



การนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินเป็น
หลักประกันสินเชื่อ

วิไลวรรณ ช่างเกิด

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2566

USE OF LEASEHOLD RIGHTS IN ACCORDANCE
WITH RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSETS AS COLLATERAL

WILAIWAN CHANGKOED

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Law
Department of Law,
Pridi Banomyong Faculty of Law
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2023



ใบรับรองวิทยานิพนธ์


คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การนำสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน
เป็นหลักประกันสินเชื่อ
เสนอโดย วิไลวรรณ ช่างเกิด
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายเอกชน
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เรือง)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ 24 เดือน สิงหาคม พ.ศ. 2567

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การนำสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วย ทรัพย์สินสิทธิเป็นหลักประกันสินเชื่อ
ชื่อผู้เขียน	วิไลวรรณ ช่างเกิด
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ พิณิจ ทิพย์มณี
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิเป็นหลักประกันสินเชื่อ โดยศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมาย ปัญหาอุปสรรค การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินที่มีโฉนด ไม่รวมอาคารชุด ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิเพื่อเป็นหลักประกันสินเชื่อ และรวมถึงแนวทางในการแก้ไข เพิ่มเติมบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินสิทธิในประเทศไทย เนื่องจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางประการยังไม่มีความเหมาะสมกับการบังคับใช้กฎหมายในบางสถานการณ์ ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 ยังมีรณานำกฎหมายตามหลักทั่วไปมาใช้บังคับแต่ลักษณะของการบังคับใช้ย่อมมีความแตกต่างกันในเชิงทรัพย์สินที่ใช้บังคับ และข้อจำกัดบางประการที่กฎหมายไม่เปิดช่องให้สามารถนำมาบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ถูกตราขึ้นเพื่อลดข้อบกพร่อง และเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้มีโอกาสนำทรัพย์สินของตนมาก่อตั้งสิทธิเพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาที่ดินมากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ทรัพย์สินสิทธิยังเป็นสิทธิที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันสินเชื่อได้ด้วย จึงทำให้สิทธิดังกล่าวได้เข้าสู่ระบบการเงินในรูปแบบของการขอสินเชื่อมากยิ่งขึ้น

จากการศึกษาลักษณะของสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธินั้นมีลักษณะเพื่อเป็นเครื่องมือหนึ่งในการกระตุ้นเศรษฐกิจในประเทศไทยให้นักลงทุนไม่ว่าจะเป็นสัญชาติใดก็ตาม และเอกชนที่มีทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์แต่ไม่มีกำลังที่จะพัฒนาทรัพย์สินเหล่านั้น ทั้งนี้จึงเปิดโอกาสให้นักลงทุนเข้ามาพัฒนาที่ดินที่มีโฉนดและเข้าใช้ประโยชน์ที่ดินนั้น ๆ โดยที่นักลงทุนไม่ต้องซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้นมาเพิ่มเติมทุนในการประกอบกิจการ ดังนั้นเมื่อมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินก็สามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้กับสถาบันการเงิน ทั้งยังลดข้อบกพร่องและข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นสิทธิตามสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาโดยเฉพาะซึ่งยังมีข้อจำกัดในการนำไปใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ส่วนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กำหนดทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าวในหลายกรณีจึงกำหนดให้มีทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ที่

จะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัตินี้ซึ่งการมีกลไกในการเพิ่มทางเลือกให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และการให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถก่อตั้งทรัพย์สินและผู้ทรงทรัพย์สินสามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์โดยสามารถโอนให้แก่กันและตราเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ได้เพื่อให้สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและเป็นการสนับสนุนให้เกิดการลงทุนในการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ทั้งยังเป็นการแก้ไขข้อจำกัดการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามเดิมด้วย เมื่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับและยังบังคับใช้ได้ไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเนื่องจากปัญหาในข้อจำกัดของกฎหมายต่าง ๆ อาทิ การถูกบอกล้างนิติกรรมโดยกฎหมายฉบับอื่นที่ทำให้ผู้ทรงทรัพย์สินได้รับความกระทบกระเทือนถึงสิทธิที่ตนมีอยู่ การถูกรอนสิทธิที่มีอยู่ของเอกชนโดยภาครัฐทำให้เอกชนต้องรับภาระเรื่องค่าธรรมเนียม และเรื่องต่าง ๆ ด้วยเหตุกฎหมายไม่เปิดช่องให้กระทำได้ รูปแบบการจดทะเบียนที่มีภาระติดพันกับบุคคลภายนอกที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนทำให้บุคคลภายนอกได้รับผลกระทบ และข้อจำกัดในสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินที่ไม่สามารถขัดขวางบุคคลอื่นที่เข้ามารอนสิทธิของตนได้เท่าที่ควร เป็นเหตุให้นำปัญหาเหล่านี้มาพิจารณาเพื่อทำให้กฎหมายสามารถใช้บังคับได้ตรงตามเจตนารมณ์มากที่สุด

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 ในการเพิ่มโอกาสหากต้องถูกบอกล้างสิทธิเนื่องจากทำให้ทรัพย์สินนั้นด้อยค่าลงให้กับผู้ทรงทรัพย์สิน แก้ไขเพิ่มเติมหากวิธีการของภาครัฐทำให้เอกชนต้องแบกรับภาระเพิ่มขึ้นในบางประการ และขอขเขตการบังคับใช้กฎหมาย โดยให้มีผลบังคับใช้ในเรื่องการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจทรัพย์สิน และสิทธิในขัดขวางบุคคลอื่นที่เข้ามารอนสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินได้เท่าที่ควร โดยไม่ใช่สิทธิเกินกว่าผู้ถือกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์

คำสำคัญ: ทรัพย์สิน, สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดิน, สิทธิการเช่า



Thesis Title	USE OF LEASEHOLD RIGHTS IN ACCORDANCE WITH RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSETS AS COLLATERAL
Author	Wilaiwan Changkoed
Thesis Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study the problem of Use of Leasehold Rights in Accordance with Rights over Leasehold Assets as Collateral in Thailand. This includes studying the concepts, theories, and legal principles, as well as the problems, obstacles, and enforcement of laws related to land use rights documented under rights over leasehold asset for securing credit. It also involves proposing solutions and additional provisions regarding rights over leasehold asset in Thailand, as some legal criteria may not be suitable for enforcement in certain situations. Despite Rights over leasehold asset Act B.E. 2562(2019) being used for enforcement, the enforcement nature may vary depending on the property being enforced, and there are limitations in the law that do not allow for enforcement according to the intentions of this law. This law was enacted to reduce loopholes and provide opportunities for foreign investors and property owners to establish their rights, thereby promoting land development. Due to this, rights over leasehold asset can be used as collateral, allowing these rights to enter the financial system for credit applications more effectively.

The study of the nature of use of leasehold under according to Rights over leasehold asset aims to serve as a tool to stimulate the economy in Thailand for both domestic and foreign investors. It provides an opportunity for individuals or entities owning real estate assets but lacking the capacity to develop them to allow investors to develop titled land and utilize those rights over leasehold asset without the need to purchase the real estate, thus reducing barriers to entry. With rights over leasehold asset, investors can leverage them as collateral for financing from financial institutions, reducing loopholes and limitations in enforcing laws related to property leasing under civil and commercial codes. Property leasing, as governed by the Civil and Commercial Code, constitutes contractual rights enforceable between parties,

yet it may have limitations on economic utilization. Meanwhile, leasing property for industrial and commercial purposes, as regulated by specific laws, also has enforcement constraints, limiting its economic benefits in various cases. Therefore, utilizing rights over leasehold asset, transferrable and collateralizable, aims to promote and support investment in real estate, driving Thailand's economic expansion. Therefore, it is necessary to enact this Royal Decree to provide mechanisms that increase options for property owners, allowing them to establish rights over leasehold asset and for rights over leasehold asset holders to utilize and transfer those rights as collateral for debt repayment. This ensures that property use rights become economically valuable assets and supports investment in property development. Additionally, it addresses limitations in previous property leasing regulations. When laws are not aligned with their intended purposes due to various legal constraints, such as conflicting legal interpretations or state encroachment on private property rights resulting in financial burdens for private individuals due to fees and other obligations, there's a need for analysis to ensure laws can be enforced as intended. This analysis should aim to mitigate impacts on external parties caused by registration formats that impose burdens without public disclosure, and limitations on rights over leasehold asset holders that prevent them from reasonably defending their rights against encroachment. Addressing these issues through analysis ensures that laws can be enforced to their fullest intent.

Therefore, the researcher believes it is necessary to further amend the Rights over leasehold asset Act B.E. 2562(2019) to increase opportunities if rights need to be clarified, as this diminishes the value of the property for the rightful owners. Additional amendments should address situations where actions by the state impose increased burdens on private individuals and limit the enforcement scope of the law. This includes enforcing regulations on registering business rights over leasehold asset and ensuring that the rights of others encroaching upon the property rights of rightful owners are appropriately limited, without exceeding the rights of property title holders.

Keywords: Rights over leasehold asset, emphytéotique, leasehold



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความเมตตากรุณาอย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ได้กรุณารับเป็นกรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ผู้วิจัย ท่านอาจารย์ได้สละเวลาตรวจปรับปรุงตั้งแต่เริ่มต้นและยังโปรดให้ข้อคิดในการจัดทำจนถึงบทสรุป ตลอดจนให้คำแนะนำปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์นี้เสร็จสมบูรณ์ ผู้วิจัยซาบซึ้งและขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่ได้กรุณาให้คำปรึกษาเรื่องเนื้อหา รายละเอียด และช่วยสนับสนุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้

ขอขอบพระคุณ ดร.จิรฤทธิ ลิปิพันธ์ ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สิริกานต์ อยู่เรือง ซึ่งรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้ให้คำชี้แนะ รวมทั้งเสนอแนะเพิ่มเติม จัดรวมและตัดทอนแก้ไขเนื้อหาบางส่วน ที่มีประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงเนื้อหาเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีความสมบูรณ์ และตรงตามรูปแบบมาตรฐาน ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านที่ได้กรุณาอย่างยิ่ง ขอขอบพระคุณอาจารย์และเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ทุกท่านได้ช่วยแนะนำช่วยประสานงานต่าง ๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้

ขอขอบคุณบิดา มารดา ซึ่งให้บุตรมีโอกาสได้ศึกษามาถึงวันนี้ รวมทั้งน้องสาวของผู้วิจัย ที่ช่วยสนับสนุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์และเป็นกำลังใจสำคัญ

หากวิทยานิพนธ์นี้มีข้อผิดพลาด บกพร่อง ผู้วิจัยขอน้อมรับแต่เพียงผู้เดียว ประโยชน์ที่ผู้เขียนขอมอบให้เป็นคุณความดีแก่ท่านอาจารย์ที่ปรึกษา คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนตำราวิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย ท่านเจ้าของหนังสือหรือบทความที่ผู้วิจัยได้นำมาอ้างอิงเพื่อทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

วิไลวรรณ ช้างเกิด

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ณ
สารบัญภาพ.....	ญ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	8
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	9
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. ความหมาย แนวคิด ทฤษฎี หลักการ และการจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์.....	10
ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน	
2.1 ความหมายของทรัพย์สิน.....	11
2.2 แนวคิดของการก่อให้เกิดสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วย.....	14
ทรัพย์สิน	
3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดและการนำสิทธิ.....	35
ดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศไทย	
3.1 เหตุผลในการจัดทำและบังคับใช้พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562.....	35
3.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งและจดทะเบียนสิทธิในการใช้ประโยชน์.....	36
ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน	
3.3 การจัดทำข้อตกลงและข้อตกลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในการจดทะเบียน.....	45
ก่อตั้งทรัพย์สิน	
3.4 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเจ้าของที่ดินมีโฉนดกับผู้ทรงทรัพย์สิน.....	46
3.5 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้.....	48
สินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการจำนอง	

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.6 ผลตามกฎหมายเมื่อนำทรัพย์สินไปจดทะเบียนจํานองเพื่อเป็นหลักประกัน.....	54
การชำระหนี้	
3.7 การบังคับจํานองกับทรัพย์สิน.....	57
4. หลักเกณฑ์ทางกฎหมายต่างประเทศที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สิน.....	65
4.1 ประเทศอังกฤษ.....	65
4.2 ประเทศแคนาดา.....	72
4.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	82
4.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	90
5. วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินไปจดทะเบียนจํานองเป็นประกันหนี้สินเชื่อ	99
5.1 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สิน กรณีถูกบอกล้างนิติกรรม....	100
โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์	
5.2 ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สิน กรณีเวนคืนที่ดิน....	103
ติดจํานอง	
5.3 ปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนทางทะเบียนของหนังสือรับรองทรัพย์สิน.....	106
กรณีจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ	
5.4 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินที่มีการจํานอง.....	109
6. บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	114
6.1 บทสรุป.....	114
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	116
บรรณานุกรม.....	121
ภาคผนวก.....	126
ก พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562.....	127
ประวัติผู้เขียน.....	134

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่สนับสนุนการลงทุนภายในประเทศเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศไทยและเปิดโอกาสให้นักลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนภายในประเทศมากยิ่งขึ้น แต่ก่อนปี 2562 มีกฎหมายเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถทำสัญญาเช่ากับเอกชนเพื่อใช้ดำเนินกิจการต่าง ๆ หรือเป็นที่อยู่อาศัยแต่ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่มาก เช่น การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540¹ ที่ผู้ให้เช่าสามารถปล่อยให้เช่าได้ไม่เกิน 30 ปี และสามารถต่อสัญญาไปอีก 30 ปี เมื่อสัญญาฉบับเดิมสิ้นสุดลง แม้การเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจะมีการจดทะเบียนการเช่าที่สำนักงานที่ดิน แต่สิทธิการเช่าก็เป็นเพียงบุคคลสิทธิที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกเลิกสัญญาหรือเสียชีวิตก็ทำให้สัญญาเช่านั้นระงับลงไม่สามารถตกทอดแก่ทายาทได้ และสัญญาเช่าตามกฎหมายแพ่งนี้จะมีวัตถุประสงค์ในการเช่าสามารถตกลงกันได้ระหว่างเอกชนเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย² กรณีเช่นนี้ทำให้เกิดข้อจำกัดหลายประการ หรือในการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ผู้ให้เช่าสามารถปล่อยให้เช่าได้เกิน 30 ปี แต่ต้องไม่เกิน 50 ปี และสามารถต่อสัญญาไปอีก 50 ปีนับแต่วันที่ตกลงกัน และการเช่านี้ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมเท่านั้น จึงทำให้การเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 จึงไม่ค่อยได้รับความนิยมมากนัก และนอกจากนี้สัญญาเช่ายังเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า³

จากสถานการณ์เศรษฐกิจในประเทศไทยที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่ามีนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนภายในประเทศน้อยลง และยังมีธุรกิจหลายประเทศที่ย้ายฐานการผลิตไปยังประเทศเพื่อนบ้านเมื่อสัญญาเช่ากับผู้ให้เช่าในประเทศไทยสิ้นสุดลงซึ่งสถานการณ์นี้สะท้อนให้เห็นว่า การลงทุนภายในประเทศไทยต้องมีข้อจำกัดบางอย่างที่เป็นอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ ทั้งในด้านแรงงาน แหล่งเงินทุน และกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศที่ยังเป็นอุปสรรคและยังมีข้อจำกัดอย่างมากต่อนักลงทุนชาวต่างชาติ

ด้วยเหตุนี้จึงมีการร่างและประกาศใช้พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 ขึ้นเพื่อสร้างแรงจูงใจและความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนหรือนักธุรกิจที่จะนำเงินเข้ามาลงทุนหรือเข้ามาประกอบกิจการใน

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150.

³ อานันท์ เกียรติสารพิภพ, ‘ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สิน พ.ศ....สร้างความเชื่อมั่นในการลงทุน,’

<https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=46673>

สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.

ประเทศไทยที่ให้อำนาจรัฐในอสังหาริมทรัพย์ได้สะดวกและคล่องตัวมากยิ่งขึ้นซึ่งจะเป็นการช่วยเพิ่มมูลค่าและก่อให้เกิดสภาพคล่องในภาคอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ตราขึ้นเพื่อแก้ไขข้อจำกัดต่าง ๆ เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562 ประเทศไทยได้ออก พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 โดยให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วันนับแต่วันที่กฎหมายประกาศใช้ซึ่งเป็นเวลาประมาณ 4 ปีที่ประเทศไทยมีกฎหมายฉบับนี้แต่ยังไม่ได้รับความนิยมหรืออาจเป็นความล้มเหลวที่ไม่สามารถบังคับใช้พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ได้ตรงตามเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายฉบับนี้ขึ้น และสะท้อนให้เห็นว่ายังมีข้อบกพร่องบางอย่างที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังไม่นำอสังหาริมทรัพย์ของตนออกมาจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินมากเท่าที่ควรและนำทรัพย์สินเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจของประเทศ

ทั้งนี้คำว่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 3 “ทรัพย์สิน หมายความว่า ทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้” อธิบายได้ว่า ทรัพย์สิน ก็คือ สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นที่ดินเปล่าที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ โดยที่ให้อำนาจเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สินยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด โดยทรัพย์สินมีกำหนดเวลาได้ไม่เกิน 30 ปี จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นทรัพย์สินอีกชนิดหนึ่งโดยคำว่า ทรัพย์สินไม่พบคำแปลในภาษาต่างประเทศเพื่อมิให้เป็นเรื่องซ้ำหรือเรื่องทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามความหมายในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งเพื่อกระตุ้นการลงทุนในระบบเศรษฐกิจเห็นได้ว่า การพัฒนาที่ดินที่มีโฉนดที่เป็นที่ดินเปล่าจะมีโอกาสที่จะพัฒนาที่ดินแปลงนั้นได้ในแง่ของการลงทุนของนักลงทุนชาวไทยและชาวต่างชาติ ดังนั้นการที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่มีที่ดินอยู่แต่ไม่มีกำลังหรือโอกาสที่จะพัฒนาที่ดินที่ตนมีอยู่จึงเกิดกฎหมายฉบับนี้ขึ้นซึ่งตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้สูญเสียกรรมสิทธิ์ตามหลักกรรมสิทธิ์ และนักลงทุนก็ไม่ต้องลงทุนซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาค่อนข้างสูงมาลงทุนจนทำให้ต้นทุนสูง กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นการมอบสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้โอกาสนักลงทุนได้เข้ามาทำประโยชน์หรือพัฒนาที่ดินแปลงดังกล่าวโดยไม่ต้องมีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แต่นักลงทุนมีสิทธิที่จะเข้ามาใช้สอยอสังหาริมทรัพย์เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยมีการทำข้อตกลงและจ่ายค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของตลอดระยะเวลาที่ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นซึ่งการใช้ประโยชน์ในลักษณะเช่นนี้ก็มิใช่ลักษณะคล้ายกับการเช่าระยะยาวในต่างประเทศที่ให้เอกชนสามารถเข้ามาทำประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นได้เสมือนตนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้น และสิทธิการใช้ประโยชน์ดังกล่าวยังสามารถนำมาเป็นหลักประกันสินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ได้โดยเฉพาะในรูปแบบของการจำนองเพื่อเป็นแหล่งเงินทุนให้กับนักลงทุนในการประกอบการทำธุรกิจได้ด้วยเช่นกัน

เหตุนี้จึงนำไปสู่ทฤษฎีและแนวความคิดมาจากกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องสิทธิการเช่าระยะยาว ที่เรียกว่า “Leasehold” ซึ่งเป็นการให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์แบบพิเศษ Leasehold คือ สิทธิการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลไม่ว่าจะมีสัญชาติอังกฤษหรือไม่ก็ตามสามารถเข้ามาถือกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินต่าง ๆ ในอสังหาริมทรัพย์และการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างไม่มีข้อจำกัด นอกเหนือจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นที่สามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภทคือ (1) License จะมีลักษณะเหมือนกับสิทธิการเช่าซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ และ (2) Leasehold คือ การที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยที่ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ จะมีทรัพย์สินที่สามารถโอนขาย Leasehold ได้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงและนำไปเป็นหลักประกันได้ แต่เจ้าของยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการได้คืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา Lease หลักการ Leasehold ปรากฏในประเทศอังกฤษและเวลส์ซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Common Law ที่พัฒนามาจากคำพิพากษา ในส่วนของการก่อตั้ง Leasehold นั้น บัญญัติไว้ใน Law of Property Act 1925 และ Land Registration Act 2002 และทรัพย์สินโดยตรงกับเรื่อง emphyteusis ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil law ซึ่งเป็นเรื่องเช่ากรรมพิเศษซึ่งไม่ใช่เรื่องเช่าธรรมดาหากแต่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน โดยที่การใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นอกเหนือจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์แบ่งออกได้ 2 ประเภทเช่นกัน คือ (1) การเช่าทั่วไป ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่ง และ (2) การเช่าที่เป็นทรัพย์สิน (Leasehold) บัญญัติไว้ใน The Rural Code มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดให้ที่ดินได้รับการพัฒนา หลักการคือ ผู้เช่าได้ทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ โดยทำเป็นสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างหรือสัญญาเช่าระยะยาวระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้เช่าต้องนำไปจดทะเบียน สามารถดัดแปลงต่อเติมอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า และเปลี่ยนมือได้อย่างอิสระ ตกทอดเป็นมรดกและสามารถนำไปเป็นหลักประกันได้⁴ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศก็มีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าที่เปิดโอกาสและเป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนมาประกอบธุรกิจมาพอสมควร นำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจต่าง ๆ ภายในประเทศ โดยทรัพย์สินมาจากแนวความคิดที่ต้องการสร้างทรัพย์สินชนิดใหม่ขึ้นมาที่นำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาแปลงให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่เพื่อให้เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและเพื่อกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์มากยิ่งขึ้น และยังเพิ่มทางเลือกให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ประสงค์จะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วยตนเองแล้ว ยังไม่ต้องการขายสิทธิจึงมีกฎหมายทรัพย์สินออกมารองรับ แต่การใช้ทรัพย์สินของผู้ทรงทรัพย์สินกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ยังมีข้อจำกัดหลายอย่างที่ยังทำให้ต่างฝ่ายต่างเสียประโยชน์และยังไม่ได้รับประโยชน์ที่สมควรมากพอที่เจ้าของจะนำอสังหาริมทรัพย์มาก่อตั้งทรัพย์สินทำให้เห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีความเกี่ยวข้องกับแนวความคิดอื่น ๆ ตามกฎหมายแพ่งอีกด้วยซึ่งสามารถนำมาพิจารณาเพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดได้

⁴ พิมสิริ วิเศษโอรานนท์, ‘ทรัพย์สิน : ทางเลือกใหม่สำหรับการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์’ <<http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13787>> สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.

เมื่อพิจารณาข้อบกพร่องในกฎหมายฉบับนี้สามารถนำมาวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาเพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายทรัพย์สินยังสิทธิเป็นไปตามเจตนารมณ์ได้มากขึ้นทั้งพระราชบัญญัติทรัพย์สินยังสิทธิ พ.ศ.2562 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเพื่อกระตุ้นระบบเศรษฐกิจในประเทศไทยโดยบริบทของการกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้เกิดการขยายตัวทางเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้นซึ่งจุดประสงค์ของทรัพย์สินยังสิทธิจะให้มีการแปลงสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ โดยที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ก่อตั้งสิทธินี้ขึ้นโดยยังมีสิทธิตามหลักกรรมสิทธิ์ และผู้ทรงทรัพย์สินยังสิทธิสามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้โดยต้องมีสิทธิทางกฎหมายที่ชัดเจนซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยได้ศึกษาเฉพาะกรณีสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินเปล่าที่มีโฉนดที่ดิน ไม่รวมถึงอาคารชุดที่นำไปเป็นหลักประกันสินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการจำนองโดยมีข้อโต้แย้งมากมายทั้งในเชิงวิชาการ และในทางปฏิบัติ ทำให้ผู้วิจัยได้ศึกษาบทบัญญัติดังกล่าวและแนวทางการเป็นไปได้ในการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ โดยปรากฏประเด็นปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ผู้วิจัยจึงได้แยกประเด็นปัญหาได้ดังนี้ ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินยังสิทธิ กรณีถูกบอกล้างนิติกรรมโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินยังสิทธิ กรณีเวนคืนที่ดินติดจำนอง ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนทางทะเบียนของหนังสือรับรองทรัพย์สินยังสิทธิ กรณีจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และประการสุดท้าย ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินยังสิทธิที่มีการจำนอง ซึ่งผู้วิจัยได้นำเสนอตามลำดับ

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินยังสิทธิ กรณีถูกบอกล้างนิติกรรมโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กล่าวคือ การใช้สิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ยังคงสามารถใช้ได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินยังสิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 9 วรรคสอง⁵ ที่เมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์สินยังสิทธิแล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังสามารถนำอสังหาริมทรัพย์นั้นมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เช่นนี้เมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์สินยังสิทธิและผู้ทรงทรัพย์สินยังสิทธิมีสิทธิใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นที่มีภาระติดพันตามกฎหมายอื่น เช่น การจำนอง การจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ เป็นต้น โดยเจ้าของที่ดินสามารถนำที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินยังสิทธิ มีผู้ทรงทรัพย์สินยังสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นอยู่ไปจำนองกับผู้รับจำนองซึ่งการจำนองกับการก่อตั้งทรัพย์สินยังสิทธิต้องไปจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินที่เดียวกัน แต่เป็นการจดทะเบียนคนละประเภทเอกสารสิทธิ์โดยทรัพย์สินยังสิทธิจดทะเบียนในหนังสือรับรองทรัพย์สินยังสิทธิ และการจำนองตามกรณีนี้จดทะเบียนที่สารบัญหลังโฉนดที่ดิน(น.ส.4) ต่อมาเจ้าของที่ดินผิคนัดไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องบังคับจำนองกับที่ดินแปลงดังกล่าวนี้ส่งผลต่อสิทธิการใช้ประโยชน์ของผู้ทรงทรัพย์สินยังสิทธิดังกล่าวประการใดซึ่งสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลังได้ผลักดันกฎหมายฉบับนี้ขึ้นเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศที่นักลงทุนได้เข้ามาลงทุนโดยไม่ต้องแบกรับภาระต้นทุนในเรื่องการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีข้อจำกัดโดยเฉพาะนักลงทุนชาวต่างชาติ แต่หาทางออกเรื่องการใช้ประโยชน์ในที่ดินของบุคคลอื่นเสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่มีสิทธิมากกว่าการทำสัญญาเช่าทั่วไป

⁵ พระราชบัญญัติทรัพย์สินยังสิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 9 วรรคสอง.

ทั้งนี้หากเป็นกรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าวนั้นล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับจำนองที่ดินแปลงที่ก่อตั้งทรัพย์สินได้ และบอกล้างทรัพย์สินได้ จะส่งผลต่อผู้ทรงทรัพย์สินอย่างไร ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 122⁶ ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์บอกล้างนิติกรรมใด ๆ ได้ ถ้านิติกรรมนั้นทำให้ทรัพย์สินนั้นด้อยค่าลง กรณีเช่นนี้เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ผู้ทรงทรัพย์สินจะต้องไปขอรับชำระหนี้ความเสียหายตามทรัพย์สินได้หรือไม่ และถ้าหากได้รับจะต้องได้รับชำระหนี้ในฐานะใด เพียงใด ซึ่งความเสียหายที่ผู้ทรงทรัพย์สินได้รับผลกระทบนั้นเป็นความเสียหายที่ต้องมาแบกรับภาระดังกล่าวทั้งที่ตนไม่ใช่ผู้ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นทำให้มีข้อบกพร่องในข้อนี้ที่ควรได้รับการแก้ไขเพื่อให้ผู้ทรงทรัพย์สินได้รับความเป็นธรรมจากกรณีนี้

ดังนั้นสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิที่ตัดทอนในเรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนการใช้สอย การใช้ประโยชน์ให้เป็นของผู้ทรงทรัพย์สิน แต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ตามหลักกรรมสิทธิ์ตามเดิมซึ่งในข้อนี้จึงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติว่า ถ้าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นำทรัพย์สินของตนที่ก่อตั้งทรัพย์สินไปก่อภาระผูกพันตามกฎหมายและถูกเจ้าหนี้ผู้รับจำนองบังคับจำนองนั้นจะทำให้มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินอย่างไร จึงเป็นปัญหาที่มีข้อโต้แย้งในการปรับบทกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ลักษณะนี้ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติไม่ได้กำหนดบทคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินในลักษณะนี้เอาไว้เช่นกัน ผู้วิจัยเล็งเห็นว่าปัญหาในลักษณะนี้ควรนำมาพิจารณาถึงบทบัญญัติที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินที่มีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งบทคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบอื่น ๆ ในสถานการณ์นี้ด้วยเช่นกัน

ประการที่สอง คือ ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สิน กรณีเวนคืนที่ดินติดจำนอง กล่าวคือ กรณีที่นาย ก นำที่ดินไปจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินให้กับ นาย ข เป็นเวลา 30 ปี นาย ข ผู้ทรงทรัพย์สินนำทรัพย์สินไปจดทะเบียนจำนองกับธนาคาร A จากนั้นที่ดินแปลงนี้ถูกเวนคืนบางส่วน (เป็นการบังคับซื้อที่ดินโดยรัฐ) ต้องมีการจดทะเบียนแบ่งขาย ซึ่งที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินจะแบ่งแยกไม่ได้ (มาตรา 8) จึงเป็นเหตุให้นาย ก ต้องจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินก่อน เพื่อจะแบ่งแยกที่ดินได้ตามมาตรา 14 ก่อนครบกำหนดเวลา แต่ไม่สามารถยกเลิกได้เนื่องจากการยกเลิกทรัพย์สินกระทบถึงสิทธิของผู้รับจำนองที่มีสิทธิทางทะเบียน ดังนั้นจึงเป็นปัญหาถ้าเจ้าของกรรมสิทธิ์ยกเลิกทรัพย์สินตามการเวนคืนของรัฐ ถ้ารัฐใช้อำนาจให้ยกเลิกได้จะกระทบต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ทรงทรัพย์สิน และผู้รับจำนองในเรื่องของค่าธรรมเนียมยกเลิกและก่อตั้งสิทธิใหม่ ทำให้สิทธิของบุคคลภายนอกถูกลบล้างไปด้วย

กรณีปัญหาในข้อนี้เป็นปัญหาที่มีข้อโต้แย้งในทางปฏิบัติ เนื่องจากการนำทรัพย์สินมาจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายแพ่งซึ่งมูลค่าของหลักประกันทั่วไปที่ผู้จำนองเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์นั้นก็จะมีมูลค่าเพิ่มขึ้น หรือบ้างก็ลดลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้ผู้รับจำนองไม่ต้องกังวลเมื่อผู้จำนองผิดนัดไม่ชำระหนี้ก็สามารถบังคับเอาทรัพย์สินได้เต็มตามจำนวน แต่ในกรณีของทรัพย์สินนั้นเป็นเพียงการจำนองสิทธิการใช้ประโยชน์ที่มีระยะเวลาที่จำกัด คือ ภายใน 30 ปีนับแต่วันที่ออกหนังสือรับรอง

⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 122.

ทรัพย์สินที่นั้นเมื่อทรัพย์สินสิ้นสุดระยะเวลาที่ทำให้หนังสือรับรองทรัพย์สินนั้นสิ้นสุดหรือยกเลิกในทันทีด้วยเช่นกัน ในกรณีนี้การนำทรัพย์สินมาจำนอง เมื่อเวลาผ่านไป ระยะเวลาในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินก็ย่อมลดลงไปด้วยทำให้ผู้รับจำนองต้องพิจารณาว่าการจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ที่ผู้รับจำนองจะได้รับผลตอบแทนคืนได้มากน้อยเพียงใด หรือต้องเสียเปรียบหรือไม่ซึ่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการจำนองมาใช้บังคับทำให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบไม่เกินกว่าหนี้จำนอง แต่การจำนองอสังหาริมทรัพย์ต่างจากการจำนองสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินจึงเป็นข้อถกเถียงในการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับเข้ากับสิทธิดังกล่าวนี้

ประการที่สาม คือ ปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนทางทะเบียนของหนังสือรับรองทรัพย์สิน กรณีจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ กล่าวคือ กรณี นาย ก เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก่อตั้งทรัพย์สินระยะเวลา 30 ปี ให้กับ นาย ข เป็นผู้ทรงทรัพย์สิน จดทะเบียนก่อตั้งสิทธิครบถ้วน ถูกต้องตามกฎหมาย ต่อมา นาย ข นำทรัพย์สินไปจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจกับธนาคาร A จดทะเบียนผู้รับจำนองทรัพย์สินได้สิทธิไปแล้วในทางทะเบียน ซึ่งในทางปฏิบัติเป็นการจดทะเบียนออนไลน์ จะไม่ปรากฏในทางทะเบียนสารบัญหลังหนังสือรับรองทรัพย์สิน ทำให้บุคคลภายนอกและเจ้าของกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ไม่ทราบถึงการจดทะเบียนดังกล่าว ถ้าไม่มีการแสวงหาข้อมูลจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ปรากฏว่า นาย ข ได้โอนขายทรัพย์สินให้กับนาย ค ต่อมา นาย ค เป็นลูกหนี้ของนาย ก จึงโอนขายทรัพย์สินให้กับนาย ก ซึ่งนาย ก เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์สิน สามารถจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินได้ตามมาตรา 14 เว้นแต่จะกระทบต่อบุคคลภายนอก กรณีนี้การจดทะเบียนไม่มีปรากฏในทะเบียนหนังสือรับรองทรัพย์สิน จะเป็นปัญหาถ้าสามารถจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินได้ เนื่องจากธนาคาร A ผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ ทั้งนี้จึงเป็นข้อโต้แย้งกันที่ต้องทำให้ทะเบียนเป็นที่รับรู้ โปร่งใส เป็นสาธารณะ เพราะการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจเป็นการจดผ่านเว็บไซต์ออนไลน์ จะทำให้ธนาคารเสียสิทธิ เนื่องจากทะเบียนถูกซ่อนเอาไว้

จากประเด็นปัญหาในข้อนี้การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลภายนอกเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถใช้สิทธิของตนในอสังหาริมทรัพย์ได้ตามลักษณะทั่วไปของหลักกรรมสิทธิ์ซึ่งการโอนในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมไม่มีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนองในเชิงวิชาการ แต่เมื่อพิจารณาในเชิงลึกทำให้เห็นปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการทั้งปัญหาของผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ที่ต้องแบกรับข้อจำกัดบางประการ ระยะเวลาหนึ่ง ปัญหาของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ไม่เชื่อมั่นในหลักประกันที่ตนยึดถือเอาไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้จึงเป็นข้อโต้แย้งขึ้น ผู้วิจัยจึงเห็นถึงปัญหาในกรณีนี้ที่อาศัยบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาปรับใช้กับกรณีลักษณะนี้

และประการสุดท้าย คือ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินที่มีการจำนอง กล่าวคือ นาย ก เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ก่อตั้งทรัพย์สิน เป็นระยะเวลา 30 ปี ให้กับ นาย ข จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย นาย ข เป็นผู้ทรงทรัพย์สิน ต่อมา นาย ข นำทรัพย์สินไปจำนองกับธนาคาร A และนาย ข ให้ นาย ค เข้าช่วงสิทธิดังกล่าวต่อ แต่นาย ค ไม่ได้ทำประโยชน์ในทรัพย์สินนี้ ส่วนนาย ข เดินทางไป

ต่างประเทศหรือติดคุก 15 ปี ซึ่งสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ยังคงอยู่ และนาย ข ไม่สามารถแจ้งให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ทราบได้ ไม่ว่าจะเพราะไม่รู้ว่ามี นาย ง มาครอบครองปรปักษ์ ซึ่งตามมาตรา 11⁷ ผู้ทรงทรัพย์สินต้องเป็นคนแจ้งให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ทราบ หลังจากนั้นนาย ข โอนขายทรัพย์สินที่ติดจำนองกับธนาคาร A ให้นาย ค เมื่อนาย ค รับโอนสิทธิ์ดังกล่าวก็ไม่สามารถขัดขวางผู้ที่มาบุกรุกการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินได้ตามมาตรา 11 เมื่อนาย ง เข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเป็นเวลา 10 ปี ได้กรรมสิทธิ์ครอบครองปรปักษ์ ตามมาตรา 1382 สำเร็จและขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้นาย ง ได้กรรมสิทธิ์ในการครอบครองปรปักษ์ แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 มีผลทำให้นาย ก สูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าว แต่ผู้ทรงทรัพย์สินยังคงมีสิทธิอยู่เหลือ 15 ปี โดยจะส่งผลกระทบต่อผู้ทรงทรัพย์สินและผู้รับจำนองอย่างไร ซึ่งตามแนวคำพิพากษาผู้ครอบครองปรปักษ์ไม่สามารถได้สิทธิโดยปลอดจำนองได้ เมื่อทราบได้ที่ยังไม่ได้จดทะเบียน จะอ้างสิทธิต่อบุคคลที่ได้รับการจดทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้ เป็นปัญหาได้ว่า ผู้ครอบครองปรปักษ์จะอ้างในทางทฤษฎีว่า ผู้ทรงทรัพย์สินจะอ้างสิทธิโดยการสืบสิทธิจากบุคคลอื่นไม่ได้ ส่วนผู้ครอบครองปรปักษ์ได้สิทธิใหม่ต้องลบล้างสิทธิที่ได้มาจากบุคคลอื่นไป แต่ก็ต้องว่าตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะตีเรื่องสิทธิของผู้จดทะเบียน ในแง่ที่ผู้ครอบครองปรปักษ์ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับสิทธิของทรัพย์สินต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิ คราวนี้จะบังคับอย่างไร ผู้ทรงทรัพย์สินจะฟ้องขับไล่ นาย ง ก็ไม่ได้ เพราะต้องใช้สิทธิของผู้ถือกรรมสิทธิ์ซึ่ง นาย ก ก็เสียสิทธิไปแล้ว ดังนั้นสิทธิของนาย ค ผู้ซื้อทรัพย์สินที่มีการจำนองจะเป็นประการใด

จากปัญหาในข้างต้นนั้นเป็นสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินที่มีการจำนองที่ต้องพิเคราะห์ถึงปัจจัยหลายอย่างที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินนั้น ทำให้เป็นข้อถกเถียงและข้อโต้แย้งทั้งในทางวิชาการ ในทางปฏิบัติถึงการตีความกฎหมายให้ตรงตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริงเนื่องจากสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีความแตกต่างจากกรรมสิทธิ์อย่างมาก เมื่อนำบทบัญญัติมาพิจารณาให้มีผลไม่ต่างกันก็คงไม่สมควรและบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ก็ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติในลักษณะนี้ไว้ด้วยเช่นกัน

จากประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองกับสถาบันการเงิน หรือธนาคารพาณิชย์ในฐานะเจ้าหนี้ในระบบซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินและนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับทรัพย์สินซึ่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการนำมาปรับใช้จึงจะเห็นได้ว่ายังมีข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันให้กับแหล่งเงินทุนหรือผู้ให้สินเชื่อโดยเฉพาะในกรณีหนี้ในระบบที่เป็นสถาบันการเงินซึ่งยังมีข้อจำกัดบางประการที่ทำให้ทรัพย์สินยังไม่ได้ได้รับความเชื่อมั่นในหลักประกันด้วยทรัพย์สินชนิดนี้ แม้ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 จะให้รับเป็นหลักประกันด้วยการจำนองได้ก็ตาม โดยปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันหนี้ต่อมาเจ้าของที่ดินหรือผู้จำนองผิดนัดไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองทำการบังคับจำนองที่ดินจะมีผลต่อสิทธิของ

⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 11.

ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิเหนือที่ดินจําเองแปลงดังกล่าวทั้งข้อตกลงในสัญญาที่ระบุงการรับทรัพย์สินสิทธิเป็นหลักประกันไม่ให้เจ้าของที่ดินที่มีโฉนด หรือผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิเสียเปรียบในข้อตกลงในสัญญาที่ทําขึ้นระหว่างผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิกับเจ้าหน้าที่รับสงหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิเป็นหลักประกันเนื่องจากทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิที่อยู่เหนือสงหาริมทรัพย์ที่มีเจ้าของ การทําข้อตกลงใด ๆ ที่ทําให้เจ้าของสงหาริมทรัพย์นั้นเสียเปรียบในข้อตกลงดังกล่าวเช่นนี้ และยังมีประเด็นการนําระบบการจดทะเบียนเกี่ยวกับการจําเองมาบังคับใช้ และเป็นหลักประกันที่ประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่น และรวมทั้งในปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการบังคับคดีจึงเป็นปัญหาที่ต้องพิเคราะห์และพิจารณาเพื่อลดข้อโต้แย้งทั้งในเชิงวิชาการและในทางปฏิบัติให้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิได้บังคับให้ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้สํักกฎหมายฉบับนี้ คือ สํานักเศรษฐกิจการคลังกระทรวงการคลังที่เล็งเห็นถึงประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของกฎหมายฉบับนี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนด ไม่รวมอาคารชุด ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิ

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดในกฎหมายต่างประเทศและในประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงปัญหา อุปสรรค การบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินสิทธิเกี่ยวกับการนําสหิติการใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อเป็นหลักประกันสินเชื่อ

1.2.4 เพื่อศึกษาแนวทางในการแก้ไข เพิ่มเติม และบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินสิทธิในประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจากกฎหมายทรัพย์สินสิทธิเป็นกฎหมายทางเลือกและเปิดโอกาสให้นักลงทุนชาวต่างชาติได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้นรวมทั้งเป็นที่อยู่อาศัยให้ชาวต่างชาติ และมูลค่าของทรัพย์สินสิทธิที่นำมาเป็นหลักประกันกับธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการจําเอง แต่กฎหมายทรัพย์สินสิทธิยังมีบทบัญญัติที่อ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปมาจนไม่อาจเห็นขอบเขตการบังคับใช้ได้โดยเฉพาะการจําเองเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ จึงควรต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างแพร่หลายและเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาคั้งนี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการทั่วไปซึ่งเป็นการศึกษาการบังคับใช้ที่จะพิจารณาจากโครงสร้างทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 โดยวิเคราะห์ถึงการนําสหิติการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิเพื่อเป็นหลักประกันสินเชื่อซึ่งยังมีข้อบกพร่อง ข้อถกเถียงและข้อจำกัดบางประการในการบังคับใช้

ศึกษาเฉพาะภายในขอบเขตหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562 และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการรับเป็นหลักประกันเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการเช่าระยะยาว (Leasehold) เพื่อนำมาปรับใช้ตามความเหมาะสมกับประเทศไทย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้จะศึกษาค้นคว้าแบบวิจัยเชิงเอกสาร โดยรวบรวมข้อมูลและทำการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 กฎ มติ คณะรัฐมนตรี หนังสือ วารสารวิชาการ บทความทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ รายงานวิจัย และเอกสารอื่นทางวิชาการ รวมทั้งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จากแหล่งต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และนำข้อมูลที่ได้รับมาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้น เพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนวทางแก้ไข

1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนด ไม่รวมอาคารชุด ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

1.6.2 ทำให้ทราบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดในกฎหมายต่างประเทศและในประเทศไทย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหา อุปสรรค การบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เกี่ยวกับการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อเป็นหลักประกันสินเชื่อ

1.6.4 ทำให้ทราบแนวทางในการแก้ไข เพิ่มเติม และบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

บทที่ 2

ความหมาย แนวคิด ทฤษฎี หลักการ และการจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิใน การใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

ทรัพย์สินหรือสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสิทธิเหนือพื้นดินที่มีผลผูกพันทั้งระหว่างคู่สัญญาและบุคคลภายนอก ซึ่งเป็นสิทธิที่บัญญัติให้เอกชนสามารถก่อตั้งสิทธิขึ้นได้โดยวิธีการทางทะเบียน โดยการก่อตั้งสิทธิขึ้นจะเกิดขึ้นจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในที่ดินที่มีโฉนด ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างที่มีโฉนด หรือแม้กระทั่งการก่อตั้งสิทธิบนอาคารชุดซึ่งการก่อตั้งสิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้มีกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถก่อตั้งสิทธิที่เรียกว่า “ทรัพย์สิน” ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ได้โดยไม่ต้องมีคู่สัญญา หรืออาจเรียกได้ว่า เจ้าของสามารถก่อตั้งสิทธิขึ้นได้ด้วยตนเอง โดยวิธีทางทะเบียนซึ่งจะต่างกับสิทธิการเช่าตามหลักกฎหมายเช่าทั่วไปที่จะต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาเสียก่อนจึงเกิดสิทธิการเช่าขึ้นได้ ทั้งนี้ทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิที่สามารถก่อตั้งขึ้นได้โดยไม่ต้องมีคู่สัญญาหรือสามารถกระทำโดยฝ่ายเดียวได้ซึ่งเป็นการยื่นคำขอการจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินที่อสังหาริมทรัพย์ ที่จะก่อตั้งสิทธิขึ้นตั้งอยู่

ทรัพย์สินจึงเป็นกฎหมายที่กระทรวงการคลังกระตุ้นให้มีกฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นซึ่งลักษณะของทรัพย์สินเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติขึ้นและมีประเด็นปัญหาหลายประการในกฎหมายฉบับนี้ที่ต้องพิจารณาโดยเฉพาะประเด็นเรื่องการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ซึ่งเป็นการนำทรัพย์สินเรื่องการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ ตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง “ทรัพย์สินสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้” การจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การนำอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของตนเองหรือบุคคลอื่นก็ได้จึงต่างกับทรัพย์สินที่เป็นการจำนองสิทธิไม่ใช่ทรัพย์สิน การจำนองในลักษณะนี้เป็นการสร้างสิทธิจำนองในสิทธิการเช่าที่มีประเด็นที่ต้องพึงระวังแม้ว่าจะมีกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้ดำเนินการได้แต่ลักษณะของสิทธิจำนองนั้น โดยพื้นฐานเป็นทรัพย์สินที่ก่อสิทธิโดยมีอสังหาริมทรัพย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิและบังคับเอากับตัวอสังหาริมทรัพย์ การที่จะให้สิทธิจำนองบังคับเอากับสิทธิการเช่าหรือทรัพย์สินจะเป็นผลให้เกิดการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาเช่าซึ่งอาจจะเป็นการขัดกับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่กรณี แม้ว่ากรณีนี้จะสามารถทำได้โดยการสร้างทะเบียนแต่ต้องมีกระบวนการจดทะเบียนมีความรัดกุมชัดเจน และมีการกำหนดรูปแบบและวิธีการบังคับจำนองเพื่อสามารถดำเนินการบังคับเอากับสิทธิการเช่าที่เป็นหลักประกันนั้นได้อย่างแท้จริง

ทั้งนี้สิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินเป็นสิทธิที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อกระตุ้นหรือส่งเสริมการลงทุนในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยนำหลักสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือลักษณะการเช่าระยะยาวในต่างประเทศที่ลักษณะคล้ายกับทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งสามารถพิจารณาลักษณะของสิทธิประเภทนี้ได้ดังนี้

2.1 ความหมายของทรัพย์สินสิทธิ

ทรัพย์สินสิทธิเป็นกฎหมายฉบับใหม่ที่ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. 2562 ซึ่งได้อธิบายคำนิยามศัพท์ของคำว่า “ทรัพย์สินสิทธิ” ว่า ทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้โดยที่อสังหาริมทรัพย์ก็คือที่ดินที่มีโฉนด ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดเท่านั้น⁸ ซึ่งนำแนวความคิดในเรื่องสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาแปลงให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ที่ไม่เคยปรากฏในกฎหมายไทย เพื่อให้เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและเพื่อกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์มากยิ่งขึ้นโดยกฎหมายที่เกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์แต่เดิมนั้นจะบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ที่ยังมีข้อจำกัดหลายประการอยู่ อาทิ การเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญาที่ให้สิทธิการเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าจะระงับ ห้ามมิให้ผู้เช่านำไปเช่าช่วงหรือห้ามโอนสิทธิการเช่า เว้นแต่จะได้ตกลงกันให้ทำได้ และยังมีห้ามมิให้ผู้เช่าทำการดัดแปลงต่อเติมทรัพย์สินที่เช่า โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า และสิทธิการเช่ายังไม่สามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนองได้ สำหรับการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 แม้จะมีบทบัญญัติรองรับการนำสิทธิการเช่าไปใช้ประโยชน์ในเรื่องต่าง ๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็นการนำสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ไปจำนองได้ ให้เช่าช่วงได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ให้เช่า และสิทธิการเช่าตกทอดเป็นมรดกได้แต่ขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ก็ใช้ได้เฉพาะเพื่อการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีการเช่าที่อยู่อาศัยด้วย และการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ยังไม่ครอบคลุมในหลายด้านและยังไม่ได้ได้รับความสนใจจากประชาชนเพราะพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ.2542 มีผู้จดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติจำนวนน้อยมาก นอกจากนี้ การเช่าตามสัญญาเช่าต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาซึ่งเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้เช่าได้ให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้เช่านอกเหนือไปจากค่าเช่า ทำให้ผลของสัญญาเช่านั้นไม่เป็นการเฉพาะตัวอีกต่อไป

ด้วยเหตุนี้ในข้อจำกัดทางกฎหมายต่าง ๆ สำนักงานเศรษฐกิจการคลังจึงเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายและผลักดันพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิในแนวความคิดที่จะสร้างทรัพย์สินประเภทใหม่ขึ้นเพื่อกำหนดให้การใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่มีข้อจำกัดตามที่ได้กล่าวมา และมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุนภายในประเทศ เฉพาะอย่างยิ่งในอสังหาริมทรัพย์และเพื่อสร้างความเชื่อมั่นในแก่นักลงทุนไทย เป็นการจูงใจให้นักลงทุนชาวต่างชาตินำเงินมาลงทุนหรือเข้ามาประกอบกิจการภายในประเทศโดยสามารถที่จะมีทรัพย์สิน

⁸ พระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 3.

สิทธิได้นอกเหนือจากกรรมสิทธิ์หรือการมีสิทธิการเช่า แต่ทั้งนี้เมื่อพระราชบัญญัติทรัพย์สินมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี 2562 จนถึงปี 2566 พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ยังไม่ได้ความนิยมสำหรับนักลงทุนและผู้ถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากมีความยุ่งยาก ซับซ้อนในการนำไปใช้ และยังมีอีกหลายประการที่ยังมีปัญหาในการตีความกฎหมายจึงทำให้ประชาชนเลือกใช้วิธีการทำสัญญาเช่ากับผู้เช่าในอสังหาริมทรัพย์ตามเดิม

2.1.1 สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนด หรือทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน หมายถึงทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่จะเกิดมีทรัพย์สินได้นั้นจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน โดยจะอธิบายในส่วนที่ดินเปล่าที่มีโฉนดที่ดินเท่านั้นเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาที่ดินในการทำประโยชน์และกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศไทย

ในพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อตั้งทรัพย์สิน การจดทะเบียนทรัพย์สิน การจดทะเบียนนิติกรรมในทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ก่อตั้งทรัพย์สิน และสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ทรงทรัพย์สิน ภาระของทรัพย์สิน และค่าธรรมเนียมไว้ โดยสามารถอธิบายสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดได้ว่า เมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นที่ดินที่มีโฉนดประสงค์ที่จะให้มีทรัพย์สินบนอสังหาริมทรัพย์ของตนก็สามารถดำเนินการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินได้ โดยทรัพย์สินนี้จะมีระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 30 ปี⁹ และทรัพย์สินนี้สามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้ซึ่งบุคคลที่รับโอนทรัพย์สินจะเรียกว่า “ผู้ทรงทรัพย์สิน” เป็นผู้ที่สามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ และสามารถโอนเปลี่ยนมือได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ก่อตั้งทรัพย์สินแต่อย่างใดเพื่อให้เกิดความคล่องตัว และผู้ทรงทรัพย์สินยังสามารถนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้และสามารถตกทอดทางมรดกได้ สำหรับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดนี้ ผู้ทรงทรัพย์สินที่รับโอนหรือซื้อทรัพย์สินมาจากผู้ก่อตั้งสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น อาจนำมาปลูกสร้างอาคารแล้วนำไปแบ่งเช่า เป็นต้น ซึ่งต่อมาผู้ทรงทรัพย์สินที่ปลูกสร้างอาคารสามารถโอนหรือขายอาคารที่สร้างขึ้นให้กับบุคคลอื่นได้แต่ต้องไม่เกิน 30 ปีซึ่งเป็นการแก้ไขข้อจำกัดเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ดังนั้นทรัพย์สินจึงเป็นเรื่องที่แยกออกจากกรรมสิทธิ์ที่กรรมสิทธิ์ในที่ดินยังคงอยู่กับเจ้าของผู้ก่อตั้งทรัพย์สิน¹⁰ ทรัพย์สินมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ติดถอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับทรัพย์สินในภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ (charge on immovable property) เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่ติดถอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในภาระติดพันอันเป็นเหตุให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นคราว ๆ จากอสังหาริมทรัพย์นั้น หรือได้ใช้และถือประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์นั้นตามที่ระบุกันไว้ เช่น อนุญาตให้เพื่อนสามารถเข้าอาศัยในบ้านพักตากอากาศ

⁹ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 4.

¹⁰ พิมสิริ วิเศษโอรารนนท์ (เชิงอรรด 4).

