนำข้อพิพาทอันเกิดจากการบังคับจำนองขึ้นสู่ศาล
- ให้ลูกหนี้มีสิทธิร้องต่อศาลกรณีเห็นว่าเป็นราคาขายเป็นราคาตลาดที่ไม่เป็นธรรม
- เสนอแนะให้มีการจัดตั้งหน่วยงานภายในขึ้นในสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ในระยะแรก โดยสถาบันการเงินเป็นผู้ให้ความสนับสนุนทางการเงิน และหากระบบนี้สามารถตั้งตัวและดำเนินการไปได้ ภาคเอกชนภายนอกสถาบันการเงินสามารถจัดตั้งบริษัทที่ให้บริการคล้ายกับหน่วยงานภายในสถาบันการเงินนี้ได้ โดยหน่วยงานนี้มีหน้าที่ 2 ประการ
 1. ในกรณีบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล หน่วยงานนี้จะทำหน้าที่บังคับจำนองและขายทอดตลาดทรัพย์สินให้กับสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ กล่าวคือด้านหนึ่งทำงานให้กับเจ้าหนี้
 2. ในอีกด้านหนึ่ง หน่วยงานนี้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ให้ได้รับความเป็นธรรมตั้งแต่เริ่มก่อนที่บุคคลจะเข้าทำสัญญากู้ยืมเงิน จนไปถึงกระบวนการต่างๆหลังจากการผัดนัดชำระ

หนี้ (ทั้งก่อนและในระหว่างการบังคับจำนอง) เช่น ให้ความรู้ลูกหนี้ก่อนเข้าทำสัญญา
ช่วยเจรจาประนอมหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ เป็นต้น

โดยหน่วยงานนี้ต้องมีหลักการทำงานอย่างอิสระ (independence) กล่าวคือไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของสถาบัน
การเงินและในการทำหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของลูกหนี้จะต้องทำโดยซื่อสัตย์สุจริตต่อตัวลูกหนี้ (ในฐานะ
ผู้รับบริการ) ในส่วนการกำกับดูแลให้ธนาคารแห่งประเทศไทยวางระเบียบให้มีการจัดตั้งหน่วยงานนี้ ใน
ลักษณะให้ใบอนุญาตในการจัดตั้ง และ เป็นผู้กำหนดระเบียบและกำกับดูแลให้เป็นไปตามมาตรฐานและกรอบ
ในการปฏิบัติงาน

- เสนอให้เพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของกระบวนการหลังการขาย
ทอดตลาดทรัพย์ ทั้งกรณีผ่านศาลและไม่ผ่านศาล กล่าวคือ หากลูกหนี้มีสิทธิร้องต่อศาลหากเห็นว่า
ราคาที่ยขายทรัพย์ได้เป็นราคาตลาดที่ไม่เป็นธรรมให้ลูกหนี้ ลูกหนี้มีภาระการพิสูจน์ราคาตลาดที่เป็น
ธรรม โดยแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้อง คือ
 - หลักฐานความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักประเมินราคาอิสระ
 - ราคาเปรียบเทียบ
 - ระยะเวลาในการทำตลาดโดยประมาณและต้นทุนการถือครอง
 - ต้นทุนในการขาย เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าโฆษณา
 - ส่วนลดจากราคาขายในอนาคตใดๆที่จำเป็น หรือกระแสเงินสดที่ได้รับจากสินทรัพย์นั้นตาม
ราคาตลาดที่เป็นธรรม
 - หลักฐานอื่นๆ เพื่อแสดงถึงราคาตลาดที่เป็นธรรม