ชายทะเลได้ในเดือนเมษายนของทุกปีเป็นเวลาสามสิบปี หรืออนุญาตให้เพื่อนได้รับเงินหนึ่งล้านบาทจากค่าเช่าที่ดินที่ตนเก็บมาทุกครั้งเป็นเวลาสามสิบปี เป็นต้น เนื่องจากภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง นิติกรรมการได้มา เปลี่ยนแปลง ระบุ และกลับคืนมาของภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์จึงอยู่ในบังคับที่จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่น ๆ มิฉะนั้น ไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน จะเป็นแต่บุคคลสิทธิเท่านั้น กล่าวคือ จะเป็นแต่สิทธิที่ใช้นกันได้เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ไม่อาจใช้นต่อบุคคลภายนอกได้ จึงกล่าวได้ว่าทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นและมีลักษณะที่เป็นทรัพย์สินติดพันกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์

ทั้งนี้เพื่อให้เข้าใจมากยิ่งขึ้นว่าหลักการเรื่องทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นการกำหนดให้นำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาแปลงให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ซึ่งยังไม่มีเคยมีปรากฏในกฎหมายไทยเป็นหลักการที่ให้สิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่มากกว่าสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 และไม่ใช้การใช้ประโยชน์อย่างผู้มีกรรมสิทธิ์

2.1.2 สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์แตกต่างไปจากสิทธิตามสัญญาเช่าที่ดินตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน

สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์และเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ที่สามารถนำทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้นออกให้เช่า ขาย หรือโอนรวมทั้งให้ตกทอดแก่ทายาทและนำไปใช้เป็นหลักประกันได้อันเป็นการแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยังคงมีข้อจำกัดและความไม่ชัดเจนที่ทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าในเชิงเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ รวมถึงการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ที่ยังไม่ครอบคลุมถึงการเช่าเพื่อที่อยู่อาศัยและเพื่อการอื่นนอกเหนือจากการเช่าเพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม โดยกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะต่าง ๆ ให้มีความชัดเจน ไม่ก่อให้เกิดความสับสนระหว่างสิทธิการเช่าทรัพย์สิน¹¹ จึงเห็นได้ว่าสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์แตกต่างไปจากสิทธิตามสัญญาเช่าที่ดินตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน

ความแตกต่างระหว่างสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดกับสิทธิตามสัญญาเช่าที่สัญญาเช่าเป็นสิทธิที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวหรือเป็นบุคคลสิทธิที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญาโดยเมื่อผู้เช่าตายสัญญาระงับ และการให้เช่าช่วง โอนสิทธิการเช่า ดัดแปลงต่อเติมต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ไม่สามารถตกทอดทางมรดก และนำไปจำนองไม่ได้ โดยในความแตกต่างนี้เป็นการแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่สามารถอธิบายในประเด็นดังนี้

¹¹ เพลินตา ตันรังสรรค์, 'บทความสรุปการสัมมนาวิชาการ เรื่อง ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์...เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุนอสังหาริมทรัพย์' วารสารจตุลนิต สำนักเลขาธิการวุฒิสภา, (มีนาคม -เมษายน 2562).

-ประเด็นเรื่องการให้เช่าช่วง กล่าวคือ สิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินนั้นเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในยุคที่ต้องการการลงทุนที่เพิ่มขึ้นในประเทศไทย แต่ในมุมมองของผู้ประกอบการซึ่งต้องการหาที่ดินเพื่อมาพัฒนาให้ตรงกับความต้องการของผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นการสร้างอาคารเพื่อที่อยู่อาศัย เพื่อพาณิชย์กรรม หรือเพื่ออุตสาหกรรม ยังมีข้อสังเกตในประเด็นการรอนสิทธิของเจ้าของอาคาร ในส่วนของการไม่จำกัดวัตถุประสงค์การเช่า

-ประเด็นเรื่องลักษณะของสัญญา กล่าวคือ ลักษณะของสัญญาทำให้ทรัพย์สินมีลักษณะคล้ายสัญญามาตรฐานที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถกำหนดประการใด ๆ เพิ่มเติมเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายได้ เนื่องจากในทางปฏิบัติยังมีรายละเอียดอีกมาก และเห็นว่าผู้ทรงทรัพย์สินและผู้เช่าช่วงควรรับภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยเนื่องจากได้สิทธิค่อนข้างมาก

-ประเด็นเรื่องการตัดแปลง ต่อเติม หรือก่อสร้างซึ่งหลักการในกลุ่มนี้อาจช่วยให้เกิดความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติ และควรกำหนดกรอบวัตถุประสงค์การใช้ประโยชน์ไว้ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้ข้อหากรรมสิทธิ์นอกรอบที่ได้กำหนดไว้ซึ่งต่างจากสิทธิการเช่าทรัพย์สินที่ไม่สามารถตัดแปลง ต่อเติมหรือก่อสร้างนั้นได้เว้นแต่จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่าทรัพย์สินเสียก่อน

-ประเด็นเรื่องสภาพของการส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนให้แก่เจ้าของซึ่งทรัพย์สินเมื่อสัญญาจะบังคับต้องส่งมอบคืนในสภาพที่เป็นอยู่ ณ เวลานั้น เป็นการส่งมอบในสภาพที่ใช้งานได้ หรือไม่ต้องรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง และสิ่งปลูกสร้างนั้นก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต่างจากการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อสัญญาจะบังคับผู้เช่าต้องรื้อถอนและส่งมอบทรัพย์สินในสภาพเดิม เว้นแต่จะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น¹²

ทั้งนี้การเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว ไม่สามารถโอนสิทธิ ไม่สามารถตกทอดทางมรดกและไม่สามารถนำไปจำนองได้ แม้ไม่จำกัดวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาแต่ก็มีข้อจำกัดที่ขาดความคล่องตัวซึ่งต่างจากทรัพย์สินหรือสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน สามารถโอนขายสิทธิ ตกทอดทางมรดกและสามารถนำไปจำนองเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในหนี้ของตนเองหรือหนี้ของบุคคลอื่นได้

2.2 แนวคิดของการก่อให้เกิดสิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินมีหลักการเพื่อแปลงสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ (New Asset Class) ขึ้นมาเพื่อจะทำให้สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและสามารถรองรับการใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอันเป็นการเพิ่มมูลค่าทรัพย์สินของประเทศโดยการให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถนำอสังหาริมทรัพย์ไปจด

¹² สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, 'บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สิน
อสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ...,' <https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk/47_62/2562/228.pdf>
สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.

ทะเบียนทรัพย์สินและโอนขายสิทธิให้บุคคลอื่นเป็นผู้ทรงทรัพย์สินเพื่อให้ผู้ทรงทรัพย์สินสามารถ
ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้เสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ รวมทั้งสามารถโอนเปลี่ยนมือหรือนำไปเป็น
หลักประกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม และเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจในตลาดอสังหาริมทรัพย์มี
วัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือใหม่ที่รัฐประสงค์จะมีการพัฒนาเพื่อสร้างมูลค่า

2.2.1 ข้อจำกัดของกฎหมายเช่าที่ดิน

สิทธิการเช่าสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ซึ่งสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ 3 ศาลฎีกามีแนวคำวินิจฉัยว่า สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินจึงอาจนำมาเป็นหลักประกันการชำระ
หนี้ได้โดยจะทำในรูปแบบของหนังสือสัญญาโอนสิทธิการเช่าอาศัยกฎหมายลักษณะโอนสิทธิเรียกร้อง หรือจะ
เป็นการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ซึ่งสิทธิ
การเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ให้สามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ และให้นำ
บทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562
สามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยใช้บังคับกับที่ดินที่มีโฉนด ซึ่งผู้ทรงทรัพย์สินสามารถ
นำทรัพย์สินมาก่อภาระผูกพันตามกฎหมายได้ เพราะผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ก่อตั้ง
ทรัพย์สินได้ตามกฎหมาย

2.2.1.1 การเช่าที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สัญญาเช่าทรัพย์สินในสมัยโรมันเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมประเภทหนึ่งที่เกิดจากการ
ทำงานของขุนนางผู้บริหารความยุติธรรมซึ่งได้สร้างระบบกฎหมายที่เรียกว่า ius honorarium หรือระบบ
กฎหมายของผู้มีตำแหน่ง โดยลักษณะของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในยุคนั้นมีลักษณะสำคัญ 4
ประการ คือ (1) การแสดงความยินยอมเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาที่เป็นองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดสัญญาที่
สมบูรณ์ (2) ไม่มีแบบ จะแสดงเจตนาด้วยวิธีการใดก็ได้ (3) สัญญาจะก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น
และ(4) ความผูกพันเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน ดังนั้นสัญญาเช่าทรัพย์สินจึงเป็นสัญญาย่อยประเภท
หนึ่งในกลุ่มสัญญาที่ใช้ชื่อว่า locatio-conductio โดยมีชื่อเฉพาะว่า locatio-conductio rei อันเป็นสัญญาที่
ผู้ให้เช่าผูกพันว่าจะให้ผู้เช่าได้ใช้สังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นระยะเวลาหนึ่งโดยให้
ค่าเช่าเป็นการตอบแทนยิ่งไปกว่านั้นในกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนยอมรับการต่อสัญญาเช่าใหม่โดย
ปริยาย หากเมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าแล้วผู้เช่ายังคงใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นต่อไปโดยผู้ให้เช่ามิได้
ทักท้วงก็ถือว่าเป็นสัญญาเช่าใหม่ที่ไม่มีกำหนดเวลา¹³ ซึ่งลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์สินในสมัยโรมันจึงเป็น
ที่มาของการเช่าทรัพย์สินในกฎหมายปัจจุบัน

การเช่าทรัพย์สินจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน
โดยที่คู่สัญญาทั้งสองมีภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบกัน เป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งมีบัญญัติในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดถึงสาระสำคัญ สิทธิ หน้าที่ ความรับผิด และความระงับ

¹³ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม วิญญูชน 2554)
18-19.

ของสัญญาเกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินของเอกชนที่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาผูกพันกันในฐานะบุคคลสิทธิเท่านั้น ลักษณะนี้จึงปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 “อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้เช่า ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น” เมื่อพิจารณาจากคำนิยามสามารถอธิบายสาระสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สินได้ดังต่อไปนี้ คือ

(1) สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาที่มีบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้เช่า อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้เช่า โดยผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าเข้าไปใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินซึ่งได้รับค่าเช่าตอบแทน และในการทำสัญญาเช่านั้น คู่สัญญาอาจจะเข้าทำสัญญาเอง หรือตั้งตัวแทนให้เข้าทำสัญญาแทนก็ได้

(2) ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสัญญาเช่าไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าดังเช่น สัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือให้ แต่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้เช่าได้ครอบครองทรัพย์สินที่เช่าเพื่อได้ใช้ประโยชน์เท่านั้น เช่น เช่าบ้านเพื่ออยู่อาศัย เช่ารถยนต์เพื่อขับ เป็นต้น ทั้งนี้การเช่าทรัพย์สินมิใช่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่ายังคงเป็นของผู้ให้เช่า และหากผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าไปใช้ในการกระทำความผิดและถูกยึดไป ผู้ให้เช่าก็มีสิทธิขอคืนทรัพย์สินที่เช่าได้¹⁴ ยังมีข้อสังเกตประการหนึ่งที่ทำให้พิจารณาเมื่อสัญญาเช่าทรัพย์สินมิได้มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าจึงทำให้ต้องพิจารณาว่าผู้ให้เช่าจำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เช่าหรือไม่ หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของมาตรา 537 ไม่ได้กำหนดว่า ผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้เช่าจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาเช่ามิเพียงให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า เมื่อผู้เช่าได้รับประโยชน์สมเจตจำนงแล้ว ทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้ใดก็ไม่ใช่สาระสำคัญจึงสอดคล้องกับหลักกฎหมายของอังกฤษที่อธิบายว่า ผู้เช่ามีผลประโยชน์จากสัญญาเช่าตรงที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เช่าจะไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การที่ผู้ให้เช่าจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือไม่ จึงไม่มีความสำคัญแก่ผู้เช่า และผู้เช่าไม่อาจปฏิเสธการเป็นเจ้าของของผู้ให้เช่า โดยศาลฎีกาได้นำหลักนี้มาตัดสินไว้หลายคดีด้วยกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 166/2477¹⁵, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1086/2511¹⁶ เป็นต้น จึงเป็นการอาศัยหลักกฎหมายปิดปากโดยสัญญาเพื่อไม่ให้ผู้เช่าอ้างการไม่มีอำนาจให้เช่าของผู้ให้เช่าได้

(3) ผู้เช่าตกลงให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น เมื่อสัญญาเช่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหนี้ตอบแทนกัน กล่าวคือ ผู้ให้เช่าต้องให้ผู้เช่าได้ใช้สอยหรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า โดยได้รับค่าเช่าเป็นการตอบแทน ในทางตรงกันข้ามทางฝ่ายผู้เช่าเมื่อได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าก็มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเช่า

(4) การเช่าอันมีกำหนดระยะเวลาจำกัด ซึ่งการเช่าทรัพย์สินตามมาตรา 537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะต้องเป็นการให้เช่าทรัพย์สินที่มีการกำหนดระยะเวลาในการเช่าเสมอ โดย

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2545.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 166/2477.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1086/2511.

ระยะเวลาในการเช่าทรัพย์สินตามสัญญาเช่านั้นคู่สัญญาอาจตกลงกันได้ 2 ลักษณะ คือ กำหนดระยะเวลาเช่ากันเป็นชั่วโมง วัน สัปดาห์ เดือน หรือปีก็ได้ หรือจะกำหนดระยะเวลาเช่ากันตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่า แม้เวลาเช่าจะมีได้กำหนดเป็นวันแน่นอน แต่คู่สัญญาที่ทราบหากผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าตาย สัญญาเช่านั้นก็จจะระงับลง ดังนั้นสัญญาเช่าในลักษณะนี้ก็มักจะเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดเวลาเช่นกัน¹⁷

จากที่อธิบายสาระสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สินตามมาตรา 537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นก็สรุปได้ว่า สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในข้อตกลงที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้โดยผูกพันคู่สัญญาในลักษณะบุคคลสิทธิที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งการเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายนี้ก็ยังมีข้อจำกัดหลายประการที่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศไทย จึงได้มีการตรากฎหมายอื่น ๆ ขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจในเชิงพาณิชย์ของเอกชน เช่น พระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524, พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้นยังไม่ได้รับความนิยมมากนัก เนื่องจากยังมีข้อจำกัดมากและยังมีปัญหาในการใช้บังคับกฎหมายอีกด้วย

(1.1) มูลเหตุในการเช่าทรัพย์สินและหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาเช่า

- มูลเหตุในการเช่าทรัพย์สิน

สัญญาเช่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งจะมีบุคคลสองฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งทั้งสองฝ่ายมาตกลงทำสัญญาเช่าทรัพย์สินใดทรัพย์สินหนึ่งกันคงมีมูลเหตุที่ผลักดันให้ทั้งสองมาตกลงทำสัญญา โดยสามารถพิจารณาจากทั้งสองฝ่าย ดังนี้

(1) พิจารณาจากฝ่ายผู้ให้เช่า กล่าวคือ ผู้ให้เช่าอาจจะให้เช่าทรัพย์สินเพื่อหารายได้เพิ่มขึ้นในการดำรงชีพ แต่ผู้ให้เช่าไม่ได้ประกอบอาชีพในการที่ให้เช่า หรือ ผู้เช่าประกอบกิจการในการให้เช่า ไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ หรือ ผู้ให้เช่าอาจเห็นว่า ทรัพย์สินที่มีอยู่นั้นถ้าเก็บไว้ ผู้ให้เช่าก็ไม่ได้ใช้ประโยชน์แต่อย่างใดและต้องการหาประโยชน์โดยการให้เช่าทรัพย์สินนั้น หรือผู้ให้เช่าอาจให้เช่าทรัพย์สินโดยมิได้มุ่งหวังรายได้จากค่าเช่าเป็นหลักสำคัญแต่มุ่งหวังในเรื่องอื่น ๆ เช่น อาจจะมีหวังให้มีการให้บริการหรือสวัสดิการ เป็นต้น และ

(2) พิจารณาจากฝ่ายผู้เช่า กล่าวคือ ผู้เช่าอาจจะทำการเช่าทรัพย์สินเพื่อใช้ในการดำรงชีพ หรือเพื่อใช้ประกอบธุรกิจ ในบางครั้งผู้เช่าก็มีความสามารถที่จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ผู้เช่าอาจมีความต้องการเพียงให้ใช้ได้ใช้หรือได้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นชั่วคราว และผู้เช่าอาจจะเป็นคนต่างด้าวที่ไม่อาจถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นบางกรณี ดังนั้นก็จำเป็นที่คนต่างด้าวต้องทำการเช่าทรัพย์สินนั้น ๆ¹⁸

ดังนั้นมูลเหตุในการเช่าทรัพย์สินทั้งสองฝ่ายย่อมมีจุดมุ่งหมายที่แตกต่างกัน และจุดมุ่งหมายนี้ก็ทำให้ทั้งสองตกลงทำสัญญาผูกพันตนในข้อตกลงบางประการเพื่อให้ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น

¹⁷ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ (พิมพ์ครั้งที่ 13, วิญญูชน 2551) 24-52.

¹⁸ เพิ่งอ้าง 17-20.

(1.2) หลักเกณฑ์ในการทำสัญญาเช่า

การทำสัญญาบางประเภทกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด แต่สัญญาเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538¹⁹ ที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งหากพิจารณาสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) เช่าสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทหากนำมาทำสัญญาเช่าก็ไม่จำเป็นต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบในการทำนิติกรรมนี้

(2) เช่าอสังหาริมทรัพย์ แบ่งได้ 2 ประการ คือ 1.การเช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่เกิน 3 ปี กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบเป็นสำคัญ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีกันตามสัญญาเช่าไม่ได้ และ 2.การเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 3 ปี หรือการเช่าตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า กฎหมายกำหนดว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ 3 ปี แต่การจะฟ้องร้องได้เพียง 3 ปีนั้น คู่สัญญาจะต้องมีหลักฐานการเช่าเป็นหนังสือด้วย ถ้าไม่มีก็ฟ้องร้องไม่ได้เลย

(1.3) ประเภทของสัญญาเช่า

- สัญญาเช่าธรรมดา

เป็นสัญญาเช่าภายใต้หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 ซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาต่างมีภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบและผูกพันกันตามสัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนซึ่งผู้ให้เช่ามีหน้าที่ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เช่าแก่ผู้เช่า และผู้เช่ามีหน้าที่ต้องชำระค่าเช่าให้แก่ผู้ให้เช่าตามสัญญาโดยไม่มีค่าตอบแทนอื่นนอกเหนือไปจากค่าเช่า เช่น นายดำให้นายเชียวเช่าตึกแถว 2 คูหา โดยนายเชียวชำระค่าเช่าให้แก่นายดำเป็นรายเดือน เป็นต้น จากตัวอย่างเป็นการเช่าตามสัญญาเช่าธรรมดา

- สัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าการเช่าธรรมดา

เป็นสัญญาซึ่งผู้เช่าได้ให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้เช่านอกเหนือไปจากค่าเช่า และผู้ให้เช่าได้ให้สิ่งตอบแทนแก่ผู้เช่านอกเหนือไปจากการได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า เช่น ให้ระยะเวลาเช่ามากขึ้นและค่าเช่าถูกลงมาก เป็นต้น คู่สัญญาจึงมีหนี้ซึ่งเป็นลักษณะต่างตอบแทนซึ่งกันและกันมากกว่าสัญญาเช่าธรรมดา

ตัวอย่างกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นสิ่งตอบแทนกันมากกว่าสัญญาเช่าธรรมดา เช่น การให้เงินช่วยค่าก่อสร้างสำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในระหว่างการก่อสร้าง, การตัดแปลงต่อเติม, การออกเงินหรือทำการซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่าเกินกว่าหน้าที่ของผู้เช่า, การสร้างใหม่, การสร้างตึกบนที่ดินที่เช่าแล้วยกให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ให้เช่า

สัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดามีผลพิเศษระหว่างคู่สัญญาเป็นการยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 กล่าวคือ การได้รับยกเว้นไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ถ้ากรณีที่ผู้เช่าตาย สัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาก็ไม่ระงับ ทายาทของผู้เช่ามีสิทธิเช่าต่อได้จนกว่าจะครบสัญญา และผลเป็นการยกเว้น

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538.

มาตรา 560 วรรคหนึ่ง²⁰ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้เช่าไม่ชำระค่าเช่า ผู้ให้เช่าไม่อาจบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลาเช่าได้ซึ่งเหตุผลในข้อนี้ก็อยู่ที่ว่า สัญญาเช่าต่างตอบแทนชนิดพิเศษนั้นผู้เช่าได้ให้อะไรแก่ผู้ให้เช่าเป็นพิเศษนอกเหนือจากค่าเช่า เพียงแค่การไม่ชำระค่าเช่าเพียงงวดเดียวแล้วผู้ให้เช่าใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ย่อมไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้เช่า ดังนั้นสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาจะเห็นว่าด้วยค่าตอบแทนพิเศษที่ผู้เช่าได้ให้แก่ผู้ให้เช่าส่งผลให้สัญญาเช่าลักษณะนี้กลายเป็นสัญญาไม่มีชื่อและไม่ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เฉพาะของสัญญาเช่าทรัพย์สินตามมาตรา 150 แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาโดยเฉพะอย่างยิ่งหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักในเรื่องของสัญญาต่างตอบแทน

(1.4.) ความสมบูรณ์ของสัญญาเช่า

เมื่อสัญญาเช่าทรัพย์สินมีองค์ประกอบครบถ้วนแล้ว สัญญาเช่าที่นั้นย่อมเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง แต่สัญญาเช่าที่นั้นจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาว่ามีสาเหตุอะไรบ้างหรือไม่ที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาไม่สมบูรณ์โดยเฉพะอย่างยิ่งเป็นโมฆะหรือโมฆียะ หากมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งในองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งแล้วย่อมทำให้สัญญาเช่าทรัพย์สินไม่สมบูรณ์ ดังนี้

- ความเป็นโมฆะของสัญญาเช่าทรัพย์สิน

สาเหตุที่สัญญาเช่าทรัพย์สินจะเป็นโมฆะได้นั้นก็คือ สัญญาเช่ามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 150 คือ วัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือวัตถุประสงค์พ้นวิสัย หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเมื่อการแสดงเจตนาขัดต่อหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญา อาทิ เจตนาซ่อนเร้น, ความสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งสัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งสาเหตุในลักษณะเช่นนี้ส่งผลให้สัญญาเช่าตกเป็นโมฆะ สัญญาเช่าที่นั้นย่อมเสียเปล่าและไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ เลยตั้งแต่ทำสัญญา

- ความเป็นโมฆียะของสัญญาเช่าทรัพย์สิน

กรณีที่สัญญาเช่าจะเป็นโมฆียะได้นั้นจะต้องเป็นการทำสัญญาเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเมื่อกระบวนกรในการก่อเจตนาภายในของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่องเพราะถูกฉ้อฉลตามมาตรา 159 เพราะสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาตามมาตรา 157 เพราะการข่มขู่ตามมาตรา 164 ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้มีผลให้สัญญาเป็นโมฆียะ สัญญาเช่าทรัพย์สินนั้นย่อมสามารถก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายไปได้โดยก่อผลในทางหนี้ถ้ามีการให้สัตยาบัน แต่ผลเหล่านี้อาจถูกลบล้างให้หมดสิ้นไปโดยมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่เวลาทำสัญญา หากบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มีสิทธิบอกล้างได้ใช้สิทธิในการบอกล้างสัญญาเช่าภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 181²¹

ดังนั้นความสมบูรณ์ของสัญญาเช่าจึงมีผลในทางกฎหมายที่ต้องนำมาพิจารณาเพื่อก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของสัญญา

(1.5) หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าและผู้เช่า

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 560 วรรคหนึ่ง.

²¹ ศนันทกรณ(จำปี) โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 13) 65-68.

- หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้เช่า

ในการทำสัญญาเช่านั้น คู่สัญญาจะตกลงกันถึงสิทธิหน้าที่ ตลอดจนความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ ไว้เพื่อจะได้ไม่ต้องโต้เถียงกันในภายหลัง แต่ข้อตกลงของสัญญาจะบังคับกันได้หรือไม่ต้องพิจารณาในเรื่องนิติกรรมสัญญาและหลักกฎหมายในเรื่องการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ถ้าหากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของตนเอาไว้ หรือกำหนดไม่ครบถ้วนก็ต้องนำบทบัญญัติกฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งสามารถพิจารณาได้เป็น 5 ประการ คือ

1. หน้าที่ในการออกค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญาจำนวนครั้งหนึ่ง(มาตรา 539) จากบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ผู้เช่าและผู้ให้เช่าออกค่าฤชาธรรมเนียมคนละครึ่งของทั้งหมดในการทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ ทั้งนี้เป็นค่าฤชาธรรมเนียมในการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ที่มีกำหนดระยะเวลาในการเช่ากว่า 3 ปีหรือกำหนดระยะเวลาในการเช่าตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่าที่ต้องจ่ายให้แก่รัฐ

2. หน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ เพื่อให้ผู้เช่าสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาได้ ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้เช่าตามเวลา สถานที่ ด้วยวิธีการที่ตกลงกันไว้หรือที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการส่งมอบต้องส่งมอบให้อยู่ในเงื้อมมือของผู้เช่า อนุโลมให้ใช้หลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายซื้อขาย

3. ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่เช่า โดยนำบทบัญญัติในเรื่องการซื้อขายมาพิจารณาเพื่อนำมาอนุโลมใช้แก่เรื่องเช่าทรัพย์สินด้วยซึ่งผู้ให้เช่าต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่เช่าที่มีอยู่ก่อนส่งมอบ ความชำรุดบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ และผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบถ้าผู้เช่ารู้อยู่แล้วแต่ในเวลาที่เขาว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้อย่างวิญญูชน และความชำรุดบกพร่องนั้นเห็นเป็นประจักษ์ ถ้าในกรณีที่ผู้เช่าและผู้ให้เช่าตกลงกันว่าผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องนั้น ข้อตกลงนี้ใช้ได้ แต่ไม่อาจคุ้มครองความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าในผลของการที่ผู้ให้เช่ากระทำไปเองหรือผลแห่งข้อเท็จจริงอันผู้ให้เช่าได้รู้อยู่แล้วและปกปิดเสีย ทั้งนี้ถ้ามีความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ให้เช่าในระหว่างเวลาที่เช่าเป็นกรณีที่เกิดหลังจากที่มีการส่งมอบและเป็นการซ่อมแซมใหญ่ให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้เช่าเป็นผู้ดูแลรักษาทรัพย์สินนั้น แต่ถ้าเป็นการซ่อมแซมเล็กน้อยที่เป็นการดูแลรักษาทรัพย์สินที่เช่านั้นให้ผู้เช่าเป็นผู้รับผิดชอบ

4. ความรับผิดชอบในการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ การที่บุคคลภายนอกมารบกวนขัดสิทธิของผู้เช่าในอันจะครองทรัพย์สินโดยปกติสุขเพราะบุคคลผู้นั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้เช่ากันอยู่ในเวลาเช่า เพราะความผิดของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าจะต้องรับผิดชอบในผลนั้น จะเห็นได้ว่าการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่เช่าต่างจากกรณีที่ทรัพย์สินที่เช่าชำรุดบกพร่องตรงที่การรอนสิทธิเป็นเรื่องที่มีผู้อื่นมารบกวนการใช้สิทธิครอบครอง ทำให้ผู้เช่าไม่มีปกติสุข การรอนสิทธิดังกล่าวผู้ให้เช่าจะต้องรับผิดชอบ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 489/2507 , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2902/2528 เป็นต้น

5. หน้าที่ในการชดใช้เงินค่าใช้จ่ายซึ่งผู้เช่าได้ออกไปโดยความจำเป็นและสมควรเพื่อรักษาทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ ผู้ให้เช่ามีหน้าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าในสภาพที่ซ่อมแซมดีแล้ว ถ้าหากปรากฏว่าผู้เช่าได้กระทำการซ่อมแซมดูแลรักษาทรัพย์สินที่เช่าแทนผู้ให้เช่า ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าต้องชดใช้เงินดังกล่าวคืนให้แก่ผู้เช่า เนื่องจากทรัพย์สินเป็นของผู้ให้เช่า

- หน้าที่ของผู้เช่า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เช่าไว้ แต่ถ้าเปรียบเทียบกับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าจะพบว่า กฎหมายกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบไว้น้อยกว่าหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เช่า เพราะผู้เช่าเป็นผู้ครอบครองใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า ทั้งนี้จึงสรุปหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เช่า ดังนี้

1. หน้าที่ในการออกค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญาจำนวนครั้งหนึ่ง กล่าวคือ ผู้เช่ามีหน้าที่ออกค่าฤชาธรรมเนียมครั้งหนึ่งเช่นเดียวกับผู้ให้เช่า ยกเว้นจะตกลงเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้เป็นค่าฤชาธรรมเนียมในการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลาในการเช่ากว่า 3 ปีหรือกำหนดระยะเวลาในการเช่าตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่าที่ต้องจ่ายให้แก่รัฐ

2. หน้าที่เกี่ยวกับการใช้สอยทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ ผู้เช่ามีหน้าที่งดเว้น ในการใช้ทรัพย์สินที่เช่าเพื่อการอย่างอื่น นอกจากที่ใช้กันตามประเพณีนิยมปกติ หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ถือว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินที่ชอบ แม้ว่าจะเกิดความเสียหาย หรือสูญหาย ผู้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบ

3. หน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สิน และดูแลทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ ผู้เช่าต้องสงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่าเสมือนกับวิญญูชนจะพึงสงวนรักษาทรัพย์สินของตนเอง และผู้เช่าต้องบำรุงรักษาทรัพย์สินที่เช่า ทั้งทำการซ่อมแซมเล็กน้อยเพื่อให้ทรัพย์สินที่เช่าอยู่ในสภาพเดิมดังที่เช่ามาซึ่งการซ่อมแซมที่กฎหมายกำหนดไว้หรือมีจารีตประเพณีกำหนดว่าผู้เช่าจะพึงต้องทำเองเมื่อต้องทำการซ่อมแซมเองแล้วก็จะไปเรียกจ้างเอาค่าใช้จ่ายใด ๆ จากผู้ให้เช่าไม่ได้ แต่ถ้าเป็นการซ่อมแซมใหญ่นั้นก็เป็นหน้าที่ของผู้ให้เช่าที่จะต้องทำการซ่อมแซม มิใช่หน้าที่ของผู้เช่า เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 162/2512 เป็นต้น

4. หน้าที่ไม่ทำการดัดแปลง ต่อเติมทรัพย์สินที่เช่า เป็นกรณีการดัดแปลงในลักษณะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินที่เช่าให้ผิดไปจากเดิม ส่วนการต่อเติมนั้นเป็นการเพิ่มเติมบางสิ่งบางอย่างลงไปในทรัพย์สินที่เช่าซึ่งห้ามมิให้ผู้เช่าทำการดังกล่าว เพราะเหตุที่ว่าทรัพย์สินที่ให้เช่ามิใช่ของผู้เช่า ผู้ให้เช่ายังเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนั้นผู้เช่ามีเพียงสิทธิในการใช้สอยหรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าเท่านั้น ทั้งนี้เว้นแต่ผู้ให้เช่าจะอนุญาต ถ้าหากผู้เช่าฝ่าฝืน ผู้เช่าต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนคงสภาพเดิม เมื่อผู้ให้เช่าเรียกจ้าง และผู้เช่าจะต้องรับผิดชอบผู้ให้เช่าในความสูญหายหรือบุบสลายอย่างใด ๆ อันเกิดแก่การดัดแปลงต่อเติมนั้นด้วย

5. หน้าที่ยินยอมให้ผู้ให้เช่ากระทำการบางอย่างแก่ทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ ผู้เช่าต้องยินยอมให้ผู้ให้เช่าเข้าตรวจตราดูแลทรัพย์สินเป็นครั้งคราวในเวลาอันสมควร และยินยอมให้ผู้ให้เช่าทำการซ่อมแซมทรัพย์สินในกรณีที่เป็นกรณีจำเป็น

6. หน้าที่ชำระค่าเช่า กล่าวคือ สัญญาเช่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ผู้ให้เช่ายอมให้ผู้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินเพื่อแลกกับค่าเช่าที่จะได้รับ และในทางตรงกันข้ามผู้เช่าได้รับประโยชน์จากการใช้สอยทรัพย์สินนั้น ผู้เช่าจึงมีหน้าที่ต้องชำระค่าเช่าตามจำนวนที่ตกลงกันและในเวลาที่เหมาะสม

7. หน้าที่คืนทรัพย์สินที่เช่า กล่าวคือ เมื่อสัญญาเช่าระงับลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ผู้เช่ามีหน้าที่คืนทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้ให้เช่า ผู้เช่าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่เช่ามา จะเอาทรัพย์สินชนิดอื่น แม้จะเป็นประเภท ชนิด และปริมาณอย่างเดียวกันมาคือแก่ผู้ให้เช่าแทนไม่ได้ หากมีความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินที่เช่า ผู้เช่าต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าความสูญหายหรือบุบสลายไปเพราะความผิดของบุคคลภายนอกนั้น ผู้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบ²²

(1.6) ความระงับของสัญญาเช่า

สัญญาระงับนั้น หมายถึง การที่สัญญาที่ได้เคยเกิดขึ้นมาแล้ว ถูกทำลายอันมีลักษณะเป็นการทำลายตัวสัญญาที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้อันจะส่งผลให้หนี้ที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วนั้นระงับไปด้วย ดังนั้นถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว สัญญาเช่าจะระงับไปด้วยเหตุต่าง ๆ ดังนี้

1. เมื่อสิ้นสุดเวลาเช่า (มาตรา 564)

ถ้าหากสัญญาเช่าที่กำหนดวันก็เดือนก็ปี สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวแล้วสัญญาเช่าก็เป็นอันระงับไป หากเป็นการเช่าที่กำหนดระยะเวลาเช่าไว้ตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า เมื่อผู้เช่าตายหรือผู้ให้เช่าตายสัญญาเช่าก็เป็นอันระงับ

2. ทรัพย์สินที่เช่าสูญหายหมด (มาตรา 567)

เมื่อทรัพย์สินที่เช่าไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ได้สูญหายไปทั้งหมดแล้วก็มีผลทำให้สัญญาเช่าทรัพย์สินนั้นระงับลงทันทีโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการสูญหายของทรัพย์สินที่เช่าจะเกิดขึ้นจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด

3. ผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญา

ผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญาเพราะผู้เช่ากระทำความผิดหน้าที่ตามสัญญาหรือหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อาทิเช่น ผู้เช่าไม่ชำระค่าเช่า, ผู้เช่าใช้ทรัพย์สินที่เช่าเพื่อการอื่น, ผู้เช่าไม่ทำการสงวนทรัพย์สินที่เช่านั้นเสมอ กับที่วิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง และผู้เช่าให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าโดยมิชอบ เป็นต้น

4. ผู้ให้เช่าโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่เช่า

ถ้าผู้ให้เช่าโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่เช่าทำให้สัญญาเช่าระงับ ไม่ว่าสังหาริมทรัพย์นั้นจะเป็นสังหาริมทรัพย์ธรรมดาหรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ โดยผู้รับโอนไม่ต้องรับสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนซึ่งมีต่อผู้เช่า ต่างจากการโอนสังหาริมทรัพย์ที่ผู้รับโอนต้องรับสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนที่มีต่อผู้เช่าด้วยตามมาตรา 569

5. ผู้เช่าตาย

²² ไพฑูริศ เอกจริยกร (เชิงอรรถ 17) 104-163.

สัญญาเช่าเป็นสัญญาที่ผู้ให้เช่าคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสำคัญว่าจะให้เช่าทรัพย์สินนั้นหรือไม่ เพราะว่าทรัพย์สินที่เช่าจะต้องตกอยู่ภายใต้การใช้สอยและการได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าของผู้เช่า สัญญาเช่าจึงมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวของผู้เช่า จึงเห็นได้ว่า ถ้าหากผู้เช่าตาย สัญญาเช่าจะระงับ

6. ผู้เช่าบอกเลิกสัญญา

การที่ผู้เช่าบอกเลิกสัญญาเป็นกรณีที่ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินซึ่งโดยสภาพไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ หรือทรัพย์สินที่เช่าชำรุดบกพร่องและผู้ให้เช่าไม่แก้ไขภายในเวลาอันสมควรเมื่อผู้เช่าบอกกล่าวแล้ว หรือ เมื่อผู้ให้เช่าต้องการซ่อมแซมทรัพย์สิน แต่การซ่อมแซมนั้นใช้เวลานานจนไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์

7. ผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าบอกเลิกสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดเวลาเช่า

เมื่อสัญญาเช่าใดเป็นสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา มาตรา 566 กำหนดให้สิทธิแก่ทั้งผู้ให้เช่าและผู้เช่าที่จะบอกเลิกสัญญาได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ²³

(1.7) อายุความ

กรณีเกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างสัญญาเช่า ยังมีผลใช้บังคับอยู่ ผู้ให้เช่าจะฟ้องผู้เช่าเรียกค่าเสียหายภายในอายุความ 6 เดือน นับแต่วันที่ส่งคืนทรัพย์สินที่เช่าตามมาตรา 563 แต่ถ้าเกิดขึ้นภายหลังบอกเลิกสัญญาเช่าหรือสัญญาเช่าระงับแล้ว แม้ผู้เช่ายังไม่ส่งคืนทรัพย์สินที่เช่า อายุความก็จะ เป็น 10 ปี ตามมาตรา 193/30 ซึ่งมีข้อสังเกตว่า อายุความ 6 เดือนนี้ บังคับทั้งกรณีสัญญาเช่ายังมีผลใช้บังคับอยู่หรือระหว่างที่ผู้เช่ายังคงครอบครองทรัพย์สินอยู่ การฟ้องคดีเรียกเบี้ยปรับตามสัญญาเช่าเป็นคดีที่ฟ้องผู้เช่าให้ปฏิบัติตามสัญญาเช่า จึงมีกำหนดอายุความ 6 เดือนเช่นกัน และอายุความฟ้องเรียกเอาค่าเช่าทรัพย์สินที่ค้างชำระมีอายุความ 5 ปี ถ้าเป็นกรณีผู้ประกอบการในการให้เช่าสังหาริมทรัพย์มีอายุความ 2 ปี

ดังนั้น สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาผูกพันกันในลักษณะของบุคคลสิทธิ ซึ่งยังมีข้อจำกัดบางประการในการนำไปใช้จึงทำให้มีพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อลบล้างข้อจำกัดในการใช้ทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ในเชิงธุรกิจมากยิ่งขึ้นและนำไปสู่การอธิบายในหัวข้อต่อไป

2.2.1.2 การเช่าที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม

การเช่าที่ดินมีบทบัญญัติรองรับการนำสิทธิการเช่าไปใช้ประโยชน์เรื่องต่าง ๆ ได้ เช่น ให้นำสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ไปจำนองได้ ผู้เช่าอาจให้เช่าช่วงได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ให้เช่า และให้สิทธิการเช่าตกทอดเป็นมรดกได้ เป็นต้น แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์ไว้เฉพาะเพื่อการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเท่านั้น และเมื่อมีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนด

²³ เฟิงอ่าง, 174-219.

หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในระยะเวลาต่อมา ก็ได้สร้างข้อจำกัดเพิ่มขึ้นจึงทำให้ในทางปฏิบัติมีผู้มาจดทะเบียนเช่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น²⁴

การเช่าทรัพย์สินเป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญที่จะช่วยประสานประโยชน์ให้แก่นักลงทุน เนื่องจากนักลงทุนซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง เพื่อประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะใช้วิธีซื้อก็เปลี่ยนมาเป็นเช่าที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นแทน เป็นการลดต้นทุนลงได้หากสามารถเสริมสร้างให้สิทธิการเช่ามีสถานะที่มั่นคงยิ่งขึ้น และเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งต้องการจะเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนสามารถนำสิทธิการเช่านั้นไปใช้เพื่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดได้ ก็จะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนประกอบกิจการพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมมากขึ้น ซึ่งพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ตราขึ้นด้วยเจตนารมณ์ที่จะผ่อนปรนการเช่าและดึงดูดใจการลงทุนระยะยาวในประเทศไทยมากขึ้นแต่ปรากฏว่ามีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นจำนวนน้อยมาก ดังนั้นการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการยี่ดระยะเวลาการเช่าทรัพย์สินขึ้นมาใหม่จาก 30 ปี เป็น 50 ปี และการเช่าอสังหาริมทรัพย์จะต้องเป็นการเช่าเพื่อเชิงพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเท่านั้น โดยต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะถือว่าโมฆะ ทั้งนี้ต้องมีเงื่อนไขการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมที่จะต้องกำหนดว่าผู้ให้เช่าจะต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และจะให้เช่าที่ดินเนื้อที่เกินกว่า 100 ไร่ไม่ได้ ถ้าเกินจากนั้นจะต้องได้รับการอนุมัติจากอธิบดีกรมที่ดินก่อน ซึ่งสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้สามารถตกทอดแก่ทายาทได้ และผู้เช่าจะให้เช่าช่วงโอนสิทธิการเช่า ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ เว้นแต่จะมีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่าและยังสามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ด้วย

2.2.2 แนวคิดและความเป็นมาในการสร้างสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

2.2.2.1 การให้สิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดของผู้ทรงสิทธิได้อย่างเต็มที่

ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินถือหลักการเพื่อแปลงสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ขึ้นเพื่อที่จะทำให้สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและสามารถรองรับการใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอันเป็นการเพิ่มมูลค่าทรัพย์สินของประเทศ โดยการให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถนำอสังหาริมทรัพย์ไปจดทะเบียนทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์และโอนขายสิทธิให้บุคคลอื่นเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้สามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้เสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ รวมทั้งสามารถโอนเปลี่ยนมือหรือนำไปเป็นหลักประกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของกรรมสิทธิ์เสียก่อน ในข้อนี้จึงทำให้ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์มีมูลค่าและมีสิทธิทางกฎหมายที่ชัดเจน

ผู้ทรงสิทธิในสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้น ปรากฏตามมาตรา 11 ที่ให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิเสมือนเจ้าของทรัพย์สินเกือบทุกประการ ยกเว้นสิทธิในการติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิในการขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับ

²⁴ เพลินตา ตันรังสรรค์ (เชิงอรธร 11).

อสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งให้สิทธินี้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นยังคงอยู่ตามหลักกรรมสิทธิ์

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในที่ดินมีโฉนดนี้เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ คือ สิทธิในการใช้สอยทรัพย์สิน สิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินไม่ว่าโดยวิธีขาย แลกเปลี่ยน สิทธิได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นภายในขอบเขตของกฎหมาย เว้นแต่สิทธิติดตาม ชัดขวางการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่ไม่มีสิทธิที่ยังคงเป็นของเจ้าของทรัพย์สินนั้นตามหลักกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ผู้ทรงสิทธิยังมีกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างภายใต้สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดซึ่งสามารถตัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ได้ แต่สิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นเมื่อสิทธิการใช้ประโยชน์นั้นระงับลง ทั้งนี้สามารถตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ และตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562 ยังทำให้สิทธิของผู้ทรงสิทธิเป็นทรัพย์สินที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น คือ สามารถโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่กันได้ อ้างอิงได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ และใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการก่อภาระผูกพันให้กับทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นการสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจให้กับทรัพย์สินนั้น และสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินยังสามารถตกทอดทางมรดกได้แต่ต้องอยู่ภายใต้ระยะเวลา 30 ปีนับแต่วันที่ได้ก่อตั้งทรัพย์สินขึ้น

2.2.2.2 กลไกสนับสนุนการลงทุนพัฒนาที่ดินอันเป็นการผลักดันในการขยายตัวของเศรษฐกิจ

กลไกในการสนับสนุนการลงทุนที่เข้ามาลงทุนในการพัฒนาที่ดินอันเป็นการผลักดันเพื่อการขยายตัวของเศรษฐกิจ ทั้งนี้ที่มาของทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดเกิดจากแนวความคิดสำนักงานเศรษฐกิจ กระทรวงการคลัง ที่เห็นว่าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยมีจำนวนมาก และมีที่รกร้างที่ไม่ได้ทำประโยชน์ค่อนข้างมาก จึงเป็นมีแนวคิดที่ร่างกฎหมายฉบับนี้ขึ้นเพื่อเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจ และนำมาใช้ประโยชน์ให้ได้มากที่สุด และยังเป็นกลไกที่สนับสนุนให้นักลงทุนเข้ามาพัฒนาที่ดิน

2.2.3 สภาพของสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

สภาพของสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป และยังมีมูลค่าที่โอนให้แก่กันได้ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สิน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้ความหมายของทรัพย์สิน (real right, *ius in rem*) และบุคคลสิทธิ (personal right, *ius in personam*) ว่าอย่างไร แต่ระบุในทางดาราซึ่งเป็นสิทธิในกฎหมายแพ่ง เดิมในกฎหมายโรมันเป็นวิธีการฟ้องคดีที่เรียกว่า คดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Action in rem) คดีเกี่ยวกับบุคคล (Action in personam) ซึ่งจะนำไปสู่คำพิพากษาของศาลที่จะมีการแยกประเภทของคำพิพากษา คือ ถ้าเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับลักษณะของบุคคลและทรัพย์สิน เรียกว่า Judgement in rem และถ้าเป็นคำพิพากษาเรื่องอื่น ๆ เรียกว่า Judgement in personam ในการฟ้องคดีถ้าโจทก์ใช้วิธีฟ้องผิดแบบก็จะแพ้คดีได้ เช่น โจทก์ฟ้องเรียกวัตถุสิ่งของหรือสิทธิในวัตถุสิ่งของ โดยอ้างว่าตนมีความสัมพันธ์กับทรัพย์สิน การฟ้องร้องเรียกว่า Action in rem แต่ถ้าฟ้องร้องเกี่ยวกับการกระทำของจำเลยโดยตรง โดยกล่าวอ้าง

ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลย เช่น จำเลยเป็นคู่สัญญา หรือจำเลยละเมิดต่อโจทก์ เช่นนี้ต้องใช้วิธีฟ้องแบบ Action in personam กฎหมายโรมันในสมัยนั้นจะกล่าวเพียงเรื่องบุคคล(Persons) ทรัพย์สิน(Thing หรือ res) การฟ้องคดี(Action) ไม่ได้แยกเรื่องทรัพย์สินกับหนี้สินออกจากกัน²⁵ ต่อมาได้มีวิวัฒนาการและมีการกำหนดสิทธิในกฎหมายแพ่งขึ้นเป็น ทรัพย์สินสิทธิและบุคคลสิทธิ

แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน(real right, *ius in rem*) และบุคคลสิทธิ (personal right, *ius in personam*) กฎหมายทรัพย์สินเป็นกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องทรัพย์สินเป็นหลัก ในทางตรงกันข้ามกฎหมายลักษณะหนี้เป็นกฎหมายที่ให้ความสำคัญต่อบุคคลสิทธิในฐานะแนวคิดรากฐานของกฎหมายดังกล่าว ฉะนั้นเพื่อประโยชน์แก่การทำความเข้าใจแก่นอันเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินจึงมีความจำเป็นต้องเข้าใจเกี่ยวกับทรัพย์สินและสามารถแยกความแตกต่างจากบุคคลสิทธิให้ได้²⁶

ทรัพย์สิน อำนาจที่บุคคลจะใช้ต่อทรัพย์สินกับวัตถุที่จะต้องรองรับการใช้อำนาจนั้น ๆ รวมอยู่ในคำว่าทรัพย์สินแต่อำนาจที่บุคคลจะใช้ต่อทรัพย์สิน แยกเรียกว่า ทรัพย์สิน ส่วนวัตถุที่จะต้องรองรับการใช้อำนาจแห่งทรัพย์สิน เรียกว่า ทรัพย์สิน²⁷ ฉะนั้นทรัพย์สิน คือ สิทธิของบุคคลที่มีอยู่เหนือตัวทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่บังคับเอา กับตัวทรัพย์สินได้โดยตรงและใช้อ้างยันได้ต่อบุคคลทั่วไป โดยบุคคลทั่วไปมีหน้าที่ไม่ขัดขวางการใช้สิทธิของผู้มีสิทธินั้น และทรัพย์สินหนึ่งย่อมมีทรัพย์สินชนิดหนึ่งได้อันเดียว ยกเว้นจะมีกฎหมายกำหนดให้เป็นอย่างอื่น

ดังนั้น ทรัพย์สินเป็นสิทธิของบุคคลที่มีเหนือตัวทรัพย์สิน ตัวทรัพย์สินจึงเป็นวัตถุรองรับสิทธินี้ หากไม่มีตัวทรัพย์สินก็ย่อมไม่มีที่ซึ่งทรัพย์สินจะดำรงอยู่ การมีตัวทรัพย์สินจึงเป็นสิ่งสำคัญ ในขณะที่โดยทั่วไปบุคคลผู้มีทรัพย์สินจะใช้ทรัพย์สินหรือไม่ย่อมไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้การที่บุคคลไม่ใช้ทรัพย์สินที่ตนมีเหนือตัวทรัพย์สินก็ไม่ส่งผลเป็นการเสื่อมเสียทรัพย์สินแต่ประการใด หรืออาจกล่าวได้ว่า ทรัพย์สินไม่มีอายุความเสียหายเพราะเหตุแห่งการไม่ใช้สิทธิ และการไม่ใช้สิทธิก็ไม่ส่งผลเสียต่อทรัพย์สินแต่ประการใด ท้ายที่สุดการดำรงอยู่ของทรัพย์สินในตัวทรัพย์สิน กล่าวได้ว่า ทรัพย์สินหนึ่งย่อมมีทรัพย์สินชนิดหนึ่งได้อันเดียว ทรัพย์สินหนึ่งไม่อาจมีทรัพย์สินชนิดเดียวกันซ้อนกัน เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น เช่น ไม่มีกรรมสิทธิ์สองอันในทรัพย์สินอันเดียว เป็นต้น

แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำว่า ทรัพย์สินไม่มีตัวบอกรายให้ความหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่เป็นคำที่นำมาใช้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งมาจากภาษาต่างประเทศว่า “Real rights” เป็นสิทธิที่มีสาระสำคัญเป็นทรัพย์สิน ทรัพย์สินจะเกาะเกี่ยวอยู่กับทรัพย์สินเสมอ ใช้อ้างยันได้แก่บุคคลทั้งหลายทั่วไป²⁸ แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากระบบ Civil law โดยมีจุดเริ่มต้น

²⁵ ประทีป ทับอิตตานนท์, *หลักกฎหมายแพ่ง* (จรัสวิชาการพิมพ์ 2549) 44.

²⁶ อานนท์ มาเฝ้า, *กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 97-98.

²⁷ เสณีย์ ปราโมช, *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน: อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (อักษรสาส์น 2520) 3.

²⁸ เฟ็งอ้าง, 98-106.

มาจากกฎหมายโรมันและสืบเนื่องกันมาในประเทศที่จัดทำประมวลกฎหมาย ข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดมีอยู่ 3 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ข้อพิจารณาว่าด้วยการแบ่งชั้นสูงสุด (*summa divisio*) เป็นการแบ่งแยกระหว่างทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิออกจากกันเพื่อมุ่งพิจารณาผลผูกพันของสิทธิต่อบุคคล โดยบุคคลสิทธิได้รับการพิจารณาว่าผลผูกพันของสิทธิมีลักษณะเป็น “สิทธิสัมพัทธ์” ที่มีผลเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ทรัพย์สินได้รับการพิจารณาว่าผลผูกพันของสิทธิมีลักษณะเป็น “สิทธิสัมบูรณ์” หรือ “สิทธิเด็ดขาด” ทั้งนี้การแบ่งชั้นสูงสุดที่เป็นเอกลักษณ์ของทรัพย์สิน คือ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผลแห่งสิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งผลผูกพันแก่บุคคลทั่วไปทั้งหลาย มิได้จำกัดผลผูกพันแห่งสิทธิไว้เฉพาะบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ข้อพิจารณานี้มุ่งพิจารณาไปยังผลแห่งสิทธิที่มีลักษณะ “*erga omnes*” ของทรัพย์สิน ฉะนั้นข้อพิจารณาว่าด้วยการแบ่งชั้นสูงสุดก็ไม่สามารถแบ่งเรื่องทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิออกจากกันได้อย่างสมบูรณ์เด็ดขาดเพราะเพียงให้ข้อสรุปว่า สิทธิใดมีผลแห่งสิทธิในลักษณะ *erga omnes* หรือเป็นการทั่วไปหรือผูกพันบุคคลอื่นที่มีใช้คู่กรณี สิทธินั้นเป็นทรัพย์สิน ย่อมเป็นข้อสรุปที่ไม่ตรงเสียทั้งหมด เนื่องจากบุคคลสิทธิในบางกรณีอาจได้รับผลจากกฎหมายให้เป็นสิทธิที่ผูกพันไปยังบุคคลอื่นที่มีใช้คู่กรณีด้วย บุคคลภายนอกอาจต้องรับผลแห่งสิทธิในบางกรณีนั้นไปเป็นหน้าที่ของตน อาจกล่าวโดยสรุปว่า บุคคลสิทธิในบางกรณีก็อาจส่งผลเสมือนกับทรัพย์สินก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรณีที่กฎหมายกำหนดผลให้กับบุคคลสิทธิไว้เป็นกรณีพิเศษ แม้ผลแห่งสิทธิในลักษณะ *erga omnes* จะไม่ใช่ข้อชี้ขาดการเป็นทรัพย์สิน แต่อย่างน้อยที่สุด สิทธิใดเป็นทรัพย์สิน สิทธินั้นย่อมมีผลแห่งสิทธิในลักษณะ *erga omnes* เสมอ

ประการที่สอง ข้อพิจารณาว่าด้วยจำนวนจำกัด หรือเรียกว่า หลักว่าด้วย *numerus clausus* ซึ่งเป็นหลักสำคัญหรือเป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายทรัพย์สินในระบบ Civil law ที่จำนวนและเนื้อหาของทรัพย์สินถูกจำกัดโดยกฎหมาย ทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิที่จะมีจำนวนได้ก็ประเภทและแต่ละประเภทมีเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองหรืออนุญาตไว้ แนวความคิดการจำกัดจำนวนในทรัพย์สินหรือหลักว่าด้วย *numerus clausus* นี้ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน เรียกว่า *Typenzwang* (การบังคับชนิด) หรือ *Typenfixierung* (การเจาะจงชนิด) ในทรัพย์สิน อธิบายได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ถูกบังคับหรือถูกจำกัดจำนวนของประเภทแห่งสิทธิไว้โดยกฎหมาย ดังนั้นบุคคลจึงไม่อาจอ้างเสรีภาพในทางสัญญาเพื่อที่จะทำสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติ ด้วยเหตุดังกล่าว เสรีภาพในการทำสัญญาจึงถูกจำกัดในกรณีสัญญาที่จะก่อตั้งทรัพย์สิน เนื่องจากทรัพย์สินเป็นสิทธิเรียกร้องความชัดเจนแห่งสิทธิและความแน่นอนในนิติสัมพันธ์ จึงทำให้ทรัพย์สินเป็นสิทธิที่มีความเข้มงวดในเรื่องจำนวนและเนื้อหาซึ่งต่างจากสิทธิทางหนี้ ซึ่งเหตุที่ทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ถือหลักความคิดว่าด้วย *numerus clausus* ก็เพราะว่าลักษณะผลแห่งสิทธิที่มีลักษณะ “*erga omnes*” หรือผูกพันบุคคลทั่วไปให้จำต้องมีหน้าที่งดเว้นการรบกวนขัดสิทธินี้ บุคคลจึงไม่อาจปฏิเสธการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของทรัพย์สินได้ เมื่อพิจารณาทรัพย์สินในระบบกฎหมายไทยโดยอาศัยแนวคิดนี้ย่อมเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้นิยามคำว่าทรัพย์สินไว้แต่มีการบัญญัติทรัพย์สินไว้ชัดเจนจำนวน 7 ประเภท ได้แก่ กรรมสิทธิ์, ครอบครอง,

ภาระจำยอม, สิทธิอาศัย, สิทธิเหนือพื้นดิน, สิทธิเก็บกิน, และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ แม้ไม่ได้ให้คำนิยามไว้แต่ทั้ง 7 ประเภทนี้เป็นทรัพย์สินที่แน่นอนในระบบกฎหมายโดยปราศจากข้อถกเถียง อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตในสิทธิจำนอง และสิทธิจำนำ แม้ไม่ได้จัดกลุ่มอยู่ในทรัพย์สิน แต่จัดไว้ในกลุ่มเอกเทศสัญญาซึ่งเมื่อพิจารณาสิทธิจำนอง และสิทธิจำนำมีลักษณะเป็น *erga omnes* ทำนองเดียวกับภาระจำยอมหรือทรัพย์สินอื่นที่เกิดขึ้นโดยปริบูรณ์จากนิติกรรม และคำพิพากษาศาลฎีกาเคยตัดสินว่า สิทธิจำนอง และสิทธิจำนำเป็นทรัพย์สินที่ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ยังมีทรัพย์สินอื่นตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย อาทิเช่น ทรัพย์สินที่ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิทักษ์ พ.ศ.2562 ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายแต่ยังไม่ได้รับความนิยมนอกจากประชาชนในการก่อตั้งทรัพย์สินขึ้น เนื่องจากยังไม่ปรากฏการจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิ

และประการที่สาม ข้อพิจารณาว่าด้วยการมีทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ การมีทรัพย์สินเป็นฐานรองรับทรัพย์สินเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาเรื่องทรัพย์สินในแต่ละระบบกฎหมายคือการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สิน และเนื่องจากทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ดำรงอยู่ในวัตถุประสงค์ ดังนั้น การกล่าวถึงวัตถุประสงค์อันเป็นฐานแห่งทรัพย์สินจึงต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่สามารถถูกชี้เฉพาะเจาะจงได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิที่ดำรงอยู่ในวัตถุประสงค์อันเฉพาะเจาะจง ผู้ทรงทรัพย์สินจึงย่อมหมายถึงบุคคลผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือวัตถุประสงค์อันเฉพาะเจาะจงได้และการอ้างสิทธิในทรัพย์สินย่อมเป็นการอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือวัตถุประสงค์อันเฉพาะเจาะจง ผลทางกฎหมายที่ตามมาจากแนวคิดเรื่องทรัพย์สินที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ คือ การมีทรัพย์สินสัมพันธ์กับการมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ตรีบาใดที่บุคคลยังมีทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ตรีบานั้นทรัพย์สินก็ยังคงอยู่ได้

- การก่อตั้งทรัพย์สิน

ทรัพย์สินเป็นสิทธิที่สำคัญอย่างหนึ่งซึ่งมีการก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดเรื่องการก่อตั้งทรัพย์สินไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298²⁹ ซึ่งทรัพย์สินจะก่อตั้งขึ้นได้แต่อาศัยอำนาจที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้เท่านั้นโดยทำให้การเกิดขึ้นของทรัพย์สินตลอดจนสิทธิหน้าที่ของบุคคลในทรัพย์สินแต่ละชนิดเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่บนฐานทางกฎหมายอย่างจำกัด เพราะการก่อตั้งทรัพย์สินจึงต่างไปจากการก่อตั้งนิติกรรมของบุคคลที่ถือเรื่องความเป็นเสรีภาพของเอกชนเป็นหลัก

เหตุที่มาตรา 1298 บัญญัติข้อปฏิบัติเรื่องการก่อตั้งทรัพย์สินต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายบัญญัติรับรองสามารถอธิบายโดยฐานความคิดเกี่ยวกับข้อพิจารณาว่าด้วยการแบ่งขั้นสุด หรือ *summa divisio* คือสภาพธรรมชาติของผลผูกพันแห่งทรัพย์สินที่บังคับได้กับบุคคลทั่วไป หรือ *erga omnes* ทรัพย์สินจึงมีอำนาจมาก แต่การที่บุคคลจะอยู่ในฐานะที่จะรู้ถึงขอบเขตและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับผลผูกพันของทรัพย์สินได้ก็ต้องมีการประกาศถึงกติกาและการเกิดขึ้นของทรัพย์สินต่อสาธารณะอย่างเป็นประจักษ์ ดังนั้นทรัพย์สินที่อยู่นอกเหนือการบัญญัติรับรองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นในระบบกฎหมายไทยย่อมไม่อาจก่อตั้งขึ้นเองได้เพราะต้องห้ามตามมาตรา 1298

- ประเภทของทรัพย์สิน

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298.

ทรัพย์สินสามารถแบ่งออกเป็น 7 ประเภทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ได้แก่ กรรมสิทธิ์, ครอบครอง, ภาระจำยอม, สิทธิอาศัย, สิทธิเหนือพื้นดิน, สิทธิเก็บกิน, และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งลักษณะเด่นของทรัพย์สินแต่ละประเภทมีดังนี้

(ก) กรรมสิทธิ์ เป็นทรัพย์สินที่ด้วยการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

(ข) ครอบครอง เป็นทรัพย์สินที่ตั้งอยู่บนข้อเท็จจริง (de facto)

(ค) ภาระจำยอม, สิทธิอาศัย, สิทธิเหนือพื้นดิน, สิทธิเก็บกิน, และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เป็นทรัพย์สินจำพวกจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์³⁰

- การแสดงออกซึ่งทรัพย์สิน

การแสดงออกซึ่งทรัพย์สินหรือการทรงทรัพย์สิน หมายถึง การปรากฏตัวของทรัพย์สินให้เป็นที่รับรู้ของบุคคลโดยทั่วไปซึ่งระหว่างอสังหาริมทรัพย์กับสังหาริมทรัพย์มีความแตกต่างกัน

กรณีการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ใช้ระบบการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินโดยทางทะเบียนดังปรากฏตามมาตรา 1299 ที่บังคับให้ผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ต้องไปทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ใช้ระบบการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินโดยการครอบครอง ยกเว้นสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่ใช้ระบบทะเบียนเช่นเดียวกันอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1302³¹

- การสิ้นไปซึ่งทรัพย์สิน

ทรัพย์สินสิ้นไปได้เพราะเหตุต่าง ๆ ได้แก่ การสิ้นไปโดยสภาพ การสิ้นไปโดยผลแห่งเจตนา การสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย

(ก) การสิ้นไปโดยสภาพ เป็นการพิจารณาจากธรรมชาติในสภาพของทรัพย์สินที่กรณีทรัพย์สินสิ้นไปย่อมทำให้ทรัพย์สินนั้นสิ้นไปตามทันที เช่น การระเหยของน้ำทำให้น้ำหายไปในอากาศ การที่รถถูกระเบิดจนสิ้นซาก ฯลฯ และกรณีสิทธิครอบครอง

(ข) การสิ้นไปโดยผลแห่งเจตนา กล่าวคือ กรณีบุคคลแสดงเจตนาแล้วมีผลทำให้ทรัพย์สินสิ้นสภาพไป เช่น การทำหนังสือและจดทะเบียนเพื่อรับภาระจำยอม เป็นต้น

(ค) การสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดผลให้ทรัพย์สินสิ้นไป เช่น กรณีภาระจำยอมที่อาจสิ้นไปตามผลของมาตรา 1399³² เป็นต้น

จากแนวความคิดเรื่องทรัพย์สินในข้างต้นนั้นนำไปสู่แนวความคิดเรื่องทรัพย์สินอิงสิทธิที่เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง

2.2.3.2 มีมูลค่าและโอนกันได้

³⁰ อานนท์ มาเม้า (เชิงอรรถ 26) 102-111.

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1302.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1399.

สิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดนั้น มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการสื่อว่าสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและสามารถโอนเปลี่ยนมือได้ ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์จะให้ทรัพย์สินสิทธิเป็นเพียงบุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะไม่เป็นการเฉพาะตัวหรืออาจเรียกว่าเป็นทรัพย์สิน ซึ่งก็มีลักษณะคล้ายการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 โดยสามารถให้เช่า โอนเปลี่ยนมือ และตกทอดทางมรดกได้ตามมาตรา 1599 และมาตรา 1600 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเพิ่มความคล่องตัวทางการเงิน

การมีมูลค่าในสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินปรากฏในมาตรา 12 วรรคหนึ่ง³³ ที่สามารถให้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองที่เป็นการสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินนี้ที่ผู้รับจำนองสามารถรับประโยชน์ในสิทธินี้ได้ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการให้มูลค่าในสิทธินี้ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน และการโอนให้แก่กันได้นั้นก็ปรากฏในมาตรา 12 วรรคหนึ่งและวรรคสองที่ผู้ทรงสิทธิสามารถโอนสิทธิดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการโอนขายสิทธิ โอนเปลี่ยนมือสิทธิต่าง ๆ ได้ซึ่งการเช่าทั่ว ๆ ไปไม่สามารถกระทำได้ และสิทธิดังกล่าวนี้ที่มีลักษณะเหมือนทรัพย์สินดังที่กล่าวไปในข้างต้นนั้นยังสามารถตกทอดทางมรดกได้ซึ่งในข้อนี้ทำให้การทำข้อตกลงต่างจากการเช่าทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว

2.3 หลักการของการสร้างสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

หลักการของทรัพย์สินอาจแบ่งการพิจารณาออกได้ 3 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 หลักการที่บังคับให้ใช้กับทรัพย์สินทุกกรณี โดยคู่สัญญาไม่สามารถกำหนดหรือตกลงเป็นอย่างอื่นได้ คือ บทบัญญัติที่มีหลักการที่เป็นแก่นของความเป็นทรัพย์สินและมีผลของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยคู่สัญญาจะตกลงหรือกำหนดไว้ในสัญญาให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายมิได้ซึ่งประกอบด้วยหลักการ ดังนี้

- (1) การก่อตั้งทรัพย์สินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้นมิฉะนั้นเป็นโมฆะ
- (2) ผู้ให้ทรัพย์สินต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น
- (3) ผู้ทรงทรัพย์สินอาจให้เช่าช่วงหรือโอนทรัพย์สินได้ ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์
- (4) ทรัพย์สินตกทอดแก่ทายาทได้
- (5) ทรัพย์สินสามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

กลุ่มที่ 2 หลักการที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้แตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่คู่สัญญาอาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ คือ บทบัญญัติที่กำหนดลักษณะและหน้าที่ของคู่สัญญาในทรัพย์สินแตกต่างจากการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

³³ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 12 วรรคหนึ่ง.

พาณิชย์ เพื่อให้กฎหมายเกิดความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ได้กับสัญญาทรัพย์สินที่อสังหาริมทรัพย์มีความหลากหลาย ซึ่งมีหลักการดังนี้

(1) ผู้ให้ทรัพย์สินไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องใด ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างสัญญาทรัพย์สินและผู้ทรงทรัพย์สินมีหน้าที่จัดการซ่อมแซมทุกประการตลอดระยะเวลาสัญญา

(2) ผู้ทรงทรัพย์สินสามารถทำการตัดแปลง ต่อเติม และปลูกโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนอสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้ทรัพย์สิน

(3) ผู้ทรงทรัพย์สินมีหน้าที่จัดการและแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลันในกรณีที่ต้องจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันอันตรายแก่อสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินหรือในกรณีที่บุคคลภายนอกกรุกล้ำเข้ามาหรือเรียกร้องสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สิน

กลุ่มที่ 3 หลักการที่สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติทรัพย์สิน คือ หลักการที่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้แต่ได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายว่าด้วยการเช่าทรัพย์สินทั่วไปมาใช้บังคับเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการตีความสัญญาและช่องว่างของกฎหมายประกอบด้วยหลักการ ดังนี้

(1) การส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินซึ่งผู้ให้ทรัพย์สินจะต้องส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินในสภาพอันซ่อมแซมดีแล้ว หากผู้ให้ทรัพย์สินส่งมอบในสภาพที่ไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ตามสัญญา ผู้ทรงทรัพย์สินจะบอกเลิกสัญญาได้

(2) การนำบทบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายมาใช้บังคับโดยอนุโลมในเรื่องการส่งมอบอสังหาริมทรัพย์และความรับผิดชอบของผู้ให้ทรัพย์สินในกรณีชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิรวมทั้งผลแห่งข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องการรับผิดชอบตามสัญญาทรัพย์สิน

(3) การใช้อสังหาริมทรัพย์ ผู้ทรงทรัพย์สินต้องใช้อสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินตามปกติหรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หากฝ่าฝืนผู้ให้ทรัพย์สินอาจบอกกล่าวให้ผู้ทรงทรัพย์สินปฏิบัติให้ถูกต้อง หากละเลยไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้ทรัพย์สินสามารถบอกเลิกสัญญาได้

(4) การสงวนอสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ในระดับวิญญูชน

(5) การเข้าตรวจดูทรัพย์สิน ผู้ทรงทรัพย์สินต้องยินยอมให้ผู้ให้ทรัพย์สินหรือตัวแทนตรวจดูอสังหาริมทรัพย์เป็นครั้งคราวในระยะเวลาอันสมควร

(6) ค่าตอบแทนทรัพย์สิน ในกรณีไม่มีการกำหนดโดยสัญญาหรือจารีตประเพณีว่าจะชำระค่าตอบแทนทรัพย์สินเวลาใด ให้ชำระเมื่อสิ้นระยะเวลาอันได้ตกลงกำหนดไว้ทุกคราวไป คือ ถ้าตกลงชำระค่าตอบแทนกันเป็นรายปีก็พึงชำระเมื่อสิ้นปี ถ้าตกลงชำระค่าตอบแทนเป็นรายเดือนก็ควรพึงชำระตามที่ตกลงกัน

(7) เรื่องความสูญหาย ในกรณีที่อสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนทรัพย์สินสูญหายไปทั้งหมดให้สัญญาทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ระงับ แต่ถ้าสูญหายเพียงบางส่วนให้ลดค่าตอบแทนลงตามส่วนที่สูญหายไป แต่ถ้าคงเหลือจนไม่สามารถใช้สอยได้ ให้ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิบอกเลิกสัญญา

ดังนั้นทรัพย์สินจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดเรื่องทรัพย์สินในรูปแบบใหม่เหนืออสังหาริมทรัพย์บางประเภทโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นเศรษฐกิจในตลาดอสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินยังคงเป็นเรื่องที่ใหม่ ไม่พบคำแปลในภาษาต่างประเทศแต่คงเปรียบเทียบได้เพียงลักษณะที่มีความใกล้เคียงเท่านั้น³⁴

1. การก่อตั้งทรัพย์สิน

ตามมาตรา 4 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562³⁵ ได้บัญญัติถึงลักษณะการก่อตั้งทรัพย์สินที่ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้กับอสังหาริมทรัพย์ 3 ประเภท คือ ที่ดินที่มีโฉนด ที่ดินที่มีโฉนดพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้น และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดซึ่งการก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะมีกำหนดเวลาให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ได้ไม่เกิน 30 ปีนับแต่วันที่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่³⁶ และไม่อาจต่ออายุสัญญาโดยปริยายได้ เนื่องจากเมื่อครบกำหนดระยะเวลา ทรัพย์สินนั้นย่อมสิ้นสุดลงเว้นแต่จะมีการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินใหม่เท่านั้น และการก่อตั้งทรัพย์สินเฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่อาจทำได้³⁷ หากเจ้าของโฉนดที่ดินต้องการก่อตั้งทรัพย์สินเฉพาะส่วนต้องแบ่งโฉนดให้เป็นแปลงย่อยเสียก่อนถึงจะจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินชนิดนี้ได้ แต่การกระทำเช่นนี้ก็ไม่ใช่การก่อตั้งทรัพย์สินเฉพาะส่วนเพราะได้แยกออกเป็นอิสระต่อกันแล้วซึ่งวิธีการนี้ก่อให้เกิดภาระแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เนื่องจากการต้องมีการขอรังวัดแบ่งโฉนดที่ดินเสียก่อนถึงจะก่อตั้งทรัพย์สินได้ สำหรับในกรณีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดไม่อาจก่อตั้งทรัพย์สินเฉพาะส่วนได้เนื่องจากห้องชุดไม่สามารถแบ่งแยกออกเป็นส่วน ๆ ได้เหมือนกับโฉนดที่ดิน และในระหว่างที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินนั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่สามารถแบ่งแยกแปลงที่ดินออกเป็นหลายแปลงหรือรวมแปลงที่ดินอื่นเข้าเป็นแปลงเดียวกันได้³⁸ ดังนั้นเมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์สินแล้วย่อมแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมตัวทรัพย์สินไม่ได้เลย

กรณีที่อสังหาริมทรัพย์ที่นำไปก่อตั้งทรัพย์สินมีภาระอันเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นที่มาลิดรอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ เช่น มีภาระจำนองครอบอยู่หรือใช้หลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ หรือสิทธิใด ๆ ที่จะทะเบียนในโฉนดที่ดินต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าพนักงานหรือผู้รับหลักประกันหรือผู้มีสิทธิอื่น ๆ ก่อนแล้วแต่กรณี³⁹ เพราะการนำเอาอสังหาริมทรัพย์ก่อตั้งทรัพย์สินย่อมมีผลกระทบต่อเจ้าพนักงานหรือผู้ได้รับหลักประกันทางธุรกิจ หรือผู้มีสิทธิใด ๆ (ทรัพย์สิน) เหนืออสังหาริมทรัพย์ หากไม่ได้รับความยินยอมก็ไม่อาจก่อตั้งทรัพย์สินได้

³⁴ เพลินตา ตันรังสรรค์ (เชิงอรรถ 11).

³⁵ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคแรก.

³⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสอง.

³⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสาม.

³⁸ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 8.

³⁹ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคท้าย.

ข้อสังเกตจากพระราชบัญญัติทรัพย์สินไม่ได้รับบัญญัติว่าการไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จะทำให้การนั้นเป็นโมฆะกรรมแต่ปรากฏอยู่ในข้อ 4 วรรคท้ายของกฎกระทรวง⁴⁰

ดังนั้นการกำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ใดประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สินให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินซึ่งทั้งนี้ให้ทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ที่มีการจำนองหรือการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายหรือมีสิทธิใด ๆ ที่จดทะเบียนอยู่ในโฉนดที่ดินให้กระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้รับจำนอง

2. ผลของการก่อตั้งทรัพย์สิน

เมื่อได้รับคำขอก่อตั้งทรัพย์สินตามมาตรา 4 ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนการก่อตั้งทรัพย์สินในโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดพร้อมออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน ให้แก่ผู้ขอจัดตั้งหนังสือรับรองทรัพย์สินนี้ทำให้เป็นคู่ฉบับรวมสองฉบับมอบให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไว้ฉบับหนึ่ง ส่วนอีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่สำนักงานที่ดิน

เมื่อได้รับจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินเรียบร้อยแล้วย่อมเกิดผลในทางกฎหมาย อธิบายว่าทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่ต้องมีการแสดงออกทางทะเบียนเพื่อให้บุคคลทั่วไปทราบ ผู้ที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินย่อมขอเอกสารหรือขอตรวจสอบเอกสารจากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ในฐานะเป็นเอกสารมหาชนโดยที่ในมาตรา 6 บัญญัติให้การขอตั้งทรัพย์สิน การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สินตลอดจนการยกเลิกทรัพย์สินและการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงฯ ได้ประกาศใช้บังคับแล้วเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2563⁴¹

2.4 การจดทะเบียนเพื่อก่อตั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่มีกฎหมายกำหนดแบบในการทำนิติกรรมซึ่งตามมาตรา 4⁴² ได้บัญญัติถึงขั้นตอนในการก่อตั้งทรัพย์สินที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สินให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดเพื่อก่อตั้งสิทธิดังกล่าวโดยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงตามมาตรา 6⁴³

การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สินกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนการก่อตั้งทรัพย์สินในโฉนดที่ดินพร้อมทั้งออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน ตามที่พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้มีทรัพย์สินเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ และกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดินเป็นเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายฉบับนี้จึงมีการ

⁴⁰ ศรีราชา วงศารยางค์กูร, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน (พิมพ์ครั้งที่ 8 วิทยุชน 2564) 411-412.

⁴¹ เฟิงอ่าง, 413.

⁴² พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 4.

⁴³ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 6.

กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายและเป็นมาตรฐานเดียวกันตามหนังสือเวียนจากกรมที่ดิน(สำนักกฎหมาย) เลขที่หนังสือ มท0505.3/ว25904 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2563 โดยที่กฎกระทรวงการขอก่อตั้งและการยกเลิกทรัพย์สิน การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทนหนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สิน พ.ศ.2563 กฎกระทรวงฉบับนี้เป็นกฎหมายลำดับรองที่กระทรวงมหาดไทยได้ออกเป็นกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง มาตรา 12 วรรคสาม และมาตรา 17 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การขอก่อตั้งทรัพย์สิน การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การขอรับใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินในกรณีหนังสือรับรองทรัพย์สินสูญหายหรือชำรุดในสาระสำคัญ และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สิน เช่น เอกสารหลักฐานที่ต้องใช้ในการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน การออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การทำค้ำฉบับ การจดทะเบียนนิติกรรมในหนังสือรับรองทรัพย์สิน เป็นต้น

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดและการนำสิทธิดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามบทกฎหมายของประเทศไทย

ทรัพย์สินหรือสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือหนึ่งในการกระตุ้นเศรษฐกิจในประเทศไทยให้นักลงทุนไม่ว่าจะเป็นสัญชาติใดก็ตาม และเอกชนที่มีทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์แต่ไม่มีกำลังที่จะพัฒนาทรัพย์สินเหล่านั้น ทั้งนี้จึงเปิดโอกาสให้นักลงทุนเข้ามาพัฒนาที่ดินที่มีโฉนดและเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้น ๆ โดยที่นักลงทุนไม่ต้องซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้นมาเพิ่มต้นทุนในการประกอบกิจการ ดังนั้นเมื่อมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินก็สามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้กับสถาบันการเงิน โดยหลักทรัพย์นี้สามารถประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางการตลาดเพื่อนำไปยื่นเป็นหลักประกันประกอบการพิจารณาสินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ที่เป็นแหล่งเงินทุนในการประกอบกิจการของนักลงทุนซึ่งการนำมาเป็นหลักประกันสามารถทำได้โดยรูปแบบของการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสามารถอธิบายหลักกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดและการนำสิทธิดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามบทกฎหมายของประเทศไทยได้ดังต่อไปนี้

3.1 เหตุผลในการจัดทำและบังคับใช้พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562

จากเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 ฉบับนี้ คือการเข้าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นสิทธิตามสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาโดยเฉพาะซึ่งยังมีข้อจำกัดในการนำไปใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ส่วนการเข้าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กำหนดทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าวในหลายกรณีจึงกำหนดให้มีทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ที่จะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งการมีกลไกในการเพิ่มทางเลือกให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และการให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์โดยสามารถโอนให้แก่กันและตราเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ได้เพื่อให้สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและเป็นการสนับสนุนให้เกิดการลงทุนในการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ทั้งยังเป็นการแก้ไขข้อจำกัดการเข้าอสังหาริมทรัพย์ตามเดิมด้วย

ประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายจะได้รับจากทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

(1) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์

เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์ทั้งในฐานะเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถนำทรัพย์ไปจำนองหรือจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิที่สามารถทำรายได้จากการโอนทรัพย์อิงสิทธิได้

(2) ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ

ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิสามารถใช้ทรัพย์ได้เสมือนเจ้าของ โอนทรัพย์อิงสิทธิแก่บุคคลอื่นได้ และสามารถนำไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยวิธีการจำนองได้

(3) ผู้รับหลักประกัน

เป็นการเพิ่มประเภทหลักประกันการกู้ยืมเงินตามกฎหมาย

ดังนั้น การกำหนดให้มีทรัพย์อิงสิทธิจะเป็นการเพิ่มทางเลือกในการใช้ประโยชน์กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการลงทุนในภาคอสังหาริมทรัพย์ อันจะช่วยผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ

3.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งและจดทะเบียนสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิ

ตามพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ.2562 มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งและจดทะเบียนสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีโฉนดตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิ ทั้งผู้เป็นคู่สัญญาในการยื่นขอจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิ ขั้นตอนและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ในการยื่นก่อตั้งและจดทะเบียนสิทธิซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.2.1 บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาในการยื่นขอจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิ

3.2.1.1 ผู้เป็นเจ้าของที่ดินมีโฉนด

ผู้เป็นเจ้าของที่ดินมีโฉนด คือ บุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ตามหลักกรรมสิทธิ์⁴⁴ ซึ่งกฎหมายโรมันใช้ศัพท์ภาษาละตินว่า “dominium” ซึ่งกรรมสิทธิ์ในสมัยกฎหมายโรมันไม่มีการให้คำนิยาม ต่อมานักนิติศาสตร์สมัยใหม่พยายามให้ความหมายของคำว่า “กรรมสิทธิ์” ตามกฎหมายโรมัน โดยเห็นควรให้นิยามว่า กรรมสิทธิ์หมายถึง สิทธิเหนือวัตถุมีรูปร่าง (right over a corporeal thing) ซึ่งมีหลักการว่า ผู้ทรงสิทธิดังกล่าวมีอำนาจอย่างสมบูรณ์เหนือวัตถุมีรูปร่างนั้น อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวนั้นอาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดสิทธิบางประการก็ได้” เมื่อพิจารณาแล้วมีข้อสังเกตเบื้องต้นเกี่ยวกับความหมายกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมันถือเป็น ทรัพย์สิทธิ (ius in rem) กล่าวคือ เป็นสิทธิเหนือทรัพย์ โดยเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับวัตถุซึ่งมีได้ทั้งในสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายโรมัน และอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายโรมัน

ประการที่สอง กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่แสดงถึงอำนาจอย่างสมบูรณ์เหนือวัตถุที่แสดงถึงการเป็นเจ้าของเหนือวัตถุนั้น เห็นได้ว่ามีคุณลักษณะเรื่องสิทธิสูงสุดในการเป็นเจ้าของทรัพย์ รูปธรรมของคุณลักษณะ

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

นี่คือ “การเสวยประโยชน์”(enjoyment) กล่าวคือ กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ให้เจ้าของใช้ประโยชน์ได้อย่างมาก แต่ไม่มีข้อจำกัด เว้นแต่ถูกจำกัดโดยสิทธิอื่นหรือมีกฎหมายจำกัดสิทธิซึ่งผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีอำนาจเต็มที่ในการใช้ทรัพย์สิน จำหน่ายจ่ายโอน รวมถึงทำลายทรัพย์สิน อำนาจสมบูรณ์ในการเสวยประโยชน์เหนือทรัพย์สิน ดังกล่าวเป็นคุณลักษณะของกรรมสิทธิ์ ที่ไม่มีอยู่ใน ทรัพย์สินที่จำพวกจำกัดตัดถอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า คุณลักษณะพื้นฐานของกรรมสิทธิ์คือ เป็นทรัพย์สินที่แสดงความเป็นเจ้าของซึ่งเจ้าของมีอำนาจสมบูรณ์หรืออำนาจไร้ข้อจำกัด เป็นหลัก การถูกจำกัดอำนาจในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเป็นข้อยกเว้น

ประการที่สาม ตามกฎหมายโรมัน กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ถูกจำกัดได้ การจำกัดอาจเกิดขึ้นโดยกฎหมายหรือโดยทรัพย์สินที่จำพวกจำกัดตัดถอนกรรมสิทธิ์ที่เป็นของบุคคลอื่น ดังนั้นการพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน ชาวโรมันจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมมากกว่า การพิจารณาจากสิทธิที่เป็นนามธรรมแต่อย่างเดียว เนื่องจากการที่กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่ต้องมีทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงได้ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาเรื่องกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน กฎหมายโรมันจะเรียกร้องให้ตั้งคำถาม 3 ประเด็น คือ ใครเป็นเจ้าของ, ในสิ่งใด, และเมื่อใด จะเห็นได้ว่าเป็นคำถามที่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่พัวพันกับตัวทรัพย์สิน⁴⁵

กรรมสิทธิ์⁴⁶ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336⁴⁷ ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในเรื่องทางแพ่งก็ไม่ได้มีบทนิยามศัพท์ของกรรมสิทธิ์เอาไว้ มีระบุเพียงสิทธิในทรัพย์สินของผู้ถือกรรมสิทธิ์ ซึ่ง Austin นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษได้กล่าวว่า กรรมสิทธิ์ หมายถึง สิทธิในทรัพย์สินซึ่งไม่มีจำกัดการใช้ ไม่มีข้อกำหนดห้ามในการจำหน่าย ไม่มีกำหนดเวลาจำกัด แต่การให้ความหมายในลักษณะนี้อาจจะกว้างเกินไป จึงต้องพิจารณาในความหมายจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายไว้ว่า กรรมสิทธิ์ หมายถึง ความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิทั้งปวงที่ผู้เป็นเจ้าของมีอยู่เหนือทรัพย์สิน อันได้แก่ สิทธิใช้สอยจำหน่าย ได้ดอกผล กับทั้งสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตน และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ความหมายตามประการที่สองนี้จึงอิงกับมาตรา 1336 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁸ ซึ่งจะเห็นได้ว่า กรรมสิทธิ์ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด(Absolute right) แต่เป็นสิทธิสัมพัทธ์(Relative right)หรือสิทธิที่ถูกกฎหมายจำกัดได้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิในทรัพย์สิน การใช้สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลในสังคม บุคคลจะต้องยอมเสียสละหรือถูกจำกัดสิทธิส่วนตัวเพื่อประโยชน์มหาชนบางประการ ทั้งนี้ผู้มียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงมีสิทธิดังนี้

⁴⁵ อานนท์ มาเฝ้า, *กรรมสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 2 โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 61-64.

⁴⁶ สิทธิตามมาตรา 1336 นี้มีที่มาดังปรากฏในบันทึกของพระยามานวราชเสวี(ปลอด วิเชียร ณ สงขลา) โดยข้อความต้นร่างมาตรา 1336 มีอยู่ว่า “Within the limit of law, the owner of property has the right to use and dispose of it and acquires its fruits; he has the right to follow and recover it from any person not entitled to detain it, and has the right to prevent any lawful interference wit it.”

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336.

⁴⁸ ศรีราชา วงศารยางค์กูร (เชิงอรรถ 40) 119.

(1) สิทธิใช้สอยทรัพย์สินนั้น แต่การใช้สอยนี้จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย คือจะต้องไม่เป็นการใช้สิทธิทำความเสียหายเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น

(2) มีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าจะโดยวิธีขาย แลกเปลี่ยน สละกรรมสิทธิ์หรือทำลายแต่ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นกัน

(3) มีสิทธิได้ดอกผลแห่งทรัพย์สิน ไม่ว่าจะจะเป็นดอกผลธรรมดาหรือดอกผลนิตินัย เช่น ดอกเบี้ยเงินฝากย่อมเป็นของเจ้าของเงิน เป็นต้น

(4) มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้ที่ไม่มียุทธจะยึดถือไว้ สิทธินี้เป็นสิทธิสำคัญมากของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอันที่จะติดตามและเอาทรัพย์สินของตนคืนโดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล แต่ทั้งนี้หมายความว่าผู้อื่นจะต้องมิได้โต้แย้งสิทธินั้นอยู่ หากบุคคลอื่นโต้แย้งว่าเขามีสิทธิที่จะยึดทรัพย์สินนี้ไว้ได้โดยชอบ เจ้าของกรรมสิทธิ์จะแย่งเอาคืนโดยพลการไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อเอาคืนซึ่งทรัพย์สินนั้น แต่การฟ้องใช้สิทธิติดตามและเอาคืนจากผู้ใด ต้องปรากฏว่าทรัพย์สินนั้นยังอยู่ในครอบครองของผู้นั้น และการติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนไม่มีอายุความในการใช้สิทธิ มีอยู่ตลอดตราบใดที่ยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่ เช่น หน่วยราชการฟ้องเรียกเงินที่จ่ายให้แก่ข้าราชการไปโดยไม่มีสิทธิคืน เป็นการใช้สิทธิติดตามไม่มีอายุความ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6660/2541, 2040/2551)⁴⁹ สิทธิติดตามและเอาคืนทรัพย์สินตามกฎหมายโรมันปรากฏในหลักว่า “rei vindicatio” ซึ่งมีหลักเกณฑ์อยู่ 3 ประการ คือ

1. ติดตามทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอันเป็นของตนได้ ต้องสามารถยืนยันได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของตนและต้องบ่งชี้ได้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้

2. ติดตามจากผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นอยู่

3. ไม่อาจเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นได้จากการเรียกทรัพย์สินนั้นแทนได้

ซึ่งตำรากฎหมายเปรียบเทียบจัดเรื่องการใช้สิทธิติดตามเอาคืนไว้ในเรื่องที่เรียกว่า “restitution” อธิบายว่า การนำกลับมาซึ่งทรัพย์สินใดทรัพย์สินหนึ่ง (return of the thing) อันเป็นไปเพื่อการคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของ (in order to protect the owner) ที่ทรัพย์สินของเขาตกอยู่ที่ผู้ครอบครองซึ่งครอบครองโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย (against a possessor who possesses without legal entitlement) จึงมีการอ้างอิงถึงหลัก rei vindicatio ของกฎหมายโรมันด้วย⁵⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ทั้งสามประการนี้สะท้อนให้เห็นถึงหลักในการใช้สิทธิติดตามและเอาคืนทรัพย์สินจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิ

(5) มีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสิทธินี้ก็เป็นสิทธิที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกรรมสิทธิ์ การสอดแทรกเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่นนั้นส่วนใหญ่เกิดจากการทำละเมิด เช่น ต่อเติมอาคารรุกล้ำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 561/2553)⁵¹ เป็นต้น

⁴⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (พิมพ์ครั้งที่ 15 เนติบัณฑิตยสภา 2556) 205-211.

⁵⁰ อานนท์ มาเฝ้า (เชิงอรรถ 26) 566.

⁵¹ บัญญัติ สุชีวะ (เชิงอรรถ 49) 205-211.

ลักษณะสำคัญของกรรมสิทธิ์จึงเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 138 เนื่องจากเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ทั้งนี้ในทางทฤษฎีนักนิติศาสตร์จึงพยายามอธิบายหรือแสดงให้เห็นถึงลักษณะของกรรมสิทธิ์เพื่อที่จะสะท้อนอัตลักษณ์ของกรรมสิทธิ์ที่ไม่เหมือนกับทรัพย์สินอื่น ๆ ทำให้เห็นว่า ทรัพย์สินประเภทกรรมสิทธิ์จะมีลักษณะสำคัญ ดังนี้

(ก) เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute right) ที่เจ้าของกรรมสิทธิ์พึงมีในทรัพย์สินนั้นที่จะกระทำการใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น โดยบุคคลอื่นจะต้องมีหน้าที่ที่จะเคารพสิทธิดังกล่าวนี้ หรือเป็นสิทธิที่ไต่ถามกับบุคคลภายนอกได้ทั่วไป ในบางกรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์สามารถบังคับตามสิทธิของตนได้โดยพลการซึ่งไม่ต้องร้องขอต่อศาลให้บังคับใช้กฎหมาย เช่น เจ้าของสามารถติดตามทรัพย์สินจากบุคคลที่ไม่มีสิทธิที่จะยึดถือไว้ได้ เป็นต้น

(ข) เป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดอำนาจหวงกันไว้โดยเฉพาะ (exclusive right) กล่าวคือ ผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีอำนาจหวงกันทรัพย์สินนั้นไว้โดยเฉพาะสำหรับตน เว้นแต่จะมีบทบัญญัติในกฎหมายมาจำกัดหรือลิดรอนกรรมสิทธิ์ เช่น จำกัดสิทธิการใช้สอยในบางเวลาบางโอกาสหรือบางสถานที่ ทั้งนี้ตามแต่กฎหมายบัญญัติแต่ต้องมีเหตุอันสมควร เพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะ

(ค) เป็นสิทธิที่มีลักษณะถาวร (perpetual right) ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้สิ้นสุดไปโดยกาลเวลา เมื่อได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดแล้วก็เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ตลอดไป เว้นแต่กรณีการครอบครองปรปักษ์ตามมาตรา 1382 นั้น เป็นเพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์ปล่อยปละละเลย แต่ถ้ายังครอบครองไม่ครบตามกำหนดเวลา ก็ยังไม่สิ้นกรรมสิทธิ์ไปซึ่งศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า มาตรา 1382 ไม่ใช่บทกฎหมายที่ทำให้เจ้าของเดิมเสียสิทธิ แต่เป็นบทกฎหมายที่กำหนดการที่คนใหม่เข้ามาครอบครองนั้นจนได้สิทธิเพราะเพียงแต่เจ้าของละทิ้งไม่ใช้ทรัพย์สินและไม่มีใครเข้ามาครอบครอง มีข้อสังเกตอยู่ว่า กรรมสิทธิ์นั้นมีได้เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง ส่วนทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้น กฎหมายได้กำหนดชื่อไว้ต่างกัน เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า พระราชบัญญัติที่ก่อตั้งและรับรู้สิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้ใช้คำว่า กรรมสิทธิ์ อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ไว้ก็แตกต่างกัน⁵²

ดังนั้น กรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 จึงมีความแตกต่างจากทรัพย์สินอื่น ๆ ในบรรพ 4 เนื่องจากมีลักษณะของสิทธิที่กฎหมายรับรองแตกต่างไปจากที่เกิดขึ้นตามมาตรา 1336 กรรมสิทธิ์จึงเป็นสิทธิที่ยิ่งใหญ่และมากกว่าสิทธิใด ๆ ที่รัฐพึงรับรองให้เอกชนได้รับสิทธิทั้งหลาย

การสิ้นไปซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงกรณีกรรมสิทธิ์สูญสิ้นไม่คงเหลืออีกต่อไป ดังนั้นกรณีกรรมสิทธิ์ถูกจำกัดกับกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้โอนไปยังผู้รับโอนจึงไม่ใช่กรณีกรรมสิทธิ์สิ้นไป เช่น การถูกจำกัดโดยทรัพย์สินจำพวกจำกัดตัดถอนกรรมสิทธิ์ เป็นต้น การสิ้นไปซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นมีสาเหตุอยู่ 3 ประการ ได้แก่ การสิ้นไปโดยสภาพ การสิ้นไปโดยผลของเจตนา และการสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย

(ก) การสิ้นไปโดยสภาพ กล่าวคือ การพิจารณาจากธรรมชาติในสภาพของกรรมสิทธิ์ เมื่อกรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ดังนั้นทรัพย์สินดำรงอยู่ตราบเท่าที่ทรัพย์สินยังคงอยู่ เนื่องจากกรรมสิทธิ์

⁵² อานนท์ มาเฒ่า (เชิงอรรถ 26) 124-125.

เป็นทรัพย์สินที่ผูกพันอยู่กับตัวทรัพย์สิน เมื่อไม่มีทรัพย์สินเป็นตัวรองรับหรือเป็นวัตถุประสงค์จึงส่งผลให้ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์อยู่ได้ เช่น นายแดงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในน้ำแกวหนึ่ง เมื่อน้ำระเหยไปในอากาศจนหมดสิ้น นายแดงจึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในน้ำนั้นอีกต่อไป เป็นต้น

(ข) การสิ้นไปโดยผลของเจตนา กล่าวคือ กรณีที่บุคคลแสดงเจตนาแล้วมีผลทำให้กรรมสิทธิ์สิ้นสภาพไป เช่น การที่เจ้าของสังหาริมทรัพย์เลิกครอบครองทรัพย์สินด้วยเจตนาสละกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1319 ซึ่งส่งผลให้สังหาริมทรัพย์ไม่มีกรรมสิทธิ์หรือสังหาริมทรัพย์อันไม่มีเจ้าของ เป็นต้น

(ค) การสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดผลให้กรรมสิทธิ์สิ้นไป เพราะฉะนั้นการสิ้นไปซึ่งทรัพย์สินในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ตั้ง โดยพิจารณาว่ามีกฎหมายกำหนดให้ทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดสิ้นไปโดยผลของกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้การที่กฎหมายกำหนดผลให้กรรมสิทธิ์สิ้นไปนั้น อาจเป็นการกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้⁵³

สิทธิในกรรมสิทธิ์และหลักการใช้กรรมสิทธิ์ กล่าวคือ กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของที่มีลักษณะเป็นสิทธิสูงสุดเด็ดขาดที่บุคคลหรือเอกชนจะมีเหนือทรัพย์สินของตนเอง ระบบกฎหมายสร้างและรับรองให้กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่ยิ่งใหญ่และมีอำนาจมากที่สุดในการบรรดาทรัพย์สินทั้งหลาย โดยบัญญัติให้เห็นอำนาจที่ตามมาหรือสิทธิต่าง ๆ ในกรรมสิทธิ์ไว้ในมาตรา 1336 ซึ่งเป็นการกล่าวถึงสิทธิสาขาหรือสิทธิย่อย ๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้มีกรรมสิทธิ์โดยได้อธิบายไปแล้วในข้างต้น สำหรับในหัวข้อนี้เป็นการอธิบายสิทธิในกรรมสิทธิ์และหลักการใช้กรรมสิทธิ์ซึ่งมุ่งอธิบายตามมาตรา 1336 ดังนี้

1. สิทธิในกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 มีข้อพิจารณาอยู่ 2 ประการ ได้แก่ การมีกรรมสิทธิ์เป็นฐานแห่งสิทธิ และลักษณะแห่งสิทธิ ดังนี้

การมีกรรมสิทธิ์เป็นฐานแห่งสิทธิ เป็นสิทธิที่ถูกแจกแจงตามมาตรา 1336 มีอยู่ 5 ประเภท ได้แก่ สิทธิในการใช้สอย, สิทธิในการจำหน่าย, สิทธิการได้ดอกผล, สิทธิในการติดตามเอาคืน และสิทธิในการขัดขวางสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้เป็น สิทธิในกรรมสิทธิ์ หมายความว่า กรรมสิทธิ์เป็นฐานแห่งการมีสิทธิต่าง ๆ ตามมาตรา 1336 ลักษณะแห่งสิทธิที่เกิดขึ้นในกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 คือ มีลักษณะเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์สามารถใช้สิทธิต่าง ๆ ตามมาตรา 1336 ได้อย่างเด็ดขาดต่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งกรรมสิทธิ์ของตน สามารถกระทำการซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจเหนือตัวทรัพย์สินและกีดกันมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงสิทธิต่าง ๆ ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้⁵⁴

หลักการใช้กรรมสิทธิ์ กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ย่อมมีสิทธิตามที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองสิทธิเอาไว้ เมื่อบุคคลมีสิทธิตามกฎหมายแล้วก็ย่อม

⁵³ อานนท์ มาเฝ้า (เชิงอรรถ 48) 98-111.

⁵⁴ เฟิงอ้าง 551-553.

ใช้สิทธิที่มีอยู่ภายในกรอบแห่งกฎหมายซึ่งผู้ใช้สิทธิจะต้องคำนึงถึง อันได้แก่ มาตรา 5⁵⁵, มาตรา 6⁵⁶, มาตรา 421⁵⁷ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ย่อมเป็นการกระทำที่เข้าข่ายละเมิดตามมาตรา 420 ซึ่งผู้กระทำได้ขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรืออีกนัยหนึ่งคือ ค่าเสียหายเพื่อการละเมิดนั้น เช่น นายดำเจ้าของที่ดินเปิดช่องอ้อมรถยนต์ครบวงจรมีทั้งช่องมเครื่องยนต์และช่องมตัวถังพ่นสีด้วยในบริเวณที่อยู่อาศัย พฤติกรรมเช่นนี้ย่อมเป็นการใช้กรรมสิทธิ์อันเป็นเหตุให้ได้รับความเสียหายแก่สุขภาพและจิต จากกลิ่นท่อไอเสียและเสียงดัง และเกิดความเดือดร้อนรำคาญเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ จึงเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนซึ่งในเรื่องอสังหาริมทรัพย์มีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษ คือ มาตรา 1337⁵⁸ เป็นบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนจะมีสิทธิดังนี้

(1) สิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป เป็นมาตราที่กฎหมายให้อำนาจเพื่อป้องกันสิทธิของตน ทำนองเดียวกับมาตรา 451 จึงเป็นการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมซึ่งกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขและกรอบที่จะต้องทำโดยจำกัดและเคร่งครัดเฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อจะบำบัดปัดป้องอันตรายเท่านั้น ดังนั้นสิทธิที่จะปฏิบัติตามมาตรา 1337 คงหมายถึง การที่จะให้ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์กระทำการปลดเปลื้องความเดือดร้อนให้สิ้นไป แต่คงไม่ได้กระทำการใด ๆ เกินเลยไปละเมิดบุคคลที่ใช้สิทธิที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้น เพื่อให้ระงับการกระทำละเมิด และยังคงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนอีกด้วย เช่น โจทก์ผู้เช่าที่ดินปลูกบ้านสามารถฟ้องหากได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของจำเลยได้⁵⁹, โจทก์ฟ้องเรียกค่าทดแทนเมื่อจำเลยเสริมรั้วบ้านให้สูงจนปิดกันแสงสว่าง แสงแดดและทางลมมิให้เข้ามาในบ้านของโจทก์ จนทำให้ได้รับความเดือดร้อน⁶⁰ เป็นต้น

(2) สิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน มาตรา 1337 ให้สิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินควรคิดหรือคาดหมายได้ ในการที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไป และยังคงมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทนได้อีกด้วย เช่น โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายเฉพาะขาดประโยชน์ที่ควรได้จากการเช่าจากจำเลย⁶¹, โจทก์ใช้สิทธิการเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เรียกร้องให้ขจัดความเดือดร้อนโดยเป็นการขอให้บังคับกับจำเลย ไม่ใช่ฟ้องเรียกค่าเสียหายเท่านั้น⁶² เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตตามมาตรา 1337 เป็นเรื่องบุคคลใช้สิทธิของตนไม่ว่าจะเป็นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใด อันเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อื่นได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินสมควรกว่าเหตุ และอีกประการหนึ่งผู้ใช้สิทธิตามมาตรา 1337 นี้จะกระทำการโดยสุจริตหรือไม่ หรือจะกระทำการเพื่อประโยชน์

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 6.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา 1945/2538.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกา 829/2519.

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 1035/2506.

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกา 1541/2538.

สาธารณะหรือไม่ก็นั้นไม่สำคัญ เนื่องจากมาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงว่าผู้ใช้สิทธิจะต้องกระทำการโดยสุจริต แต่ถ้าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นฝ่ายยินยอมให้ผู้ได้ใช้สิทธิเช่นนั้นไปแล้ว จะอ้างความคุ้มครองตามมาตรา 1163 ไม่ได้⁶³

ตัวอย่างสิทธิในกรรมสิทธิ์และหลักการใช้กรรมสิทธิ์ ตามคำพิพากษาศาลฎีกา 1163/2563 จำเลยได้รับเงินค่าเช่าบ้านไปจากกรมโจทก์โดยมิชอบ และมีใช้กรรมโจทก์จ่ายค่าเช่าบ้านให้แก่จำเลยเพื่อชำระหนี้ เพราะเป็นเรื่องที่จำเลยขอรับสวัสดิการจากหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจำเลยต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบของทางราชการ แม้เงินที่จำเลยได้รับไปเป็นการได้มาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ แต่หาใช่เรื่องลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406 ไม่โจทก์ในฐานะเจ้าของเงินที่ส่งมอบให้จำเลยโดยสำคัญผิดย่อมมีสิทธิติดตามเอาเงินของโจทก์คืนจากจำเลยผู้ไม่มีสิทธิจะได้รับหรือยึดถือไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 โดยไม่มีกำหนดอายุความ ซึ่งจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกา 1163/2563 ได้ให้เหตุผลการพิจารณาครั้งนี้ในสิทธิการติดตามเอาคืนทรัพย์สินของผู้ถือกรรมสิทธิ์ ซึ่งจากข้อเท็จจริงโจทก์เจ้าของกรรมสิทธิ์ในเงินตรา ได้จ่ายเงินค่าเช่าบ้านตามสิทธิสวัสดิการจากหน่วยงานของรัฐให้กับจำเลย และต่อมาได้เพิกถอนคำสั่งการจ่ายค่าเช่าบ้านดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้โจทก์เรียกเงินค่าเช่าบ้านที่จ่ายให้จำเลยทั้งหมด และอ้างเหตุที่จำเลยได้รับเงินมาเป็นการได้มาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ จึงไม่ใช่เรื่องลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406

ดังนั้น กรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินในกฎหมายแพ่ง และเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อปัญหาทางกฎหมายที่ต้องนำรากฐานแนวความคิดที่กล่าวในข้างต้นมาพิจารณาเพื่อหาข้อยุติในการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินได้

จากที่กล่าวมาในข้างต้นนั้นผู้เป็นเจ้าของที่ดินมีโฉนดตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 ตามมาตรา 4 กำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ประสงค์ที่จะก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ ให้สามารถยื่นคำขอก่อตั้งสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมกับแสดงโฉนดที่ดินได้เอง โดยมีกำหนดระยะเวลา 30 ปี ทั้งนี้การก่อตั้งสิทธิดังกล่าวของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ทำให้สูญเสียกรรมสิทธิ์ไป แต่เพียงการก่อตั้งสิทธินี้เป็นการใช้สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์

3.2.1.2 ผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

ผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 คือ ผู้ที่ได้รับสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ โดยมีทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้นจะเริ่มเมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก่อตั้งสิทธิดังกล่าวขึ้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็เป็นทั้งเจ้าของกรรมสิทธิ์และผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ และเมื่อโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่น บุคคลผู้รับโอนสิทธินั้นก็เป็นผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ด้วยเช่นกัน

3.2.2 ขั้นตอนในการดำเนินการยื่นขอจดทะเบียนทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

การขอก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ประสงค์จะขอก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ต้องนำเอกสารและหลักฐานจำพวกโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด และหรือหนังสือยินยอมจากผู้รับจำนอง

⁶³ ศรีราชา วงศารยางค์กูร (เชิงอรรถ 40) 187-192.

หรือผู้รับหลักประกันหรือผู้มีสิทธิอื่นให้แล้วแต่กรณีไปแสดงต่อสำนักงานที่ดินท้องที่ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ โดยเจ้าหน้าที่จะตรวจสอบคำขอและเอกสารต่าง ๆ ว่าถูกต้องและครบถ้วนหรือไม่ หากไม่ถูกต้องหรือไม่ ครบถ้วนให้บันทึกความบกพร่องและให้ผู้ยื่นคำขอและพนักงานเจ้าหน้าที่ลงนามไว้ในบันทึกพร้อมทั้งแจ้งให้ผู้ ยื่นคำขอส่งเอกสารให้ถูกต้องครบถ้วนภายในเวลาที่กำหนด ก่อนการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินให้ สอบสวนสิทธิและความสามารถของผู้ยื่นคำขอให้เรียบร้อยก่อนตามหลักการทำนิติกรรม เมื่อจดทะเบียนก่อตั้ง ทรัพย์สินให้ออกหนังสือรับรองทรัพย์สินและบันทึกสาระสำคัญการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินให้ เป็นไปตามคำขอและบันทึกถ้อยคำ โดยประเภทนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินจะมีการจดทะเบียนดังนี้ คือ การโอนทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน, การโอนทรัพย์สินโดยไม่มีค่าตอบแทน, การจำนองทรัพย์สิน, และการจดทะเบียนที่เกี่ยวกับลักษณะที่กล่าวมาในข้างต้น ซึ่งจากกฎกระทรวงที่กล่าวมานี้จะเป็นหลักเกณฑ์ ต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินเพื่อเป็นวิธีการปฏิบัติที่มีมาตรฐานเดียวกัน

การจดทะเบียนทรัพย์สินสามารถแบ่งออกได้เป็นสองขั้นตอน ได้แก่ การจดทะเบียนขอตั้ง ทรัพย์สินโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และการจดทะเบียนนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ผู้ก่อตั้งทรัพย์สินกับผู้ทรงทรัพย์สิน หรือระหว่างผู้ทรงทรัพย์สินคนเดิมกับผู้ทรง ทรัพย์สินคนใหม่ โดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ดังนี้

(1) การจดทะเบียนขอตั้งทรัพย์สิน

เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่มีความประสงค์จะนำอสังหาริมทรัพย์ของตนออกให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์ สามารถนำอสังหาริมทรัพย์ไปจดทะเบียนขอตั้งทรัพย์สินได้ฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งก่อน หลักการนี้สะท้อนแนวความคิดของสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลังผู้เสนอร่าง กฎหมายประสงค์จะทำให้ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ซึ่งเกิดขึ้นมาได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีคู่สัญญาอีก ฝ่ายมาเป็นผู้รับสัญญา ก่อน ทั้งนี้เพื่อเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจของการสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยมี ขั้นตอนการจดทะเบียนดังนี้

(2) การจดทะเบียนนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ดังนั้นการทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นแบบในการทำนิติกรรมการก่อตั้งสิทธินี้ และเมื่อมีการจดทะเบียนใด ๆ ในนิติกรรมที่เกี่ยวข้อง กับทรัพย์สินนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่จะมีหนังสือแจ้งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้ทราบถึงการจดทะเบียนใน ครั้งนั้น ๆ โดยการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินสามารถยกตัวอย่างขั้นตอนได้ดังนี้

ตัวอย่างการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยเริ่มที่นายเอ เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน 1 แปลง ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สิน นายเอ สามารถนำโฉนดที่ดินแปลงดังกล่าวไปยื่นคำขอจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดิน โดยดำเนินการฝ่ายเดียวได้ สำนักงานที่ดินจะออกหนังสือรับรองทรัพย์สินไว้ 2 ฉบับเป็นฉบับสำนักงานที่ดิน 1 ฉบับและฉบับผู้ทรงทรัพย์สิน 1 ฉบับ เมื่อจดทะเบียนแล้วทำให้นายเอ เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ตามหลักกรรมสิทธิ์ในกฎหมายแพ่ง และเป็นผู้ทรงทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน สิทธิด้วยเช่นกัน ต่อมานายบี สนใจใช้ประโยชน์จากที่ดินของนายเอจึงได้ทำข้อตกลงการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินใน

ฐานะผู้ทรงทรัพย์สินซึ่งการทำข้อตกลงนั้น คู่สัญญาสามารถทำสัญญาการใช้ประโยชน์ได้ตามหลักอิสระในการแสดงเจตนาทางแพ่งมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ภายใต้สัญญาเช่าและตกลงการจ่ายค่าตอบแทนตลอดระยะเวลาที่ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น เมื่อทำข้อตกลงระหว่างสองฝ่ายแล้ว นายเอต้องโอนทรัพย์สินให้นายบี โดยจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดิน ผลจะให้นายเอ เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ และนายบีเป็นผู้ทรงทรัพย์สินที่สามารถใช้ประโยชน์เสมือนเจ้าของที่ดิน สามารถโอนสิทธิ์ดังกล่าวไปยังบุคคลภายนอกได้ เป็นหลักประกันในการชำระหนี้โดยการจำนองหรือเป็นหลักประกันทางธุรกิจก็ได้ และสิทธิ์นี้สามารถถกทอดไปยังทายาทได้เช่นกัน เมื่อครบกำหนดระยะเวลาทรัพย์สิน 30 ปี ทรัพย์สินสิทธิ์จะบังผลเป็นผลให้นายบีต้องส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนแก่นายเอตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น

3.2.3 ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนทรัพย์สิน

กฎกระทรวงฉบับนี้เป็นกฎหมายลำดับรองที่กระทรวงมหาดไทยได้ออกเป็นกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 16 วรรคหนึ่ง และมาตรา 17 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 เพื่อกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การจดทะเบียนนิติกรรมหรือการดำเนินการอื่น ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น ค่าจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน ค่าออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน ค่าออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน ค่าจดทะเบียนโอนทรัพย์สิน เป็นต้น โดยให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายตามที่กฎกระทรวงซึ่งในการกำหนดค่าธรรมเนียมในการก่อตั้งทรัพย์สิน คิดเป็นครั้งละ 20,000 บาท และค่าออกหนังสือรับรองหรือใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน ฉบับละ 10,000 บาท ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินก็มีการคิดค่าธรรมเนียมแยกเป็นประเภทในการจดทะเบียนโอน ส่วนค่าจดทะเบียนการจำนองคิดเป็นร้อยละ 1 ของราคาทุนทรัพย์สินจำนองมีลักษณะเดียวกันการจดทะเบียนจำนองที่ดินที่มีโฉนด, ที่ดินมือเปล่า และถ้ามีการจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สิน คิดเป็นครั้งละ 20,000 บาทเหมือนกับการก่อตั้งทรัพย์สิน แล้วเช่นนี้ยังไม่รวมค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ด้วยดังที่ระบุไว้ในกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สิน พ.ศ.2563 เป็นวิธีปฏิบัติที่มีมาตรฐานเดียวกันทั้งประเทศ

ทั้งนี้การดำเนินการออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่น ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และให้กรมที่ดินหักค่าใช้จ่ายไว้ร้อยละห้าของเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้ ทั้งนี้ให้ค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บหลังหักค่าใช้จ่ายดังกล่าวแล้วเป็นรายได้ของเทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีกฎหมายจัดตั้งสำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่มีทุนทรัพย์ภายในเขตนั้นซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542⁶⁴

3.2.4 หนังสือรับรองทรัพย์สิน

⁶⁴ พิมสิริ วิเศษโอฬารนนท์ (เชิงอรธ 4).

การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินซึ่งอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงการขอก่อตั้ง และการยกเลิกทรัพย์สิน การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน การออกหนังสือรับรอง การออกใบแทน หนังสือรับรอง และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สิน พ.ศ.2563

(1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับหนังสือรับรองทรัพย์สิน

กำหนดให้การขอก่อตั้งทรัพย์สิน, การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน, การยกเลิกทรัพย์สิน และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

(2) การออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน

กำหนดให้กรณีที่มีหนังสือรับรองทรัพย์สินสูญหาย หรือชำรุดในสาระสำคัญให้ผู้ทรงทรัพย์สินขอรับใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินนั้นได้ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง และเมื่อมีการออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินแล้วให้หนังสือรับรองทรัพย์สินฉบับเดิมเป็นอันยกเลิก

3.3 การจัดทำข้อตกลงและข้อตกลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน

การจัดทำข้อตกลงและข้อตกลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งการที่เจ้าของทรัพย์สินให้สิทธิแก่บุคคลอื่นในการใช้ทรัพย์สินนั้นได้ตามที่กฎหมายกำหนดภายในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งเพื่อไม่ก่อให้เกิดความสับสนระหว่างสิทธิการเช่าตามกฎหมายปัจจุบันกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งมีสาระสำคัญของสิทธิที่แตกต่างกัน โดยจะกำหนดบทบัญญัติรองรับทรัพย์สินในลักษณะต่าง ๆ เช่น การโอนทรัพย์สินต่อ การตกทอดแก่ทายาท การนำไปเป็นหลักประกัน การกู้ยืม สิทธิในการใช้ประโยชน์และดูแลรักษาอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นต้น

ซึ่งสาระสำคัญในการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินที่กำหนดให้การให้ใช้ทรัพย์สิน คู่สัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁶⁵ โดยมีกำหนดระยะเวลาได้ไม่เกิน 30 ปีนับแต่วันจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁶⁶ และการก่อตั้งทรัพย์สินเฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นที่ดินที่มีโฉนดทำไม่ได้⁶⁷ เว้นแต่มีการแบ่งแยกโฉนดเป็นโฉนดแปลงย่อยตามความต้องการให้เสร็จเรียบร้อยจึงสามารถจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินได้

ดังนั้นการจัดทำข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่มีเงื่อนไขให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้มีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินของผู้ให้สัญญาโดยมีค่าตอบแทนนั้น ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขที่ชัดเจนในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่จะต้องก่อตั้งทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินแปลงนั้นหรือที่ดินแปลงนั้นซึ่งผู้รับสัญญามีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์ในที่ดินนี้เสมือนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์คนหนึ่งแต่ไม่มีสิทธิที่จะขัดขวางบุคคลภายนอกที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้ เช่นเดียวกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ให้สัญญาก็คงสูญเสียการใช้สอยทรัพย์สิน

⁶⁵ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง.

⁶⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสอง.

⁶⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสาม.

เยี่ยงผู้ถือกรรมสิทธิ์ไปชั่วคราว ทั้งนี้ข้อตกลงของคู่สัญญาสามารถตกลงได้ตามเจตนาในการทำสัญญาทั่วไปที่เป็นอิสระในการตกลงทำสัญญาของเอกชน (Freedom of contract) แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ฉะนั้นการจัดทำข้อตกลงและข้อตกลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิต้องมีการกำหนดถึงสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิหรือผู้รับสัญญาว่ามีสิทธิใช้สอยได้มากน้อยเพียงใด การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างรวมถึงกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิเป็นผู้ก่อสร้างเพื่อเป็นกรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การโอนสิทธิดังกล่าวในมุมมองต่าง ๆ ทั้งการโอนขายสิทธิ การตกทอดเป็นมรดกให้แก่ทายาท เป็นต้น การนำทรัพย์สินสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ รวมทั้งสิทธิ หน้าที่ต่าง ๆ ของทั้งสองฝ่ายที่เป็นคู่สัญญา ผลตอบแทน และระยะเวลาตามสัญญา ระยะเวลาในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินสิทธิ ทั้งนี้ยังต้องกำหนดข้อตกลงในสิทธิประโยชน์ และเงื่อนไขต่าง ๆ ของผู้ให้สัญญาหรือผู้ถือกรรมสิทธิ์เพื่อให้ได้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน และรวมถึงการใช้วิธีบังคับทางศาล การบังคับคดีเมื่อเกิดเหตุขัดแย้งขึ้นระหว่างกัน และกรณีเมื่อมีการบังคับจากบุคคลภายนอกทั้งผู้ถือกรรมสิทธิ์ และผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิที่กระทบกระเทือนสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญา

3.4 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเจ้าของที่ดินมีโฉนดกับผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ

สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิตามหลักกรรมสิทธิ์และกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิ และผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ สามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

3.4.1 สิทธิของเจ้าของที่ดินมีโฉนดที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ

(1) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในระหว่างที่อสังหาริมทรัพย์นั้นก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิและมีผู้ใช้สอยทรัพย์สินสิทธิผู้นั้นอยู่

(2) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถนำอสังหาริมทรัพย์ไปจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ตามปกติ ประเพณีซึ่งเป็นสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินของตนตามหลักกรรมสิทธิ์ แต่การนำอสังหาริมทรัพย์ไปก่อภาระติดพันบางอย่างนั้นในการพิจารณาถึงมูลค่าของทรัพย์สินนั้นเป็นเรื่องที่ผู้รับจำนองหรือผู้รับหลักประกันทางธุรกิจเป็นผู้พิจารณา ในเมื่อกรรมสิทธิ์ถูกรอนโดยทรัพย์สินสิทธิแล้วและเมื่อหนี้ดังกล่าวถึงกำหนดชำระหนี้ แต่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถบังคับกรรมสิทธิ์ที่ดินหรือห้องชุดตามกระบวนการตามลำดับบุริมสิทธิได้

(3) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิหรือขัดขวางผู้สอดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁶⁸ตามหลักกรรมสิทธิ์แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(4) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่มีสิทธิใช้สอยในอสังหาริมทรัพย์ตามหลักกรรมสิทธิ์แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.4.2 หน้าที่ของเจ้าของที่ดินมีโฉนดที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ

⁶⁸ พระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11.

- (1) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีหน้าที่ให้ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่
- (2) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถแบ่งแยกที่ดินที่มีโฉนดออกเป็นหลายแปลง หรือนำที่ดินที่มีโฉนดอื่นมารวมกับที่ดินที่จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินแล้ว
- (3) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ก่อตั้งทรัพย์สินใด ๆ ลงบนอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงทรัพย์สิน

3.4.3 ความรับผิดชอบของเจ้าของที่ดินมีโฉนดที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน

เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัพย์สินจะยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาไม่ได้ หากการยกเลิกนั้นกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

3.4.4 สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สิน

(1) ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินตามพระราชบัญญัตินี้และตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์สิน แต่ทั้งนี้การใช้ประโยชน์ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นด้วย เช่น มีสิทธิใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ อาชีพ ขออนุญาตก่อสร้างได้เสมือนเจ้าของ เป็นต้น

(2) ผู้ทรงทรัพย์สินสามารถนำทรัพย์สินออกให้เช่า ขาย โอนให้แก่บุคคลอื่นได้ หรือตกทอดแก่ทายาทได้ และนำไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หรือเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ซึ่งทรัพย์สินเป็นสิทธิที่กว้างคล่องตัวและมั่นคงกว่าสิทธิการเช่ามาก การที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้เจ้าหนี้จะต้องประเมินว่าทรัพย์สินมีมูลค่าเท่าไร โดยอาจเทียบจากการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่าได้และเมื่อหนี้ดังกล่าวถึงกำหนดชำระหนี้ แต่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถบังคับทรัพย์สินตามกระบวนการตามลำดับบุริมสิทธิได้

(3) ผู้ทรงทรัพย์สินสามารถดัดแปลง ต่อเติม ปลุกโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากผู้ให้ทรัพย์สิน และเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทรงทรัพย์สิน ยกเว้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และเมื่อสัญญาได้เลิกหรือระงับลงให้ทรัพย์สินที่ผู้ทรงทรัพย์สินได้ทำการดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างไว้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ทรัพย์สิน เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา หลักการนี้ไม่สามารถใช้กับกรณีของห้องชุดได้ เนื่องจากการดัดแปลงหรือต่อเติมห้องชุดนั้นต้องพิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ.2522 เช่น เจ้าของห้องชุดจะกระทำการใดต่อห้องชุดของตนเองที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อโครงสร้างหรือความมั่นคงของตัวอาคารหรือกระทำผิดข้อบังคับของนิติบุคคลอาคารชุดนั้นได้ เป็นต้น เช่นนี้หากมีการดัดแปลงหรือต่อเติมเพียงเล็กน้อยและมีผลให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของผู้ทรงทรัพย์สินก็ย่อมไม่เป็นธรรมกับเจ้าของห้องชุด

3.4.5 หน้าที่ของผู้ทรงทรัพย์สิน

(1) ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในอสังหาริมทรัพย์เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพื่อปกป้องภัยอันตรายแก่อสังหาริมทรัพย์ที่มีทรัพย์สิน ยกเว้นสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้น

โดยมิชอบด้วยกฎหมายให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ แต่ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้ผู้ให้ทรัพย์สินสิทธิทราบโดยพลัน⁶⁹

(2) ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิรับภาระหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ กำหนดให้เจ้าของต้องทำ เช่น หน้าที่ดูแลทรัพย์สิน การจ่ายภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น

3.4.6 ความรับผิดชอบของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ

ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินสิทธิและมีการผิดสัญญาระหว่างผู้โอนทรัพย์สินสิทธิและผู้รับโอนทรัพย์สินสิทธิ อันเป็นเหตุให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญาจะต้องไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต เสียค่าตอบแทน และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

3.5 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้สินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการจำนอง

ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินสิทธิไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้สินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการจำนองซึ่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 บัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์การจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ได้ แต่ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการนำไปปรับเพื่อบังคับใช้ซึ่งยังมีข้อบกพร่อง และข้อถกเถียงเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินสิทธิไปเป็นหลักประกันโดยการสร้างสิทธิจำนองในสิทธิการเช่าเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่มีข้อพิงระวัง แม้ว่าจะมีกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้ดำเนินการได้ แต่ลักษณะของสิทธิจำนองนั้น โดยมีพื้นฐานเป็นทรัพย์สินสิทธิเป็นก้อสิทธิโดยมีอสังหาริมทรัพย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิและบังคับเอากับตัวอสังหาริมทรัพย์นั้น การที่จะให้สิทธิจำนองบังคับกับสิทธิการเช่าซึ่งเป็นผลให้เกิดการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาเช่า ซึ่งจะเป็นการขัดกับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่กรณี แม้ว่าการนี้จะสามารถทำได้โดยการสร้างทะเบียนแต่ก็ต้องมีกระบวนการการจดทะเบียนที่มีความรัดกุมชัดเจนและกำหนดรูปแบบและวิธีการบังคับจำนองเพื่อให้สามารถดำเนินการบังคับเอากับสิทธิดังกล่าวที่เป็นหลักประกันนั้นได้อย่างแท้จริง⁷⁰

จากที่กล่าวมาในข้างต้นนั้นสามารถอธิบายหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิที่นำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้สินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการจำนองโดยแยกการพิจารณาได้ดังนี้

3.5.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการจำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

การจำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งซึ่งจำนองเป็นสัญญาที่ผู้จำนองใช้ทรัพย์สินของตนเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยการนำไปจดทะเบียนตราไว้เป็นประกัน เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองได้ ผู้จำนองอาจจะเป็นตัวลูกหนี้ขั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้ ถ้าผู้จำนองเป็น

⁶⁹ พระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง.

⁷⁰ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. ‘สรุปผลเปิดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิพ.ศ.’

บุคคลที่สาม เจ้าหนี้จะฟ้องให้ผู้จำนองชำระหนี้ประธานในฐานะเจ้าหนี้สามัญไม่ได้⁷¹ ได้แต่ฟ้องบังคับจำนอง ส่วนผู้จำนองมีสิทธิตามมาตรา 724 ที่จะชำระหนี้เพื่อจะปิดบังมิให้ต้องบังคับจำนอง เมื่อผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลที่สามชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หรือถูกบังคับจำนองแล้ว ผู้จำนองมีสิทธิตามมาตรา 724 คือ ชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ การจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ด้วยทรัพย์สินที่นำมาตราไว้เป็นประกันซึ่งเป็นทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้นั้นย่อมเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ โดยอสังหาริมทรัพย์นั้นมีนิยามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่หมายถึง ที่ดิน ทรัพย์อันติดกับที่ดิน หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน รวมทั้งสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่ดินด้วยซึ่งสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดนั้นก็อยู่ในความหมายเรื่องอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกันจึงสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องการจำนองมาใช้บังคับได้⁷²

ดังนั้น ลักษณะของสัญญาจำนอง⁷³ คือ

(1) ผู้จำนองอาจเป็นลูกหนี้ชั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้ สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จำนองกับเจ้าหนี้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ประธานซึ่งมีอยู่ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เนื่องจากการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินไม่ใช่เป็นการเอาบุคคลมาเป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้นผู้จำนองจึงอาจเป็นลูกหนี้ชั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้,

(2) เอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ สัญญาจำนองนอกจากจะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ทำขึ้นระหว่างผู้จำนองกับเจ้าหนี้แล้ว ข้อสำคัญจะต้องมีการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ หมายถึง นำเอกสารที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินนั้นไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันเป็นประกันการชำระหนี้ประธานซึ่งหมายถึงหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ชั้นต้น กฎหมายจึงกำหนดให้สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁷⁴ แบบพิมพ์สัญญาจำนองของกรมที่ดินที่ใช้จดทะเบียนจำนองมีข้อความว่า “หนังสือสัญญานี้ได้ทำเป็นสามฉบับมีข้อความตรงกัน สำหรับสำนักงานที่ดินหนึ่งฉบับ ผู้จำนองและผู้รับจำนองถือไว้ฝ่ายละหนึ่งฉบับ(ฉบับนี้สำหรับ...)” นอกจากเจ้าพนักงานจะได้จดทะเบียนดังกล่าวแล้ว เจ้าพนักงานจะบันทึกการจำนองไว้ในเอกสารที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินนั้นด้วย เช่น จำนองที่ดิน เจ้าพนักงานที่ดินจะจดทะเบียนสัญญาจำนอง และบันทึกไว้ในสารบัญจดทะเบียนหลังโฉนดที่ดินด้วยว่าเจ้าของที่ดินจำนองต่อผู้ใด เมื่อวันที่เท่าไร ส่วนผู้ใดจะเป็นผู้เก็บรักษาโฉนดที่ดินแล้วแต่คู่สัญญาตกลงกัน ถ้าไม่มีข้อตกลงผู้จำนองเป็นผู้เก็บรักษาโฉนดที่ดินของตน เอกสารสิทธิ์ที่นำมาจดทะเบียนจำนองจะต้องเป็นเอกสารสิทธิ์ที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายและยังไม่ได้ถูกเพิกถอน การจำนองนั้นจึงมีผลใช้บังคับได้

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213, มาตรา 214.

⁷² ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำน่า (พิมพ์ครั้งที่ 16 สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2564) 235.

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714.

(ก) ผู้จำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนอง เมื่อมีการตราไว้ดังกล่าวแล้ว การจำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่เจ้าหนี้ ถ้าตกลงกันว่าจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนองด้วย ข้อตกลงนี้ใช้บังคับได้และไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่อื่นตามสัญญาจำนอง

(ข) ผู้รับจำนองต้องเป็นเจ้าหนี้ การจำนองต้องเป็นการจดทะเบียนเพื่อประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ถ้าไปจำนองไว้ต่อบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่เจ้าหนี้ การจำนองนั้นไม่มีผลบังคับ

(ค) มอบบนที่ดินให้เจ้าหนี้อึดไว้โดยไม่ได้จดทะเบียนจำนอง โฉนดที่ดินและหนังสือรับรองการทำประโยชน์(น.ส.3) เป็นเอกสารที่แสดงถึงสิทธิในที่ดินของบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียน การที่ลูกหนี้มอบบนโฉนดที่ดินหรือ น.ส.3 ให้เจ้าหนี้อึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เมื่อไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁷⁵ ไม่เป็นการตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้⁷⁶ จึงไม่เป็นการจำนอง

(ง) สัญญาจะจำนอง เนื่องจากสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การจดทะเบียนดังกล่าวคู่สัญญาจะต้องไปแสดงตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่และต้องเสียค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน บางครั้งอาจมีการมอบอำนาจไปทำนิติกรรมแทนก็ยอมได้ แต่ถ้ามีการมอบเอกสารไว้ไม่ได้จดทะเบียนจำนอง หากมีข้อพิพาทกันระหว่างคู่สัญญาหรือทายาทเสียก่อนจะถือได้ว่าคู่กรณีได้ทำสัญญาจะจำนองกันไว้ไม่ได้ และเจ้าหนี้จะบังคับจำนองไม่ได้เพราะไม่มีสัญญาจะจำนอง

(3) หนี้ที่จำนองเป็นประกันต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์⁷⁷

(4) สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้อุปกรณ์ สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ทำขึ้นมาเพื่อประกันการชำระหนี้ประธาน⁷⁸ ดังนั้นหนี้จำนองจึงต้องอยู่ในกรอบของหนี้ประธาน ถ้าหนี้ประธานไม่ผูกพันสัญญาจำนองก็ไม่ผูกพันให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบไปด้วย ในกรณีที่โอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ประธาน สิทธิจำนองจำนำ หรือค้ำประกันที่ทำไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นจะตกแก่ผู้รับโอนด้วย⁷⁹

(5) ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ตามมาตรา 702 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁰

ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการจำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการจำนองที่นำทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นของตนเองหรือบุคคลอื่นมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของตนเองหรือบุคคลอื่นก็ได้ซึ่งต้องทำตามแบบของการทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดขึ้น ทั้งนี้การประกันหนี้ต้องเป็นการประกันการชำระหนี้ในหนี้ประธานที่สมบูรณ์ เพราะการจำนองเป็นเพียงหนี้อุปกรณ์เท่านั้น

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 707.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/27.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 305.

⁸⁰ ปัญญา ถนอมรอด (เชิงอรธ 72) 235-257.

3.5.2 การประเมินมูลค่าของทรัพย์สิน

ทรัพย์สินเป็นสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นและมีลักษณะบางส่วนคล้ายกับสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 แต่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน ทั้งนี้จึงมีการพิจารณาการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินเพื่อให้สามารถนำไปเป็นหลักประกันเพื่อประกันการชำระหนี้กับธนาคารพาณิชย์

โดยการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินจึงขอเสนอวิธีการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่ามาพิจารณาด้วยกัน กล่าวคือ การประเมินราคาสิทธิการเช่าจะพิจารณาค่าว่า “สิทธิการเช่า” โดยทั่วไป หมายถึง มูลค่าสิทธิของผู้เช่าภายใต้สัญญาเช่า ซึ่งจะแตกต่างจากมูลค่าของผู้ให้เช่าหรือเจ้าของ และมูลค่าสิทธิการเช่าจะเกิดขึ้น กับสัญญาเช่าระยะยาว ที่มีการจ่ายเงินก้อนแรก (Upfront) ให้กับเจ้าของที่ดินไปบางส่วนแล้ว ถ้าเป็นสัญญาเช่าระยะสั้นก็คงจะเป็นเพียง ค่ามัดจำหรือค่าประกัน แล้วก็จ่ายค่าเช่ากันเป็น รายงวดตาม อัตราตลาด ดังนั้นสัญญาเช่าระยะสั้นจึง ไม่มีมูลค่าสิทธิของผู้เช่า โดยมูลค่าสิทธิของผู้เช่าจึงเกิดขึ้นได้ ใน 2 ปีจ่าย คือ ปีจ่ายแรกมีการจ่ายเงินก้อนแรก ทำให้ค่าเช่าที่จ่ายเป็นงวดในส่วนที่เหลือต่ำกว่าค่าเช่าตลาดปกติ และปีจ่ายที่สองมีการพัฒนาก่อสร้าง อาคารบนที่ดิน ที่เช่า ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้เช่า ซึ่งก็จะตีเป็นมูลค่าสิทธิของผู้เช่าได้แล้วฝั่งของเจ้าของหรือผู้ให้เช่าจะมีมูลค่าอย่างไรขึ้นอยู่กับปีจ่ายหลายประการ ซึ่งจะมีการระบุเงื่อนไขเอาไว้ในสัญญาเช่าที่แตกต่างกันไปโดยปกติ เมื่อเจ้าของปล่อยให้เช่าทรัพย์สินไปแล้ว ก็จะได้รับรายได้เป็นค่าเช่าตามสัญญาตามแต่ละงวด โดยที่จะได้เข้าครอบครองทรัพย์สินอีกครั้งเมื่อหมดสัญญา ดังนั้นมูลค่าของผู้ให้เช่า หรือเรียกว่า Value to the Owner จะมีค่าเท่ากับราคาของทรัพย์สิน ณ วันที่หมดสัญญาเช่าบวกกับ รายได้ จากค่าเช่าตามสัญญา ซึ่งเป็นมูลค่าในอนาคต ในกระแสเงินสด ทำการ Discount เป็นมูลค่าปัจจุบันก็จะได้เป็นมูลค่าของเจ้าของ ไม่ว่าจะเจ้าของจะโอนขายกรรมสิทธิ์ของตัวเองไปให้บุคคลอื่นสัญญาเช่านี้ รวมถึงค่าเช่าเป็นงวด ก็จะผูกพันไปกับ เจ้าของใหม่ที่รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจนกว่าจะจบสัญญาเช่า ทั้งนี้เอกสารที่จำเป็นในการประเมินราคา ได้แก่ สัญญาเช่าหลัก สัญญาเช่าช่วงรายย่อย แบบแปลนอาคาร โฉนดที่ดินที่เช่า เป็นต้น⁸¹

ทั้งนี้จึงนำวิธีการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่ามาเทียบเคียง โดยประเมินมูลค่าในวิธีทางด้านรายได้ Discounted Cash Flow ซึ่งทั่วไปการประเมินมูลค่า หมายถึง การหามูลค่าของผู้เช่าโดยมูลค่าสิทธิการเช่าจะมีมูลค่าก็ต่อเมื่อผู้เช่าจ่ายค่าเช่าต่ำกว่าค่าเช่าราคาเช่าตลาด ทำให้ผู้เช่าได้กำไรจากการเสียค่าเช่าในสัญญาต่ำกว่าค่าเช่าในราคาตลาด

มูลค่าของสิทธิการเช่า เท่ากับมูลค่าปัจจุบันทั้งหมดของกำไรจากการเช่าตลอดอายุสัญญาที่เหลือซึ่งกำไรจากการเช่า เท่ากับ ค่าเช่าในราคาตลาด ลบ ค่าเช่าที่จ่ายตามสัญญา (ผู้เช่าจะได้รับกำไรจากการเช่าก็

⁸¹ PROSPEC APPRAISAL, ‘ประเมินราคาสิทธิการเช่า’

<<https://prospec.co.th/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%84%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%8A%E0%B9%88%E0%B8%B2/>> สืบค้นเมื่อ 23 เมษายน 2566

ต่อเมื่อที่ค่าเช่าในราคาตลาด มากกว่า ค่าเช่าที่จ่ายตามในสัญญา ทั้งนี้การหามูลค่ากำไรจากค่าเช่า(ซึ่งกำไรจากการเช่า เท่ากับ ค่าเช่าในราคาตลาด ลบ ค่าเช่าที่จ่ายตามสัญญา) ทั้งหมดตลอดอายุสัญญาเช่าที่เหลือในสัญญาแล้วนำมาหาเป็นมูลค่าปัจจุบัน โดยวิธี Discounted Cash Flow ซึ่งเป็นวิธีในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่ใช้กับธนาคารพาณิชย์เพื่อพิจารณาการให้สินเชื่อกับลูกค้า หรือมีวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินอีกแบบหนึ่งจากการประเมินมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ คือ การประเมินมูลค่าสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่พิจารณาเป็นโฉนดทั่วไป สามารถประเมินมูลค่าใน 50 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่ากรรมสิทธิ์ ส่วนในเขตเมือง สามารถประเมินมูลค่าใน 80 เปอร์เซ็นต์ของราคาขาย หรือ มูลค่ากรรมสิทธิ์ซึ่งมีวิธีการหาที่เป็นราคาตลาด และค่าเช่าต่อปีเป็นค่าเช่าสุทธิ คูณ 12 เดือน คูณ เปอร์เซ็นต์ที่พิจารณา ส่วนในการหามูลค่ากรรมสิทธิ์ คือ $V = R/I =$ รายเดือน $\times 12$ (เดือน) / (หาร) ผลตอบแทนที่ต้องการ เท่ากับ มูลค่าของกรรมสิทธิ์ เมื่อได้มูลค่าแล้วจึงนำมาประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยนำ มูลค่ากรรมสิทธิ์ / (หาร) 50 หรือ 80 เปอร์เซ็นต์ตามแต่ละเขตพื้นที่จึงได้เป็นมูลค่าทรัพย์สินหรือสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อนำไปพิจารณาสินเชื่อที่นำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้

ตัวอย่างการประเมินมูลค่าทรัพย์สินคือ นายเอ มีที่ดิน 1 แปลงอยู่ในโฉนดทั่วไป และนำไปก่อตั้งทรัพย์สินตามกฎหมายเรียบบรร้อย นายเอจึงต้องการประเมินมูลค่าทรัพย์สินดังกล่าวโดยการหามูลค่ากรรมสิทธิ์ เท่ากับ $10,000 \times 12 / 0.05$ เท่ากับ 2,400,000.00 บาท เป็นมูลค่ากรรมสิทธิ์จึงนำมูลค่าดังกล่าวนี้มาคิดหามูลค่าทรัพย์สินคือ 2,400,000.00 หาร 50 เปอร์เซ็นต์ เท่ากับ 1,200,000.00 เป็นมูลค่าทรัพย์สินหรือสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดิน ธนาคารจึงนำมูลค่าดังกล่าวนี้ไปพิจารณาการให้สินเชื่อและการรับสินทรัพย์ดังกล่าวเป็นหลักประกันการชำระหนี้

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินเป็นสิทธิที่มีมูลค่าในตัวเองและสามารถเปลี่ยนมือได้อย่างคล่องตัว

3.5.3 การทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างหากมีการนำทรัพย์สินไปจำนองไว้กับธนาคารพาณิชย์เพื่อประกันหนี้สินเชื่อ

การทำข้อตกลงในหนังสือสัญญาต่อท้ายสัญญาจ้างเป็นข้อตกลงที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญา คือ ผู้จ้างและผู้รับจ้าง โดยข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงในสิทธิต่าง ๆ หากมีการนำทรัพย์สินหรือสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดไปเป็นหลักประกันในรูปแบบของการจำนองไว้กับธนาคารพาณิชย์เพื่อประกันหนี้สินเชื่อ ซึ่งการจำนองในกรรมสิทธิ์ที่ดินก็มีการทำข้อตกลงในต่อท้ายสัญญาจ้างเพื่อให้ผู้จ้างดูแลรักษาทรัพย์สินที่นำมาจำนอง การขายทอดตลาดในกรณีที่ผู้จ้างไม่ชำระหนี้ และข้อตกลงในส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่นำมาจำนองนั้น ดังนั้นข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างในการจำนองสินทรัพย์ดังกล่าวนี้กับธนาคารพาณิชย์ที่ทั้งสองฝ่ายยินยอมและตกลงทำสัญญากันดังต่อไปนี้

(1) ข้อตกลงการจำนองสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดิน โดยกำหนดถึงวัตถุประสงค์การจำนอง เพื่อประกันหนี้ของตนเองหรือบุคคลอื่น วงเงินจำนอง และทั้งค่าอุปกรณ์ คือ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการ

ชำระหนี้ ค่าธรรมเนียม ค่าเบี้ยประกันภัย ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง ซึ่งข้อความในสัญญาต่อท้ายสามารถกำหนดได้ดังนี้

“ด้วยผู้จำนองเป็นผู้ทรงสิทธิทรัพย์สินที่ดินโฉนดเลขที่..... ได้ตกลงจำนองสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นกับบรรดาสິงปลูกสร้างต่าง ๆ ที่มีอยู่ในที่ดินโฉนดเลขที่.....ในขณะนี้หรือในอนาคตที่จะมีขึ้นต่อไปภายหน้าบนที่ดินรายนี้ทั้งสิ้นไว้แก่ผู้รับจำนอง เพื่อเป็นประกันหนี้สินของ.....ในฐานะลูกหนี้ของผู้รับจำนอง ซึ่งต่อไปในสัญญานี้ จะเรียกว่า “ลูกหนี้” เป็นจำนวนไม่เกิน.....บาท(ตัวอักษร)

ผู้จำนองตกลงจำนองสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่จำนองนี้ไว้เป็นประกันหนี้ของลูกหนี้ที่จะกล่าวต่อไป กับทั้งค่าอุปกรณ์ คือ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการชำระหนี้ ค่าธรรมเนียม ค่าเบี้ยประกันภัย ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง”

(2) ข้อตกลงเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยที่ผู้จำนองยอมเสียให้แก่ผู้รับจำนอง รวมทั้งอัตราดอกเบี้ยในกรณีที่เกิดนัดชำระหนี้

(3) ข้อตกลงในการดูแลรักษาสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดิน และสิ่งปลูกสร้างให้มั่นคงเรียบร้อยปกติดีอยู่เสมอ รวมทั้งถ้ามีเหตุทำให้สิทธิที่นำมาจำนองนี้บุบสลายหรือสูญหายหรือเสื่อมราคา ผู้จำนองต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นกับผู้รับจำนอง

(4) ข้อตกลงที่ผู้จำนองสามารถใช้ประโยชน์ตามสิทธิดังกล่าวได้ตามปกติ โดยไม่ต้องส่งมอบสิทธิหรือทรัพย์สินที่จำนอง เว้นแต่ส่งมอบหนังสือรับรองทรัพย์สินให้ผู้รับจำนองเป็นผู้เก็บรักษาไว้ตามข้อตกลงของธนาคาร

(5) ข้อตกลงที่ผู้รับจำนองจะเรียกให้ชำระหนี้และบังคับจำนองได้ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดเมื่อเห็นว่ามีปัญหาเกิดขึ้นในสิทธิที่นำมาจำนองไว้ และกำหนดเกี่ยวกับการยินยอมให้บังคับขายทอดตลาด

(6) ข้อตกลงในความเสียหายเปล่าของสัญญา ซึ่งมีข้อความกำหนดว่า “ถ้าข้อความใดในสัญญาฉบับนี้กลายเป็นโมฆะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับมิได้ในประการใด ๆ ตามกฎหมาย ให้ข้อความอื่น ๆ ที่เหลืออยู่ในสัญญาฉบับนี้ยังคงชอบด้วยกฎหมาย สมบูรณ์ และใช้บังคับได้ตามกฎหมายและไม่เสื่อมเสียไปเพราะความเป็นโมฆะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับมิได้ของข้อความหรือเอกสารดังกล่าวนี้”

ทั้งนี้ข้อตกลงที่กล่าวมาในข้างต้นนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายในข้อสัญญาไม่เป็นธรรมกับผู้จำนอง และการจำนองต้องจำนองในวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ภายในระยะเวลาที่สิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินยังคงอยู่ไม่เกิน 30 ปีนับแต่วันที่ก่อตั้งสิทธิดังกล่าวนี้

3.5.4 การจดทะเบียนจำนองทรัพย์สิน

การจำนองทรัพย์สินนั้นเป็นการจำนองสิทธิซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับการจำนองสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ที่เมื่อลูกหนี้หลักประกันชนิดชำระหนี้ เจ้าหนี้หลักประกันก็จะบังคับหลักประกัน คือ สิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ มิใช่ตัวกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยปัจจุบันมีการใช้เป็นการทั่วไปซึ่งในทางปฏิบัติการที่ผู้เช่าจะนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกันจะต้องขอความยินยอมจากผู้ให้เช่าก่อนเนื่องจากสิทธิการเช่ามีสภาพความเป็นเฉพาะตัว

อย่างไรก็ดี การทำทรัพย์สินสิทธิ์นั้น คือ การทำสัญญาอย่างหนึ่งที่คู่สัญญามีเจตนาต้องตรงกันในขณะที่ทำสัญญาว่า จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ของทรัพย์สินสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติซึ่งรวมถึงการอนุญาตให้ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ์นำทรัพย์สินสิทธิ์ไปจำนองได้ ดังนั้นจึงไม่ขัดกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เนื่องจากคู่สัญญาได้ให้ความยินยอมไว้ตั้งแต่ขณะทำสัญญาแล้ว นอกจากนี้ในทางปฏิบัติก็มีกระบวนการทางทะเบียนที่รองรับการจำนองสิทธิ์อยู่แล้ว และในแง่ของการบังคับจำนองทรัพย์สินสิทธิ์ยังอาจทำได้สะดวก เนื่องจากทรัพย์สินสิทธิ์เป็นสิทธิ์ที่มูลค่าในตัวเองและสามารถเปลี่ยนมือได้อย่างคล่องตัวจึงสามารถนำออกขายทอดตลาดได้ง่าย⁸²

ทั้งนี้การจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินสิทธิ์สามารถทำได้โดยนำหลักเกณฑ์และขั้นตอนการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ คือ ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ์ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยมีการขอสินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ โดยมีการทำสัญญาเงินกู้เพื่อเป็นเงินทุนในการประกอบกิจการซึ่งเป็นสัญญาประธาน และมีการจำนองเป็นสัญญาอุปกรณ์โดยผู้รับจำนองกับผู้จำนองต้องไปทำนิติกรรม ณ สำนักงานที่ดินเพื่อมีการดำเนินกระบวนการจดทะเบียนนิติกรรมเนื่องจากการจำนองเป็นนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดจะถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ

3.6 ผลตามกฎหมายเมื่อนำทรัพย์สินสิทธิ์ไปจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้

ผลตามกฎหมายเมื่อนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดซึ่งเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นไปจดทะเบียนจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน โดยกำหนดในลักษณะนี้เป็นการนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับที่ไม่มีการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ที่ชัดเจนทำให้กฎหมายต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาพิเคราะห์ถึงขอบเขตถึงการบังคับใช้ที่สิทธิดังกล่าวนี้จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันในรูปแบบของการจำนองได้ ทั้งนี้จึงต้องพิจารณาผลตามกฎหมายเมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับดังนี้

3.6.1. การนำบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจำนองมาใช้บังคับกับการจำนองทรัพย์สินสิทธิ์

ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ์ พ.ศ.2562 กำหนดให้ทรัพย์สินสิทธิ์สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยให้นำบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจำนองมาใช้บังคับจำนองทรัพย์สินสิทธิ์ซึ่งเป็นการจำนองสิทธิ์ในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนด จากที่กำหนดนั้นทำให้สิทธิดังกล่าวนี้เป็นทรัพย์สินสิทธิ์ตามบทกฎหมายของประเทศไทย การจำนองทรัพย์สินโดยทั่วไปในมาตรา 705⁸³ ที่ผู้จำนองจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น การจำนองทั่วไปจึงเป็นการนำกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปจำนอง แต่สำหรับกรณีการจำนองทรัพย์สินสิทธิ์ ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ์ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ มิได้มี

⁸² สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (เชิงอรธร 70)

⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 705.

กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินเป็นแต่เพียงผู้ทรงทรัพย์สินซึ่งมีสิทธิในการใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้น แต่กฎหมายให้อำนาจผู้ทรงทรัพย์สินสามารถนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ ดังนั้นลักษณะของการจำนองทรัพย์สินจึงเป็นการนำสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปจำนอง โดยนำหลักกฎหมายในการจำนองมาบังคับใช้เท่าที่สามารถปรับใช้ได้เท่านั้น

3.6.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนองและผู้จำนองทรัพย์สิน

สิทธิและหน้าที่ของผู้สัญญาจำนองทรัพย์สินที่อ้างอิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจำนองโดยมีบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ เมื่อมีการจดทะเบียนทรัพย์สินอื่นซ้อนการจำนอง และกรณีที่ทรัพย์สินที่จำนองเสื่อมราคาลงจนไม่เพียงพอแก่การประกัน แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติแยกให้เห็นถึงสิทธิหน้าที่เป็นหมวดหมู่ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(ก) สิทธิและหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งจำนอง

(1) สิทธิจำนองเป็นใหญ่กว่าทรัพย์สินอื่นที่จดทะเบียนหลังการจำนอง กล่าวคือ มาตรา 702 วรรคสอง บัญญัติให้ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ แต่ทรัพย์สินบางสิ่งนอกจากมีการจดทะเบียนจำนองแล้วยังมีการจดทะเบียนทรัพย์สินอื่นอีก

(2) ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันทีเมื่อทรัพย์สินซึ่งจำนองสูญหายหรือบุบสลาย มาตรา 723 กล่าวคือ ถ้าเอาทรัพย์สินไปจำนองไว้ปรากฏว่าต่อมาทรัพย์สินนั้นเสียหายเจ้าหนี้มีสิทธิตามมาตรานี้ที่จะฟ้องบังคับจำนองได้ทันที เว้นแต่เมื่อการที่ทรัพย์สินนั้นเสียหายหรือสูญหายไม่ใช่เพราะความผิดของผู้จำนอง และผู้จำนองเสนอที่จะหาทรัพย์สินอื่นมาจำนองแทนหรือเสนอที่จะซ่อมแซมแก้ไขทรัพย์สินนั้นภายในเวลาอันสมควร มาตรานี้ให้สิทธิบังคับจำนองได้ทันทีใน 2 กรณี คือ กรณีแรกทรัพย์สินที่จำนองมีสิ่งเดียวและทรัพย์สินนั้นบุบสลาย เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันทีถ้าไม่เข้าข้อยกเว้นตามข้อความตอนท้ายของมาตรา 723 แต่ถ้าทรัพย์สินที่จำนองซึ่งมีอยู่เพียงสิ่งเดียวนั้นสูญหายไป การจำนองระงับไปเพราะไม่มีทรัพย์สินจำนอง กรณีที่สอง ทรัพย์สินที่จำนองมีหลายสิ่งและบางสิ่งสูญหายหรือบุบสลาย เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที ถ้าไม่เข้าข้อยกเว้นตามข้อความตอนท้ายของมาตรา 723 แต่ถ้าทรัพย์สินจำนองทุกสิ่งสูญหาย การจำนองก็ระงับไปเพราะไม่มีทรัพย์สินจำนองอีกต่อไป

การจำนองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้และต่อมาทรัพย์สินจำนองทั้งหมดสูญหายไป มีผลให้จำนองระงับ เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิฟ้องลูกหนี้ขึ้นต้นได้ตามมูลหนี้ประธาน ส่วนผู้จำนองอาจต้องรับผิดชอบถ้ากรณีต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 218

(3) ผู้จำนองมีสิทธิชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวดได้⁸⁴

(ข) สิทธิและหน้าที่ของผู้สัญญากรณีจำนองประกันหนี้ของบุคคลอื่น

⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 713.

(1) สิทธิของผู้จำนองที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้หรือถูกบังคับจำนอง ในกรณีที่ผู้จำนองเป็นบุคคลที่สาม ไม่ใช่ลูกหนี้ชั้นต้น เมื่อลูกหนี้ชั้นต้นไม่ชำระหนี้ ผู้จำนองอาจเข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้หรือให้เจ้าหน้าที่บังคับจำนอง เมื่อผู้จำนองถูกบังคับชำระหนี้ไปแล้ว⁸⁵

(2) สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้จำนองด้วยกัน กรณีที่มีผู้จำนองหลายรายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกต่าง จำนองทรัพย์สินของตนเป็นประกันหนี้ของลูกหนี้ชั้นต้น สิทธิหน้าที่ระหว่างจำนองด้วยกันแยกพิจารณาเป็น กรณี ที่หนึ่ง ไม่ระบุลำดับการจำนอง⁸⁶ เป็นเรื่องของผู้จำนองและลูกหนี้เป็นคนละคนกัน ผู้จำนองมีหลายคน จำนอง ประกันหนี้รายเดียวกันและไม่ได้ระบุลำดับการจำนองทำให้ความเกี่ยวพันระหว่างผู้รับจำนองหลายคนที่ไม่ได้ ระบุลำดับว่าไล่เบี้ยระหว่างกันไม่ได้ และกรณีที่สองระบุลำดับการบังคับจำนอง⁸⁷ เป็นเรื่องของผู้จำนองและลูกหนี้ เป็นคนละคนกัน ผู้จำนองมีหลายคนจำนองทรัพย์สินของตนประกันหนี้รายเดียวกันและระบุลำดับการจำนอง เอาไว้ทำให้ความเกี่ยวพันระหว่างผู้รับจำนองหลายคนที่ได้ระบุลำดับการจำนองเอาไว้ว่าไล่เบี้ยระหว่างกันได้

(3) ผู้จำนองรับผิดชอบลงหรือหลุดพ้นความรับผิด⁸⁸ เป็นกรณีการนำมาตรา 697 มาใช้บังคับ เรื่องการจำนองโดยอนุโลม คือ ถ้าเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้เป็นเหตุให้ผู้จำนองไม่อาจเข้า รับช่วงสิทธิได้ทั้งหมดหรือบางส่วนในสิทธิการจำนองที่ให้ไว้แก่เจ้าหนี้แต่ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาจำนองเพื่อ ประกันการชำระหนี้นั้น ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเท่าที่ตนต้องเสียหายเพราะการนั้น

(4) ความรับผิดของผู้จำนองที่เป็นบุคคลที่สามที่ไม่ใช่ลูกหนี้ชั้นต้น ย่อมผูกพันเฉพาะทรัพย์สินที่ ระบุไว้ในสัญญาจำนองเท่านั้นที่ต้องชำระหนี้

(5) การฟ้องผู้จำนองที่เป็นบุคคลเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้นต่างกับการฟ้องผู้จำนองที่เป็นบุคคลที่สาม โดยหากผู้จำนองเป็นบุคคลเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้น เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกในการฟ้องบังคับชำระหนี้ไม่ว่าจะในฐานะ เจ้าหนี้สามัญ ฟ้องบังคับจำนอง หรือฟ้องตามพื้นที่นี้ประธานและสัญญาจำนองไปพร้อมกันซึ่งต่างจากที่ผู้จำนอง เป็นบุคคลที่สามจำนองทรัพย์สินของตนเพื่อประกันหนี้ของผู้อื่น ที่ผู้จำนองต้องรับผิดชอบตามสัญญาจำนองที่ยังคง มีหนี้เฉพาะเหนือทรัพย์สินที่เอามาจำนองเท่านั้น⁸⁹

ดังนั้นการนำหลักกฎหมายว่าด้วยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับ ทรัพย์สินสิทธิที่เป็นการจำนองสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ แต่การที่ผู้รับ จำนองจะยอมรับหลักประกันที่เป็นสิทธิดังกล่าวนั้นก็ย่อมต้องพิจารณาว่าจะสามารถเกิดผลบังคับใช้ได้ ในทาง ปฏิบัติมากหรือน้อยเพียงใด กล่าวคือ กลุ่มผู้รับหลักประกัน อย่างเช่น ธนาคารจะยอมรับทรัพย์สินสิทธิเป็น หลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือไม่ หากลูกหนี้จำนองซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิผิมนัดไม่ชำระหนี้ สิ่งที่ธนาคารจะบังคับกับลูกหนี้ได้นั้นจะมีแต่เพียงสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิดังกล่าว

⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 724.

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 725.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 726.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 727 ที่แก้ไขใหม่.

⁸⁹ ปัญหา ถนอมรอด (เชิงอรอด 72) 303-320.

นั้นเป็นสิทธิที่มีระยะเวลาที่จำกัด และธนาคารไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากตัวอสังหาริมทรัพย์ที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินได้⁹⁰

ความยินยอมของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งมีข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับผลใช้บังคับในทางปฏิบัติโดยที่ขอบเขตการใช้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของพระราชบัญญัตินี้ ไม่ได้จำกัดว่าทรัพย์สินจำกัดอยู่เฉพาะการใช้เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมถึงการจดทะเบียนทรัพย์สินสำหรับเพื่อการอยู่อาศัยด้วย และเมื่อพิจารณาในมาตรา 3⁹¹ ที่ให้ความหมาย และในกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ประสงค์จะจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน แต่อสังหาริมทรัพย์นั้นติดจำนองอยู่ กรณีนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองก่อนจึงจะจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินได้⁹² การกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้จำนองก่อนนี้เป็นความเหมาะสมซึ่งในทางปฏิบัติเจ้าหนี้จำนองอาจไม่ยินยอมให้มีการนำอสังหาริมทรัพย์ไปจดทะเบียนเป็นทรัพย์สินได้เนื่องจากอาจส่งผลให้ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันการชำระหนี้ผู้นั้นต้องถูกกระทบกระเทือนโดยการนำไปจดทะเบียนเป็นทรัพย์สินซึ่งอาจส่งผลให้มูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองอยู่ต้องลดน้อยลงได้ ในกรณีนี้อาจทำให้กระทบต่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ที่ประสงค์จะให้สามารถใช้อสังหาริมทรัพย์ให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้มากขึ้น โดยให้นำอสังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนองมาจดทะเบียนเป็นทรัพย์สินได้เช่นกัน⁹³

3.7. การบังคับจำนองกับทรัพย์สิน

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ หรือทรัพย์สินซึ่งจำนองบางสิ่งสูญหายหรือบุบสลายจนไม่เพียงพอแก่การประกันตามมาตรา 723 เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิบังคับจำนองได้ การบังคับจำนองจึงแตกต่างจากการบังคับจำนำ ที่การบังคับจำนำเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินไปขายทอดตลาดได้เลยโดยไม่ต้องไปฟ้องร้อง แต่การบังคับจำนองตามปกติจะต้องฟ้อง การฟ้องบังคับจำนองเดิมมีสองวิธีคือ ฟ้องขอให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ตามมาตรา 728 หรือ เอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิตามมาตรา 729 ทั้งสองวิธีนี้จะต้องฟ้องผู้จำนองเป็นจำเลย ในกรณีที่ผู้จำนองโอนทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกก็ต้องฟ้องบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอนนั้นเป็นจำเลยตามมาตรา 728 คือ ขอให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองมาขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ โดยการบังคับจำนองมีเพิ่มขึ้นอีกวิธีหนึ่ง คือ ให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองนำเงินมาชำระหนี้ได้โดยความยินยอมของผู้จำนอง⁹⁴ ซึ่งจากที่กล่าวมานั้นเป็นการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยที่การบังคับจำนองกับทรัพย์สินที่เป็นกรณีที่ผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาทรัพย์สินที่ผู้จำนองนำมาเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยที่สิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีระยะเวลา

⁹⁰ พิมสิริ วิเศษโอฬารนนท์ (เชิงอรรด 4).

⁹¹ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 3.

⁹² พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 4 วรรคสี่.

⁹³ พิมสิริ วิเศษโอฬารนนท์ (เชิงอรรด 4).

⁹⁴ ปัญญา ถนอมรอด (เชิงอรรด 72) 320.

ที่จำกัด เมื่อระยะเวลาที่ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิลดทอนลงก็ย่อมทำให้สิทธินั้นเสื่อมมูลค่าลงเช่นกัน การนำบทบัญญัติเรื่องการจำนองมาใช้บังคับนั้นต้องนำมาปรับใช้ด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากส่งผลกระทบต่อเอกชน ทั้งฝ่ายผู้รับจำนองที่จะได้รับชำระหนี้เพียงพอและเต็มจำนวนหรือไม่ และผู้จำนองต้องดำเนินการอย่างไรเมื่อสิทธิดังกล่าวถูกบังคับจำนอง และการบังคับจำนองนั้นจะส่งผลกระทบต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือไม่ เหตุนี้จึงนำไปสู่การพิจารณาด้วยบทกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน สิทธิที่ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการและการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ด้วยเช่นกัน

3.7.1 หลักเกณฑ์ในการบังคับจำนองทรัพย์สิน

การบังคับจำนอง หากอ้างอิงตามด้วยบทกฎหมายจะพบว่า การบังคับจำนองปรากฏอยู่ในหมวด 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการบังคับจำนองลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดสัญญาที่ได้กระทำกันไว้ กล่าวคือ หากเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ทำสัญญาจำนองตกลงระยะเวลาชำระหนี้ร่วมกันแล้ว แต่ลูกหนี้ไม่ได้ชำระหนี้ดังกล่าวตามกำหนดนั้น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองลูกหนี้ได้ตามกฎหมาย

โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะส่งหนังสือแจ้งลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 60 วัน นับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับหนังสือดังกล่าว⁹⁵ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง เจ้าหนี้จึงมีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับจำนองลูกหนี้ได้ ซึ่งการบังคับจำนองนั้นสามารถบังคับกับทรัพย์สินได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ การบังคับจำนองทรัพย์สินที่ติดจำนองหลายรายการ และการบังคับจำนองทรัพย์สินหลายอย่างที่มี ประกันหนี้รายเดียว โดยการบังคับจำนองทรัพย์สินทั้งสองลักษณะนั้นมีรายละเอียดดังนี้

(1) การบังคับจำนองทรัพย์สินที่ติดจำนองหลายรายการ กล่าวคือ การบังคับจำนองในลักษณะนี้จะให้สิทธิเจ้าหนี้ผู้รับจำนองในการถือสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น เมื่อลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินดังกล่าวไปจำนองกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนองหลายราย เมื่อถูกศาลสั่งฟ้องบังคับจำนอง เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะมีสิทธิในทรัพย์สินที่เอามาประกันจำนอง โดยถือเอาวันและเวลาจดทะเบียนจำนองเป็นสำคัญซึ่งผู้รับจำนองที่จดทะเบียนก่อนย่อมมีสิทธิได้รับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่จดทะเบียนรับจำนองทรัพย์สินนั้นทีหลัง หมายความว่า หากมีเจ้าหนี้ที่จดทะเบียนรับจำนองยื่นฟ้องบังคับจำนองทรัพย์สินก่อนหน้าเจ้าหนี้คนอื่นหนึ่ง เจ้าหนี้คนนั้นก็จะมีสิทธิบังคับจำนองทรัพย์สินดังกล่าวได้

(2) การบังคับจำนองทรัพย์สินหลายอย่างที่มีประกันหนี้รายเดียว กล่าวคือ การบังคับจำนองในลักษณะนี้จะให้สิทธิการบังคับจำนองทรัพย์สินหลายอย่างตามสมควร เป็นกรณีที่ลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินมากกว่าหนึ่งอย่างมาจดทะเบียนจำนองกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง เมื่อเจ้าหนี้ยื่นฟ้องต่อศาลกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามกำหนดชำระหนี้ก็ย่อมทำได้ โดยเลือกว่าจะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาทรัพย์สินทั้งหมดหรือเอาทรัพย์สินบางอย่างก็ได้ แต่จะเรียกร้องเอาทรัพย์สินมากเกินไปจนเกินความจำเป็นไม่ได้

ดังนั้น หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องการเรียกบังคับจำนองเอาทรัพย์สินทั้งหมดก็ทำได้ โดยต้องให้ลูกหนี้แบ่งจ่ายภาระหนี้ตามสัดส่วนของราคาทรัพย์สินแต่ละอย่าง ส่วนการบังคับจำนองทรัพย์สินบางอย่าง เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ทั้งหมดด้วยทรัพย์สินนั้นก็

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728.

3.7.2 วิธีการในการบังคับจำนองทรัพย์สิน

เมื่อหนี้ประธานถึงกำหนดชำระแล้วและปรากฏว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้หรือลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงินเวลาได้ เจ้าหนี้จึงอาจฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก็ได้ หรือภายหลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระผู้จำนองอาจเริ่มกระบวนการในการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลก็ได้ โดยการบังคับจำนองถือเป็นกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและวางหลักเกณฑ์เอาไว้เพื่อให้มีการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินจำนองอันเป็นหลักประกันได้โดยมีกรณีดังนี้

1) ผู้รับจำนองบอกกล่าวแล้วฟ้องผู้จำนองเพื่อยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง(มาตรา 728)

วิธีการบอกกล่าวบังคับจำนองแก่ลูกหนี้ตามมาตรา 728 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้จำนองทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ของตนเอง แม้กฎหมายจะใช้คำว่า บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ ก็เป็นการบอกกล่าวในฐานะที่ลูกหนี้คนนั้นเป็นผู้จำนอง เพราะเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้ประธานได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว โดยการบอกกล่าวต้องทำเป็นหนังสือส่งไปยังลูกหนี้จะบอกกล่าวด้วยวาจาไม่ได้ หนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองจะต้องกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งไม่น้อยกว่า 60 วัน นับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับหนังสือบอกกล่าว การที่กฎหมายบัญญัติว่า “ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือ และถ้าลูกหนี้ละเลย ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้” การบอกกล่าวบังคับจำนองตามวรรคนี้จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องบังคับจำนอง ถ้าไม่ได้บอกกล่าวหรือบอกกล่าวไม่ชอบ เช่น ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ไม่ได้กำหนดให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่า 60 วัน แม้จำนวนหนี้ไม่มากนัก หรือบอกกล่าวชอบแล้วแต่ยังไม่ครบกำหนดเวลา ผู้รับจำนองยังไม่มีสิทธิฟ้องบังคับจำนอง⁹⁶ และผู้รับจำนองจะฟ้องบังคับจำนองเพื่อเอาทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ก็ได้ หรือผู้รับจำนองซึ่งบอกกล่าวแล้วหรือไม่จะใช้สิทธิในฐานะเจ้าหนี้สามัญฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ประธาน เมื่อชนะคดีแล้วก็มีสิทธินำยึดทรัพย์สินต่าง ๆ ของลูกหนี้ซึ่งรวมทั้งทรัพย์สินที่จำนองมาขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ หากเป็นกรณีที่ผู้จำนองเป็นผู้ซึ่งจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ หรือผู้จำนองเป็นบุคคลที่สาม⁹⁷ และการบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองกฎหมายยังบัญญัติให้บอกกล่าวแก่ผู้รับโอนก่อนตามมาตรา 735 ประกอบกับเหตุผลที่ว่า เจ้าหนี้ฟ้องเพื่อยึดทรัพย์สินจำนองของผู้จำนองที่เป็นบุคคลที่สามไปขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ ทั้งนี้ควรบอกกล่าวให้เขารับก่อน เพื่อเขาจะได้ใช้สิทธิตามมาตรา 724 วรรคหนึ่ง คือ การเข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้เพื่อป้องกันไม่ให้ต้องบังคับจำนอง และตามมาตรา 728 วรรคสองทำให้อาจตีความได้ว่า ผู้รับจำนองต้องส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังผู้จำนองที่เป็นบุคคลที่สามให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรไม่น้อยกว่า 60 วัน แต่กฎหมายยังบัญญัติต่อไปที่สามารถสรุปได้ว่า ผู้รับจำนองจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ถูกต้องตามมาตรา

⁹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 5702/2562.

⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 วรรคสอง.

728 วรรคหนึ่ง และส่งหนังสือบอกกล่าวดังกล่าวให้ผู้จำนองที่เป็นบุคคลที่สามทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันส่งหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ ถ้าผู้รับจำนองไม่ดำเนินการผู้รับจำนองไม่มีสิทธิฟ้องบังคับจำนอง⁹⁸

2) ผู้รับจำนองบอกกล่าวแล้วฟ้องผู้จำนองเพื่อเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุด (มาตรา 729)

การบังคับจำนองที่ฟ้องผู้จำนองเพื่อเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดใช้บังคับได้ทั้งกรณีผู้จำนองเป็นลูกหนี้ชั้นต้นและกรณีผู้จำนองเป็นบุคคลที่สามซึ่งผู้จำนองจะต้องบอกกล่าวบังคับจำนองล่วงหน้า⁹⁹ ที่มีหลักเกณฑ์การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) ลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ยเป็นเวลาถึง 5 ปี โดยหนี้ประธานจะต้องมีการติดดอกเบี้ยกัน, (2) ผู้รับจำนองแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ และ (3) ต้องไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกัน ทั้งนี้ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิตามมาตรา 729 ต่อผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองตามมาตรา 735 ไม่ได้ เพราะผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองมีสิทธิตามมาตรา 738 ที่จะไถ่ถอนจำนองโดยใช้เงินเป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สิน¹⁰⁰

3) ผู้รับจำนองบอกกล่าวแล้วฟ้องผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเพื่อยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง (มาตรา 735)

เมื่อผู้จำนองเอาทรัพย์สินของตนไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ แม้ทรัพย์สินนั้นจะมีภาระจำนอง แต่ผู้จำนองยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นซึ่งยังมีสิทธิที่จะโอนทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลอื่นได้ ผู้ที่รับโอนก็ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยต้องรับภาระจำนองที่ติดมาด้วย การฟ้องบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนนั้น¹⁰¹ที่ผู้รับจำนองประสงค์จะบังคับจำนอง ผู้รับจำนองจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าอย่างน้อย 60 วันโดยไม่ต้องคำนึงว่าหนี้จำนองมีจำนวนมากน้อยเพียงใด และต้องฟ้องผู้รับโอนด้วย มิฉะนั้นจะบังคับคดีแก่ทรัพย์สินที่จำนองไม่ได้¹⁰²

4) ผู้จำนองแจ้งให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดี (มาตรา 729/1)

ตามมาตรา 729/1 เป็นวิธีการบังคับจำนองอย่างหนึ่งที่ผู้จำนองเป็นฝ่ายเริ่ม จึงไม่ต้องมีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา 728 ผู้จำนองตามมาตรา 729/1 จะเป็นผู้จำนองที่เป็นลูกหนี้ชั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้ซึ่งการบังคับจำนองตามมาตรา 729/1 ไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล แต่ทรัพย์สินที่จำนองจะต้องไม่มีจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่จำนองนั้น หลังจากหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ไม่ว่าจะลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้หรือไม่ก็ตาม ผู้จำนองมีสิทธิแจ้งหนังสือไปยังผู้รับจำนองให้ขายทรัพย์สินที่จำนองโดยไม่ต้องฟ้อง

⁹⁸ ปัญญา ถนอมรอด (เชิงอรรถ 72) 321-332.

⁹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728.

¹⁰⁰ ปัญญา ถนอมรอด (เชิงอรรถ 72) 334-336.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 735.

¹⁰² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 823/2519.

ศาล กฎหมายบัญญัติให้แจ้งเป็นหนังสือและผู้รับจำนองต้องดำเนินการขายทอดตลาดภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ ได้รับหนังสือแจ้งนั้น ดังนั้นการแจ้งด้วยวาจาจึงไม่มีผลตามมาตรา¹⁰³

ข้อควรระวังถ้าเป็นกรณีเจ้าหนี้ฟ้องแต่หนี้ประธานโดยไม่มีการบังคับจำนองก็ไม่ต้องบอกกล่าว บังคับจำนองแต่อย่างใด และถ้าข้อตกลงเกี่ยวกับการบังคับจำนองที่ตกลงแตกต่างไปจากมาตรา 728 มาตรา 729 และมาตรา 735 เป็นโมฆะ ตามมาตรา 714/1 เช่น ตกลงว่าให้ฟ้องบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องมีหนังสือ บอกกล่าวก่อน เฉพาะข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ เป็นต้น

จากกรณีตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการจำนองที่นำมาปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน สิทธินั้นสามารถนำวิธีการบังคับจำนองทั้งการยึดทรัพย์สินและนำขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง เพื่อเรียกเอา ทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ และการนำทรัพย์สินขายทอดตลาดโดยไม่ต้องฟ้องต่อศาล กับทรัพย์สินมาใช้บังคับ จำนองกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดได้เช่นกัน จึงเห็นว่าการนำกฎหมายเรื่องการจำนองมาบังคับ กับทรัพย์สินซึ่งสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดหรือทรัพย์สินก็เป็นที่ทรัพย์สินตามนิยามของคำว่า ทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะนำมาใช้บังคับได้ยังไม่ครอบคลุมมากนักแต่ก็สามารถ นำมาบังคับใช้ได้

3.7.3 การขายทอดตลาดโดยคำพิพากษาของศาลอันเนื่องมาจากการบังคับจำนองทรัพย์สิน

การขายทอดตลาด คือ การนำทรัพย์สินไปจำนองกับเจ้าหนี้เพื่อเป็นหลักประกันการกู้ยืม แต่เมื่อ ลูกหนี้ไม่สามารถชำระเงินคืนได้ตามกำหนด ลูกหนี้จึงถูกฟ้องร้องต่อศาลอันเนื่องมาจากการบังคับจำนอง เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองจะนำทรัพย์สินของลูกหนี้ที่นำมาเป็นหลักประกันไว้ไปประมูลขายตามคำสั่งของศาล เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ที่ค้างชำระให้แก่เจ้าหนี้ ส่วนเงินที่เหลือจากการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้เรียบร้อยแล้ว ต้องนำ คืนแก่ลูกหนี้เจ้าของทรัพย์สินนั้นที่ได้ขายไป ทั้งนี้การขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองต้องดำเนินการตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 509 ถึงมาตรา 517 โดยผู้รับจำนองเป็นผู้ขายทอดตลาดจึงต้องห้าม มาตรา 511 ที่จะเข้าสู่ราคา หรือใช้ให้ผู้อื่นผู้ใดเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดที่ตนเป็นผู้ดำเนินการเองแต่มี สิทธิตามมาตรา 513 ที่ถอนทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดในครั้งนั้น ถ้าเห็นว่ารราคาซึ่งมีผู้สูงสุดนั้นยังไม่ เพียงพอ ส่วนผู้จำนองมีฐานะเป็นผู้ขายมีสิทธิเข้าสู่ราคาตามมาตรา 512¹⁰⁴

ดังนั้น การขายทอดตลาดโดยคำพิพากษาของศาลอันเนื่องมาจากการบังคับจำนองทรัพย์สินซึ่ง สิทธิสามารถทำได้อย่างสะดวก เนื่องจากทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะมี ลักษณะเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินก็ตาม แต่สามารถโอนสิทธิเปลี่ยนมือได้ง่ายภายในระยะเวลาที่ การก่อตั้งทรัพย์สินยังคงมีอยู่ และทรัพย์สินยังเป็นสิทธิที่มีมูลค่าในตัวเองจึงมีความคล่องตัวที่สามารถ นำออกขายทอดตลาดได้โดยง่าย¹⁰⁵ ซึ่งเป็นการขายทอดตลาดโดยคำพิพากษาของศาลที่ผู้รับจำนองมีสิทธิ บังคับจำนองตามวิธีการบังคับจำนองตามที่กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้า

¹⁰³ ปัญญา ถนอมรอด (เชิงอรรถ 72) 337-338.

¹⁰⁴ เฟิงอ้าง, 338.

¹⁰⁵ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. (เชิงอรรถ 70)

3.7.4 การจัดสรรสิทธิที่ได้จากการขายทอดตลาดอันเนื่องมาจากการบังคับจำหน่ายทรัพย์สิน

การขายทอดตลาดไม่ว่าจะกระทำโดยคำพิพากษาของศาล หรือเป็นกรณีที่ผู้จำหน่ายหรือเจ้าของทรัพย์สินสมัครใจให้ผู้รับจำหน่ายหรือเจ้าหน้าที่นำทรัพย์สินที่จำหน่ายนำออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่

ดังนั้นการจัดสรรสิทธิที่ได้จากการขายทอดตลาดนั้นสามารถพิจารณาในประเด็นการบังคับจำหน่ายกรณีจำหน่ายทรัพย์สินที่ประกันหนี้หลายราย กล่าวคือ ทรัพย์สินแต่ละสิ่งอาจนำไปจำหน่ายเป็นประกันหนี้หลายรายก็ได้ เมื่อมีหนี้หลายรายหรือมีเจ้าหน้าที่หลายคนและทรัพย์สินที่จำหน่ายอาจจะมีราคาน้อยกว่าจำนวนหนี้ทั้งหมด เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำหน่ายอาจไม่พอชำระหนี้ทุกราย¹⁰⁶ เมื่อผู้รับจำหน่ายประสงค์จะบังคับจำหน่าย การบังคับจำหน่ายสามารถกระทำได้วิธีเดียว คือ การบังคับจำหน่ายโดยการร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งยึดทรัพย์เพื่อนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาด เนื่องจากการบังคับจำหน่ายด้วยการบังคับเอาทรัพย์สินที่จำหน่ายหลุดเป็นสิทธิหรือการบังคับจำหน่ายโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล ต้องไม่มีจำหน่ายรายอื่นเหนือทรัพย์สินนั้น

(1) ลำดับแห่งสิทธิ

กฎหมายกำหนดให้จัดสรรเงินที่ได้จากการบังคับจำหน่ายเอาทรัพย์สินขายทอดตลาดให้แก่ผู้รับจำหน่ายตามลำดับเรียงตามวันและเวลาที่จดทะเบียน โดยผู้รับจำหน่ายคนก่อน จะได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำหน่ายคนหลังตามมาตรา 730 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เหตุผลที่กฎหมายให้ผู้รับจำหน่ายคนก่อนได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำหน่ายคนหลัง เนื่องจากการจำหน่ายในแต่ละคราวจะต้องมีการจดทะเบียนลงในเอกสารสิทธิ ผู้รับจำหน่ายที่จดทะเบียนจำหน่ายภายหลังย่อมรับรู้ถึงการจดทะเบียนจำหน่ายที่มีอยู่ก่อนตน การที่ผู้รับจำหน่ายคนหลังยอมรับทรัพย์สินสิ่งเดียวกันมาประกันนี้ ผู้รับจำหน่ายคนหลังย่อมยอมรับเอาเงื่อนไขว่ามีบุคคลอื่นที่มีสิทธิดีกว่าตน เมื่อนำเงินสุทธิ¹⁰⁷ มาจัดสรรให้แก่ผู้รับจำหน่ายเรียงลำดับแล้ว หากมีเงินเหลืออยู่ก็ส่งมอบให้แก่ผู้จำหน่ายในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพย์สิน¹⁰⁸

(2) การใช้สิทธิบังคับจำหน่าย

การบังคับเอาทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นประกันหนี้หลายรายมีประเด็นสำคัญที่ผู้รับจำหน่ายคนใดมีสิทธิบังคับจำหน่ายก่อนและหลัง โดยเฉพาะกรณีที่มิหนี้หลายรายถึงกำหนดชำระหนี้ไม่พร้อมกัน ซึ่งหลักกฎหมายแพ่งได้กำหนดเรื่องนี้ว่า ผู้รับจำหน่ายคนหลังไม่สามารถบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำหน่ายคนก่อนได้¹⁰⁹ การกำหนดไว้เช่นนี้เพื่อรับรองสิทธิของผู้รับจำหน่ายที่จดทะเบียนก่อน ดังนั้นหากผู้รับจำหน่ายคนหลังจะบังคับจำหน่าย ผู้รับจำหน่ายคนหลังไม่สามารถบังคับจำหน่ายในทางที่ทำให้ผู้รับจำหน่ายคนก่อนต้องเสียหายได้ซึ่งการใช้สิทธิบังคับจำหน่ายในกรณีที่ทรัพย์สินเป็นประกันหนี้หลายรายสามารถแยกได้ 2 กรณีดังนี้

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 730.

¹⁰⁷ เงินสุทธิ หมายถึง เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำหน่ายโดยหักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำหน่ายแล้ว

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 732.

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 731.

2.1. ผู้รับจ้างก่อนบังคับจ้าง กล่าวคือ ผู้รับจ้างก่อนสามารถบังคับจ้างเองกับทรัพย์สินที่จ้างออกขายทอดตลาดได้ทั้งการบังคับแบบปลอดจ้างหรือบังคับแบบติดจ้างของผู้รับจ้างคนหลัง

- การบังคับจ้างแบบปลอดจ้าง คือ การนำทรัพย์สินที่จ้างออกขายทอดตลาดโดยปลอดจ้างทุกราย การบังคับจ้างในลักษณะนี้จะทำให้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดได้รับทรัพย์สินโดยปลอดจ้างใด ๆ และทำให้การจ้างทุกรายระงับสิ้นไป¹¹⁰ การบังคับจ้างโดยวิธีนี้จะทำให้ผู้รับจ้างคนหลังเสียหาย¹¹¹ แต่ทั้งนี้หนี้ประธานและหนี้จ้างแยกออกจากกัน ผู้รับจ้างคนหลังสามารถใช้สิทธิบังคับหนี้ประธานที่มีโดยสละบุริมสิทธิหรือบังคับจ้างเองก็ได้ หากผู้รับจ้างก่อนได้ใช้สิทธิบังคับอย่างเจ้าหนี้สามัญ สิทธิของผู้รับจ้างคนหลังก็ไม่กระทบ และยังสามารถบังคับจ้างเองได้

- การบังคับแบบติดจ้าง คือ การนำทรัพย์สินที่จ้างออกขายทอดตลาดโดยติดจ้างของผู้รับจ้างคนหลังทำให้ผู้ที่ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดต้องรับภาระจ้างของผู้รับจ้างคนหลัง การขายทอดตลาดแบบติดจ้างในลักษณะนี้จะทำให้ราคาที่ได้รับจากการขายทรัพย์สินจะต่ำกว่าราคาที่ได้จากการขายทรัพย์สินแบบปลอดจ้าง เนื่องจากผู้ซื้อทรัพย์สินต้องคำนวณภาระจ้างที่ตกติดบนทรัพย์สินประกอบการตัดสินใจด้วย

2.2. ผู้รับจ้างคนหลังบังคับจ้าง

กรณีนี้ผู้รับจ้างคนหลังประสงค์จะบังคับจ้างซึ่งสามารถทำได้ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องการใช้สิทธิของผู้รับจ้างคนหลังจะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้รับจ้างคนก่อน ทั้งนี้ในการร้องขอให้ศาลสั่งยึดทรัพย์สินที่จ้างเพื่อนำออกขายทอดตลาด ผู้รับจ้างคนหลังต้องขายทรัพย์สินอย่างติดจ้างของผู้รับจ้างคนก่อน¹¹²

ทั้งนี้การจัดสรรสิทธิที่ได้จากการขายทอดตลาดอันเนื่องมาจากการบังคับจ้างทรัพย์สินซึ่งสิทธิที่สามารถนำมาปรับใช้บังคับกับทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดนั้นก็ต้องพิจารณาในเรื่องการจัดสรรสิทธิที่มีผู้รับจ้างหลายรายที่จ้างในทรัพย์สินสิ่งเดียวกันตามที่กล่าวไปแล้วในข้างต้นนั้น ซึ่งหากปรากฏว่าผู้รับจ้างหรือเจ้าหนี้ได้ดำเนินการบังคับจ้างเพื่อนำทรัพย์สินที่จ้างออกขายทอดตลาดแล้ว ก็ต้องมีการจัดสรรสิทธิที่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันสิ่งเดียวกันตามลำดับของการจ้างอ้างอิงตามวันและเวลาที่จดทะเบียนในเอกสารสิทธิ์หรือหนังสือรับรองทรัพย์สินซึ่งการบังคับจ้างนั้นตามกฎหมายแพ่งต้องมีการบังคับจ้างที่ไม่ให้สิทธิของผู้จ้างก่อนส่งผลกระทบหรือเสียไป ส่วนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นของผู้จ้างที่เป็นเจ้าหนี้สามัญไม่สามารถดำเนินการทางศาลเพื่อยึดทรัพย์สินเดียวกันได้ แต่สามารถร้องเข้ามาในคดีที่ผู้รับจ้างฟ้องบังคับจ้าง การร้องเข้ามาในคดีของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744(5).

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1711/2530.

¹¹² นิรุบล เลิศนุวัฒน์, *กฎหมายจ้างและจำนำ* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) 198-206.

ไม่ใช่การขอเฉลี่ยทรัพย์สินเนื่องจากผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ แต่ยังมีสิทธิในการได้รับชำระหนี้เอาจากเงินที่เหลือจากการชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองจึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการเฉลี่ยทรัพย์สินมาใช้บังคับโดยอนุโลม¹¹³

¹¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 326.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2629/2525.

นิลกุล เลิศนุวัฒน์ (เชิงอรรถ 112) 227.

บทที่ 4

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายต่างประเทศที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์

ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นกฎหมายที่อธิบายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ที่ก่อตั้งโดยกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือใหม่ในการกระตุ้นเศรษฐกิจในตลาดอสังหาริมทรัพย์ และเมื่อพิจารณาถึงคำว่าทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ใช้คำภาษาต่างประเทศว่า “RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSET” เป็นคำที่ได้คิดขึ้นมาใหม่ในประเทศไทยและไม่มีคำนี้ใช้ในกฎหมายต่างประเทศจึงเป็นการยากที่จะหาคำอธิบายในกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับกฎหมายฉบับนี้เพราะไม่มีการแปลในภาษาต่างประเทศ ทั้งนี้มีการอธิบายว่าตั้งใจประดิษฐ์คำขึ้นใหม่มาโดยเฉพาะเพื่อไม่ให้เป็นเรื่องการเช่าหรือเรื่องทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อนแล้วนั้น เนื่องด้วยกฎหมายว่าด้วยการเช่าที่มีอยู่ในประเทศไทยมีข้อจำกัดที่ทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าในเชิงเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ และส่วนเรื่องทรัพย์สินนั้นเข้าใจว่าแม้มีบางรูปแบบอยู่ก่อนแล้วแต่ไม่เป็นที่นิยม อาทิ ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น จึงควรเข้าใจว่าเป็นเรื่องใหม่ ดังนั้นจึงได้นำหลักเกณฑ์ลักษณะต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้และอยากให้เป็นตามนั้น คือ ลักษณะของทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ที่คล้ายสิทธิการเช่าแต่มีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบที่มากกว่าสิทธิการเช่า และลักษณะที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เช่นกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมาพิจารณาได้ว่า ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ หรือ Rights over leasehold asset เป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นที่มีลักษณะเป็นสิทธิการเช่าระยะยาวและเป็นทรัพย์สินด้วยเช่นกันซึ่งเป็นคำนิยามศัพท์ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 (RIGHTS OVER LEASEHOLD ASSET ACT B.E. 2562) จากการตรวจสอบพบว่า ในต่างประเทศมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสิทธิการเช่าระยะยาว ที่เรียกว่า “leasehold” ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบ Common law และ “Emphyteusis” หรือ “Emphytéotique” (ภาษาฝรั่งเศส) ของกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil law เป็นเรื่องการเช่ากรณีพิเศษที่ไม่ใช่เรื่องการเช่าธรรมดาแต่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินคือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และในประเทศแคนาดาก็มี Emphyteusis ปรากฏอยู่เช่นกันแม้จะมีระบบกฎหมายแบบ Common law ก็ตาม และท้ายสุดในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังปรากฏสิทธิในลักษณะนี้ที่เรียกว่า “Erbbaurecht” (ภาษาเยอรมัน) ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil law เช่นกัน ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้เช่าในอสังหาริมทรัพย์ (landlord-tenant relationships: tenancy) ได้พัฒนาขึ้นโดยระบบกฎหมายแบบ Common law ในประเทศอังกฤษช่วงยุคกลางที่มีระบบสังคมแบบขุนนางศักดินา (a feudal social order) และมีเกษตรกรรมเป็นปัจจัยหลักในทางเศรษฐกิจ (an agrarian economy) ทำให้ที่ดินเป็นทรัพย์สินที่สำคัญและกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นปัจจัยหลักใน

การกำหนดชนชั้นและฐานะทางสังคมในยุคนั้น ช่วงระหว่างปี 1967 ถึง 2004 ประเทศอังกฤษได้มีการปฏิรูประบบกฎหมายการเช่าและการซื้อขายที่ดินให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น (The modern leasehold system) ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ กฎหมายปฏิรูปสิทธิการเช่า ค.ศ.1967 (The leasehold Reform Act 1967) กฎหมายการเคหะ ค.ศ.1980 และ ค.ศ.1985 (The Housing Acts 1980 and 1985) กฎหมายเจ้าของที่ดินและผู้เช่า ค.ศ.1987 (The Landlord and Tenant Act 1087) กฎหมายปฏิรูปสิทธิการเช่า การเคหะ และการพัฒนาชุมชนเมือง ค.ศ.1993 (The leasehold Reform, Housing and Urban Development Act 1993) กฎหมายกรรมสิทธิ์ร่วมและการปฏิรูปสิทธิการเช่า ค.ศ.2002 (The Commonhold and Leasehold Reform Act 2002) และกฎหมายการเคหะ ค.ศ.2004 (The Housing Act 2004)¹¹⁴ เป็นต้น

Leasehold ในประเทศอังกฤษ คือ การจัดการกรรมสิทธิ์โดยเจ้าของบ้านหรืออาคารโดยไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของที่ดินที่ตนอาศัยอยู่ แต่เป็นการเช่าจากผู้ถือกรรมสิทธิ์ซึ่งการปฏิบัติลักษณะนี้ต้องย้อนกลับไปในยุคศักดินาอังกฤษเมื่อเข้ารับใช้จ่ายเงินให้เจ้าของที่ดินเพื่อสิทธิพิเศษในการอาศัยอยู่บนที่ดินของพวกเขา ถ้าเช่าแผ่นดินไม่ยอมจ่ายค่าหัวทองหรือแกะจำนวนหนึ่งเขาและครอบครัวก็ถูกขับไล่ และในราวศตวรรษที่ 21st บางคนอาจจะไม่ได้รับการเพาะปลูกพืชหรือสัตว์ในนามของเจ้าของที่ดิน Leasehold จึงมีลักษณะเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาวตามกฎหมายอังกฤษ ดังนั้น Leasehold จึงเป็นการให้ใช้ประโยชน์แบบพิเศษที่ให้สิทธิการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมาย ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงและนำ Leasehold ไปจำนองได้ซึ่งต่างจากการเช่าแบบทั่วไปที่เรียกว่า “License” เป็นการเช่าที่มีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิที่ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างจำกัดเท่าที่ได้รับอนุญาต และไม่อาจโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้¹¹⁵ Leasehold จึงเป็นการเช่าที่มีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายไทย

4.1.1 ลักษณะทั่วไป

การเช่าระยะยาว หรือ Leasehold ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษอนุญาตให้บุคคลไม่ว่าจะมีสัญชาติอังกฤษหรือไม่ก็สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ (Freehold) หรือทรัพย์สินต่าง ๆ ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างไม่มีข้อจำกัดซึ่งประเภทของสิทธิในที่ดินตามกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ.1925 (Law of property Act 1925) และ Land Registration Act 2002 ของประเทศอังกฤษสามารถแบ่งสิทธิในที่ดินได้ดังนี้

(1) Freehold

Freehold ก็คือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินผืนหนึ่งโดยไม่คำนึงว่าที่ดินดังกล่าวนั้นจะมีสิ่งปลูกสร้างอยู่หรือไม่ก็ตาม แต่กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดและเป็นทรัพย์สิน (right in rem หรือ real property) เป็นที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ (title) ที่ชัดเจน และสามารถซื้อขายได้ในท้องตลาด (marketable) เจ้าของที่ดินถือเป็นผู้มีสิทธิ

¹¹⁴ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงจรธ 12).

¹¹⁵ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, ‘พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562’

แต่เพียงผู้เดียวอย่างเด็ดขาด(absolute) และไม่มีเงื่อนไข (unconditional) ในที่ดินนั้น และกรรมสิทธิ์นี้ยังสามารถตกทอดไปยังทายาทได้

(2) Leasehold

Leasehold หมายถึง สิทธิการเช่า หรือสิทธิครอบครอง การทำประโยชน์ในที่ดิน (right of possession and use of the land) แต่ไม่รวมถึงกรรมสิทธิ์ (ownership) สิทธิการเช่าที่ดินเป็นสิทธิที่สามารถซื้อขายได้ในท้องตลาด ระบบสิทธิการเช่าจึงประสบความสำเร็จมากในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common law ซึ่งในระยะแรกราคาซื้อที่ดินสิทธิการเช่าระยะยาว (Leasehold) ถูกกว่าการซื้อกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (Freehold) ในขณะเดียวกันก็สามารถให้ค่าเช่าเป็นผลตอบแทนสูงในระดับที่คุ้มค่ามากกว่าการลงทุนประเภทอื่น สิทธิการเช่าสามารถแบ่งออกได้ 4 ประเภท คือ

(ก) Tenancy for a term of years absolute หมายถึง สัญญาเช่าที่มีการกำหนดจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการเช่าไว้ชัดเจน หรือเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาเช่า

(ข) Periodic tenancy หมายถึง สัญญาเช่าที่มีการต่ออายุสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติเมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าที่กำหนดไว้หรือเป็นการต่อสัญญาเช่าโดยปริยาย

(ค) Tenancy at will หมายถึง สัญญาเช่าที่ไม่ได้กำหนดเวลาเช่า และสัญญาเช่าจะมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาไปเรื่อย ๆ จนกว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสดงความประสงค์จะยกเลิกสัญญาหรือกฎหมายกำหนดให้สัญญาสิ้นสุด

(ง) Tenancy at sufferance หรือ hold-over tenancy หมายถึง ช่วงที่ผู้เช่ายังครอบครองที่ดินอยู่ระหว่างสัญญาเช่าหมดลงแล้ว แต่เป็นระยะเวลาก่อนที่ผู้ให้เช่าจะเรียกร้องให้ผู้เช่าออกไปจากที่ดินดังกล่าว ในระยะเวลานี้ผู้เช่าจะต้องจ่ายค่าเช่าตามสัญญาเช่าเดิมด้วยเช่นกัน

Leasehold Property เกิดจากการผสมผสานแนวความคิดของกฎหมายทรัพย์สิน (Property Law) และกฎหมายสัญญา (Contract law) ถึงแม้ว่าสิทธิการเช่าของผู้เช่าจะเป็นบุคคลสิทธิ (right in personam หรือ personal property) แต่ในกรณีที่สิทธิการเช่ามีกำหนดเวลายาวและผู้เช่ามีสิทธิดำเนินการในที่ดินลักษณะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยมีเงื่อนไขหรือเพื่อทำประโยชน์โดยมีการจำกัดระยะเวลาจึงทำให้สิทธิการเช่านั้นมีมูลค่าทางเศรษฐกิจและสามารถนำมาซื้อขายได้คล้ายกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ทั้งนี้ผู้เช่าจะต้องจ่ายค่าเช่า (ground rent) ซึ่งจะจ่ายเป็นก้อนหรือเงินเป็นงวดรายปีหรือรายเดือนก็ได้ตามที่ตกลงไว้กับผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่ายังคงมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินส่วนผู้เช่านั้นจะได้รับสิทธิครอบครอง อยู่อาศัย ใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นแต่เพียงผู้เดียวภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ และสิทธิครอบครองการทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวจะกลับมาเป็นของเจ้าของที่ดินอีกครั้ง (reversion) (reversionary interest) เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาเช่ากับผู้เช่า เจ้าของที่ดินจึงสามารถจะตัดสินใจว่าจะนำที่ดินไปทำประโยชน์อย่างอื่น หรือจะขยายระยะเวลาเช่าให้ผู้เช่าเดิม (lease extension) หรือให้ผู้เช่าคนอื่นเช่าก็ได้

(3) Commonhold

Commonhold หมายถึง กรรมสิทธิ์ร่วมในห้องชุดที่อาคารชุดสามารถแยกการถือกรรมสิทธิ์ออกได้เป็นส่วน ๆ โดยแต่ละส่วนประกอบด้วยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลและกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินส่วนกลาง (Common areas)¹¹⁶

4.1.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าและผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า

เจ้าของที่ดิน (landlord) หรือผู้ให้เช่า (Lessor) จะนำที่ดินของตนให้ผู้อื่นเช่า (tenant หรือ lessee) โดยมีกำหนดวัตถุประสงค์การเช่า สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าและผู้ให้เช่า รวมทั้งระยะเวลาการเช่าไว้ในข้อสัญญาเช่าซึ่งแตกต่างกันออกไปคู่สัญญาอาจกำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้ในข้อสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยก็ได้ โดยที่ข้อสัญญาโดยนัยส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ส่งมอบห้องเช่าในสภาพที่เหมาะสมแก่การเป็นที่อยู่อาศัยของมนุษย์ ผู้ให้เช่ามีสิทธิตรวจตราความเรียบร้อย และมีหน้าที่จัดการดูแลรักษาพื้นที่ส่วนกลาง เป็นต้น

ส่วนผู้เช่ามีหน้าที่จ่ายค่าเช่า (Obligation to pay grounds) มีสิทธิในการครอบครองที่ดินอย่างสงบสุข (right of quiet enjoyment) และถ้ากรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินไปด้วยเหตุใด ๆ และเหตุนั้นทำให้ผู้เช่าสิทธิการเช่าระยะยาวได้รับผลกระทบ ผู้เช่ามีสิทธิในการได้รับเสนอขายเป็นคนแรก ทั้งนี้ยังสามารถสร้างสิ่งปลูกสร้างถาวรในที่ดินที่เช่าโดยไม่ต้องขออนุญาตจากผู้ให้เช่า และสามารถใช้ประโยชน์หรือหารายได้จากสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวได้ สามารถให้เช่าช่วง (sublease) หรือโอนสิทธิการเช่าได้ (assignment)

ทั้งนี้การดำเนินการใด ๆ ของผู้เช่าและผู้ให้เช่าเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินภายในระยะเวลาที่ตนมีสิทธิหากไม่ได้เป็นการรบกวนสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายก็สามารถทำได้ เช่น ผู้เช่าสามารถสร้างภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ในที่ดินของตนได้ภายในระยะเวลาเช่า เช่นนั้นภาระดังกล่าวจะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้ให้เช่าเมื่อได้รับที่ดินคือจากผู้เช่า ซึ่งเป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (ภาษาละติน: *Nemo dat qui non habet*, “บุคคลย่อมไม่อาจให้ในสิ่งที่ตนไม่มี”) บางครั้งเรียกว่า *Nemo dat rule* เป็นภาษิตภาษาละตินทางกฎหมายที่สามารถใช้เป็นหลักในการตัดสินคดีความในกระบวนการยุติธรรม สุภาษิตนี้มี ความหมายว่า การซื้อกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินจากผู้ซึ่งไม่ได้มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินนั้นทำไม่ได้ และหากมีผู้ที่ซื้อไปก็ไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันนั้นเช่นกัน กฎตรงนี้ทำให้ผู้ที่ซื้อไม่สามารถทราบได้ว่า ผู้ที่จะขายมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยสุจริต (bona fide) หรือไม่ ซึ่งหลักการส่วนใหญ่จะกำหนดไว้ใน The Landlord and tenant (Covenants) Act 1995

4.1.3 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold mortgage financing) และนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ (Floating Charge)

การนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ (Collateral) สามารถนำมาเป็นหลักประกันโดยการจำนองหรือนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของประเทศอังกฤษที่พัฒนามาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี Common Law และ Equity ของอังกฤษ ตามหลักกฎหมายของอังกฤษ

¹¹⁶ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 12).

แบ่งการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญาซึ่งมีด้วยกัน 4 แบบ คือ จำนำ (Pledge) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (Contractual lien) จำนอง (Mortgage) และชาร์จ (Charge)¹¹⁷ ซึ่งผู้วิจัยได้นำเรื่องการ จำนอง (Mortgage) และชาร์จ (Charge) มาอธิบายพอสังเขปดังนี้

4.1.3.1 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการ จำนอง (Leasehold mortgage financing)

การนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกัน (Collateral) โดยการ จำนองตามกฎหมายอังกฤษสามารถทำได้เช่นเดียวกับการนำกรรมสิทธิ์เด็ดขาด (Freehold) ไป จำนองที่มีผลได้ตามกฎหมาย ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การ จำนองตามกฎหมาย (legal mortgage หรือ legal charges) และการ จำนองตามหลักความเป็นธรรม (equitable mortgage) ซึ่งโดยหลักทั้งกรรมสิทธิ์ และสิทธิการเช่าสามารถนำไปเป็น หลักประกัน จำนองได้ซึ่งลักษณะของสิทธิการเช่าในการนำไปเป็นหลักประกันโดยการ จำนองต่างจากลักษณะของกรรมสิทธิ์เนื่องจากสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินที่สูญเสียมูลค่าไปพร้อมกับระยะเวลา (Wasting Asset) ที่จะลดมูลค่าลงเรื่อย ๆ เมื่อระยะเวลาในสัญญาเช่าลดลงจนเป็นศูนย์ เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดระยะเวลาลง ผู้ จำนอง และผู้รับ จำนองจะต้องรู้ว่าสิทธิการเช่าดังกล่าวนั้นเหลืออยู่อีกเท่าใดเพื่อจะได้คำนวณมูลค่าของสิทธิการเช่าได้อย่างถูกต้อง

การผิดสัญญาเช่าที่ดินส่งผลกระทบต่อสัญญาเงินกู้ที่สิทธิการเช่าเป็นประกัน และในทางกลับกัน การผิดสัญญาเงินกู้ก็ส่งผลกระทบต่อสัญญาการเช่าที่ดินด้วยเช่นกัน ดังนั้นในกรณีที่มีการจัดทำสัญญาเงินกู้ คู่สัญญา มักจะใส่ข้อสัญญาพิเศษไว้ในสัญญาหรืออาจทำเป็นสัญญาแยกออกมาอีกฉบับหนึ่งต่างหาก ระบุสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาและจัดเก็บทรัพย์สินสิทธิและสิทธิยึดหน่วงต่าง ๆ เพื่อตกลงกันเป็นการล่วงหน้าในการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น¹¹⁸

4.1.3.2 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจ (Floating Charge)

การนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามหลักกฎหมายอังกฤษมีลักษณะคล้ายกับ ชาร์จ (Charge) โดย Henry Campbell Black ผู้ก่อตั้ง Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า Charge หมายถึง “การก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินประเภทหนึ่ง” หรืออาจสรุปได้ว่า Charge คือ หลักประกันการชำระหนี้ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ลูกนำมาเป็นประกัน Charge สามารถแบ่งออกเป็น 2 แบบ คือ Charge ที่เกิดมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เรียกว่า “Legal Charge” ที่เกิดจากหลัก Equity เรียกว่า “Equitable Charge” โดย 1) Legal Charge ที่เกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษ แม้ว่าประเทศอังกฤษจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common

¹¹⁷ ‘มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามระบบกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ’ <<http://dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/4862/8/8-%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%203.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

¹¹⁸ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 12).

Law System) ก็ตาม แต่ก็ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏอยู่ด้วย ซึ่ง Charge ประเภทนี้เป็นกรณีที่คู่สัญญาแสดงเจตนาที่จะสร้างหลักประกันตามกฎหมาย ระเบียบที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยที่ Charge ลักษณะนี้จะสร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในทันทีจึงมีลักษณะคล้าย Legal Mortgage และ 2) Equitable Charge เป็น Charge ที่เกิดจากหลัก Equity ของอังกฤษ หมายถึง การสร้างหลักประกันที่ไม่มีรูปแบบกำหนดไว้โดยคู่สัญญาได้แสดงเจตนาที่จะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันนี้ซึ่งเจ้าหนี้จะยังไม่มียุติในทรัพย์สินประกันตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรคล้ายกับการจำนองที่ไม่ได้ทำตามแบบ โดยผู้ที่มีหลักประกันแบบ Equitable Charge จะต้องมายื่นคำขอต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้โดยการขายทรัพย์สินประกันหรือแต่งตั้ง Receiver ได้ด้วยตนเอง ซึ่ง Equitable Charge จะเป็นการประกันที่ก่อให้เกิดการติดพันตัวทรัพย์สิน (Encumbrances)

ในส่วนของ Equitable Charge จะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Fixed Charge เป็นการประกันหนี้ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงกันไว้ให้ใช้ทรัพย์สินที่ระบุไว้เฉพาะเจาะจงเป็นหลักประกันซึ่งภาระติดพันตัวทรัพย์สินจะเกิดผูกพันตัวทรัพย์สินประกันและมีผลต่อคู่สัญญาในทันทีที่มีการตกลงทำสัญญาหลักประกันในทันทีที่ลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกัน และไม่สามารถจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ และอีกหนึ่งประเภทที่มีลักษณะคล้ายกับการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย คือ Floating Charge หรือ หลักประกันลอย ตามพระราชบัญญัติ Company Act ไม่ได้กำหนดถึงความหมายและลักษณะของ Floating Charge ไว้แต่อย่างใด แต่แนวความคิดและพัฒนาการของ Floating Charge นั้นมีจุดกำเนิดมาจากความคิดเห็นของผู้พิพากษาในคดีต่าง ๆ ของศาลประเทศอังกฤษ เช่น

คดี Lillingworth V. Houldsworth (1948 A.C. 355 at 338) The Earl of Halsbury L.C. ได้แสดงความคิดเห็นไว้ในคดีนี้สรุปสาระสำคัญว่า “ทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกันหนี้แบบ Floating Charge มีขอบเขตกว้างครอบคลุมทรัพย์สินเกือบทุกประเภทของบริษัท รวมถึงทรัพย์สินไม่มีตัวตนด้วย”

คดี Burckly LJ ใน Evans V. Rivel Granite Quarries Ltd. ได้อธิบาย “Floating Charge ไม่ใช่หลักประกันในอนาคตเป็นหลักประกัน ซึ่งมีผลต่อทรัพย์สินของบริษัทโดยตรงรวมทั้งเป็นหลักประกันที่มีความลอยตัวไม่ใช่การจำนองทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง (Fixed Mortgage) บวกกับอนุญาตให้ผู้จำนองสามารถขายทรัพย์สินได้ในทางธุรกิจ แต่เป็นการจำนองลอยตัว (Floating Mortgage) ซึ่งปรับใช้กับทุกอย่างที่รวมอยู่ในหลักประกันแต่จะไม่กระทบต่อวัตถุใดจนกระทั่งเกิดการกระทำของผู้รับหลักประกันทำให้ทรัพย์สินนั้นถูกแปลงสภาพกลายเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge” จากคำพิพากษาในข้างต้น จะเห็นได้ว่า ลูกหนี้มีสิทธิใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแบบ Floating Charge และหลักประกันลอยนั้นสามารถครอบคลุมทรัพย์สินในระบบที่ต้องมีวิธีการพิเศษ เช่น เรือ ที่ดิน อากาศยาน แต่ต้องจดทะเบียนทรัพย์สินนั้นโดยวิธีตามแบบที่กฎหมายกำหนด

โดยการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติของศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งลักษณะสำคัญของ Floating Charge คือ หลักประกันที่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในอนาคตที่ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินได้ตามปกติ การก่อหลักประกันต้องมีการจดทะเบียนเพื่อที่สาธารณชนจะ

สามารถตรวจสอบได้อย่างชัดเจน เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้เอาทรัพย์สินประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญ วิธีการในการบังคับหลักประกันนั้นสามารถทำได้โดยการตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver)

การจดทะเบียนการใช้หลักประกันแบบ Floating Charge ซึ่งในกฎหมายของอังกฤษนั้นได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนหลักประกันตามพระราชบัญญัติ (Company Act 1985) แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1989 มาตรา 395 กำหนดไว้สำหรับรายการต่าง ๆ ของชาร์จ (Charge) ที่บริษัทได้ก่อขึ้น ซึ่งจะต้องจดทะเบียนตามตามมาตรา 395 และกำหนดไว้ในมาตรา 369(1)¹¹⁹ ซึ่งได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ภายใน 21 วัน นับแต่วันก่อให้เกิดหลักประกันหรือวันที่เข้าถือครองสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและในการจดทะเบียนนั้นนายทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐานว่า บริษัทได้จดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้แล้ว ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนึ่งเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้¹²⁰

4.1.4 การบอกล้างนิติกรรมในกรณีล้มละลาย โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

ประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลทางด้านกฎหมายล้มละลายมาจากกฎหมายโรมัน ได้มีการตรากฎหมายล้มละลายฉบับแรกขึ้นในปี ค.ศ.1283 โดยมีแนวคิดในการติดตามเอาทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อมาชำระหนี้ด้วยวิธีการลงโทษทางอาญาที่จะลงโทษลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว หากไม่มีทรัพย์สินเพียงพอชำระหนี้ก็ให้ลงโทษจำคุกลูกหนี้จนกว่าชำระหนี้ เรียกกฎหมายในยุคแรกนี้ว่า “ระบบลงโทษ” ซึ่งการมีหนี้สินล้นพ้นตัวจึงไม่ต่างจากการเป็นอาชญากร ต่อมาในปี ค.ศ.1542 ได้มีการตรากฎหมายล้มละลายที่แท้จริงขึ้นเป็นครั้งแรก มีการบัญญัติ “การกระทำอันเป็นบุคคลล้มละลาย” ใช้บังคับ ทำให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายและออกจากระบบเศรษฐกิจการค้าอย่างถาวร จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1883 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายล้มละลาย เรียกว่า “Bankruptcy Act 1883” ที่มีแนวคิดเน้นมาตรการให้ความร่วมมือของลูกหนี้ในกระบวนการเข้ามาบริหารจัดการดูแลกองทรัพย์สินของลูกหนี้เอง แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างลูกหนี้ที่ล้มละลายโดยสุจริตและลูกหนี้ที่ล้มละลายโดยทุจริต ต่อมาปี ค.ศ.1986 ประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้กฎหมายล้มละลาย ชื่อว่า “The Insolvency Act 1986” โดยมีการเพิ่มหลักการตามแนวคิดให้โอกาสแก่ลูกหนี้¹²¹

การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ เมื่อศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการรวบรวม จำหน่ายทรัพย์สินและแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของ

¹¹⁹ Company Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989, section 396 (1).

¹²⁰ ‘มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามระบบกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ’ (เชิงอรธ 117).

¹²¹ ‘กฎหมายล้มละลายของต่างประเทศและประเทศไทย กรณีการร้องขอและการดำเนินกระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้บุคคลธรรมดา’

<<http://www.dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/8472/6/7.%20E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%203.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

ลูกหนี้ตลอดเวลาที่ลูกหนี้ยังคงอยู่ในกระบวนการล้มละลาย และยังมีอำนาจเพิกถอนการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ไม่สุจริตได้ ซึ่งเมื่อปรับกับข้อเท็จจริงที่ลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินที่มีการก่อตั้งสิทธิการเช่าระยะยาวมาเป็นหลักประกันจากกรณีนี้ถ้าต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้เช่าย่อมได้รับการเสนอขายทรัพย์สินชิ้นนี้เป็นคนแรกเพื่อได้รับการพิจารณาก่อนมีการเพิกถอนนิติกรรมใด ๆ

4.1.5 การเวนคืนที่ดินที่มีสิทธิการเช่า ตามกฎหมายการเวนคืนที่ดิน

กระบวนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยได้มีการพัฒนาต่อเนื่องมาเป็นลำดับ เริ่มตั้งแต่ในสมัยราชวงศ์ทิวเดอร์ ภายใต้แนวคิดที่ว่า “ทรัพย์สินของบุคคลย่อมไม่สามารถถูกลิดรอนโดยไม่ชอบธรรม โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้นหรือจากองค์กรที่เป็นผู้แทนของบุคคลนั้น” เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ให้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประชาชนซึ่งกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับ รัฐสภาของประเทศไทยเห็นว่าจะเป็นการสะดวกมากกว่าถ้าจะได้นำหลักเกณฑ์การใช้อำนาจเวนคืนในกฎหมายหลายฉบับมากำหนดเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการทั่วไปไว้ในกฎหมายฉบับเดียว จึงได้ตราพระราชบัญญัติ Land Clause Act 1845 เป็นกฎหมายกลางเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเวนคืน และเชื่อมโยงไปใช้บังคับกับกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจเวนคืนฉบับต่าง ๆ เว้นแต่กฎหมายพิเศษนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเฉพาะไว้แล้ว โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าทดแทนความเสียหาย ที่จะได้รับการเยียวยาในกรณีต่าง ๆ ไว้ด้วยวิธีการประเมินค่าทดแทน

กฎหมายเวนคืนของประเทศไทยอยู่ในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งปัจจุบันมีอยู่หลายฉบับที่ได้แก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมจาก Land Clauses Act 1845 ได้แก่ The Compulsory Purchase Act 1965 คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับคำสั่งซื้อที่ดินเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการเวนคืนที่ดิน โดยคำสั่งดังกล่าวจะกำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืน (Compulsory Purchase Order หรือ CPO) ซึ่งจะมีแผนที่ที่ดินที่จะต้องเวนคืนแนบไว้ด้วย แล้วนำสำเนาคำสั่งและแผนที่ไปปิดประกาศ ณ สถานที่ที่กำหนด เช่นที่ทำการผู้มีอำนาจเวนคืน บริเวณท้องที่ซึ่งที่ดินตั้งอยู่ และต้องจัดพิมพ์คำสั่งในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นด้วย เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้าตรวจสอบ Purchase (Vesting Declarations) Act 1981 ที่ใช้บังคับในขั้นตอนการจัดให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน¹²²

4.2 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่มีใช้ระบบกฎหมายสองระบบ คือ ระบบกฎหมาย Common law ที่ให้น้ำหนักในการปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาที่มีมาแต่ก่อนหรือที่เรียกว่าบรรทัดฐานของกฎหมาย (Precedent) ด้วยเหตุผลที่ว่า คำพิพากษาเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of law) ซึ่งส่วนใหญ่ใช้ระบบ

¹²² ปราโมทย์ สุวรรณแก้ว, ‘ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับราคาลดลงของที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559) 34-36.

กฎหมายจารีตประเพณีและได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ ยกเว้นมลรัฐเดียวคือ Québec (ควิเบก) ที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศสที่เป็นต้นกำเนิดของประชากรส่วนใหญ่ของมลรัฐนี้ ซึ่งศาสตราจารย์ Brierley ได้ตรวจสอบคุณสมบัติหลักของกฎหมายแพ่งในประเทศแคนาดาได้กล่าวถึงกฎหมายแพ่งในฐานะที่เป็นประมวลกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี และประมวลกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะในรัฐควิเบก (Québec) ตลอดจนทฤษฎีต่างๆ โดยกฎหมายแพ่งของประเทศแคนาดานั้นมีการแยกกฎหมายจากขอบเขตของทรัพย์สินซึ่งแนวคิดพื้นฐานไม่ได้แสดงออกในแง่ของการครอบครองที่ดินแต่ในประเภทแนวคิดแบบโรมันนิยมจึงไม่มีการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นลักษณะตามความเป็นจริง(real) และลักษณะส่วนบุคคล (personal) ไม่มีแนวคิดเรื่องที่ดินและไม่มีแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือหรือความยุติธรรมตามที่เข้าใจในหลักกฎหมายทั่วไป แต่มีแนวคิดของทรัพย์สินสิทธิ(real rights) ที่เป็นสิทธิในทรัพย์สินที่เรียกว่าผลประโยชน์ภายใต้กฎหมายทั่วไป และบุคคลสิทธิ(personal rights) แทน ซึ่งในปัจจุบัน รัฐควิเบก (Québec) มีประมวลกฎหมายแพ่งสองฉบับ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งของแคนาดาตอนล่างที่สืบมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1866 และประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐควิเบกตั้งแต่ปี ค.ศ.1981 โดยมีการปฏิรูปในภาพรวมของกฎหมายซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งของแคนาดาตอนล่างมีการแบ่งออกเป็นหมวดหมู่หรือบรรพ (Book) ที่มีการเรียงลำดับความทางกฎหมายตามวิวัฒนาการของธรรมชาติคล้ายๆ กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ดังนั้น บรรพ 1 (Book First) ที่ระบุเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลและความสัมพันธ์ภายในครอบครัว, บรรพ 2 (Book Second) ระบุเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินของตนเองและสิทธิที่มีมูลค่าเกี่ยวข้องกับสิ่งของหรือความเป็นเจ้าของ และการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ของทรัพย์สิน, บรรพ 3 (Book Third) ระบุวิธีการเกี่ยวกับการได้มาและการโอนสิทธิ ภาระหน้าที่ และสิทธิในทรัพย์สิน(ทรัพย์สินสิทธิ) และบรรพ 4 ใช้สำหรับกฎหมายการค้า ไม่นานหลังจากปี ค.ศ.1866 บางส่วนของกฎหมายนี้จะตกอยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐแคนาดาซึ่งบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ.1867 ตามคำแถลงของกฎหมายแพ่ง¹²³

กฎหมายแพ่งในรัฐควิเบก (Québec) มีแนวคิดบางประการที่เกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายว่าเป็นระบบแบบผสมผสานในกฎหมายว่าด้วยเรื่องของทรัพย์สินและสิทธิพลเมือง กล่าวคือ นิติสัมพันธ์ของบุคคลระหว่างกัน Québec Civil law มีต้นกำเนิดมาจากประเทศฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่และมีการผสมผสานในหลักกฎหมายเอกชน Québec Civil law ยังเป็นแรงบันดาลใจของอังกฤษ ซึ่งประเทศแคนาดามีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินซึ่งมีบัญญัติตาม Civil Code of Québec และลักษณะของการใช้ประโยชน์ที่ดินที่เรียกว่า Emphytéotique เป็นลักษณะของสิทธิการเช่าชนิดพิเศษที่มีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน

¹²³ John E.C. Brierley, 'The Civil law in Canada'

<https://heionline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/lj84&id=169&men_tab=srchr esults> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

4.2.1 ลักษณะทั่วไป

emphytéotique ในประเทศแคนาดามีสิทธิเหนือพื้นดินที่เป็นการแก้ไขปัญหาราคาที่ดินที่สูงสำหรับผู้ประกอบการและเป็นทางเลือกที่ให้เอกชนเลือกปฏิบัติได้แทนการเช่าแบบ emphytéotique ซึ่งสิทธิเหนือพื้นดินนี้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายอนุวัติทั่วไป (set out at articles 413 et seq. C.C.) ซึ่งส่งผลให้บุคคลที่เป็นเจ้าของสิ่งของที่ตั้งอยู่บนหรือใต้ที่ดินของผู้อื่น เจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ภายใต้สิทธิเหนือพื้นดินนี้เรียกว่า “tréfoncier” และเจ้าของสิ่งที่ได้รับประโยชน์จากสิทธิเหนือพื้นดินนี้เรียกว่า “superficiary” (superficiaire) โดยมีลักษณะการเช่าเป็นสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง หรือเป็นการจำยอมของสิ่งเหนือพื้นดินที่มีลักษณะให้ผู้เช่าหรือผู้ได้รับสิทธิมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับสิทธิภายใต้ข้อสัญญาและภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งสิทธิเหนือพื้นดินไม่ได้ระบุไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐควิเบก (Civil Code of Québec) แต่เป็นเพราะถ้อยคำในมาตรา 415 C.C. และเดิมมาตรา 521 C.C. ตามที่ตีความตามหลักกฎหมายและทฤษฎี มาตรา 415 C.C. เกี่ยวข้องกับสิทธิภาคยานุวัติในส่วนของสิ่งก่อสร้างขึ้นในหรือภายใต้ทรัพย์สิน¹²⁴ โดยสัญญาเช่าแบบ emphytéotique เป็นสัญญาเช่าที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยเสียค่าตอบแทนและสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมตกเป็นสิทธิแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าแล้วซึ่งอาจมีได้ตั้งแต่ 10 ปี ถึง 100 ปี และผู้เช่ามีสิทธิสร้างสิ่งปลูกสร้าง ซ่อมแซมสิ่งปลูกสร้าง โดยสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของผู้เช่าภายในระยะเวลาเช่า ทั้งยังสามารถโอนสิทธิของตนไปให้ผู้อื่นได้ รวมทั้งตกทอดเป็นมรดกได้¹²⁵ emphytéotique ในประเทศแคนาดายังมีบัญญัติตาม Civil Code of Québec, article 1195¹²⁶ emphyteusis เมื่อได้มอบสิทธิใช้สอย (usus) และสิทธิได้ดอกผล (fructus) และสิทธิจำหน่ายบางส่วนให้แก่ผู้ทรงสิทธิดังกล่าวไปแล้ว จึงมีผลเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 1119 โดยเป็นสิทธิที่มีผลบังคับแก่บุคคลทั้งโลก¹²⁷

สัญญาเช่าแบบ Bail emphyteusis เป็นสัญญาเช่ากรณีพิเศษและสัญญาเช่าแบบ Bail Ordinaire เป็นสัญญาเช่าแบบทั่วไปสามารถอธิบายได้ตามคดี St-Lawrence Warehouse Inc. v. Canadian National Railway Company [1973] C.A. 221 ซึ่งได้อธิบายเกี่ยวกับสัญญาเช่าทั้งสองประเภท โดยที่การเช่าแบบ Bail Ordinaire เป็นการเช่าในลักษณะที่ผู้เช่าไม่มีสิทธิโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงสิทธิทั้งหมดภายใต้ข้อตกลงในสัญญา

¹²⁴ Right of Superficies is not specifically dealt with anywhere in the Civil Code of Québec. Instead it owes its existence to the wording of articles 415 C.C. and former article 521 C.C. as interpreted by the jurisprudence and the doctrine. Article 415 C.C. deals with the right of accession with respect to things constructed on or under property.

¹²⁵ Norbert Sporns, ‘Alternatives to Emphyteusis [article]’ <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/revnt83&div=12&start_page=123&col_lesson=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> สืบค้นเมื่อ 4 มีนาคม 2566.

¹²⁶ Le Code civil du Québec (C.c.Q.) définit ce qu’est l’emphytéose : 1195.

¹²⁷ L’emphytéose implique celui qui bénéficie du droit d’utiliser un immeuble appartenant à autrui – l’emphytéote – et le propriétaire de l’immeuble.

โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าไม่ได้ แต่สัญญาเช่าแบบ Bail emphyteusis เป็นสัญญาที่มีลักษณะที่เจ้าของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างสามารถโอนสิทธิของตนไปให้ผู้อื่นได้ โดยผู้เช่าเป็นผู้รับผิดชอบในการปรับปรุงหรือซ่อมแซมอาคาร และอนุญาตให้ผู้สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ที่ไม่ส่งผลกระทบต่อทั้งองค์ประกอบสำคัญของสัญญาและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งสัญญาแบบ emphyteusis ผู้เช่ามีสิทธิในทรัพย์สินที่แท้จริง ในทางกลับกันผู้เช่าในสัญญาเช่าธรรมดาทั่วไปเป็นเพียงผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์หรือ “jus ad rem” การเช่าแบบ emphyteusis ต้องเป็นการเช่าที่เกินกว่า 9 ปี จึงเป็นการเช่าระยะยาว โดยเฉพาะการเช่าในลักษณะนี้ผู้เช่ายังสามารถโอนสิทธิหรือนำไปจำนองเพื่อเป็นหลักประกันได้ซึ่งสัญญาเช่าทั่วไปไม่สามารถทำได้¹²⁸ จะเห็นได้ว่า emphyteusis ในประเทศแคนาดามีลักษณะใกล้เคียงกับประเทศฝรั่งเศสเพราะได้รับอิทธิพลทางด้านกฎหมายมาจากประเทศฝรั่งเศสด้วยเช่นกัน จึงทำให้สัญญาเช่าแบบ emphyteusis มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันและยังใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ด้วยเช่นกัน

4.2.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าและผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า

จากที่กล่าวไปข้างต้นนั้นสิทธิการเช่าระยะยาวตามกฎหมายของประเทศแคนาดานั้นมีลักษณะคล้ายกับประเทศฝรั่งเศสเพราะได้รับอิทธิพลทางด้านกฎหมายมาด้วย ทำให้ประเทศแคนาดามีลักษณะการเช่าแบบ emphyteusis หรือ emphytéotique ซึ่งมีบัญญัติตาม Civil Code of Québec, article 1195 emphyteusis เมื่อได้มอบสิทธิใช้สอย (usus) และสิทธิได้ดอกผล (fructus) และสิทธิจำหน่ายบางส่วนให้แก่ผู้ทรงสิทธิดังกล่าวไปแล้ว จึงมีผลเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 1119 เป็นสิทธิที่มีผลบังคับแก่บุคคลทั้งโลก จึงเห็นได้ว่า สัญญาเช่าแบบ emphytéotique เป็นสัญญาเช่าที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ภายในกำหนดระยะเวลา โดยที่ผู้เช่าสามารถสร้างสิ่งปลูกสร้าง ซ่อมแซม และยังมีสิทธิโอนสิทธิของตนไปให้บุคคลอื่น รวมทั้งตกทอดเป็นมรดกได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ในประเทศไทย

สัญญาเช่าระยะยาวในประเทศแคนาดามีความแตกต่างจากสัญญาแบบธรรมดาที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือที่ดินที่ให้ผู้เช่า หรือที่เรียกว่าสัญญาเช่าระยะยาวซึ่งเป็นสิทธิที่แท้จริงในทรัพย์สิน สิทธิที่แท้จริงนี้ทำให้ผู้เช่ามีโอกาสมากมาย ในการโอนสิทธิ การจำนอง ให้เช่าช่วง ปรับเปลี่ยน ฯลฯ หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้เช่าไม่มีสิทธิในการขายทรัพย์สิน แต่ผู้ให้เช่าอนุญาตให้ผู้เช่าครอบครองทรัพย์สินและใช้ทรัพย์สินเพื่อแลกกับการชำระเงินในรูปแบบของค่าธรรมเนียมหรือค่าเช่าให้แก่ผู้ให้เช่าตามระยะเวลาที่กำหนด¹²⁹ จึงเห็นได้ว่า

¹²⁸ Pierre CIOTOLA, ‘BAIL EMPHYTEOTIQUE OU BAIL ORDINAIRE (St-Lawrence Warehouse Inc. v. Canadian National Railway Company [1973] C.A. 221.)’ <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/revjurns7&div=44&id=603&collection=journals&pp=y&index=>> สืบค้นเมื่อ 25 กุมภาพันธ์ 2566.

¹²⁹ GUIDE IMMOBILIER. ‘Tout savoir sur le bail emphytéotique’ <<https://homki-immobilier.com/guide-immobilier/tout-savoir-sur-le-bail-emphyteotique-496>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

สัญญาเช่าแบบระยะยาวเป็นสัญญาที่แยกที่ดินออกจากสิ่งก่อสร้างและเปลี่ยนให้ผู้เช่ามีลักษณะเสมือนเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

ผู้ให้เช่ามีอิสระในการที่จะยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนอที่ผู้เช่าเพิ่มเงื่อนไขในสัญญาที่เกี่ยวกับการจ่ายค่าเช่าได้ และถ้ามีการละเมิดสัญญาเช่าสามารถยกเลิกสัญญาได้ ในทำนองเดียวกันการยกเลิกสัญญานั้นอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ให้เช่าเห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นต่อทรัพย์สินระหว่างการเช่า แต่ก็ยังมีข้อเสียเมื่อสัญญาส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับชุมชน ศาสนา และสาธารณชนที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์รวมถึงผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ หลังจากสามารถสร้างอาคารสิ่งปลูกสร้างขนาดใหญ่และรับรายได้ต่อปีจากการลงทุน ทำให้มีแนวโน้มที่จะชะลอการลงทุนเมื่อสัญญาครบกำหนดเวลาได้เช่นกันซึ่งจะทำให้มูลค่าของทรัพย์สินลดลง ทั้งนี้ผู้ให้เช่ามีสิทธิที่จะขอยุติการเช่าระยะยาวโดยการพิจารณาคดีได้ 2 กรณี คือ การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา (โดยเฉพาะงานปรับปรุง) และการเสื่อมสภาพของทุนทรัพย์ของผู้เช่า

สำหรับผู้เช่าแม้จะไม่สามารถโอนขายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ แต่ผู้เช่ามีสิทธิที่จะซ่อมแซม พัฒนาปรับปรุงทรัพย์สินโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ให้เช่า สามารถให้เช่าหรือให้เช่าช่วง สามารถนำไปจำนองชำระค่าเช่า ชำระภาษีสิ่งปลูกสร้าง และสามารถใช้จ่ายประโยชน์ในทรัพย์สินได้อย่างเต็มที่และได้รับดอกผลที่เกิดจากการเช่าได้ด้วยเช่นกัน แต่สัญญาเช่าระยะยาวยังมีข้อเสียสำหรับผู้เช่าคือ สัญญาเช่านี้ไม่สามารถต่อสัญญาโดยปริยายได้เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลง และผู้เช่าต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าตามสภาพในขณะที่เช่านั้นคืนให้แก่ผู้ให้เช่า แต่คู่สัญญาสามารถทำสัญญาเช่าฉบับใหม่ได้อีกครั้ง¹³⁰

4.2.3 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold mortgage financing) และนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ (Floating Charge)

การนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศแคนาดานั้น สามารถนำสิทธิการเช่ามาก่อนภาระติดพันเพื่อประกันการชำระหนี้ได้ ซึ่งสิทธิการเช่าเป็นสัญญาเช่าแบบ emphyteusis ที่อาศัยแนวคิดเช่นเดียวกันกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเนื่องจากได้รับอิทธิพลทางด้านกฎหมายมาด้วยเช่นกัน แต่ลักษณะของกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ก็ไม่ได้นำกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้ทั้งหมด เพียงรับอิทธิพลทางด้านกฎหมายมาบางส่วนเท่านั้น เนื่องจากประเทศแคนาดามีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common law) แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law)

การจำนอง และหลักประกันทางธุรกิจมีแนวปฏิบัติที่ต้องออกหนังสือรับรองให้กับผู้ขอจดทะเบียนและมีการจดทะเบียนไว้เป็นการเฉพาะ ที่ผู้รับเป็นหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันมีผลผูกพันไม่สามารถปลดภาระติดพันดังกล่าวได้ก่อนการชำระหนี้ ทั้งนี้การกำหนดในลักษณะนี้เนื่องจากเป็นผลผลิตจากหลักการที่เท่า

¹³⁰ Louis Dujardin. 'Tout savoir sur le bail emphytéotique au Québec'

< <https://avocat-montreal.ca/droit-immobilier/tout-savoir-sur-le-bail-emphyteotique/> > สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

เทียมกัน รวมทั้งยังค้ำประกันเรื่องการส่งต่อกรรมสิทธิ์ไปยังทรัพย์สินในอนาคตด้วยเช่นกัน¹³¹ ซึ่งสามารถอธิบายพอสังเขปได้ดังนี้

4.2.3.1 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold mortgage financing)

กฎหมายแพ่งของควิเบกมองว่าทรัพย์สินทุกประเภทเป็น "อสังหาริมทรัพย์" (ที่ดินและสิ่งอำนวยความสะดวก และสิทธิทั้งหมดในที่ดิน) หรือเป็น "สังหาริมทรัพย์" (วัตถุที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ทางกายภาพ เช่นเดียวกับการเรียกร้องเงินและการปฏิบัติตามสัญญาและภาระผูกพันโดยทั่วไป) ความแตกต่างนี้เป็นหัวข้อที่ดำเนินไปทั่วทั้งกฎหมายควิเบก และเป็นพื้นฐานสำหรับด้านเทคนิคทางกฎหมายต่าง ๆ มากมายที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น สิทธิทุกประเภทในที่ดินจะต้องมีการบันทึกอย่างเป็นทางการในระบบการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ที่ดิน ในขณะที่สิทธิในสังหาริมทรัพย์ไม่ได้เกิดขึ้น

เจ้าหนี้อาจมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้จนสามารถยึดและขายทรัพย์สินนั้นได้ภายใต้อำนาจของศาล ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้อึดไว้อาจโอนไปอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้มาก่อนหรือคงอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ก็ได้ อุปกรณ์รักษาความปลอดภัยต่าง ๆ เหล่านี้ในควิเบกเป็นที่รู้จักในนามสิทธิพิเศษ กล่าวคือ สิทธิที่ผูกพันกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่กฎหมายสร้างขึ้นเพื่อรักษารายชื่อชื่อเรียกร้องต่าง ๆ ของเจ้าหนี้ หรือเป็น "สมมุติฐาน" สิทธิของเจ้าหนี้ในการยึดและขายอสังหาริมทรัพย์ (ที่ดินอาคาร) ของลูกหนี้ที่สร้างขึ้นให้ต้องรับผิดชอบในการค้ำประกันหนี้ตามสัญญา สมมุติฐานเป็นกฎหมายแพ่งที่เทียบเท่ากับการจำนองในกฎหมายทั่วไปของแคนาดา

กฎหมายควิเบกไม่แน่ชัดว่าเอกชนอาจสร้างสิทธิในทรัพย์สินหรือทรัพย์สินอื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งหรือในกฎหมายเสริมได้ภายใต้หลักการของเสรีภาพในการทำสัญญา ขณะนี้สิทธิในทรัพย์สินที่ใช้กันมากที่สุดมีระบุไว้ในแหล่งข้อมูลเหล่านี้¹³²

ดังนั้นตามกฎหมายควิเบกอสังหาริมทรัพย์ที่รวมถึงสิทธิทั้งหมดในที่ดิน ก็คือสิทธิการเช่าระยะยาวสามารถนำมาจำนองเพื่อประกันหนี้ตามสัญญาได้ซึ่งต้องมีการจดทะเบียนที่ดินอย่างเป็นทางการ

4.2.3.2 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจ (Floating Charge)

Floating Charge ในประเทศแคนาดามีการพิจารณาถึงความสะดวก การตัดสินใจ และความสมเหตุสมผลในหลักการเนื่องจากกฎหมายเป็นผลผลิตมาจากหลักการที่เท่าเทียมกัน รวมทั้งการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังทรัพย์สินในอนาคต และยังมีแนวปฏิบัติที่ต้องออกหนังสือรับรองให้กับผู้ขอจดทะเบียน และมีการจด

¹³¹ Curtis, G. F. 'The theory of the floating charge' University of Toronto Law Journal, vol. 4, no. 1, 1941, 131-150. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/utlj4&i=147>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2566.

¹³² Gordon Bale, John E.c. Brierle, 'Property Law' <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/property-law>> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

ทะเบียนไว้เป็นการเฉพาะ ที่ผู้รับเป็นหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันมีผลผูกพันไม่สามารถปลดภาระติดพันดังกล่าวได้ก่อนการชำระหนี้¹³³

4.2.4 การบอกล้างนิติกรรมในกรณีล้มละลาย โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

รัฐสภาแคนาดาไม่มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการควบคุมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายและการล้มละลายโดยอาศัยอำนาจตาม s.91 ของพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญ 1867 และกฎหมายล้มละลาย¹³⁴ เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่ลูกหนี้อาจได้รับการปลดจากหนี้ส่วนใหญ่ของลูกหนี้ โดนมีวัตถุประสงค์คือการอนุญาตให้ลูกหนี้ที่ซื่อสัตย์แต่มีหนี้สินล้นพ้นตัว สามารถปลดหนี้ส่วนใหญ่ได้ภายใต้เงื่อนไขที่สมเหตุสมผล ซึ่งมีสามวิธีในการล้มละลาย คือ

ก) การมอบหมายโดยสมัครใจ โดยที่บุคคลล้มละลายได้อोनทรัพย์สินทั้งหมดของตนเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของเจ้าหนี้ทุกราย

ข) การมอบหมายงานโดยไม่สมัครใจ เมื่อเจ้าหนี้ยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดเพื่อรับคำสั่งรับทรัพย์สินของลูกหนี้ เรียกว่า ล้มละลาย

ค) ถือว่าล้มละลาย เมื่อลูกหนี้ซึ่งได้เริ่มกระบวนการล้มละลายไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในการยื่นข้อเสนอส่วนที่ 1 ล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย และล้มละลายหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในข้อเสนอภายหลังที่ ยื่นและยอมรับโดยเจ้าหนี้/ศาล ผู้ดูแลผลประโยชน์ อาจต้องส่งสำเนาการมอบหมายที่ศาลออกให้ในการล้มละลาย หนังสือแจ้งการล้มละลาย หรือเอกสารชื่อ การประชุมครั้งแรกของเจ้าหนี้ไปยัง Insolvency Intake Centres (Quebec Canada Revenue Agency) ซึ่งโดยปกติแล้ว หมายเลขธุรกิจ (BN) ของลูกหนี้ที่ล้มละลายจะถูกปิดหลังจากปลดจากการล้มละลาย

สิทธิของผู้ล้มละลาย กล่าวคือ ผู้ล้มละลายมีสิทธิที่จะหาเลี้ยงชีพได้ เพื่อจุดประสงค์นี้ ผู้ล้มละลายจะได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมหรือดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจที่ต้องเสียภาษีต่อไปนอกอสังหาริมทรัพย์หลังจากการล้มละลาย

ความรับผิดชอบของผู้ดูแลผลประโยชน์ในการล้มละลายจะอยู่ภายใต้แผนของแคนาดา (CPP) และพระราชบัญญัติประกันการจ้างงาน ผู้ดูแลทรัพย์สินที่ล้มละลายคือตัวแทนของนายจ้างที่ล้มละลายในกรณีที่นายจ้างเลิกกิจการ มอบหมายงาน หรือล้มละลาย ซึ่งหากนายจ้างที่ล้มละลายได้หักเงินสมทบ CPP เบี้ยประกันภัยการจ้างงาน (EI) หรือภาษีเงินได้จากจำนวนเงินที่พนักงานได้รับก่อนการล้มละลาย แต่ไม่ได้ส่งเงินจำนวนเหล่านี้มาให้เรา ผู้ดูแลผลประโยชน์จะต้องถือจำนวนเงินดังกล่าวไว้ในความไว้วางใจ จำนวนเงินเหล่านี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์ที่ล้มละลายและควรเก็บไว้แยกต่างหาก และหากผู้ดูแลผลประโยชน์ยังคงดำเนินธุรกิจของนายจ้างที่ล้มละลาย ผู้ดูแลจะต้องได้รับหมายเลขธุรกิจใหม่ ผู้ดูแลผลประโยชน์จะต้องหัก

¹³³ Curtis, G. F. (เชิงอรรถ 131).

¹³⁴ The Bankruptcy and Insolvency Act.

และนำส่งเงินสมทบ CPP ที่จำเป็น เบี้ยประกันภัย EI และภาษีเงินได้ต่อไปตามกำหนดการส่งเงินของนายจ้างที่ล้มละลาย และผู้ดูแลผลประโยชน์ควรจัดเตรียมและยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล T4 (สลิป) ตามปกติ¹³⁵

การล้มละลายเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เป็นเหตุให้หนี้สินล้นพ้นตัวจนทำให้เจ้าหนี้เริ่มบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้¹³⁶ ซึ่งตาม Paragraph 42(1)(e) B.I.A. จะเกี่ยวข้องกับการยึดหรือบังคับคดีทรัพย์สินของลูกหนี้จนทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความจำเป็นในการอ้างถึงกระบวนการแทรกแซงในบริษัทนี้ ซึ่งตาม Quebec civil law ในการบังคับคดี หากเจ้าหนี้สองคนพยายามจะดำเนินการตามคำพิพากษาของตนในขณะที่ทำการยึดทรัพย์สิน บุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ที่ไม่ใช่เจ้าของก็ไม่มีสิทธิจะคัดค้านได้ซึ่งควรจะทำภายใต้ paragraph 42(1)(e) B.I.A. เพื่อหลีกเลี่ยงข้อสันนิษฐานว่าได้กระทำการล้มละลายเมื่อบุคคลมีเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายในการคัดค้านการยึดทรัพย์สินดังกล่าว

ความปลอดภัยในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันโดย Charges ซึ่ง Quebec legislature ได้อ้างถึงกลไกการรักษาความปลอดภัยตาม Quebec civil law ในบริบทต่าง ๆ อาทิ a gift encumbered with a charge (art. 173), common charges (art. 1019), a servitude is a charge (art. 1177), rights and charges (art. 1209), hypothecs or charges (art. 3019), และอื่น ๆ แม้ว่า Charges จะกว้างพอที่จะรวมถึงกลไกการรักษาความปลอดภัยในนิติกรรมต่าง ๆ แต่ก็ไม่ได้ใช้ใน the Civil Code แต่ใช้คำแทนคือ “security”, often found in the expression “furnish a security” (art. 209). ทั้งนี้ Charges จะถูกใช้เพื่ออ้างถึงกลไกด้านความปลอดภัย¹³⁷

ดังนั้นการล้มละลายตามกฎหมายของประเทศแคนาดาที่มีลักษณะที่ลูกหนี้สามารถล้มละลาย และมีผู้ดูแลจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ แต่ทั้งนี้ยังมีกลไกรักษาความปลอดภัยในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ติดภาระผูกพันต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ที่ได้ใช้สิทธิได้รับความปลอดภัยในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น

4.2.5 การเวนคืนที่ดินที่มีสิทธิการเช่า ตามกฎหมายการเวนคืนที่ดิน

การเวนคืน คือ การใช้อำนาจรัฐพรากเอาอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อนำมาใช้ในงานสาธารณะภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่เอกชนด้วยการชดเชยค่าตอบแทนที่เป็นธรรม ในประเทศแคนาดา เรียกว่า “expropriation” ซึ่งระเบียบวิธีปฏิบัติไม่ยุ่งยากแบบประเทศไทย เนื่องจากประเทศแคนาดาประชาชนไม่ค่อยมีที่ดินเป็นของตนเอง

¹³⁵ ‘Bankruptcy’ < <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/tax/businesses/topics/changes-your-business/receivership-bankruptcy/bankruptcy.html>> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

¹³⁶ Paragraph 42(1)(e) B.I.A.

¹³⁷ ‘Proposals for Harmonizing the Bankruptcy and Insolvency Act with Quebec Civil Law.’ Revue Juridique Themis, vol. 37, no. 1, 2003. HeinOnline, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/revjurns37&i=23>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ยอมรับสิทธิในการเป็นเจ้าของที่ดินและมีเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการใช้ประโยชน์จากที่ดินของตนโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐบาล แม้ประชาชนจะไม่ค่อนมีที่ดินเป็นของตนเองก็ตาม ในขณะที่เดียวกันหากรัฐบาลได้ดำเนินนโยบายที่ได้รับในการมีอำนาจในการได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของ จึงมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายการเวนคืนมาควบคุมการได้มาซึ่งที่ดิน สาธารณประโยชน์จะคำนึงถึงข้อเท็จจริงในขั้นตอนและข้อจำกัดของกฎหมายเวนคืนที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เจ้าของที่ดินที่เป็นเอกชนมีมาตรการในการคุ้มครองจากภาครัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ในการเวนคืนที่ดินระหว่างรัฐบาลก็มีแนวคิดในกฎหมายว่า การเวนคืนที่ดินที่อุทิศให้กับการใช้ประโยชน์สาธารณะนั้นมากกว่าการใช้ในกิจส่วนตัวซึ่งการใช้ในการส่วนตัวเป็นสิ่งต้องห้ามภายใต้กฎหมายแคนาดา¹³⁸

การเวนคืนระหว่างรัฐบาลโดยทั่วไปตามกฎหมายปกติไม่มีอำนาจในการเวนคืน ยกเว้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันประเทศ ดังนั้นสิทธิของบุคคลหรือของพระมหากษัตริย์ในการเวนคืนจะต้องพบได้ในกฎหมายบางฉบับ มิฉะนั้นจะไม่มีสิทธิดังกล่าว เมื่อสิทธิจะถูกจำกัดโดยข้อกำหนดที่ชัดเจนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามเจตนารมณ์ของสภานิติบัญญัติที่จะแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินจึงได้รับการดูแลเป็นพิเศษจนทำให้เกิดปัญหาขึ้น 2 ประการ คือ 1. มีการตกลงกันว่าสถานการณ์บางอย่างอยู่ในขอบเขตของถ้อยคำของกฎหมาย แต่ผลของการใช้กฎหมายปรากฏต่อศาลว่า “เกินเจตนารมณ์ของสภานิติบัญญัติ” จึงไม่เป็นยอมรับของศาล และ 2. ไม่มีความขัดแย้งว่าสถานการณ์นี้อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ตาม

คดี The Fort Garry Case เป็นกรณีในช่วงก่อนปี 1950 เทศบาลชนบทของป้อมแกรรี รัฐแมนิโทบา ได้ซื้อที่ดินส่วนหนึ่งติดถนนเพมปีน่า ภายในปี 1954 เมืองได้ขายที่ดินบางส่วนริมทางหลวงให้กับบริษัท และได้สร้างสำนักงานเทศบาลขึ้นซึ่งตามกฎหมายแล้ว เมืองได้จัดตั้งผังเมืองขึ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พื้นที่ทั้งหมดที่เหลืออยู่ถูกสร้างเป็น "ศูนย์กลางชุมชน" บนแผนที่ที่แนบมากับโครงการ ต่อมา มีการสร้างป้อมโรงเรียนเทศบาลที่เป็นหนึ่งในเขตการศึกษาในเขตเทศบาลชนบทภายใต้พระราชบัญญัติโรงเรียนของรัฐ ในช่วงต้นปี 1958 รัฐบาลได้กำหนดว่าจำเป็นต้องใช้ที่ดินสำหรับสร้างโรงเรียนและส่วนหนึ่งของผังเมืองซึ่งมีไว้สำหรับศูนย์ชุมชนต่อมาเขตการศึกษาจึงได้อ่านข้อบังคับ 3 ฉบับแก่ผู้เวนคืนที่ดินในส่วนที่เป็นปัญหา จากนั้นเมืองก็ยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอคำสั่งให้ยกเลิกข้อบังคับของเขตการศึกษา ซึ่งเป็นคำประกาศว่าเขตการศึกษาไม่มีอำนาจเวนคืนที่ดินที่เป็นปัญหาและมีคำสั่งห้ามไม่ให้ดำเนินการเวนคืนต่อไป ความยากลำบากในกรณีนี้อยู่ที่ว่าทั้งสองฝ่ายเป็นองค์กร "ที่มีอำนาจในการเวนคืนที่กว้างที่สุด" ตามเจ็อนใจของพระราชบัญญัติโรงเรียนของรัฐ "เขตการศึกษาใด ๆ อาจ ... โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของ ... เวนคืน ... ที่ดินสำหรับที่ตั้งโรงเรียน ..." เมื่อนี้เป็นองค์กรเทศบาลภายใต้ พระราชบัญญัติเทศบาล โดยมีเจ็อนใจว่า "บรรษัทเทศบาลใด ๆ อาจผ่านข้อบังคับสำหรับ ... การเวนคืนที่ดินใด ๆ ที่จำเป็นในการใช้อำนาจของตน เขตแย้งว่าพระราชบัญญัติโรงเรียนของรัฐให้อำนาจให้เวนคืนได้ ที่ดินสำหรับสร้างโรงเรียน"

¹³⁸ Siller, Philip. "Circulus Inextricabilis: Inter-Governmental Expropriation in Canada." University of Toronto Faculty of Law Review, vol. 33, no. 2, Summer 1975. HeinOnline, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/utf1r33&i=157>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

โดยที่ที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินและจะใช้เป็นที่โรงเรียน ดังนั้น ตามกฎหมายของเขตจึงโต้แย้งว่าการเวนคืนนั้น ถูกต้อง สำหรับอำเภอ ข้อโต้แย้งนี้ เป็นข้อสรุป เมืองก็ได้รับอำนาจให้เวนคืนพื้นที่เดียวกันนี้เพื่อเป็นศูนย์ชุมชน ด้วย หากทำเช่นนั้น เขตสามารถตอบโต้ด้วยกฎหมายเวนคืนอื่นได้

ทั้งนี้ไม่ต้องสงสัยว่าสิ่งที่ถูกเวนคืนนั้นเป็นที่ดินหรือไม่ได้มีเจตนาให้เป็นที่ตั้งของโรงเรียน ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดปัญหา 2 ประการตามที่กล่าวไปในข้างต้นให้ศาลต้องพิจารณา¹³⁹

การเวนคืนของประเทศแคนาดาต้องอาศัยองค์ประกอบ 5 ประการ ดังนี้

- 1) ผู้มีอำนาจในการเวนคืนตามกฎหมาย
- 2) ขั้นตอนการเวนคืน

เมื่อเผชิญกับปัญหาการเวนคืน ควรคำนึงถึงอำนาจการเวนคืนทั้งหมดประกอบด้วยองค์ประกอบ หลายประการตาม The Expropriations Act of Ontario refers to the actor as the "expropriating authority"¹⁴⁰ ซึ่งตามพระราชบัญญัติกล่าวถึงผู้มีอำนาจในการเวนคืนที่ดินตามกฎหมายที่ต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังเพื่อลดผลกระทบที่เกิดขึ้น

3) วัตถุประสงค์ การเวนคืนที่ดินทุกครั้งต้องมีจุดมุ่งหมาย เช่น ในออนแทรีโอ (Ontario) คณะกรรมการห้องสมุดสาธารณะอาจเวนคืนเฉพาะที่ดินที่จำเป็นตามวัตถุประสงค์เท่านั้น¹⁴¹

4) วัตถุประสงค์ คือ สิ่งที่ต้องการเวนคืนโดยทั่วไปจะเป็นที่ดิน รวมถึงสิทธิ ลำธาร สิทธิในแร่ อาคาร และอื่น ๆ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะถูกเวนคืนโดยการใช้อำนาจที่ไม่คำนึงถึงข้อจำกัด

5) ข้อจำกัด ส่วนใหญ่การเวนคืนที่ดินระหว่างรัฐบาลจะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับอำนาจในการเวนคืน ในบางครั้งกฎหมายที่บังคับใช้จะต้องอาศัยความยินยอมจากศาล สถานิติบัญญัติ รัฐมนตรี เพื่อไม่ให้เกิดการใช้บังคับกฎหมายเวนคืนนั้นเป็นโมฆะเพราะเหตุที่ไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าว และข้อจำกัดอีกประเภทเกี่ยวกับการใช้อำนาจนั้นต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้นข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับอำนาจการเวนคืนจึงเกิดขึ้น และหลักการนี้เป็นสิทธิที่ได้รับตามกฎหมายที่เพื่อสาธารณะประโยชน์ หากไม่อาจถูกเวนคืนได้ ก็เว้นแต่กฎหมายจะอนุญาตไว้อย่างชัดเจน¹⁴²

ทั้งนี้การเวนคืนตามกฎหมายแคนาดายังแบ่งออกเป็นประเภทและการจัดการในแต่ละประเภท เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบการเวนคืน และความสมเหตุสมผล และการเวนคืนที่ดินในทุกครั้งเกิดขึ้นจากผลของกฎหมายที่ได้รับการควบคุม หากมีกรณีปัญหาจะให้เกณฑ์ "The Bronson" ให้เหตุผลที่ศาลสามารถตัดสินได้โดยไม่ต้องถูกบังคับให้เลือกระหว่างนโยบายสาธารณะที่ขัดแย้งกัน¹⁴³

¹³⁹ Siller, Philip (เชิงอรรถ 138).

¹⁴⁰ R.S.O. 1970, c. 154, sub-section l(1)(d).

¹⁴¹ *The Public Libraries Act*, R.S.O. 1970, c. 381, sub-section 16(1).

¹⁴² Siller, Philip (เชิงอรรถ 138).

¹⁴³ *ibid.*

จากกรณีที่มีการเวนคืนที่ดินที่เป็นหลักประกันอยู่นั้น ตามกฎหมายการเวนคืนที่ดินของประเทศแคนาดาให้พิจารณาการจ่ายค่าชดเชยให้กับเอกชนโดยพิจารณาถึงดอกผลที่เจ้าของที่ดินต้องรับภาระและผู้รับเป็นหลักประกันนั้นต้องได้รับผลกระทบจากการเวนคืนดังกล่าวนี้ด้วย ดังนั้นการจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรมให้กับประชาชนนั้นต้องรวมมูลค่าของภาระหนี้เข้าไปด้วยในการคำนวณค่าชดเชยดังกล่าวนี้¹⁴⁴

4.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil law ที่คนทั่วไปรู้จักในนามของประมวลกฎหมายโนโปเลียน (ฝรั่งเศส: Code Napoléon) มีชื่ออย่างเป็นทางการว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส (Code civil des Français) เป็นประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสที่ตราขึ้นในสมัยคณะกงสุลฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1804 และยังคงมีผลใช้งาน ถึงแม้ว่าจะถูกแก้ไขมาหลายครั้งก็ตาม

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฝรั่งเศสสามารถแบ่งออกได้หลายประเภทเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ทั้งในด้านเศรษฐกิจ การเติบโตของสังคม และความก้าวหน้าของสังคมซึ่งในอดีตการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจถูกจำกัดเพียงแค่การเช่าที่ดินเพื่อทำการเกษตร เลี้ยงสัตว์ หรือสร้างบ้านเรือนเพื่อเป็นที่อยู่อาศัย แต่ในระยะหลังเมื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์กลายเป็นการพัฒนาในเชิงธุรกิจมากขึ้น ลักษณะของการเช่าอสังหาริมทรัพย์จึงเริ่มเปลี่ยนแปลงไป มีการให้เช่าที่ดินเพื่อสร้างคลังสินค้า ลานพักคอนเทนเนอร์ สร้างท่าเทียบเรือ หรือสร้างอาคารสำนักงาน โกดังเพื่อประกอบกิจการเข้ามาแทนที่มากขึ้น โดยที่ผู้ให้เช่าไม่ประสงค์ที่จะมีภาระใด ๆ ในการดูแลแก้ปัญหาหรือจัดการบริหารที่ดินที่ให้เช่านั้นอีกตลอดระยะเวลาเช่า ใน การคำนวณค่าตอบแทนจึงต้องสูงมากพอที่จะจูงใจให้ผู้ให้เช่าปล่อยวางจากการสอดส่องดูแลทั้งปวงได้ ในขณะที่กฎหมายที่ดียวมต้องปรับตัวตามสภาพสังคมเพื่อเป็นเครื่องป้องกัน แก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ก็ได้

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์โดยจะแยกออกเป็น การเช่าแบบลักษณะทั่วไปซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ เรียกว่า “Hiring-rental of things” เป็นการเช่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมีลักษณะให้ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างจำกัดเท่าที่ได้รับอนุญาต และผู้เช่าไม่อาจโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงโดยไม่ได้ความยินยอมจากผู้ให้เช่า และยังมีกฎหมายที่ให้ใช้ประโยชน์แบบพิเศษที่การเช่าเป็นทรัพย์สินสิทธิ(Leasehold) บัญญัติไว้ใน The Rural Code มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดให้ที่ดินได้รับการพัฒนา เรียกว่า “Bail emphytéotique” มีหลักการที่ผู้เช่าได้ทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์โดยทำเป็นสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างหรือสัญญาเช่าระยะยาวระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กับผู้เช่า ต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นลักษณะการเช่าในระยะยาวตั้งแต่ 18-99 ปี ซึ่งผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นรวมถึงสามารถโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงและนำสิทธิดังกล่าวไปเป็นหลักประกันเพื่อ

¹⁴⁴ Expropriation Act (R.S.C., 1985, c. E-21) : Land subject to security interest or real security.

การจำนองได้¹⁴⁵ ผู้เช่าสามารถตัดแปลงต่อเติมอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า ตกทอดเป็นมรดกได้ ต่อมามีการบัญญัติเรื่องทรัพย์สินในการเช่าเพื่อการก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะใน Construction and Housing Code

ทรัพย์สินสิทธิเป็นกรณีที่ตรงกับเรื่อง emphyteusis ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil law โดยที่ emphyteusis เกิดขึ้นในสมัยโรมันยุคบรรดิดตอนต้นเพื่อส่งมอบที่ดินเปล่าให้ไปทำการเกษตรหรือทำสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดิน เนื่องจากมีการได้ดินแดนใหม่ ๆ เป็นวิธีที่ผู้ปกครองจักรวรรดิโรมันไม่ต้องลงทุนเองและจะได้เพิ่มมูลค่าเพิ่มจากที่ดินนั้น ในยุคกลางอาณานิคม เมื่อสเปนไปก่อตั้งอาณานิคมในแถบทวีปอเมริกาได้ ได้ใช้วิธีการนี้เพื่อให้มีการลงทุนทำการเกษตรหรือทำสิ่งปลูกสร้าง โดยเสียค่าตอบแทนให้แก่เจ้าอาณานิคม emphyteusis จึงเป็นเรื่องการเช่ากรณีพิเศษที่ไม่ใช่เรื่องเช่าธรรมดาแต่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกันทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งมีรากศัพท์มาจากกรีก From Greek ἐμφύτευσις “an implanting” หมายถึง ต้องมีการปลูกสร้างเนื่องจากมีการจดทะเบียนการได้มาซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรม (เทียบเคียงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง) เป็นผลให้มีสิทธิใช้สอย (usus) ทรัพย์สินนั้นอย่างเต็มที่ (Right to make full use of immovable) รวมทั้งมีสิทธิได้ดอกผล(fructus) เพราะเหตุว่าตนมีหน้าที่ไม่ทำให้ทรัพย์สินเสื่อมค่าและมีหน้าที่ปลูกสร้างอันเป็นการเพิ่มมูลค่าแก่อสังหาริมทรัพย์นั้นอย่างถาวร โดยเสียค่าตอบแทนและสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมตกเป็นสิทธิแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าแล้วซึ่งอาจมีได้ตั้งแต่ 10 ปี ถึง 100 ปี(รัฐควิเบก ประเทศแคนาดา) ส่วนในฝรั่งเศสจะเป็น 18-99 ปี อธิบายเพิ่มเติมได้ว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในที่ดินมีโฉนด ที่ดินที่มีโฉนดและสิ่งปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินมีโฉนด และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดที่ยังคงถือกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินเช่นเดิม แต่ในระหว่างจดทะเบียนทรัพย์สินสิทธิ เจ้าของไม่มีสิทธิใช้สอยหรือนำทรัพย์สินไปแสวงหาดอกผลอื่นใดได้ เพราะได้รับค่าตอบแทนอยู่แล้ว แต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังคงมีสิทธิจำหน่าย (abusus) ซึ่งรวมถึงการจำนองหรือใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ¹⁴⁶ จะเห็นได้ว่า emphyteusis มีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิในประเทศไทย

4.3.1 ลักษณะทั่วไป

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวตามกฎหมายฝรั่งเศสสามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง เรียกว่า Bail emphytéotique เป็นรากศัพท์ในภาษากรีก คือ emphyteusis หมายถึง การปลูกสร้างแต่มีได้แปลงกฎหมายนี้ว่ากฎหมายการเช่าเพื่อการปลูกสร้างและจำเป็นต้องใช้คำภาษาฝรั่งเศส เนื่องจากในฝรั่งเศสมีกฎหมายการเช่าเพื่อการปลูกสร้างแยกต่างหาก ดังนั้น Bail emphytéotique จึงหมายถึง สัญญาเช่าระยะยาวจัดอยู่ในประเภทของ droit rural (กฎหมายการเกษตร) โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) ตั้งแต่มาตรา L.451-1 ถึง L.451-14 และประเภทที่สอง Bail à construction คือ สัญญาเช่าเพื่อทำการก่อสร้าง ซึ่งการเช่าตามกฎหมายฝรั่งเศสอนุญาตให้บุคคลไม่ว่าจะมีสัญชาติใดก็ตาม สามารถถือกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินต่าง ๆ ใน

¹⁴⁵ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 115)

¹⁴⁶ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, การสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ทรัพย์สินสิทธิ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ 2562).

อสังหาริมทรัพย์ได้ โดยลักษณะของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของกฎหมายฝรั่งเศสทั้งสองประเภทที่กล่าวในข้างต้นนี้ สามารถอธิบายรายละเอียดได้ดังนี้

(1) สัญญาเช่า emphytéotique หรือ Bail emphytéotique

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีแนวคิดเรื่องการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวมาเป็นเวลานาน โดยปรากฏในแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตลอดมาจนกระทั่งมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ.1902 กฎหมายนี้มีความเป็นมาจากการที่รัฐประสงค์จะกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาเพื่อสร้างมูลค่า และเพื่อให้มีการใช้อสังหาริมทรัพย์เพื่อการเกษตรได้อย่างคุ้มค่า วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเช่าดังกล่าว ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์เพื่อการเกษตร และขยายไปถึงอสังหาริมทรัพย์เพื่ออยู่อาศัยได้ด้วย นอกจากนี้ยังมีอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม (Bail emphytéotique) จึงสังเกตได้ว่าฝรั่งเศสได้กำหนดให้การเช่าระยะยาวครอบคลุมการใช้อสังหาริมทรัพย์ที่มุ่งใช้ประโยชน์ในหลายลักษณะเอาไว้รวมกันในกฎหมายฉบับเดียว

กฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญ คือ การกำหนดให้สิทธิตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวนี้เป็นทรัพย์สินสิทธิ แต่มีลักษณะพิเศษในกรณีถ้าสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเช่าอสังหาริมทรัพย์ทางการเกษตร เช่นนี้กฎหมายกำหนดให้สัญญามีสถานะเช่าเพื่อการเกษตรซึ่งต่างจากสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ปกติในเรื่องของการต่อสัญญา หรือสิทธิในการปฏิเสธที่มีหลายประเภท อย่างเช่นในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าถ้าผู้ให้เช่าประสงค์จะขายอสังหาริมทรัพย์ที่ปล่อยเช่า จะต้องเสนอขายแก่ผู้เช่าก่อนเสมอซึ่งผู้เช่ามีสิทธิที่จะปฏิเสธได้ หรือการขายอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในเขตที่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องเสนอขายต่อท้องถิ่นหรือเทศบาลนั้น ก่อนทั้งนี้เพื่อการอนุรักษ์หรือพัฒนา โดยพื้นที่นี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่มีเสรีภาพในอันที่จะขายให้ใครก็ได้ ในทันที แต่จะขายได้ต่อเมื่อเทศบาลหรือท้องถิ่นนั้นปฏิเสธที่จะซื้อ โดยสัญญาเช่า emphytéotique นั้นไม่ตกอยู่ภายใต้สิทธิในการปฏิเสธที่กล่าวมาในข้างต้น

กรณีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นเป็นข้อที่ต้องพิจารณาว่าสิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าที่ดินสร้างขึ้นจะตกเป็นของใครนั้น ศาลฝรั่งเศสได้วางหลักเอาไว้ในคำพิพากษาว่าในกรณีที่ไม่ได้ตกลงไว้ในข้อสัญญาให้สิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินภายหลังสิ้นสุดสัญญาเช่า อธิบายเพิ่มเติมได้อีกว่า ในขณะที่สัญญาเช่ายังมีผลใช้บังคับอยู่นั้น สิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าเป็นผู้สร้างขึ้นนั้นตกเป็นของผู้เช่าในเวลานั้น โดยผู้เช่ามีสิทธิที่ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้อย่างเต็มที่ แต่เมื่อระยะเวลาของสัญญาเช่าสิ้นสุดลงถ้าไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น สิ่งปลูกสร้างย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดินในเวลาที่ยื่นมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ จึงเห็นได้ว่าสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวที่กล่าวมานั้นให้สิทธิหลายประการแก่ผู้เช่า แต่ก็ยังมีข้อจำกัดที่ในบทบัญญัติที่ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าเมื่อเช่าที่ดินไปแล้วจะต้องก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างขึ้นทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่ยังไม่สามารถจะตอบสนองความต้องการในเชิงธุรกิจได้ และบทบัญญัติส่วนใหญ่ใน Code rural เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) การตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นแทบเป็นไปไม่ได้ด้วยเหตุเช่นนี้ ผู้ร่างกฎหมายจึงพัฒนาสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ขึ้นอีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction) ดังที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

(2) สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (Bail à construction)

สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายการก่อสร้างและที่พักอาศัย (Code de la construction et de l'habilitation art. L.251-1 ถึง art. L.251-9) โดยสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างคือ สัญญาเช่าที่ผู้เช่าผูกพันในอันที่จะสร้างสิ่งปลูกสร้างลงบนพื้นที่ของผู้ให้เช่าและมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินที่สร้างนั้นให้อยู่ในสภาพดีตลอดระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาเช่า (art. L.251-1) ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดขั้นต่ำเอาไว้ที่ 18 ปี แต่ต้องไม่เกิน 99 ปี เช่นเดียวกับการเช่า emphytéotique

กฎหมายบัญญัติให้สัญญาเช่าประเภทนี้ก่อให้เกิดทรัพย์สินแก่ผู้เช่าเช่นเดียวกับกรณีของสัญญาเช่า emphytéotique แต่ผู้ร่างได้คำนึงถึงกรณีที่เป็นที่ที่ดินนั้นอาจต้องรับภาระบางอย่างในระหว่างที่สัญญาเช่ายังมีผลจึงได้บัญญัติไว้ด้วยว่า ผู้เช่าแม้จะมีทรัพย์สินแต่ยังต้องยินยอมให้ภาระจำยอมได้ เช่น การเปิดทางออกให้ที่ดินแปลงใน เป็นต้น ส่วนสิทธิพิเศษที่นอกเหนือไปจากสัญญาเช่าทั่วไปนั้น คือ ผู้เช่าสามารถนำสิทธิการเช่านี้ไปจำนองได้ และสามารถจำนองสิ่งปลูกสร้างที่ตนสร้างขึ้นได้ สามารถนำอสังหาริมทรัพย์นั้นออกให้เช่าช่วง และผู้เช่าสามารถปรับปรุง ต่อเติม หรือตัดแปลง ตลอดจนใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้สิทธิการเช่าเพื่อการก่อสร้างก็สามารถถูกยึดเพื่อบังคับคดีได้ เช่นเดียวกับการบังคับคดีจากตัวอสังหาริมทรัพย์ และจากที่กล่าวมาในข้างต้นว่าสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างนี้พัฒนามาจากสัญญาเช่า emphytéotique ดังนั้นกฎหมายจึงพยายามแก้ไขปัญหาที่พบในสัญญาเช่า emphytéotique ที่บทบัญญัติส่วนมากเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย กฎหมายฉบับนี้จึงบัญญัติให้คู่สัญญาเจรจาตกลงกันได้ในทุกกรณี

สิทธิในการบอกเลิกสัญญาเช่า สามารถแยกการพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก ผู้เช่าไม่ปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างบนพื้นที่ที่เช่า มักเกิดคำถามขึ้นว่าถ้าผู้เช่าได้เช่าที่ดินไปแต่ไม่ได้ปลูกสร้างอาคารหรือทำโครงการใด ๆ ตามสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างบนพื้นที่นั้น ๆ กรณีเช่นนี้จะถือว่าผู้เช่าจะทำผิดสัญญาหรือไม่ซึ่งในมุมมองของผู้ให้เช่า อาจคิดว่าไม่มีการพัฒนาที่ดินของตน ทำให้เสียโอกาสที่จะให้คนอื่นเช่าเนื่องจากตนก็หวังว่าจะมีผู้มาพัฒนาที่ดินนั้นให้มีมูลค่าเพิ่มขึ้นซึ่งในเรื่องนี้ทางปฏิบัติยอมเกิดขึ้นได้ยากเพราะว่าค่าเช่าที่ดินในเชิงธุรกิจย่อมมีมูลค่าที่สูงกว่าค่าเช่าปกติ ในเรื่องนี้ศาลฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาตั้งแต่ปี 1988 ว่า สัญญาเช่านั้นอาจจะบังคับโดยเหตุที่ผู้เช่าไม่ก่อสร้างสิ่งใด ๆ บนที่ดินที่เช่าภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา เนื่องจากหน้าที่ที่จะต้องปลูกสร้างถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง ดังนั้นแม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดไว้ในเรื่องนี้ คู่สัญญาสามารถเจรจาต่อรองโดยกำหนดไว้ในข้อสัญญาว่าจะต้องมีการก่อสร้างเพื่อพัฒนาอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในกำหนดระยะเวลาได้

กรณีที่สอง ผู้เช่าก่อสร้างสิ่งอื่นนอกเหนือไปจากที่ตกลงกัน กรณีตัวอย่าง คือ ผู้เช่าตกลงกับผู้ให้เช่าในสัญญาเช่าว่าจะสร้างคลังสินค้าและโรงงานผลิตอะไหล่รถจักรยานยนต์ แต่ต่อมากลับนำที่ดินไปเพาะปลูกผักปลอดสารพิษเพื่อส่งออก จึงถือว่าทำผิดสัญญาจนเป็นเหตุให้บอกเลิกสัญญาได้ ในทางปฏิบัติการก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่มักมีการทำแผนเอาไว้ล่วงหน้าโดยผู้เช่าจะชี้แจงให้เจ้าของที่ดินทราบก่อนตัดสินใจให้เช่า เป็นการป้องกันการนำที่ดินไปสร้างสิ่งไม่พึงประสงค์ เช่น ผู้ให้เช่าอาจไม่ยินดีจะให้เช่าที่ดินไปสร้าง

สถานประกอบการประเภทอาบอบนวด หรือธุรกิจทำสุสานสัตว์เลี้ยงและขยายไปถึงการให้บริการเจ้าของสัตว์ ในการจับจองที่ดินเพื่อฝังศพตนเองไว้ข้าง ๆ สัตว์นั้น ซึ่งเจ้าของที่ดินอาจไม่ต้องการให้นำที่ดินของตนไปทำสุสานและถ้าทราบก่อนก็จะไม่ทำสัญญาเช่าโดยเด็ดขาด¹⁴⁷

กรณีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นเป็นข้อที่ต้องพิจารณาว่าสิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าที่ดินสร้างขึ้นจะตกเป็นของใครนั้น ศาลฝรั่งเศสได้วางหลักเอาไว้ในคำพิพากษาว่าในกรณีที่ไม่ได้ตกลงไว้ในข้อสัญญาให้สิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินภายหลังสิ้นสุดสัญญาเช่าเช่นเดียวกับสัญญาเช่า emphytéotique ที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น

ดังนั้น emphytéotique ในประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นสิทธิการเช่าที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสิทธิและมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎหมายทรัพย์สินสิทธิของประเทศไทยนั้น ซึ่งปรากฏตามมาตรา L.451-1 แห่งประมวลกฎหมายชนบทและการประมงทางทะเลกำหนดให้เป็นรูปแบบการเช่าประเภทหนึ่งที่มีกำหนดเวลาระหว่างตั้งแต่ 18 ปี ถึง 99 ปี เมื่อจดทะเบียนที่สำนักงานทะเบียนที่ดินแล้วเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการใช้สอยทรัพย์สินที่เช่า (un droit réel immobilier de jouissance) ซึ่งอาจนำไปจำนองหรือโอนสิทธิดังกล่าวแก่ผู้อื่นต่อไปได้ และอาจถูกยึดไปบังคับคดีได้เหมือนอสังหาริมทรัพย์อื่น ส่วนในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงในสัญญานั้นไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นไปตามหลักอิสระทางแพ่ง แต่เมื่อจดทะเบียนแล้วมีบทคุ้มครองบุคคลภายนอกที่จดทะเบียนโดยสุจริตตามกฎหมายที่ 55-22 ลงวันที่ 4 มกราคม ค.ศ.1955 ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสเมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าแล้ว สิทธินั้นย่อมสิ้นสุดลง เว้นแต่จะมีการจดทะเบียนครั้งใหม่ และไม่อาจนำหลักเกณฑ์การขยายเวลาออกไปโดยปริยายอย่างสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาได้ กล่าวคือ จะต้องกระทำโดยชัดแจ้งตามรูปแบบวิธีการจดทะเบียนเท่านั้น (C. rur., art.L.451, al.2.) และในประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดหน้าที่ผู้เช่าในการลงทุนเพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มในทรัพย์สินที่เช่า เว้นแต่จะมีการตกลงไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาจึงจะเป็นผลให้เกิดหน้าที่ลงทุนขึ้นมาและหากไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ย่อมไม่เป็นให้นิติกรรมเสื่อมเสียไป

อย่างไรก็ตามในกรณีเช่าเพื่อทำการเกษตร ผู้ทรงสิทธิการเช่าซึ่งเป็นทรัพย์สินมีหน้าที่ตามมาตรา L.451-8 แห่งประมวลกฎหมายชนบทและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) โดยผู้เช่ามีหน้าที่สำหรับสิ่งปลูกสร้างที่มีอยู่แล้วหรือทำขึ้นใหม่ตลอดช่วงระยะเวลาตามข้อตกลงดังต่อไปนี้ หากฝ่าฝืนย่อมเป็นเหตุเลิกสัญญา คือ เพิ่มมูลค่าแก่ทรัพย์สินที่เช่า, บำรุงรักษาทรัพย์สินที่เช่า, ซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า และนอกจากนี้ผู้เช่ายังคงต้องรับผิดชอบเกิดอัคคีภัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัย เพราะความบกพร่องในการก่อสร้างหรือเพลิงลุกไหม้จากอาคารข้างเคียง¹⁴⁸ จึงเห็นได้ว่า emphytéotique ในประเทศฝรั่งเศสจึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายประเทศไทย

¹⁴⁷ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 12).

¹⁴⁸ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ (เชิงอรรถ 146).

4.3.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าและผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า

สิทธิของผู้เช่าโดยผู้เช่าตามสัญญาเช่าประเภทนี้จะมีสถานะแตกต่างไปจากผู้เช่าทั่วไป คือ โดยปกติสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิที่มีความเฉพาะตัว ในขณะที่สัญญาเช่า emphytéotique นั้นจะกำหนดให้ผู้เช่ามีทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์¹⁴⁹ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา L.451-1 แห่งประมวลกฎหมายชนบทและการประมงทางทะเลของประเทศฝรั่งเศส (Code rural et de la pêche maritime) ซึ่งได้บัญญัติเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์รูปแบบที่มีกำหนดระยะเวลาเช่าตั้งแต่ 18 ปี ถึง 99 ปี เมื่อจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินแล้วเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการใช้สอยทรัพย์สินที่เช่าซึ่งอาจนำไปจำนองหรือโอนสิทธิให้แก่ผู้อื่นได้ต่อไป และอาจถูกยึดไปบังคับคดีได้เหมือนอสังหาริมทรัพย์อื่น (C.rur.,art.L.451, al.1er.) ผู้ทรงสิทธิการเช่าสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปให้เช่าช่วงได้ โดยที่สัญญาเช่าและเช่าช่วงทั้งหมดจะมีผลผูกพันเจ้าของอสังหาริมทรัพย์(ผู้ให้เช่า) ตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่าช่วงนั้น ๆ (มาตรา L.451-2) และผู้เช่าสามารถปรับปรุง ต่อเติม หรือตัดแปลง ตลอดจนใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้อย่างเต็มที่ โดยที่แนวคิดของการใช้เช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวนี้มีที่มาจากการที่รัฐประสงค์จะกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาเพื่อสร้างมูลค่าและเพื่อให้มีการใช้อสังหาริมทรัพย์อย่างคุ้มค่า

หลักฐานของสัญญาเช่าในประเภทนี้ถ้าไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นให้ปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญาเช่า คือ ทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ และนอกจากนี้สาธารณรัฐฝรั่งเศสยังมีศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีประเภทนี้โดยเฉพาะ เรียกว่า le Tribunal paritaire des baux ruraux ซึ่งตั้งอยู่ใน Tribunal d'instance ในการชำระค่าเช่าผู้เช่ามีหน้าที่ต้องชำระค่าเช่าเช่นเดียวกับสัญญาประเภทอื่น ส่วนในการดูแลรักษาทรัพย์สินที่เช่า ผู้ทรงสิทธิการเช่ามีหน้าที่ซ่อมแซม และดูแลรักษาอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าและสามารถปรับปรุงพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ได้ แต่ต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้นสูง ทั้งนี้ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถทำลายหรือรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างและอสังหาริมทรัพย์นั้น ๆ แม้ว่าสัญญาเช่าจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้บังคับว่าจะต้องมีการพัฒนาหรือลงทุนใด ๆ ในทรัพย์สินที่เช่าเสมอไป อธิบายได้ว่า การที่ผู้เช่าได้เช่าทรัพย์สินไปนั้นจะไม่สร้างสิ่งปลูกสร้าง ไม่ต่อเติมอาคารที่เช่าก็ได้โดยจะไม่ทำให้สัญญาเช่า emphytéotique เปลี่ยนสภาพมาเป็นสัญญาเช่าแบบทั่วไป

อย่างไรก็ดี การเช่าในลักษณะ emphytéotique เป็นการเช่าที่มีวัตถุประสงค์ที่จะเช่าไปเพื่อทำประโยชน์ในระยะยาวโดยพฤติการณ์ย่อมต้องพัฒนาทรัพย์สินที่เช่าขึ้น กฎหมายยังกำหนดให้ผู้เช่ารับผิดชอบกรณีเกิดอัคคีภัย ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1733 ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และนอกจากนี้ผู้เช่าไม่มีสิทธิที่จะกระทำการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในสาระสำคัญของทรัพย์สินที่เช่าที่จะทำให้อสังหาริมทรัพย์นั้นมีราคาลดลงและห้ามทำลายหรือทำให้เสื่อมสลายไม่เช่นนั้นต้องสร้างคืนกลับมาเหมือนเดิมในตอนส่งมอบทรัพย์สินกลับคืนให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์

¹⁴⁹ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 12).

4.3.3 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold mortgage financing)

ตามกฎหมายฝรั่งเศสสิทธิการเช่าระยะยาวสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบของการจำนอง แต่ไม่ปรากฏว่าสิทธิการเช่าระยะยาวสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ (Floating Charge) เนื่องจากไม่พบข้อมูลการค้ำประกันที่สามารถสิทธิการเช่าระยะยาวตามกฎหมายฝรั่งเศสมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเพราะ emphytéotique เป็นการเช่าที่พบในประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการเกษตรและการประมงทางทะเลที่มีลักษณะการเช่าเพื่อทำการก่อสร้างและกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาเพื่อสร้างมูลค่าและมีวัตถุประสงค์เพื่อการเกษตรเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งการนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการจำนองสามารถอธิบายได้พอสังเขปดังนี้

ตามมาตรา 2375 แห่งประมวลกฎหมายฝรั่งเศส กรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของ (Le droit de propriété) ในอสังหาริมทรัพย์ (immeubles) อาจถูกยึดไว้ (retenue) หรือโอน (cédée) ในฐานะเป็นหลักประกันได้ การนำอสังหาริมทรัพย์มาประกันการชำระหนี้ (Des sûretés sur les immeubles) ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีด้วยกัน 2 วิธี ได้แก่ การจำนอง (hypothèque) และการจำนำอสังหาริมทรัพย์ (Gages immobiliers) ซึ่งในข้อนี้จะกล่าวถึงการจำนอง หรือเรียกว่า “hypothèque” เป็นการประกันหนี้โดยอสังหาริมทรัพย์รูปแบบหนึ่งซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 2385 - มาตรา 2474 โดยผู้จำนองไม่จำเป็นต้องโอนความเป็นเจ้าของในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ผู้จำนองยังคงสามารถอาศัยหรือใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองได้ในระหว่างที่มีการจำนอง และผู้เช่ายังสามารถนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันการจำนองได้ด้วยเช่นกันซึ่งเป็นการจำนองโดยผลของสัญญา (Des hypothèques conventionnelles) ที่เกิดขึ้นจากการตกลงทำสัญญาจำนองขึ้นระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้ต้องทำสัญญาขึ้นเป็นหนังสือในประเทศฝรั่งเศส ต่อหน้าเจ้าพนักงานจดทะเบียนสองคนหรือต่อหน้าพนักงานจดทะเบียนหนึ่งคนและพยานอีกสองคน โดยต้องกำหนดขอบเขตของการจำนองทั้งในเรื่องอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน และหนี้ประธาน เจ้าหนี้ซึ่งได้จดทะเบียนจำนองแล้วจะได้ไปซึ่งทรัพย์สินสิทธิอุปกรรม (droit réel accessoire) เพื่อเป็นการประกันหนี้ของเขา และเมื่อครบกำหนดเวลาชำระหนี้หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองเพื่อขายทอดตลาด (vendre l'immeuble grevé) และได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น¹⁵⁰

4.3.4 การบอกล้มนิติกรรมในกรณีล้มละลาย โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

การล้มละลายมิใช่สถานการณ์ตามกฎหมายเดียวที่บุคคลไม่สามารถชำระหนี้ได้ ฉะนั้น คำว่า "การล้มละลาย" จึงไม่สมนัยกับการไม่สามารถชำระหนี้ (insolvency) ในบางประเทศอย่างสหราชอาณาจักร การล้มละลายจำกัดอยู่เฉพาะปัจเจกบุคคล ส่วนกระบวนการไม่สามารถชำระหนี้แบบอื่น (เช่น การชำระบัญชีและการจัดการทรัพย์สิน) ใช้กับบริษัท ในประเทศฝรั่งเศส คำว่า "banqueroute" ใช้อย่างเดี่ยวเฉพาะ

¹⁵⁰ ชลลดา เสรีสมนึก, 'ปัญหาทางกฎหมายในการนำทรัพย์สินมาจำนอง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564) 147-148.

การล้มละลายฉ้อฉล ขณะที่คำว่า "faillite" ใช้กับการล้มละลายตามกฎหมาย หรือเรียกว่า กฎหมายล้มละลาย (Droit de la faillite) เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักในการนำทรัพย์สินของลูกหนี้ออกมาขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย

กฎหมายล้มละลายสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ถูกบัญญัติไว้รวมกันในประมวลพาณิชย์โดยกฎหมายล้มละลายสาธารณรัฐฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ กระบวนการป้องกันและแก้ปัญหาทางการเงินของกิจการลูกหนี้ก่อนลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว และ กระบวนการหลังจากที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว สำหรับกฎหมายล้มละลายจำกัดเฉพาะบุคคลบางประเภทเท่านั้น คือ ผู้ประกอบการ ช่างฝีมือ เกษตรกร นิติบุคคล ตามกฎหมายเอกชน โดยกระบวนการดังกล่าวเป็นการป้องกันการมีหนี้สินล้นพ้นตัวมีวัตถุประสงค์ช่วยเหลือและปรับฐานะทางการเงินของลูกหนี้ ก่อนลูกหนี้จะอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้¹⁵¹ เมื่อพิจารณาถึงระบบการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายต่างประเทศทั้งในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสที่เป็นแม่แบบของกฎหมายล้มละลายมีการแบ่งออกได้ 2 หลักการ คือ 1. หลักการเพิกถอนการฉ้อฉล เป็นการพิจารณาถึงการทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลงเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เช่น การขายทรัพย์สินในราคาต่ำกว่ามูลค่า 2. หลักการเพิกถอนการให้เปรียบเจ้าหนี้เป็นการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้บางรายทำให้เจ้าหนี้ที่ไม่ได้รับการชำระหนี้เสียเปรียบ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสนั้นทำให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจในการจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ทั้งนี้หากมีการเพิกถอนนิติกรรมใด ๆ แล้วกระทบถึงความเสียหายของบุคคลอื่น โดยเฉพาะถ้าลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินที่มีการก่อตั้งสิทธิการเช่าระยะยาวมาเป็นหลักประกันจากกรณีนี้ถ้าต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้เช่าย่อมได้รับการเสนอขายทรัพย์สินชิ้นนี้เป็นคนแรกเพื่อได้รับการพิจารณาก่อนมีการเพิกถอนนิติกรรมใด ๆ

4.3.5 การเวนคืนที่ดินที่มีสิทธิการเช่า ตามกฎหมายการเวนคืนที่ดิน

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประเทศฝรั่งเศส เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่รัฐใช้บังคับให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิอื่น ๆ ในอสังหาริมทรัพย์ (Droit réel immobilier) ที่จำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ (L'utilité publique) ซึ่งมีขั้นตอนและวิธีการตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการเวนคืน ค.ศ. 1977 (Le Code de L' Expropriation Pour Cause D'utilité publique) หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ เช่น กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง กฎหมายว่าด้วยการดำเนินกิจกรรมทางเกษตรกรรม หรือกฎหมายป่าไม้ เป็นต้น โดยการเวนคืนนั้นอาจริเริ่มโดยองค์กรของรัฐหรือองค์กรเอกชนก็ได้

กระบวนการเวนคืนเป็นกระบวนการที่รัฐสามารถใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียวได้ในที่สุด อำนาจในการเวนคืนที่ดินเป็นอำนาจของรัฐโดยเฉพาะกล่าวคือกฎหมายฝรั่งเศสได้สงวนอำนาจในการตัดสินใจขั้น

¹⁵¹ พิจิตรา สุทธิเกษม และไกรสร บารมีอวยชัย, 'การพัฒนากฎหมายล้มละลาย: ศึกษากรณีการปรับโครงสร้างหนี้ครัวเรือนของบุคคลธรรมดาซึ่งมีรายได้ประจำ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).

สุดท้ายไว้ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น รวมทั้งอำนาจในการตรวจสอบและยกเลิกการเวนคืนด้วย โดยในการดำเนินการเวนคืนนั้นอาจริเริ่มโดยองค์กรของรัฐ (Les Personnes publiques) หรือองค์กรเอกชน (Les Personnes privées) ดังนั้น องค์กรที่มีอำนาจในการเวนคืน จึงได้แก่ รัฐ หรือองค์การบริหารส่วนกลาง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชนอิสระ แต่สำหรับองค์กรเอกชนต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจการเวนคืนไว้โดยเฉพาะ เช่น กรณีผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะในกิจการเหมืองแร่ กิจการเกี่ยวกับการพลังงานหรืองานโยธาสาธารณะและกิจการเกี่ยวกับการจัดทำผังเมือง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้กระบวนการเวนคืนตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น แบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนที่ 1 กระบวนการทางปกครอง (La Phase Administrative) ซึ่งจะเริ่มตั้งแต่การจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืน มีการตรวจสอบวัตถุประสงค์และประโยชน์ของการเวนคืน (La Consultation Sur l'utilité) และที่สำคัญคือการประกาศรับรองว่าโครงการที่จะต้องเวนคืนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (La Déclaration de L'utilité' Publique) รวมตลอดถึงขั้นตอนการตรวจสอบที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ที่จะเวนคืน (L'enquête Parcellaire) และการประกาศกำหนดที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ที่จะเวนคืน (L'arrêté de Cessibilité) ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ถ้าเกิดขึ้นในขั้นตอนกระบวนการทางปกครองก็จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง และขั้นตอนที่ 2 กระบวนการทางศาล (La Phase Judiciaire) ได้แก่ ขั้นตอนการวินิจฉัยของศาลให้เวนคืนและโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่จะเวนคืน (L'ordonnance d'expropriation) รวมตลอดถึงการกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทน และค่าเสียหายที่อาจจะมิในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกัน¹⁵²

4.4 สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil law มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีเกิดขึ้นในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมเป็นยุคที่มีการขยายตัวของประชากรและสังคมมีความเป็นเมืองเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ กระทั่งเรียกได้ว่าถึงจุดวิกฤต คุณภาพชีวิตของคนตกต่ำลง ผู้ที่อาศัยอยู่ใจกลางเมืองและย่านธุรกิจแทบไม่มีโอกาสสัมผัสธรรมชาติอย่างที่เคยเป็นมาในอดีตอีกต่อไป โดยเกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีด้วยเช่นกัน บรรดาสถาปนิกผู้ออกแบบผังเมืองรวมจึงเริ่มคิดหาวิธีการที่จะทำให้มนุษย์ที่อาศัยอยู่ในเมืองมีโอกาสเช่นเดียวกันผู้ที่อาศัยอยู่ในชนบท โดยสร้างเมืองที่มีทั้งส่วนที่เป็นที่อยู่อาศัยและมีสวนหน้าบ้านทุกบ้าน และมีส่วนที่เป็นที่ทำงาน ร้านค้า แหล่งธุรกิจ อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมนีแม้จะรับเอาแนวคิดมาจากอังกฤษแต่ก็นำมาปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับวิถีของคนเยอรมัน และสืบเนื่องมาจากความต้องการที่จะสร้างเมืองในลักษณะใหม่นี้ โดยที่ Cal Johannes Fuchs ได้เสนอให้สร้าง Garden City พร้อมกับเสนอแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ที่ดินในเมืองให้คุ้มค่าที่เรียกว่า “Erbbauerecht” ซึ่งสามารถแปลเป็นภาษาไทยว่า สิทธิเหนือที่ดินที่สามารถตกทอดเป็นมรดกได้¹⁵³

¹⁵² ปราโมทย์ สุวรรณแก้ว (เชิงอรรถ 122) 31-32.

¹⁵³ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 12).

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์โดยอนุญาตให้บุคคลไม่ว่าจะมีสัญชาติเยอรมันหรือไม่ก็ตาม สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ (Freehold) หรือทรัพย์สินต่าง ๆ ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างไม่มีข้อจำกัด การใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นอกเหนือจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง คือ การเช่าทั่วไปซึ่งเป็นบุคคลสิทธิที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁵⁴ หรือเรียกว่า “Lease” ที่ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างจำกัดเท่าที่ได้รับอนุญาต ผู้เช่าไม่อาจโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วง โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า

ประการที่สอง คือ การเช่าที่เป็นทรัพย์สิน (Leasehold) เป็นสิทธิการเช่าซึ่งให้สิทธิผู้เช่าสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่เช่า โดยบัญญัติไว้ใน Hereditary Building Right Act ซึ่งการให้ใช้ประโยชน์แบบพิเศษตามบทบัญญัตินี้เรียกว่า “Hereditary Building Rights” เป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมาย ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงผู้เช่าสามารถโอนสิทธิ หรือสามารถให้เช่าช่วง และนำสิทธิดังกล่าวไปจำนองเป็นหลักประกันได้ และต่อมามีการบัญญัติสิทธิการเช่าห้องชุดในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน (Permanent Residential Right) ไว้ใน Act on the Ownership of Apartments and the Right of Permanent Residency ซึ่งเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในห้องชุดที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมาย ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ภายใต้บทบัญญัติตามกฎหมายห้องชุด เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วง และนำสิทธิดังกล่าวไปจำนองเป็นหลักประกันได้¹⁵⁵

ซึ่งดังที่กล่าวมาในข้างต้นนั้นเป็นการใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายประเทศไทย

4.4.1 ลักษณะทั่วไป

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เสนอแนวคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ที่ดินในเมืองให้ค้ำค่าตามหลักที่ Cal Johannes Fuchs ได้เสนอซึ่งได้เสนอคำว่า “Erbbaurecht” โดยมาจากคำว่า “Erb” ที่แปลว่า มรดกหรือสืบสันดาน “Erbrecht” คือ กฎหมายมรดก ส่วน Erbbaurecht ในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า le droit de superficie héréditaire และแปลเป็นภาษาไทยว่า สิทธิเหนือพื้นดินที่สืบทอดเป็นมรดกต่อไปได้ เป็นหลักกฎหมายอสังหาริมทรัพย์ของเยอรมันที่มีมานานแล้วซึ่งมีหลักการคือ เจ้าของที่ดินยินยอมให้แสวงประโยชน์บนที่ดินของตน เป็นหลักการที่ถ่วงดุลระหว่างสาธารณสมบัติและทรัพย์สินส่วนตัว คือ ใ้บุคคลอื่นที่มีใช้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นสามารถปลูกสร้างอาคารบนพื้นดินนั้นได้เพื่อเป็นการใช้ประโยชน์จากความยินยอมของเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน ด้วยเหตุนี้ Erbbaurecht จึงแบ่งระหว่างสิ่งปลูกสร้างกับพื้นที่ที่ใช้ปลูกสร้างอย่างชัดเจน โดยให้อำนาจบุคคลอื่นที่มีได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นได้อย่าง

¹⁵⁴ พินิติ วิเศษโอรานนท์ (เชิงอรธ 4).

¹⁵⁵ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรธ 115).

เต็มที่ โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์ในที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดิน หลักกฎหมายในเรื่องนี้ปรากฏอยู่ในเรื่องทรัพย์สิน

Erbbaurecht ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง แต่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะที่มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1919 ชื่อว่า Erbbaurechtsgesetz ต่อมาแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ.2007 ปรับชื่อใหม่เป็น ErbbauRG แต่ยังคงหลักการเดิมเอาไว้มีทั้งสิ้น 39 มาตรา ซึ่งการกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายเยอรมันสิทธิประเภทนี้จัดไว้ในประเภท สิทธิการก่อสร้าง (construction) กล่าวคือ นำที่ดินนั้นไปใช้ประโยชน์เพื่อการก่อสร้างโดยเฉพาะ และในชื่อเรียก Erbbaurecht ก็ไม่ได้มีคำใดที่สื่อถึงการเช่า แต่หมายถึงการก่อสร้าง ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงใช้ประโยชน์ที่ดินนั้นก็ปีก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติมักจะไม่เกิน 99 ปี ทั้งนี้ตามมาตรา 1 ของกฎหมาย Erbbaurechtsgesetz บัญญัติชัดเจนว่าอสังหาริมทรัพย์ที่จะนำไปแสวงหาประโยชน์ได้นั้นคงจำกัดไว้แต่เฉพาะที่ดินเท่านั้น และสามารถนำไปแสวงหาประโยชน์ได้ทั้งเหนือพื้นดินและใต้พื้นดิน

สิทธินี้สามารถโอนสิทธิเปลี่ยนมือได้ด้วยนิติกรรมต่าง ๆ ได้แก่ การขาย ตกทอดทางมรดก จำนอง และใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมาย เมื่อสิ้นสุดสัญญาแล้ว ผู้ใช้ประโยชน์จะต้องคืนที่ดิน อย่างไรก็ตามที่ดินนั้นย่อมมีสิ่งปลูกสร้างหรืออาคารติดไปด้วย กฎหมายจึงบัญญัติให้เจ้าของที่ดินต้องให้ค่าตอบแทนแก่เจ้าของอาคารนั้น ๆ ด้วย (§27 ErbbauRG) สังเกตได้ว่า กฎหมายเยอรมันแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินออกจากกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้นอย่างชัดเจน ทั้งนี้ผลเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงซึ่งสัญญาประเภทนี้จะสิ้นสุดเมื่อครบกำหนดเวลาที่ตกลงกัน หรือกรณีตกลงบอกเลิกสัญญากับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องจดทะเบียนในทุกรณีนี้นี้ห้ามรื้อถอนทำลายอาคารสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้น (§34 ErbbauRG) และเจ้าของอาคารสิ่งปลูกสร้างต้องคืนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างให้แก่เจ้าของที่ดิน และเจ้าของที่ดินต้องชำระค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของสิ่งปลูกสร้างนั้น¹⁵⁶

4.4.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าและผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า

Erbbaurecht คือ สิทธิการเช่าระยะยาวตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสิทธิที่สืบทอดหรือมีขึ้นโดยสัญญาระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่า ซึ่งปรากฏตามทะเบียนที่ดิน สิทธิดังกล่าวนี้สามารถขาย สืบทอด และติดภาระผูกพันได้เหมือนกับที่ดิน เช่น สิทธิยึดหนึ่งในอสังหาริมทรัพย์ สิทธิการ จำนอง ดังนั้นจึงถูกบันทึกไว้ในเอกสารทะเบียนที่ดิน แยกต่างหาก ซึ่งเรียกว่า ทะเบียนที่ดิน จำหน่ายเกี่ยวกับสิทธิในอาคารมรดก เช่น นายบียาญภาวะผูกพัน เป็นต้น และการขยายโครงสร้างต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน หากเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาเช่า (§ 5 ErbbauRG)

สัญญาเช่าระยะยาวมีระยะเวลาเช่าค่อนข้างยาวนานถึง 99 ปีสำหรับอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอยู่อาศัย และ 40 ถึง 59 ปีสำหรับอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์ ดังนั้นหากผู้เช่าเป็นคนแรกที่ลงนามสัญญาเช่านี้ ผู้เช่าสามารถมั่นใจได้ว่าจะสามารถอาศัยอยู่ในบ้านของคุณได้ตลอดชีวิต อย่างไรก็ตาม หากผู้เช่าซื้อทรัพย์สิน Erbbaurecht ที่สร้างไว้แล้ว ผู้เช่าต้องตรวจสอบว่าสัญญาเช่าหมดอายุเมื่อใด เมื่อสัญญาเช่าหมดอายุ มีหลายทางเลือกสำหรับ “Erbbaunehmer (ผู้เช่า)” หรือผู้เช่าที่ดิน คือ Erbbaunehmer สามารถต่ออายุสัญญาเช่า

¹⁵⁶ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง (เชิงอรรถ 12).

อีกครั้งเป็นเวลา 60 ถึง 99 ปี หรือ Erbbaunehmer สามารถซื้อที่ดินจาก Erbbaugeber หรือบุคคลที่เป็นเจ้าของที่ดิน หรือ Erbbaunehmer สามารถยุติสัญญาเช่าและส่งมอบที่ดินและบ้านให้กับ Erbbaugeber ได้ ซึ่งทั้งสองฝ่ายควรตกลงตามหนึ่งในสามตัวเลือกที่กล่าวถึงข้างต้นเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลง

ตัวอย่างเช่น หาก Erbbaunehmer ตกลงที่จะซื้อที่ดิน มูลค่ายุติธรรมของที่ดินจะได้รับการประเมิน และ Erbbaunehmer ตกลงที่จะจ่ายเงินเพื่อสรุปข้อตกลง ในทำนองเดียวกัน หากผู้เช่าหรือ Erbbaugeber ตกลงที่จะซื้ออาคารหรือบ้าน จะมีการประเมินมูลค่ายุติธรรมของอาคาร และการขายทรัพย์สิน Erbbaurecht ต้องได้รับความยินยอมจาก Erbbaugeber หรือเจ้าของที่ดิน Erbbaugeber สามารถปฏิเสธการขายให้กับผู้ซื้อที่มีศักยภาพได้ในสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งก็คือ หากดูเหมือนว่าผู้ซื้อในอนาคตอาจไม่ปฏิบัติตามภาระผูกพันภายใต้สัญญาเช่า เช่น การชำระค่าเช่าที่ดิน

ความเสี่ยงของ Heimfall (กลับรายการ) ของสัญญา Erbbaurecht คำว่า "Heimfall" ในสัญญา Erbbaurecht หมายความว่าทรัพย์สินสามารถย้อนกลับให้กับเจ้าของที่ดิน (Erbbaugeber) อย่างไรก็ตาม Erbbaugeber ขอสงวนสิทธิ์นี้หาก Erbbaunehmer (ผู้เช่า) ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของข้อตกลง ตัวอย่างเช่น Erbbaunehmer ไม่จ่ายค่าเช่าพื้นที่หรือไม่ดูแลรักษาทรัพย์สินตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาหรือใช้ทรัพย์สินในทางที่ผิด เป็นต้น ดังนั้นในฐานะผู้ซื้อจึงควรอ่านเงื่อนไขสัญญา Erbbaurecht อย่างรอบคอบก่อนตัดสินใจซื้อ การเช่าทรัพย์สิน Erbbaurecht ซึ่งวัตถุประสงค์ของอสังหาริมทรัพย์ใน Erbbaurecht คือ การทำให้ที่อยู่อาศัยมีราคาไม่แพงสำหรับทุกคน ดังนั้นอสังหาริมทรัพย์ Erbbaurecht จึงไม่เหมาะสำหรับการซื้อเพื่อเช่าในกองทุนด้านอสังหาริมทรัพย์ ตามค่าเริ่มต้น Erbbaugeber มีสิทธิ์ได้รับค่าเช่าจากทรัพย์สิน Erbbaurecht ไม่เพียงเท่านั้น Erbbaunehmer ยังสามารถเช่าทรัพย์สิน Erbbaurecht ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจาก Erbbaugeber เท่านั้น หาก Erbbaunehmer ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนี้ มันสามารถนำไปสู่การกลับรายการ (Heimfall) ของสัญญา Erbbaurecht¹⁵⁷ สำหรับผู้เช่าต้องรับภาระในเรื่องค่าเช่า ต้นทุนการพัฒนาพื้นที่ การชำระภาษี ค่าประกัน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาตามปกติ ส่วนการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นผู้เช่าก็สามารถใช้สอยให้ทรัพย์สินได้เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ มีสิทธิที่จะโอนขาย ใช้สอย ตกทอดเป็นมรดก และนำสิทธิดังกล่าวไปก่อภาระผูกพันตามกฎหมายได้

สำหรับผู้ให้เช่าก็มีสิทธิได้รับการชำระราคาเช่า หากไม่ชำระราคา ผู้ให้เช่ามีสิทธิที่จะ Heimfall ตามที่กล่าวไปในข้างต้นนั้นเป็นการยึดคืน หมายความว่าเจ้าของมีสิทธิที่จะได้รับสิทธิการเช่าโอนคืนหากมีการฝ่าฝืนหน้าที่อย่างร้ายแรงโดยบุคคลที่มีสิทธิได้รับสิทธิการเช่า การเรียกร้องการกลับรายการได้รับการควบคุมตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้รับผลประโยชน์ไม่ได้จ่ายค่าเช่าพื้นที่เป็นระยะเวลาหนึ่ง

¹⁵⁷ Ankit Goyal. 'Erbbaurecht Explained: Pros and Cons of Buying an Erbbaurecht Property' <<https://medium.com/master-investment/erbaurecht-explained-pros-and-cons-of-buying-an-erbaurecht-property-54740c144606>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

4.4.3 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold Hypothek) และนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ (Grundsschuld)

กฎหมายเยอรมันได้แยกนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สินออกจากกันโดยมีทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) เป็นทะเบียนที่ภาครัฐจัดเก็บไว้ที่ศาลท้องถิ่นทำหน้าที่กำกับดูแลเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดิน สิทธิการใช้สอยในที่ดิน สิทธิเกี่ยวเนื่องกับที่ดิน และภาระผูกพันในที่ดิน โดยที่ดินแต่ละผืนซึ่งมีเจ้าของจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารทะเบียนที่ดินที่ประกอบด้วย 3 ส่วน คือ ใบปะหน้า รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน และหมวดรายการที่ระบุรายละเอียดของการประกันหนี้บนที่ดิน เช่น การประกันหนี้แบบ Hypothek และการประกันหนี้แบบ Grundschild เป็นต้น และสิทธิการเช่าอาจมีภาระผูกพันกับการจำนองหรือค่าที่ดิน เช่นเดียวกับการขาย ภาระผูกพันยังต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สินเป็นประจำ และตามมาตรา 5 แห่งกฎหมาย ErbbauRG การนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้สามารถกระทำได้ใน 2 รูปแบบ (1) การจำนอง (Hypothek) หรือ (2) การประกันหนี้แบบ Grundschild ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับตกลงกับเจ้าหนี้แต่ละราย แต่อย่างไรก็ตามการจะนำสิทธิ Erbbaurecht มาประกันการชำระหนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินก่อน หากได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญา (Erbbaurechtsvertrag) ว่าต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน

4.4.3.1 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold Hypothek)

กฎหมายเยอรมันเรียกการจำนองว่า Hypothek เป็นการประกันหนี้โดยอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 1113 – 1190 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้เมื่อนำความไปจดในทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) จะมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อลูกหนี้ให้มีการชำระหนี้จากที่ดินที่ประกัน อีกทั้งยังมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือที่ดินดังกล่าวอีกด้วย หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการขายที่ดินเพื่อชดเชยหรือทดแทนการชำระหนี้ได้

4.4.3.2 การนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นเป็นหลักประกันทางธุรกิจ (Grundschild)

กฎหมายเยอรมัน เรียกการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจว่า “Grundschild (land charge)” เป็นการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันโดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1191 – 1198 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้เมื่อนำความไปจดในทะเบียนที่ดิน (Grundstücksgrundbuch) จะมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อลูกหนี้ให้มีการชำระหนี้จากที่ดินที่ประกัน อีกทั้งยังมีผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือที่ดินดังกล่าวอีกด้วย หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการขายที่ดินเพื่อชดเชยหรือทดแทนการชำระหนี้ได้ สังเกตได้ว่าการนำมาเป็นหลักประกันโดยการจำนองแบบ Hypothek และแบบ Grundschild มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน และมีการนำไปบันทึกทางทะเบียนที่ดิน ณ สถานที่เดียวกัน เพื่อให้ทราบถึงการจดทะเบียนและรายละเอียดของการประกันหนี้ทำให้มีความโปร่งใส ชัดเจน และเป็นสาธารณะต่อประชาชน ทั้งนี้การประกันหนี้แบบ Grundschild จะสิ้นสุดก็

ต่อเมื่อมีการยื่นคำขอยกเลิกกับสำนักงานทะเบียนที่ดินโดยความยินยอมของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและผู้ทรงสิทธิ Erbbaurecht ผู้ให้หลักประกัน¹⁵⁸

4.4.4 การบอกล้างนิติกรรมในกรณีล้มละลาย โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

กฎหมายล้มละลายเยอรมันที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันคือ Insolvenzordnung 1994-InsO หรือ Insolvency Statute หรือ German Insolvency Code เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการคดีล้มละลายผู้จัดการคดีล้มละลาย หรือ Insolvency administrator จะได้รับอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวรวมไปถึงการพิจารณาว่าจะทำอะไรกับสัญญาที่ลูกหนี้เป็นคู่สัญญาอยู่ในเวลาเริ่มต้นคดีล้มละลาย จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไป (perform) หรือปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป (refuse to perform)

ประมวลกฎหมายล้มละลาย ค.ศ. 1999 มาตรา 1 ได้ระบุถึงวัตถุประสงค์ของกระบวนการล้มละลายว่ามีวัตถุประสงค์ในการรวบรวมเจ้าหนี้ของลูกหนี้ โดยการชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ (liquidation) และโดยใช้กระบวนการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หรือโดยการจัดการตามแผนฟื้นฟูกิจการ (insolvency plan) เพื่อรักษากิจการให้ดำเนินต่อไปได้ ลูกหนี้ที่สุจริตก็จะสามารถมีโอกาสปลดปล่อยภาระหนี้ค้างได้¹⁵⁹

ถ้าก่อนกระบวนการล้มละลายจะเริ่มต้น ลูกหนี้ได้จำหน่ายสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์โดยมีการคงกรรมสิทธิ์ไว้ที่ลูกหนี้ แต่ได้โอนสิทธิครอบครองให้ผู้ซื้อแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้ซื้ออาจเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายต่อไปได้ และให้มีผลบังคับใช้ในกรณีที่ลูกหนี้ได้เข้าผูกพันหน้อย่างอื่นนอกเหนือจากหนี้เดิมตามความประสงค์ของผู้ซื้อ และหนี้นั้นยังไม่ได้รับการชำระหนี้แต่ยังไม่ครบถ้วน ผู้จัดการคดีล้มละลายจะไม่มีสิทธิเลือกว่าจะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ มีแต่สิทธิที่ลูกหนี้จะได้รับตามสัญญาเท่านั้น แต่หากก่อนที่กระบวนการล้มละลายจะเริ่มต้น ลูกหนี้ได้ซื้อสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีการคงกรรมสิทธิ์ไว้ที่ผู้ขาย แต่ได้รับโอนสิทธิครอบครองจากผู้ขายแล้ว และผู้ขายเรียกให้ผู้จัดการคดีล้มละลายเลือกว่าจะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปหรือไม่ โดยให้ผู้จัดการคดีล้มละลายต้องตัดสินใจอย่างไม่ล่าช้าภายในช่วงหลังการประชุมเจ้าหนี้ (report meeting) เว้นแต่ในเวลาที่มีการประชุมเจ้าหนี้ อาจคาดเห็นได้ว่ามูลค่าของสังหาริมทรัพย์จะลดลงอย่างมากและเจ้าหนี้ได้แจ้งเหตุดังกล่าวให้ผู้จัดการคดีล้มละลายทราบแล้ว ในระหว่างที่ผู้จัดการคดีล้มละลายตัดสินใจก็ยังมีสิทธิครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายได้จนกว่าจะมีการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือจนครบกำหนดเวลาที่ต้องตัดสินใจ หลังจากนั้นผู้ขายจึงจะมีสิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายคืนได้

¹⁵⁸ ชลลดา เสรีสมนึก (เชิงอรธ 150) 114-143.

¹⁵⁹ Insolvency Statute section 1 – Objectives of the Insolvency Proceedings The insolvency proceedings shall serve the purpose of collective satisfaction of a debtor’s creditors by liquidation of the debtor’s assets and by distribution of the proceeds, or by reaching an arrangement in an insolvency plan, particularly in order to maintain the enterprise. Honest debtors shall be given the opportunity to achieve discharge of residual debt.

โดยที่ไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญา และมีสิทธิเรียกค่าเสียหายสำหรับการใช้ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

แต่ถ้าเมื่อคดีล้มละลายเริ่มต้น สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้เป็นผู้เช่ายังมีผลใช้บังคับต่อไป แต่ผู้จัดการคดีล้มละลายอาจบอกเลิกสัญญา (termination) เข้าได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อตกลงของสัญญาหรือข้อตกลงยกเว้นสิทธิที่จะแสดงเจตนาเลิกสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร โดยให้ผู้จัดการคดีล้มละลายแสดงเจตนาเลิกสัญญาภายในวันสิ้นเดือนของระยะเวลา 3 เดือน (Three months to the end of the month) เว้นแต่จะมีการกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่าและหากสาระสำคัญของสัญญาเช่าคือเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยของลูกหนี้ ผู้จัดการคดีล้มละลายสามารถแจ้งว่าสิทธิเรียกร้องที่ถึงกำหนดภายในระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถอ้างว่าเป็นหนี้ที่ผูกพันกองทรัพย์สินอันจะได้รับชำระหนี้ก่อนในคดีล้มละลายได้ (debt incumbent on the insolvency assets) ซึ่งการแจ้งดังกล่าวไม่ทำให้สัญญาเช่าสิ้นสุดลง เพียงแต่ทำให้หนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังจะไม่เกี่ยวข้องกับกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย แต่จะผูกพันลูกหนี้เป็นการส่วนตัวโดยที่ผู้จัดการคดีล้มละลายยังคงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาข้างต้นได้ หากลูกหนี้ในฐานะผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์โอนสิทธิเรียกร้องค่าเช่าในอนาคตให้แก่บุคคลภายนอกก่อนที่กระบวนการล้มละลายเริ่มต้นขึ้น ผลของการโอนนั้นยังคงมีอยู่แต่ให้จำกัดเฉพาะค่าเช่าในเดือนที่กระบวนการล้มละลายเริ่มต้นขึ้น แต่หากกระบวนการล้มละลายเริ่มต้นขึ้นหลังจากวันที่ 15 ของเดือน ให้การโอนนั้นมีผลไปจนถึงเดือนถัดไป ผู้เช่าสามารถหักกลบสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ให้เช่ากับค่าเช่าที่ต้องชำระตามระยะเวลาดังกล่าว¹⁶⁰

4.4.5 การเวนคืนที่ดินที่มีสิทธิการเช่า ตามกฎหมายการเวนคืนที่ดิน

รัฐธรรมนูญของเยอรมัน Section 14 กำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจเวนคืนรัฐว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ตาม การเวนคืนเพื่อประโยชน์เอกชนก็ไม่ได้ถูกจำกัดเสียทีเดียวหากการเวนคืนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย เช่น การเวนคืนเป็นไปเพื่อประโยชน์ของโรงงานรถยนต์โดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างพื้นที่ทดสอบสมรรถนะรถยนต์ในบริเวณที่โครงสร้างไม่แข็งแรง

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาจากความมุ่งหมายที่จะกำหนดการใช้ที่ดินทั้งของรัฐและของเอกชนเพื่อการพัฒนาประเทศ โดยมีการกำหนดแผนงานการใช้ที่ดินให้คุ้มค่าสมประโยชน์ และชดเชยหรือทดแทนความเดือนร้อนของเอกชนที่จะต้องสูญเสียที่ดินและสิทธิต่าง ๆ จากการเวนคืนเหล่านั้นด้วย นอกเหนือจากการวางหลักเกณฑ์การใช้ที่ดินโดยวิธีการดังกล่าวในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็เหมือนกันกับประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลาย คือ หน่วยงานทางปกครองท้องถิ่นมักจะเป็นหน่วยงานที่มีบทบาทในการพัฒนาบ้านเมืองมากกว่าหน่วยงานของรัฐระดับอื่น ๆ

¹⁶⁰ มิ่งขวัญ สัจจาอักษรมนตรี, 'การยอมรับหรือบอกปิดสัญญาในคดีล้มละลาย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 70-78.

ในเรื่องพัฒนาการของกฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ก็เป็นทำนองเดียวกันได้เริ่มต้นมาจากการจัดการเกี่ยวกับที่ดินของหน่วยงานการปกครองท้องถิ่น¹⁶¹

การเวนคืนถือเป็นข้อยกเว้นในการล่งล้ำสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลซึ่งรัฐสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามการล่งล้ำเช่นว่านี้จะต้องมีขอบเขตที่เคร่งครัดและไปตามหลักความเสมอภาคและบุคคลไม่จำเป็นต้องอดทนต่อการกระทำที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว เช่น การเวนคืนเพียงเพื่อให้เกิดข้อได้เปรียบในด้านทำเลที่ตั้งของทรัพย์สินไม่อาจกระทำได้ และเป็นการกระทำที่เป็นละเมิด

กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเยอรมันเป็นไปตาม Federal Building Code (Baugesetzbuch, BauGB) การเวนคืนตามกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการทำผังเมือง โดยรัฐอาจเวนคืนที่ดินมาเพื่อใช้เป็นค่าทดแทนในรูปของที่ดินก็ได้ (Section 85) กระบวนการเวนคืนในประเทศเยอรมันนั้นมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนสามฝ่ายด้วยกัน คือ หน่วยงานในระดับมลรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยการใช้อำนาจเวนคืน หน่วยงานผู้ทำการเวนคืน และผู้ถูกเวนคืน การเวนคืนนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นไม่อาจได้มาโดยวิธีอื่น นอกจากการเวนคืน และการใช้ที่ดินของเอกชนที่ได้มาโดยการเวนคืนนั้นจะต้องเป็นไปโดยมีเหตุผล และมีการเสนอที่ดินแปลงที่เหมาะสมให้เป็นค่าทดแทนการเวนคืนนั้นแล้ว นอกจากนี้ ผู้ร้องขอให้มีการเวนคืน (Applicant) จะต้องแสดงหลักฐานว่าที่ดินนั้นจะต้องนำไปใช้ตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้และระยะเวลาที่เหมาะสม¹⁶²

จากที่ได้ศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายต่างประเทศในประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common law และระบบ Civil law ที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินของประเทศไทย และลักษณะอื่น ๆ ที่นำมาพิเคราะห์และพิจารณาในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินซึ่งกล่าวต่อในบทที่ 5

¹⁶¹ เอมอิสสรา จันทรเกษม, 'ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเงินค่าทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ : ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาเงินทดแทนที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาสูงขึ้น หรือลดลง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2556) 132-133.

¹⁶² ปราโมทย์ สุวรรณแก้ว (เชิงอรรถ 122) 43-45.

โดยทั้งนี้สามารถสรุปและเปรียบเทียบในสิทธิการเช่าระยะยาวของแต่ละประเทศได้ดังนี้

	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศแคนาดา	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
สิทธิการเช่าระยะยาว	ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์	leasehold	Emphyteusis	“Emphyteusis”/ “Emphytéotique” (ภาษาฝรั่งเศส)	“Erbbaurecht” (ภาษาเยอรมัน)
การให้ใช้ประโยชน์แบบพิเศษ	การเช่าระยะยาวตั้งแต่ 3-30 ปี ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิให้เช่าช่วง ตกทอดเป็นมรดก และนำไปจำนอง	สิทธิการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมาย ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิให้เช่าช่วง ตกทอดเป็นมรดก และนำไปจำนอง	การเช่าระยะยาวตั้งแต่ 10-100 ปี ผู้เช่ามีสิทธิใช้สอยสิทธิได้ตลอด และสิทธิจำหน่ายบางส่วน	การเช่าระยะยาวตั้งแต่ 18-99 ปี ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิให้เช่าช่วง ตกทอดเป็นมรดก และนำไปจำนอง	สิทธิการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมาย ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิให้เช่าช่วง ตกทอดเป็นมรดก และนำไปจำนอง
คู่สัญญา	ผู้ถือกรรมสิทธิ์ กับ ผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์	ผู้ให้เช่า กับ ผู้เช่า	tréfoncier กับ superficiary (superficiaire)	ผู้ให้เช่า กับ ผู้เช่า	ผู้ให้เช่า กับ ผู้เช่า
บุคคลสิทธิ/ทรัพย์สิน	ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์มีความเห็นจากนักกฎหมายสองกลุ่ม กลุ่มที่ 1 เป็นบุคคลสิทธิชนิดพิเศษ และกลุ่มที่ 2 ทรัพย์สิน	ทรัพย์สิน	ทรัพย์สิน	ทรัพย์สิน	ทรัพย์สิน
เอกสารสิทธิ	หนังสือรับรองทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์	ลักษณะเป็นสัญญาเช่า	ลักษณะเป็นสัญญาเช่า	ลักษณะเป็นสัญญาเช่า	ทะเบียนที่ดิน
แบบนิติกรรม	ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดิน	สามารถแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญาแบบไม่มีพิธี หรือทำเป็นหนังสือประทับตราสารที่เรียกว่า Deed หรือโดยวิธี Charge	สามารถแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้	ทำเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้	สามารถแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้
หลักประกันการชำระหนี้	จำนอง และหลักประกันทางธุรกิจ	Leasehold mortgage financing และ Floating Charge	Leasehold mortgage financing และ Floating Charge	Hypothèque และ Gages immobiliers	Leasehold Hypothek และ Grundschuld

บทที่ 5

วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ไปจดทะเบียนจํานองเป็นประกันหนี้สินเชื่อ

เมื่อปีพุทธศักราช 2562 พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ตราขึ้นจากการผลักดันของสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง(สศค.) โดยหน่วยงานได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นในการตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นซึ่งในการดังกล่าวนี้เกิดขึ้นทั้งหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนที่ริเริ่มการนำแนวความคิดลักษณะการเช่าทรัพย์สินระยะยาวในต่างประเทศ แนวความคิดในเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ทั้งกรรมสิทธิ์ การครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่นเพื่อทำประโยชน์ในทรัพย์สินมาเป็นองค์ประกอบทางความคิดในการร่างกฎหมายฉบับนี้ และวัตถุประสงค์แรกเริ่มกำหนดให้ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นเพียงบุคคลสิทธิแบบพิเศษที่มีลักษณะไม่เป็นการเฉพาะตัว แต่ทั้งนี้การตีความกฎหมายดังกล่าวทำให้นักกฎหมายภาคปฏิบัติบางท่านก็มีแนวคิดตามผู้ร่างกฎหมายที่เห็นว่า ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นบุคคลสิทธิที่มีสิทธิมากกว่าการเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ ในบางเรื่อง เช่น มาตรา 11 ที่ผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่มีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งสามารถกล่าวอ้างการรอนสิทธิดังกล่าวกับเจ้าของกรรมสิทธิ์เท่านั้น เป็นต้น แต่นักวิชาการบางท่านเห็นว่าทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ตั้งโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มีการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิคล้ายคลึงกับ Emphyteusis ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างแท้จริงไม่ใช่สิทธิการเช่าตามความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ และรองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ มีความเห็นว่า ลักษณะการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์มีการให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นอำนาจในการจัดการทรัพย์สินประกอบกับมีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งยังกำหนดให้สามารถโอนให้แก่กัน นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจํานอง และสามารถจดทะเบียนจดทะเบียนได้ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัตินี้ด้วย เมื่อกฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้บังคับจึงมีประเด็นปัญหาที่ถกเถียงกันและการนำไปใช้บังคับ เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ และความไม่ชัดเจนในการนำกฎหมายลักษณะของการจํานองมาใช้บังคับที่ลักษณะของวัตถุแห่งสิทธิอสังหาริมทรัพย์นั้นมีความแตกต่างกัน

การจํานองเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับลักษณะการเช่าทรัพย์สินแบบใหม่ที่เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ตั้งชื่อใหม่ว่า “ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์” ซึ่งเป็นศัพท์ที่เข้าใจยาก และทำให้ประชาชนไม่เข้าใจในลักษณะการใช้สิทธิในลักษณะนี้มากนักทำให้ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ถูกนำไปอธิบายในหลายที่ ทั้งนักวิชาการ นักธุรกิจ นักกฎหมาย รวมทั้งสถาบันการเงิน ล้วนมีความเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ชนิดใหม่นี้ ทั้งนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ก็เป็นการกระตุ้นในเรื่องเศรษฐกิจของประเทศไทย ปลอดภัยข้อจำกัดบางประการในการเช่าทรัพย์สินแบบเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่ากับผู้ให้เช่า การเช่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ที่มีข้อจำกัดในเรื่องวัตถุประสงค์การเช่า และพื้นที่ที่เช่าทรัพย์สินซึ่งในข้อจำกัดหลายอย่างตามกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้นจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ขึ้นเพื่อ

กำหนดให้ทรัพย์สินเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถโอนเปลี่ยนมือและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้อันจะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม

เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ก็มีข้อถกเถียงมากมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิและความเข้าใจในกฎหมายฉบับนี้ด้วยคำว่า “ทรัพย์สินสิทธิ” เมื่อประชาชนลองทำความเข้าใจก็คงเข้าใจว่า เป็นทรัพย์สินที่อิงหรือพึ่งพาสิทธิบางอย่าง ที่อาจทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อน ซึ่งความเป็นจริงนั้นทรัพย์สินสิทธิ คือ สิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่น คล้ายสิทธิการเช่าทรัพย์สินทั่วไป แต่มีศักดิ์และสิทธิ์มากกว่าการเช่าทรัพย์สินทั่ว ๆ ไป เมื่อทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิชนิดหนึ่งตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายให้อำนาจที่จะให้นำสิทธินี้มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบของการจำนองได้ โดยการจำนองเป็นการเอาทรัพย์สินมาตราเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้รายหนึ่งที่มีผลตามกฎหมายซึ่งในข้อนี้ขอวิเคราะห์ในประเด็นเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินสิทธิหรือสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปจดทะเบียนจำนองเป็นประกันหนี้สินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์ที่เป็นการขอสินเชื่อในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยวิเคราะห์ที่ผู้รับจำนองหลักประกันนั้นเป็นสถาบันการเงิน และทั้งนี้การนำสิทธิดังกล่าวมาเป็นหลักประกันนั้นก็คงเป็นการขอสินเชื่อเพื่อลงทุนในกิจการของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ

จากการกำหนดประเด็นที่นำมาวิเคราะห์นั้นเป็นประเด็นปัญหาที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงวิธีการแก้ปัญหาไว้อย่างชัดเจนจึงเป็นข้อถกเถียงจึงได้สมมุติตัวอย่างในประเด็นปัญหาต่าง ๆ มาวิเคราะห์ถึงสาเหตุและการนำมาบังคับใช้ ดังนี้

5.1 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ กรณีถูกบอกล้างนิติกรรมโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

การก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิมีลักษณะเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกรณีตามประเด็นปัญหาที่นำมาพิจารณานี้ คือ การนำที่ดินที่มีโฉนดไปก่อตั้งสิทธิตามที่กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิกำหนดโดยที่เจ้าของผู้มียกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1336 สามารถนำทรัพย์สินของตนไปก่อตั้งสิทธิใด ๆ ก็ตามภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดซึ่งการที่เจ้าของที่ดินนำที่ดินของตนไปจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิดังกล่าวได้โดยไม่จำเป็นต้องมีคู่สัญญาใด ๆ หรือเจ้าของสามารถยื่นคำขอก่อตั้งสิทธิได้ฝ่ายเดียวตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. 2562 เมื่อเจ้าของก่อตั้งสิทธิดังกล่าวแล้วนั้นจะทำให้เจ้าของมีสถานะเป็นทั้งผู้ถือกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปและเป็นผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิที่สามารถโอนสิทธิดังกล่าวให้บุคคลภายนอกและสามารถนำทรัพย์สินสิทธิไปเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ในรูปแบบของการจำนองได้ตามมาตรา 12 แต่หากเจ้าของกรรมสิทธิ์กับผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิเป็นบุคคลคนเดียวกันก็คงไม่เป็นปัญหากับบุคคลภายนอก ถ้าตนนำทรัพย์สินดังกล่าวไปก่อภาระติดพันบางอย่างตามกฎหมายนั้น กรณีนี้เป็นกรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ได้โอนสิทธิการใช้ประโยชน์ในฐานของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิให้กับคู่สัญญาที่ตกลงทำสัญญาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดิน

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินดังนั้นก็ยังคงมีสิทธิในทรัพย์สินของตนตามหลักกฎหมายแพ่งที่สามารถโอนขาย โอนให้ หรือก่อภาระติดพันต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการตัดถอนกรรมสิทธิ์ได้อาทิ การก่อตั้งสิทธิอาศัย การจดทะเบียนจำนอง เป็นต้น ในอสังหาริมทรัพย์ของตนได้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ทรงทรัพย์สิน แต่ถ้าวการสร้างภาระติดพันต่าง ๆ ในฐานะผู้ถือกรรมสิทธิ์นั้นกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกหรือผู้ทรงทรัพย์สิน กฎหมายฉบับนี้จะมีบทคุ้มครองอย่างไร นอกจากการบังคับตามสัญญา หรือบังคับตามกฎหมายอื่น ๆ ที่อาจทำให้สิทธิของบุคคลภายนอกหรือผู้ทรงทรัพย์สินต้องได้รับความเสียหายจากการเคลื่อนไหวสิทธิในลักษณะเช่นนี้ ผู้วิจัยจึงยกตัวอย่างประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติดังนี้

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่นำมาพิจารณาถึงมูลเหตุของปัญหาทางกฎหมาย กล่าวคือ นายดำ เจ้าของที่ดินแปลงหนึ่ง ได้นำที่ดินแปลงดังกล่าวไปก่อตั้งทรัพย์สิน เป็นระยะเวลา 30 ปี ให้กับนายขาวตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน นายขาวผู้ทรงทรัพย์สินสามารถใช้ประโยชน์ทรัพย์สินตามสิทธิที่ตนได้รับภายในระยะเวลาที่ก่อตั้งสิทธิตามมาตรา 11 วรรคแรก¹⁶³ โดยนายขาวได้ลงทุนก่อสร้างห้างสรรพสินค้า เพื่อแสวงหากำไรจากการประกอบกิจการนี้ ต่อมานายดำ นำที่ดินแปลงที่ก่อตั้งทรัพย์สินไปจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้กับธนาคาร A ซึ่งต่อมาเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าวนั้นล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับจำนองที่ดินแปลงที่ก่อตั้งทรัพย์สิน และบอกกล่าวทรัพย์สินได้ จะส่งผลต่อผู้ทรงทรัพย์สินอย่างไร ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 122 ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินบอกกล่าวนิติกรรมใด ๆ ได้ ถ้านิติกรรมนั้นทำให้ทรัพย์สินนั้นด้อยค่าลง กรณีเช่นนี้เป็นปัญหาที่ต้องพิเคราะห์ว่า ผู้ทรงทรัพย์สินจะต้องไปขอรับชำระหนี้ความเสียหายในฐานะคู่สัญญาที่ถูกบอกกล่าวนิติกรรมตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 92 แต่ผู้ทรงทรัพย์สินจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากเหตุนี้ผู้ทรงทรัพย์สินมิใช่บุคคลที่ผิดสัญญา และการบอกกล่าวนิติกรรมนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายที่มีมูลค่าสูงเกินกว่าที่จะขอรับชำระหนี้ได้

พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 14 บัญญัติว่า “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอาจยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์สินนั้นกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว” จะเห็นได้ว่ามาตรา 14 ได้กำหนดให้อำนาจเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีฐานะเป็นผู้ทรงทรัพย์สินด้วย สามารถที่จะทำการยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ในขณะที่จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562

จากกรณีศึกษาในข้างต้นเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ถกเถียงกันในทางวิชาการ และในทางปฏิบัติกับบทคุ้มครองที่ผู้ทรงทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งมาตรา 14¹⁶⁴ ที่ทรัพย์สินถูกยกเลิกก่อนครบกำหนดเวลา แต่การยกเลิกนั้นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องเป็นผู้ทรงทรัพย์สินด้วยจึง

¹⁶³ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 11 วรรคแรก.

¹⁶⁴ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 14.

กระทำการตามมาตรา 14 ได้ ทั้งนี้ห้ามยกเลิกสิทธิดังกล่าว ถ้าการยกเลิกนั้นกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก แต่กรณีตามกรณีศึกษานั้น เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิยกเลิกนิติกรรมใด ๆ ที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นด้อยค่าลง ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 122¹⁶⁵ การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยกเลิกทรัพย์สินที่ลูกหนี้ก่อตั้งสิทธินั้นขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สินนั้นมีผู้ทรงทรัพย์สินใช้ประโยชน์สิทธิดังกล่าวนั้นภายในกำหนดเวลาอยู่ การยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ทรงทรัพย์สินได้รับผลกระทบนี้ ถึงแม้ว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจากกระทำดังกล่าวนี้จะสามารถขอรับชำระหนี้ได้ แต่ผู้ทรงทรัพย์สินจะขอรับชำระหนี้ในฐานะคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งจุดมุ่งหมายอันแท้จริงของการบอกล้างนิติกรรมใด ๆ ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีวัตถุประสงค์ให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าทางเศรษฐกิจไม่ถูกตัดทอนมูลค่าเพื่อนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดและนำเงินมาชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลาย จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติที่มีอยู่นั้นตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 ทรัพย์สินสามารถยกเลิกก่อนครบกำหนดระยะเวลาได้ในกรณีเดียวซึ่งการยกเลิกนั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์กับผู้ทรงทรัพย์สินต้องเป็นบุคคลคนเดียว และสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์สินก่อสร้างขึ้นจะต้องส่งมอบคืนอสังหาริมทรัพย์ในสภาพที่เป็นอยู่ในขณะนั้นตามมาตรา 15¹⁶⁶

ดังนั้นหากมีมูลเหตุตามกรณีศึกษาในข้างต้นนั้น ผู้ทรงทรัพย์สินต้องได้รับความเสียหายตลอดเวลาที่ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น ถ้าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 122 ในการบอกล้างนิติกรรมใด ๆ ที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นด้อยค่าลง และผู้ทรงทรัพย์สินจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินที่ถูกบอกล้างสิทธิดังกล่าว แต่สามารถขอรับชำระหนี้ได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 92¹⁶⁷ ภายในกำหนดเวลา¹⁶⁸ ซึ่งการบอกล้างนิติกรรมนั้นทำให้ผู้ทรงทรัพย์สินได้รับความเสียหาย ทั้งเสียสิทธิและโอกาสในการพัฒนาที่ดินเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้รับความนิยมในกลุ่มนักลงทุนทั้งที่ประกาศใช้มาประมาณ 4 ปีแล้ว ซึ่งวัตถุประสงค์ในการบอกล้างนิติกรรมของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นั้นต้องการให้ทรัพย์สินขึ้นนั้นมีมูลค่าทางเศรษฐกิจเพิ่มมากขึ้น ไม่ถูกตัดทอนหรือรอนสิทธิใด ๆ เพื่อเพิ่มโอกาสในการขายทอดตลาดที่มีมูลค่าสูงขึ้นและนำเงินมาชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ทั้งหลายตามลำดับ

ด้วยเหตุนี้รองศาสตราจารย์ ดร.สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ได้อภิปรายในงานเสวนาวิชาการหัวข้อทรัพย์สิน : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ มีใจความสำคัญว่า ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินชนิดใหม่ซึ่งจากการตรวจสอบข้อมูลกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่มีระยะเวลาจำกัดแล้วจะตรงกับเรื่อง Emphyteusis แนวคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มี

¹⁶⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 122.

¹⁶⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 15.

¹⁶⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 92.

¹⁶⁸ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 91.

ลักษณะการเคลื่อนไหวสิทธิเสมือนทรัพย์สินแต่เป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์รูปแบบหนึ่งที่มีกำหนดระยะเวลาค่อนข้างยาว โดยแนวคิดการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนี้มีที่มาจากการที่รัฐประสงค์จะกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาเพื่อสร้างมูลค่า และเพื่อให้มีการใช้อสังหาริมทรัพย์เพื่อการเกษตรได้อย่างคุ้มค่า ซึ่งทรัพย์สินนี้มีลักษณะโดยทั่วไปตรงกับเรื่อง Emphyteusis ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายชนบทของประเทศฝรั่งเศส (Code rural) มาตรา L.451-1 โดยแนวคิด Emphyteusis หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องการโอนขายกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่มีสิทธิการเช่าและผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ตามสิทธินั้นอย่างปกติสุข ทำให้ต้องมีการยกเลิกหรือระงับสิทธิการเช่าระยะยาวในอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ก่อนครบกำหนดระยะเวลา กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องเสนอขายกรรมสิทธิ์ให้กับผู้เช่าที่ทำสัญญาเช่าระยะยาว (Emphyteusis) เป็นคนแรก เมื่อปฏิเสธคำเสนอดังกล่าวจึงทำคำเสนอต่อบุคคลอื่นได้ เช่นเดียวกับเรื่อง Leasehold ในประเทศอังกฤษ ที่กำหนดว่า หากผู้ให้เช่าหรือผู้ถือกรรมสิทธิ์ต้องการโอนขายกรรมสิทธิ์ ผู้เช่าตามสัญญาเช่าระยะยาวจะต้องได้รับสิทธิการเสนอขายเป็นคนแรกเสมอ จากแนวคิดตามกฎหมายต่างประเทศของทั้งสองประเทศนี้ทำให้เห็นว่า ผู้เช่าตามสัญญาเช่าระยะยาวจะได้รับความคุ้มครองจากสิทธิดังกล่าวเพื่อสร้างความมั่นใจในกฎหมายของประเทศนั้นที่จะลงทุนพัฒนาที่ดินเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ และหากผู้เช่าปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวก็ถือว่า ผู้เช่ายอมรับความเสี่ยงนั้นในการลงทุนและไม่ทำให้เป็นข้อผิดพลาดอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากกรณีศึกษาและกฎหมายต่างประเทศในข้างต้นนั้น ทำให้เห็นว่า หากมีการนำแนวคิดเรื่องข้อเสนอโอนขายกรรมสิทธิ์ให้กับผู้เช่าเป็นคนแรกมาปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินในกรณีเช่นนี้ ย่อมได้ประโยชน์ทั้งสองฝ่าย คือ ผู้ถือกรรมสิทธิ์สามารถใช้สิทธิในข้อนี้เสนอโอนขายกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินให้แก่มุทราชทรัพย์อิงสิทธิก่อนที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะบอกล้างนิติกรรมที่ทำให้ทรัพย์สินด้อยค่าลง และก็ไม่เป็นกรณีที่เป็นการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินของลูกหนี้ เพราะการเสนอขายนี้ หากผู้ทรงทรัพย์สินยินยอมรับคำเสนอก็จะนำเงินจากการขายอสังหาริมทรัพย์นี้มาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการขายทอดตลาด และหากผู้ทรงทรัพย์สินยินยอมรับซื้อกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ได้ใช้ประโยชน์อยู่นั้นก็จะไม่ได้รับความเสียหายจากการบอกล้างนิติกรรม และยังคงใช้ประโยชน์ทรัพย์สินต่อไปอย่างผู้ถือกรรมสิทธิ์ด้วยกัน แต่ถ้าวุทราชทรัพย์อิงสิทธิปฏิเสธไม่รับข้อเสนอข้างต้น ก็ให้กลับไปใช้มาตรการตามกฎหมายอื่นตามปกติ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินฉบับนี้ขึ้น

5.2 ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินอิงสิทธิ กรณีเวนคืนที่ดินติดจำนอง

จากกรณีปัญหานี้ผู้ทรงทรัพย์สินอิงสิทธิจะนำทรัพย์สินอิงสิทธิไปจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้ในนามตนเองหรือที่บุคคลอื่นจะต้องชำระได้ต้องอยู่ภายในขอบเขตที่ไม่เกินกว่าหนี้จำนองซึ่งการนำทรัพย์สินของตนไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ และรวมถึงสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวพันกับอสังหาริมทรัพย์ล้วนเป็นทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้ตามหลักกฎหมายแห่งลักษณะจำนอง ซึ่งทรัพย์สินอิงสิทธิก็ถือเป็นทรัพย์สิน

ชนิดหนึ่งที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบของการจำนองได้ตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง¹⁶⁹ แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิ พ.ศ.2562 ที่ไม่ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ทำให้ขาดความชัดเจนในส่วนนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสิทธิมีความแตกต่างกันซึ่งโดยทั่วไปการจำนองทรัพย์สินตามมาตรา 705¹⁷⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้จำนองจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น ซึ่งการจำนองโดยทั่วไปเป็นการนำกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปจำนอง แต่ในกรณีการจำนองทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิ ผู้ทรงทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิไม่ใช่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ มิได้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิเป็นเพียงผู้มีสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไปจำนองเท่านั้น ทำให้มีบริบทที่แตกต่างกันระหว่างการจำนองโดยทั่วไปกับการจำนองทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิ จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบังคับใช้กับการจำนองทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิได้ เนื่องจากขัดกับหลักของผู้มีสิทธิจำนองตามมาตรา 705 นั้น แต่เมื่อมีการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบังคับใช้โดยอนุโลมอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเมื่อผู้ทรงทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิได้นำสิทธิดังกล่าวไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ดำเนินการจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่เรียบร้อย และมีเหตุทำให้อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิบางส่วนนั้นต้องบอบสลายไปด้วยเหตุตามกฎหมายฉบับอื่นทำให้เกิดข้อถกเถียงหากผลกระทบดังกล่าวนั้นกระทบต่อเอกชน เช่นนี้ผู้วิจัยจึงยกตัวอย่างประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติดังนี้

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่นำมาพิจารณาถึงมูลเหตุของปัญหาทางกฎหมาย กล่าวคือ นาย ก นำที่ดินแปลงหนึ่งไปจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิให้กับ นาย ข เป็นระยะเวลา 30 ปี ต่อมา นาย ข นำทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิไปจดทะเบียนจำนองกับธนาคาร A ผู้รับจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ให้กับนาย ค หลังจากนั้นที่ดินแปลงนี้ถูกเวนคืน¹⁷¹ บางส่วนเป็นการบังคับซื้อที่ดินโดยภาครัฐจะต้องมีการจดทะเบียนแบ่งขาย ซึ่งที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิจะแบ่งแยกไม่ได้ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิจะแบ่งแยกมิได้”

ที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิจะแบ่งแยกออกเป็นหลายแปลงหรือรวมกับที่ดินแปลงอื่นเข้าเป็นแปลงเดียวกันไม่ได้” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้เป็นการจำกัดหรือรบกวนการใช้กรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่อสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิแล้วจะแบ่งแยกทรัพย์สินนั้นไม่ได้ และจะก่อตั้งทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิบางส่วนก็ทำไม่ได้

พระราชบัญญัติทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิ พ.ศ. 2562 มาตรา 14 บัญญัติว่า “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิอาจยกเลิกทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์สินพิทักษ์สิทธินั้นกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริต

¹⁶⁹ พระราชบัญญัติทรัพย์สินพิทักษ์สิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 12 วรรคหนึ่ง.

¹⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 705.

¹⁷¹ การเวนคืนที่ดินเป็นการจัดกรรมสิทธิ์ที่ดินที่ดำเนินการเพื่อให้ได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ เพื่อกิจการใด ๆ ตามความต้องการของผู้ที่ต้องการจัดกรรมสิทธิ์ที่ดิน ในการดำเนินการดังกล่าวจะดำเนินการภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 เป็นหลัก

แล้ว” เป็นกรณีที่ต้องการยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาที่สามารถทำได้วิธีเดียว คือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ก่อนครบกำหนดเวลาได้ แต่การยกเลิกนั้นต้องไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอก

จากกรณีศึกษาประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายในข้างต้นนั้น นาย ก จะต้องจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินก่อน เพื่อจะแบ่งแยกที่ดินได้ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 มาตรา 14 ก่อนครบกำหนดเวลา แต่ไม่สามารถยกเลิกได้เนื่องจากการยกเลิกทรัพย์สินกระทบถึงสิทธิของผู้รับจำนองที่มีสิทธิทางทะเบียน และหากนาย ก จะยกเลิกทรัพย์สินจะต้องเป็นทั้งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ในขณะเดียวกันด้วยจึงจะสามารถดำเนินการได้ ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้ผิดสัญญาด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงเป็นประเด็นปัญหา ถ้าเจ้าของกรรมสิทธิ์ยกเลิกทรัพย์สินตามการเวนคืนของรัฐ ถ้ารัฐใช้อำนาจให้ยกเลิกได้จะกระทบต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ และผู้รับจำนอง ในเรื่องของค่าธรรมเนียมยกเลิกและก่อตั้งสิทธิใหม่ ทำให้สิทธิของบุคคลภายนอกถูกลบลงไปด้วยรวมทั้งจะได้รับการเยียวยาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่เนื่องจากผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เป็นเพียงบุคคลผู้มีการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

ประเด็นปัญหานี้ที่นำมาวินิจฉัยในข้างต้นนั้นเป็นข้อถกเถียงในงานเสวนาวิชาการหัวข้อเรื่อง “ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ” เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2562 จัดโดยคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หลังจากพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ประกาศใช้ซึ่งผู้เสวนาทั้งภาควิชาการและภาคปฏิบัติเห็นว่า กรณีที่บทบัญญัติกำหนดห้ามแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 4 วรรคสาม¹⁷² ประกอบมาตรา 8¹⁷³ โดยมีใจความสำคัญว่า การก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เฉพาะบางส่วนจะกระทำไม่ได้ และที่ดินที่มีโฉนดเมื่อก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์แล้วจะแบ่งแยกไม่ได้เช่นกัน ถือเป็นข้อจำกัดข้อหนึ่งของสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งข้อจำกัดในลักษณะเป็นข้อถกเถียงเช่นกันเนื่องจากวิธีการบัญญัติกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ต้องการให้มีความคล่องตัว และเปิดโอกาสให้สามารถใช้อย่างเหมาะสมเพื่อประโยชน์แก่นักลงทุนมากกว่าที่สัญญาเช่าทรัพย์สินแบบเดิม ๆ และยังคงการผลักดันให้กฎหมายฉบับนี้มีการใช้บังคับอย่างแพร่หลายในกลุ่มนักลงทุนทั้งชาวไทย และชาวต่างชาติเพื่อนำไปสู่การกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยข้อถกเถียงในการแก้ไขปัญหาดังที่กรณีศึกษาในข้างต้นมีการกล่าวถึงในงานเสวนาครั้งนี้แต่ยังไม่ได้ข้อยุติถึงวิธีการแก้ไขปัญหาดังที่กรณีศึกษาในลักษณะนี้ ซึ่งจากการยกตัวอย่างกรณีศึกษาขึ้นมาพิจารณาเพราะยังไม่ปรากฏข้อโต้แย้งหรือประเด็นปัญหาอย่างเป็นรูปธรรมในปัจจุบันจึงไม่สามารถที่จะทำการวิจัยผ่านกระบวนการคิดหรือการตีความตามเจตนารมณ์ของศาลได้

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายตามกรณีศึกษานี้ การบังคับใช้กฎหมายตามบัญญัติในปัจจุบันทำให้วิธีการนี้ส่งผลกระทบเป็นความเสียหายในวงกว้างทั้งยังต้องยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาก่อนตามมาตรา 14 ที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ในขณะที่ยกเลิกนั้น และ

¹⁷² พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสาม.

¹⁷³ พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 มาตรา 8.

ถ้าการยกเลิกนั้นส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือผู้รับจ้างตามกรณีนี้ก็ไม่สามารถทำได้ สัญญาที่มีอยู่ก่อนก็ย่อมระงับด้วยเหตุแห่งการยกเลิกทรัพย์สิน ถ้ายกเลิกได้ต้องมีการแบ่งแยกที่ดินตามกฎหมายเวนคืนที่ดิน ถึงแม้ว่าเอกชนจะได้รับค่าที่ดินด้วยความเป็นธรรมก็ตามแต่เอกชนจะต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ให้กับภาครัฐ ทั้งค่ายกเลิกทรัพย์สิน ค่าโอนสิทธิ ค่าจดทะเบียนต่าง ๆ เกี่ยวกับการแบ่งขายกรรมสิทธิ์ที่สำนักงานที่ดิน และเอกชนก็ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินที่มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงอีกครั้ง เพื่อรักษาผลประโยชน์ให้กับคู่สัญญาตามสัญญาที่มีผลผูกพัน แต่ถ้าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ยอมจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิให้แก่ผู้ทรงอีกครั้ง ก็ทำให้คู่สัญญาที่เสียหายสามารถฟ้องได้เพียงข้อการผิดสัญญาตามหลักทั่วไป

จากการศึกษาค้นคว้ามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน และตัวอย่างตามกรณีศึกษาในข้างต้นที่ได้นำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองกับธนาคารพาณิชย์มีผลให้บุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันได้รับผลกระทบจากข้อจำกัดของกฎหมายที่ไม่ได้จากความผิดของคู่สัญญา ส่งผลให้คู่สัญญา ผู้เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในการก่อตั้งหรือยกเลิกทรัพย์สินดังกล่าวนั้น และความเสียหายนี้มีมูลเหตุจากการดำเนินการบางอย่างของภาครัฐที่ทำให้เอกชนได้รับผลกระทบจากวิธีปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นควรกำหนดข้อยกเว้นบางประการเพื่อสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติของภาครัฐ เพื่อลดภาระที่จะเกิดขึ้นกับเอกชน เช่น ค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียม เป็นต้น

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนทางทะเบียนของหนังสือรับรองทรัพย์สิน กรณีจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

จากปัญหากรณีนี้เหมือนจะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจ้างทรัพย์สิน เนื่องจากผู้รับจ้างทรัพย์สินเป็นการจำนองสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดิน เมื่อผู้จำนองผิดนัดไม่ชำระหนี้ ผู้รับจ้างสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองเอาที่สิทธิการใช้ประโยชน์ดังกล่าวได้ โดยไม่สนใจว่าผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิว่าจะเป็นใคร เพราะผู้ถือกรรมสิทธิ์ไม่ใช่คู่สัญญาในการจำนองตามกฎหมาย

แต่ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบในส่วนอื่นเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ก่อตั้งสิทธิดังกล่าวขึ้นเนื่องจากผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจทำให้ที่ดินนั้นเพิ่มราคาหรือเสื่อมราคา ทั้งนี้ที่ดินที่ยังติดภาระติดพันรวมทั้งการก่อตั้งทรัพย์สิน และทรัพย์สินยังติดภาระจำนองอีกด้วย ดังนั้นต้องพิจารณาถึงการทำหน้าที่ของผู้รับโอนว่ามีผลกระทบไปถึงสิทธิของผู้รับจ้างในอันที่จะได้รับชำระหนี้หรือไม่ซึ่งในข้อนี้มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนกรรมสิทธิ์เอาไว้ ตามมาตรา 743 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นเรื่องผู้รับโอนทำให้ทรัพย์สินซึ่งจำนองเสื่อมราคาลงคล้ายกับมาตรา 723 เรื่องทรัพย์สินซึ่งบุคคลภายนอกซึ่งจำนองบุบสลายหรือสูญหายเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกัน กฎหมายให้ผู้รับจ้างมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันทีเป็นกรณีการบังคับใช้กฎหมายกับผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ติดภาระจำนองอยู่ แต่ในประเด็นนี้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์เป็นเพียงบุคคลภายนอก ไม่ใช่คู่สัญญาและไม่ต้องรับภาระจำนอง ที่ผู้ทรงทรัพย์สินได้ก่อขึ้นกับเจ้าหนี้ผู้รับจ้าง เมื่อผู้รับโอนได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นก็ย่อมมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์

ในที่ดินตามหลักกรรมสิทธิ์ได้เช่นกัน ในข้อนี้จึงเป็นข้อจำกัดที่ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองทรัพย์สินได้รับความเสี่ยงต่อทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ถ้าสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินของผู้ทรงทรัพย์สินได้รับผลกระทบ จึงเห็นว่าตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 ยังขาดบทคุ้มครองเจ้าหนี้เนื่องจากเจ้าหนี้ได้รับทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบของการจำนองสิทธิบางประการเอาไว้ตามมาตรา 12 แม้จะให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแต่ก็ไร้ซึ่งขอบเขตที่ยากต่อการนำไปใช้ และอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน ผู้วิจัยจึงยกตัวอย่างประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เพราะยังไม่ปรากฏข้อโต้แย้งหรือประเด็นปัญหาอย่างเป็นรูปธรรมในปัจจุบันจึงไม่สามารถที่จะทำการวิจัยผ่านกระบวนการคิดหรือการตีความตามเจตนารมณ์ของศาลได้ ดังนี้

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่นำมาพิจารณาถึงมูลเหตุของปัญหาทางกฎหมาย กล่าวคือ นาย ก เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก่อตั้งทรัพย์สิน ระยะเวลา 30 ปี ให้กับ นาย ข เป็นผู้ทรงทรัพย์สิน จดทะเบียนก่อตั้งสิทธิครบถ้วน ถูกต้องตามกฎหมาย ต่อมา นาย ข นำทรัพย์สินไปจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจกับธนาคาร A จดทะเบียนผู้รับจำนองทรัพย์สินได้สิทธิไปแล้วในทางทะเบียน ซึ่งในทางปฏิบัติเป็นการจดทะเบียนออนไลน์ จะไม่ปรากฏในทางทะเบียนสารบัญหลังหนังสือรับรองทรัพย์สิน ทำให้บุคคลภายนอกและเจ้าของกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ไม่ทราบถึงการจดทะเบียนดังกล่าว ถ้าไม่มีการแสวงหาข้อมูลจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ปรากฏว่า นาย ข ได้โอนขายทรัพย์สินให้กับนาย ค ต่อมา นาย ค เป็นลูกหนี้ของนาย ก จึงโอนขายทรัพย์สินให้กับนาย ก ซึ่งนาย ก เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และเป็นผู้ทรงทรัพย์สิน สามารถจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินได้ตามมาตรา 14 เว้นแต่จะกระทบต่อบุคคลภายนอก กรณีนี้การจดทะเบียนไม่มีปรากฏในทะเบียนหนังสือรับรองทรัพย์สิน จะเป็นปัญหาถ้าสามารถจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินได้ เนื่องจากธนาคาร A ผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ

พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 9 บัญญัติว่า “เมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ใด เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะก่อตั้งทรัพย์สินใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมิได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์สิน

ความในวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ”

พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 12 “ทรัพย์สินสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ทรัพย์สินสามารถตกทอดทางมรดกได้

การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเภทนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่นั้น ทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจได้ตามมาตรา 9 โดยวิธีการปฏิบัติก็คงเป็นไปตามกฎหมายนั้นด้วยเช่นกัน จึงเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจมีการจดทะเบียนผ่านระบบออนไลน์ซึ่งไม่ปรากฏการจดทะเบียนที่สารบัญหลังหนังสือรับรองทรัพย์สินหรือสารบัญหลังโฉนดที่ดิน ทำให้การจดทะเบียนดังกล่าวไม่น่าจะเข้าถึงการรับรู้ของบุคคลภายนอกได้ ถึงแม้ว่าการทำนิติกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 12 วรรคสามแต่ก็อาจอนุมานได้ว่าต้องเป็นการทำนิติกรรมตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งและวรรคสอง คือ นิติกรรมการโอนสิทธิไม่ว่าจะโอนให้ โอนขาย หรือรับโอนมรดก การจำนอง ก็ต้องทำตามแบบนิติกรรมที่กำหนดไว้ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงไม่ได้หมายความว่ารวมถึงวิธีการรับหลักประกันทางธุรกิจ จึงเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องถกเถียงกันทั้งในภาคปฏิบัติและภาควิชาการถึงข้อจำกัดในส่วนนี้

ประเด็นปัญหาที่นำมาวินิจฉัยในข้างต้นนั้นเป็นข้อถกเถียงที่ยกขึ้นวินิจฉัยตั้งแต่เริ่มยกร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.... ตามที่สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง หน่วยงานที่หลักต้นกฎหมายฉบับนี้เปิดโอกาสให้หน่วยงานภาครัฐและเอกชนร่วมแสดงความคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่อร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ ซึ่งมีผู้แสดงความคิดเห็นว่า ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติว่า เมื่อมีการจดทะเบียนทรัพย์สินเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 และมีการปฏิบัติตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 แล้ว ให้ถือว่าการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินครบถ้วนสมบูรณ์ ใช้นับบุคคลภายนอกได้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผู้จดทะเบียนรับทรัพย์สินเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ไม่ต้องดำเนินการจดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินอีก แต่สามารถอาศัยกลไกตามมาตรา 19 ให้เจ้าพนักงานทะเบียนตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 สังกัดกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์แจ้งให้นายทะเบียนทรัพย์สินสังกัดกรมที่ดินทราบ เพื่อให้บันทึกการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจลงในทะเบียนทรัพย์สินจากข้อโต้แย้งในข้อนี้ทำให้มีคำชี้แจงว่า เมื่อไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนใด ๆ ไว้เป็นการเฉพาะให้ร่างพระราชบัญญัติ การนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจก็สามารถดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจได้ตามปกติ¹⁷⁴ เมื่อมีคำชี้แจงเช่นนี้จึงไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ด้วยเหตุนี้ประเด็นข้อนี้ถูกยกขึ้นในงานเสวนาวิชาการหัวข้อเรื่อง “ทรัพย์สิน : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ” เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2562 จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หลังจากพระราชบัญญัติทรัพย์สินประกาศใช้ในประเด็นปัญหาเดียวกันตามกรณีศึกษาในข้างต้นที่ยังไม่ได้ข้อสรุป ดังนั้นการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจกับทรัพย์สิน ต้องทำให้ทะเบียนเป็นที่รับรู้ โปร่งใส เป็นสาธารณะ เพราะการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจเป็นการจดทะเบียนผ่านเว็บไซต์ออนไลน์ จะทำให้ธนาคารผู้รับหลักประกันอาจเสียสิทธิดังกล่าวได้ เนื่องจากทะเบียนถูกซ่อนเอาไว้

¹⁷⁴ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (เชิงอรรถ 70).

สิทธิการเช่าระยะยาวในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็น “leasehold” ของประเทศอังกฤษหรือสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบ Common law และ “Emphyteusis” หรือ “Emphytéotique” (ภาษาฝรั่งเศส) ของกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil law มีการกำหนดให้สามารถนำสิทธิการเช่าระยะยาวไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินโดยการจำนอง (Leasehold mortgage financing) และในบางประเทศก็ให้นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจหรือหลักประกันลอย (Floating Charge) ได้ด้วยเช่นกัน ซึ่งมีลักษณะสำคัญ คือ การนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจหรือหลักประกันลอยนั้นต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนเกี่ยวกับสถานะทรัพย์สินของหลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สาม โดยตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 18 การจดทะเบียนเท่ากับการจดทะเบียนซึ่งเป็นการจดทะเบียนผ่านระบบออนไลน์ที่เจ้าพนักงานไม่ต้องตรวจสอบข้อมูลความถูกต้องจึงเป็นปัญหาในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินนี้

เมื่อพิจารณาจากกรณีศึกษาและกฎหมายต่างประเทศในข้างต้นนั้น ทำให้เห็นว่า ต้องนำแนวคิดการเปิดเผยต่อสาธารณชนเกี่ยวกับสถานะทรัพย์สินของหลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามมาปรับใช้กับการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจทรัพย์สินนี้

5.4 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินที่มีการจำนอง

สืบเนื่องจากที่สำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้ผลักดันร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินนี้ที่เป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์หรือมีลักษณะเหมือนการเช่าทรัพย์สิน โดยผู้ยกร่างทรัพย์สินนี้หมายให้ทรัพย์สินนี้เป็นบุคคลสิทธิชนิดพิเศษ แต่ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าทรัพย์สินนี้เป็นทรัพย์สิน เพราะลักษณะของการเคลื่อนไหวของสิทธินั้นมิใช่สิทธิมากกว่าการเช่าทรัพย์สินตามหลักทั่วไปหรือมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามความเห็นของกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งที่สามารถใช้สอยทรัพย์สินได้เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ยกเว้นสิทธิติดตาม และสิทธิขัดขวางการใช้ทรัพย์สินจากผู้ที่ไม่ใช่สิทธิ¹⁷⁵ สามารถโอนสิทธิให้แก่บุคคลอื่นได้ ไม่จำเป็นการโอนให้ โอนขาย หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และสิทธิดังกล่าวนี้ยังสามารถตกทอดทางมรดกได้ด้วย¹⁷⁶ เมื่อพระราชบัญญัติทรัพย์สินนี้มีผลบังคับใช้ก็มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายมากมาย ทั้งในลักษณะของสถานะทางกฎหมายของสิทธิดังกล่าว การนำกฎหมายอื่น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลมที่ไม่ได้ระบุขอบเขต และยังมีข้อจำกัดสิทธิบางประการที่ทำให้ทรัพย์สินอื่น ๆ ตามหลักกฎหมายทั่วไปมีสิทธิมากกว่าทรัพย์สินนี้เกิดเป็นความซ้ำซ้อนของสิทธิดังกล่าวนี้ จึงทำให้กฎหมายฉบับนี้ยังไม่ได้รับความนิยม และไม่สามารถใช้บังคับได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงยกตัวอย่างประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เพราะยังไม่ปรากฏข้อโต้แย้งหรือประเด็นปัญหาอย่างเป็นรูปธรรมในปัจจุบันจึงไม่สามารถที่จะทำการวิจัยผ่านกระบวนการคิดหรือการตีความตามเจตนารมณ์ของศาลได้ ดังนี้

¹⁷⁵ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 11.

¹⁷⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 12.

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่นำมาพิจารณาถึงมูลเหตุของปัญหาทางกฎหมาย กล่าวคือ นาย ก เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ เป็นระยะเวลา 30 ปี ให้กับ นาย ข จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย นาย ข เป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ต่อมา นาย ข นำทรัพย์อิงสิทธิไปจำนองกับธนาคาร A และนาย ข ให้ นาย ค เช่าช่วงสิทธิดังกล่าวต่อ แต่นาย ค ไม่ได้ทำประโยชน์ในทรัพย์อิงสิทธินี้ ส่วนนาย ข เดินทางไปต่างประเทศหรือติดคุก 15 ปี ซึ่งสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ยังคงอยู่ และนาย ข ไม่สามารถแจ้งให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ทราบได้ ไม่ว่าจะเพราะไม่รู้ว่ามี นาย ง มาครอบครองปรปักษ์ ซึ่งตามมาตรา 11¹⁷⁷ ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต้องเป็นคนแจ้งให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ทราบ หลังจากนั้นนาย ข โอนขายทรัพย์อิงสิทธิที่ติดจำนองกับธนาคาร A ให้นาย ค เมื่อนาย ค รับโอนสิทธิดังกล่าวก็ไม่สามารถขัดขวางผู้ที่มาบุกรุกการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินได้ตามมาตรา 11 เมื่อนาย ง เข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเป็นเวลา 10 ปี ได้กรรมสิทธิ์ครอบครองปรปักษ์ ตามมาตรา 1382¹⁷⁸ สำเร็จและขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้นาย ง ได้กรรมสิทธิ์ในการครอบครองปรปักษ์แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 มีผลทำให้นาย ก สูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าว แต่ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิยังคงมีสิทธิอยู่เหลือ 15 ปี โดยจะส่งผลกระทบต่อผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิและผู้รับจำนองอย่างไร

ทั้งนี้ผู้ครอบครองปรปักษ์ ครอบครองทรัพย์ที่ติดจำนองจะได้สิทธิโดยปลอดจำนองหรือไม่ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาผู้ครอบครองปรปักษ์ไม่สามารถได้สิทธิโดยปลอดจำนองได้ เมื่อทราบแต่ที่ยังไม่ได้จดทะเบียนจะอ้างสิทธิต่อบุคคลที่ได้รับการจดทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้¹⁷⁹ โดยผู้ครอบครองปรปักษ์จะอ้างในทางทฤษฎีได้ว่า ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะอ้างสิทธิโดยการสืบสิทธิจากบุคคลอื่นไม่ได้ ส่วนผู้ครอบครองปรปักษ์ได้สิทธิมาใหม่ต้องลบล้างสิทธิที่ได้มาจากบุคคลอื่นไป แต่ก็ต้องว่าตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะคดีเรื่องสิทธิของผู้จดทะเบียน¹⁸⁰ ในแง่นี้ผู้ครอบครองปรปักษ์ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับสิทธิของทรัพย์อิงสิทธิต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิ คราวนี้จะมีผลบังคับอย่างไร ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิจะฟ้องขับไล่ นาย ง ก็ทำไม่ได้ เพราะต้องใช้สิทธิของผู้ถือกรรมสิทธิ์ซึ่ง นาย ก ได้เสียกรรมสิทธิ์ไปแล้ว ดังนั้นสิทธิของนาย ค ผู้ซื้อทรัพย์อิงสิทธิที่มีการจำนองจะเป็นประการใด

พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง “ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ โดยผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน”

¹⁷⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ.2562 มาตรา 11.

¹⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382.

¹⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2552.

¹⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง.

จากกรณีศึกษาที่ยกตัวอย่างในข้างต้นประกอบกับกฎหมายตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 11 ที่มีกำหนดอยู่นั้นทำให้กรณีนี้หากทางออกได้ยากเพื่อพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายทำให้เห็นว่า ผู้ทรงทรัพย์สินพิพาท หน้าที่ และความรับผิดชอบในอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อตั้งทรัพย์สินพิพาทเสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ คือ มีสิทธิที่จะใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ จะให้เช่าช่วงสิทธิดังกล่าว หรือโอนขายสิทธิ รวมทั้งสิทธิดังกล่าวนี้ยังสามารถตกทอดทางมรดกได้เช่นกัน แต่ผู้ทรงทรัพย์สินพิพาทไม่มีสิทธิที่จะติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากผู้ที่ไม่ได้สิทธิ และสิทธิขัดขวางผู้อื่น ทำให้เพียงแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบถึงเหตุดังกล่าวเท่านั้นตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง ด้วยเหตุนี้สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินพิพาทจึงถูกจำกัดทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่

ประเด็นปัญหาที่นำมาวินิจฉัยในข้างต้นนั้นเป็นข้อถกเถียงในงานเสวนาวิชาการหัวข้อเรื่อง “ทรัพย์สินพิพาท : ปัญหาทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ” เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2562 จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หลังจากพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิพาทประกาศใช้ซึ่งผู้เสวนาทั้งภาควิชาการและภาคปฏิบัติเห็นว่า ข้อยกเว้นตามบทบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิพาท พ.ศ.2562 ที่สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถติดตามเอาคืนอสังหาริมทรัพย์จากผู้ที่ไม่ได้สิทธิและไม่สามารถใช้สิทธิขัดขวางผู้อื่นได้จึงเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งที่ทำให้ผู้ทรงทรัพย์สินพิพาทอาจมีปัญหาในการใช้สิทธิได้ ทั้งนี้ในงานเสวนาวิชาการมีประเด็นข้อถกเถียงดังกล่าวตามกรณีศึกษาในข้างต้นนั้นแต่ยังไม่ได้ข้อยุติในประเด็นดังกล่าวทำให้นำมาพิจารณาเพื่อนำไปปรับแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้นักกฎหมายภาคปฏิบัติได้เสนอข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อจำกัดในการใช้สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินพิพาทซึ่งกฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เพื่อลดข้อจำกัดที่กฎหมายฉบับก่อนจึงควรเพิ่มสิทธิของผู้ใช้สิทธิในกฎหมายฉบับนี้เพื่อเพิ่มโอกาสให้นักลงทุนเข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินพิพาทมากยิ่งขึ้น

ส่วนกฎหมายต่างประเทศตามกฎหมายอังกฤษได้กำหนดสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าไว้หลายประการ แต่มีสิ่งกีดขวางข้อหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในข้อนี้ คือ สิทธิในการครอบครองที่ดินอย่างสงบสุข (right of quiet enjoyment) สิทธิในข้อนี้ทำให้พิเคราะห์ได้ว่า ผู้เช่ามีสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ทำสัญญาเช่าได้อย่างสงบสุข หากมีบุคคลที่ไม่มีสิทธิมาครอบครองการใช้ทรัพย์สินนั้น ผู้เช่าก็ย่อมมีสิทธิที่จะขัดขวางบุคคลนั้นได้ ตามสิทธิที่ได้รับตามสัญญาเช่าดังกล่าว

ทั้งนี้สิทธิของผู้เช่าทรัพย์สินพิพาทที่มีการจำนองจะเป็นประการใดนั้น เมื่อพิเคราะห์จากตัวอย่างในข้างต้น กฎหมายที่มีอยู่ในขณะนี้ ประกอบกับความเห็นของนักวิชาการ และกฎหมายต่างประเทศทำให้เห็นว่าพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิพาท พ.ศ.2562 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันนี้ยังมีข้อจำกัดบางประการที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเหตุการณ์ดังกล่าวได้ เมื่อผู้วิจัยได้พิเคราะห์ถึงสถานการณ์ที่กล่าวในข้างต้นนั้นประกอบกับกฎหมายต่าง ๆ ทั้งในประเทศ ต่างประเทศ และความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายทั้งนักวิชาการ นักกฎหมายภาคปฏิบัติได้เล็งเห็นถึงปัญหาและข้อบกพร่องในข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินพิพาท พ.ศ. 2562 ดังกล่าวนั้น หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ก่อตั้งทรัพย์สินพิพาทเป็นระยะเวลา 30 ปี ให้กับผู้ทรงทรัพย์สินพิพาทจากนั้นผู้ทรงทรัพย์สินพิพาทได้นำสิทธิการใช้ประโยชน์ดังกล่าวไปจำนองกับธนาคารซึ่งทรัพย์สินพิพาทเป็นสิทธิ

ที่สามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบของการจำนองได้ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 12¹⁸¹ และผู้ทรงทรัพย์สินสามารถใช้สอยได้เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งยังสามารถปล่อยสิทธิการใช้ประโยชน์ดังกล่าวให้เช่าช่วงกับบุคคลอื่นได้ จากตัวอย่างในข้างต้นนั้นผู้ทรงทรัพย์สินสามารถให้บุคคลอื่นได้เช่าช่วงแต่ผู้ทรงทรัพย์สินกับผู้เช่าช่วงไม่ได้ใช้ประโยชน์ในสิทธิดังกล่าวนั้น ต่อมาผู้ทรงทรัพย์สินได้โอนขายสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ติดจำนองนี้ให้กับผู้เช่าช่วงเป็นผู้ทรงทรัพย์สิน แต่ถ้ามีบุคคลอื่นเข้ามาใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งสิทธิดังกล่าว ผู้ทรงทรัพย์สินจะไม่สามารถขัดขวางผู้ที่มาบุกรุกการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าวได้ ต้องแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบถึงการบุกรุกตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 11 ซึ่งการโอนขายสิทธินี้เกิดขึ้นภายหลังที่บุคคลภายนอกได้เข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินโดยสงบ เปิดเผย และแสดงความเป็นเจ้าของต่อเนื่องกันเป็นเวลา 10 ปีจึงได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382¹⁸² ทั้งนี้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้สูญเสียกรรมสิทธิ์ไปให้กับบุคคลอื่นโดยผลของกฎหมาย แม้จะสูญเสียกรรมสิทธิ์แต่สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินยังคงอยู่โดยผลของกฎหมายผู้ทรงทรัพย์สินยังสามารถใช้ประโยชน์ในสิทธิดังกล่าวได้ตามเดิม ไม่กระทบสิทธิใด ๆ เพราะสิทธิที่สูญเสียไปนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ไม่ใช่สิทธิตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ส่วนผู้ครอบครองปรปักษ์ได้ครอบครองทรัพย์สินที่ติดจำนองจะได้สิทธิโดยปลอดจำนองหรือไม่ขึ้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาผู้ครอบครองปรปักษ์ไม่สามารถได้สิทธิโดยปลอดจำนองได้ เมื่อตราบดที่ยังไม่ได้จดทะเบียน ที่จะอ้างสิทธิต่อบุคคลที่ได้รับการจดทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้ ผู้ครอบครองปรปักษ์จะอ้างในทางทฤษฎีได้ว่า ผู้ทรงทรัพย์สินจะอ้างสิทธิโดยการสืบสิทธิจากบุคคลอื่นไม่ได้ ส่วนผู้ครอบครองปรปักษ์ได้สิทธิมาใหม่ต้องลบล้างสิทธิที่ได้มาจากบุคคลอื่นไป แต่ก็ต้องว่าตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะตีเรื่องสิทธิของผู้จดทะเบียน ในแง่นี้ผู้ครอบครองปรปักษ์ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับสิทธิของทรัพย์สินต่อไปจนกว่าทรัพย์สินจะระงับลงซึ่งตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 จะไม่สามารถบังคับกับเจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้ได้สิทธิจากการครอบครองปรปักษ์ได้ และผู้ทรงทรัพย์สินจะฟ้องขับไล่ผู้ครอบครองก็ไม่สามารถทำได้ เพราะต้องใช้สิทธิของผู้ถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งผู้ทรงทรัพย์สินไม่มีสิทธิขัดขวางบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 11 เมื่อผู้ทรงทรัพย์สินผู้ที่มีสิทธิดังกล่าวที่มีการจำนองดังกล่าวยังคงมีสิทธิการใช้ประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินและผูกพันกับหนี้ที่เกิดขึ้นภายใต้การจำนอง แต่ผู้ทรงทรัพย์สินจะไม่สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้อย่างสงบสุข เนื่องจากไม่สามารถขับไล่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นได้ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายอังกฤษที่ได้กำหนดสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าไว้เกี่ยวกับประเด็นในข้อนี้ คือ สิทธิในการครอบครองที่ดินอย่างสงบสุข (right of quiet enjoyment) สิทธิในข้อนี้ทำให้พิเคราะห์ได้ว่า ผู้เช่ามีสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่สัญญาเช่าได้อย่างสงบสุข หากมีบุคคลที่ไม่มีสิทธิมาครอบครองการใช้ทรัพย์สินนั้น ผู้เช่าก็ย่อมมีสิทธิที่จะขัดขวางบุคคลนั้นได้ ตาม

¹⁸¹ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 มาตรา 12.

¹⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382.

สิทธิได้รับตามสัญญาเช่าดังกล่าวนี้ จากสถานการณ์ในข้อนี้จึงควรนำแนวคิดตามกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้ กับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินเพื่อลดข้อบกพร่องในส่วนนี้ เพื่อประโยชน์ในการนำข้อกฎหมายมาบังคับใช้

ดังนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า ลักษณะทางกฎหมายของทรัพย์สินเป็นสิ่งที่จะต้องคำนึงในการพัฒนา สิทธิการเช่าให้มีความมั่นคงมากขึ้น เนื่องจากสิทธิการเช่าเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคลในอันที่จะบังคับแก่บุคคล อื่นซึ่งคู่สัญญา ผู้สืบทอดหรือลูกหนี้เท่านั้นจะยันแก่บุคคลทั่วไปไม่ได้ และตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติ ทรัพย์สิน พ.ศ.2562 ได้จำกัดสิทธิ เมื่อถูกจำกัดสิทธิทำให้สถานะไม่ต่างจากสิทธิการเช่าปกติ ก็คงมี ลักษณะเป็นบุคคลสิทธิตามเดิม เนื่องจากไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเต็มที่

บทที่ 6

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ทรัพย์สินสิทธิ คือ สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่มีลักษณะการเคลื่อนไหวสิทธิเป็นทรัพย์สิน โดยสินค้านั้นมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นในการใช้ประโยชน์ภายในระยะเวลาที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ก่อตั้งสินค้านั้นขึ้น ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 โดยไม่มีการจำกัดถึงวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์นั้นซึ่งผู้ทรงทรัพย์สินมีหน้าที่ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้เสมือนเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ยกเว้นสิทธิในการขัดขวาง และสิทธิเอาทรัพย์สินจากผู้ที่ไม่ใช่สิทธิ แต่หน้าที่โดยทั่วไปผู้ทรงทรัพย์สินก็ยังต้องมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้ตามปกติสุข โดยจุดประสงค์หลักในการก่อตั้งสินค้านั้นขึ้นนี้ก็เพื่อเพิ่มมูลค่าอสังหาริมทรัพย์และก่อให้เกิดสภาพคล่องในภาคอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมดังเช่นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวในกฎหมายต่างประเทศซึ่งได้นำแนวคิดสิทธิการเช่าระยะยาวของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาพิจารณาถึงประเด็นปัญหาและการนำมาปรับใช้กับทรัพย์สินสิทธิ

ทฤษฎีและแนวความคิดมาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิการเช่าระยะยาว ที่เรียกว่า “Leasehold” ซึ่งเป็นการให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์แบบพิเศษ Leasehold คือ สิทธิการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลไม่ว่าจะมีสัญชาติอังกฤษหรือไม่ก็ตาม สามารถเข้ามาถือครองกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินต่าง ๆ ในอสังหาริมทรัพย์และการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างไม่มีข้อจำกัด อสังหาริมทรัพย์ โดยที่ผู้เช่าสามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ จะมีทรัพย์สินที่สามารถโอนขาย Leasehold ได้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รวมถึงสามารถโอนสิทธิหรือให้เช่าช่วงและนำไปเป็นหลักประกันได้ แต่เจ้าของยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการได้คืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา Lease หลักการ Leasehold ปรากฏในประเทศอังกฤษและเวลส์ซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Common Law ที่พัฒนามาจากคำพิพากษา และทรัพย์สินสิทธิตรงกับเรื่อง emphyteusis ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส และรวมถึงประเทศแคนาดาแม้ว่ามีระบบกฎหมายแบบ Common Law แต่ก็ได้รับอิทธิพลเรื่องสิทธิการเช่าระยะยาวจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่ง emphyteusis เป็นเรื่องเช่ากรรมพิเศษซึ่งไม่ใช่เรื่องเช่าธรรมดาหากแต่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน การเช่าที่เป็นทรัพย์สิน (Leasehold) บัญญัติไว้ใน The Rural Code มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดให้ที่ดินได้รับการพัฒนา หลักการคือ ผู้เช่าได้ทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ โดยทำเป็นสัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้างหรือสัญญาเช่าระยะยาวระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้เช่าต้องนำไปจดทะเบียน สามารถดัดแปลงต่อเติมอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า และเปลี่ยนมือได้อย่างอิสระ ตกทอดเป็นมรดกและสามารถนำไปเป็นหลักประกันได้ และสิทธิการเช่าระยะยาวมีปรากฏในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า Erbbaurecht ที่เป็นสิทธิในการก่อสร้างที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน จะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศก็มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเช่าที่เปิดโอกาสและเป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนมาประกอบธุรกิจมาก

พอควร นำไปสู่การพัฒนาาระบบเศรษฐกิจต่าง ๆ ภายในประเทศ โดยทรัพย์สินสิทธิมาจากแนวความคิดที่ต้องการสร้างทรัพย์สินชนิดใหม่ขึ้นมาที่นำสิทธิการเข้าในอสังหาริมทรัพย์มาแปลงให้เป็นทรัพย์สินชนิดใหม่เพื่อให้เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและเพื่อกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์มากยิ่งขึ้น และยังเพิ่มทางเลือกให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ประสงค์จะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วยตนเองแล้ว ยังไม่ต้องการขายสิทธิจึงมีกฎหมายทรัพย์สินสิทธิออกมารองรับ แต่การใช้ทรัพย์สินสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิกับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ยังมีข้อจำกัดหลายอย่างที่ยังทำให้ต่างฝ่ายต่างเสียประโยชน์และยังไม่ได้รับประโยชน์ที่สมควรมากพอที่เจ้าของจะนำอสังหาริมทรัพย์มาก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิทำให้เห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีความเกี่ยวข้องกับแนวความคิดอื่น ๆ ตามกฎหมายแพ่งอีกด้วยซึ่งสามารถนำมาพิจารณาเพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีโฉนดได้

การเช่าอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิที่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา ไม่อาจตกทอดทางมรดกได้ และการเช่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ลักษณะเป็นการเช่าทรัพย์สินที่จำกัดวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์ แต่ทรัพย์สินสิทธิตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 ก็คือ สิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นที่ดินเปล่าที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ โดยที่ให้เช่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมโฉนดที่ดิน ณ สำนักงานที่ดิน โดยทรัพย์สินสิทธิมีกำหนดเวลาได้ไม่เกิน 30 ปี จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสิทธิอีกชนิดหนึ่งโดยคำว่า ทรัพย์สินสิทธิไม่พบคำแปลในภาษาต่างประเทศเพื่อมิให้เป็นเรื่องเช่าหรือเรื่องทรัพย์สินสิทธิที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ด้วยเหตุนี้ทรัพย์สินสิทธิยังมีข้อจำกัดและข้อบกพร่องหลายประการที่ยังไม่ได้รับความนิยมนจากประชาชนและประชาชนยังมีความเข้าใจแล้วเลือกที่จะใช้การเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายเดิมมากกว่าการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิเนื่องจากยังมีผลกระทบ ข้อจำกัดที่ทำให้ประชาชนตัดสินใจเช่นนั้น แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิจะกำหนดให้สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิมีสิทธิมากกว่าการเช่าทรัพย์สินทั่วไปก็ตาม และกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิเป็นข้อกฎหมายที่มีข้อจำกัดหลายประการที่ทำให้ผู้ใช้สิทธิดังกล่าวอาจเกิดความไม่คล่องตัวขึ้นได้ ทั้งการปรับข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 และหากไม่มีข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ต้องนำข้อเท็จจริงไปปรับกับข้อกฎหมายอื่น ๆ แต่เมื่อปรับแล้วก็ยังพบข้อจำกัดบางประการอาจทำให้เกิดความยุ่งยากในทางปฏิบัติ และเกิดปัญหาซ้ำซ้อนตามมาได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เพื่อให้เจตนารมณ์ในการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิเพื่อมาส่งเสริมและแก้ไขปัญหาในเชิงเศรษฐกิจของประเทศไทยสามารถบรรลุผลได้ และเพื่อชกแจงให้มีผู้สนใจและนำกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิไปใช้มากขึ้น ซึ่งปัญหาที่พิจารณานั้นเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิที่เกิดจากบุคคลอื่น ผู้ให้สัญญาหรือผู้ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และภาครัฐที่ใช้อำนาจตามสมควรเกี่ยวกับ

อสังหาริมทรัพย์ตามข้อกำหนดอื่น แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่เปิดช่องให้สามารถทำได้ และวิธีระเบียบปฏิบัติของภาครัฐที่ไม่ครอบคลุมจนทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนภายในรัฐ

สุดท้ายนี้ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มีเจตนารมณ์ที่จะเข้ามาแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจภายในประเทศโดยใช้วิธีการชักชวนให้ทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนในด้านอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย แต่กฎหมายฉบับกลับไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในกรณีของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาเป็นผู้ทรงทรัพย์สินไว้เลย และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนในบางประการ หรือกฎหมายฉบับนี้มีข้อจำกัดมากเกินไปจนทำให้เมื่อผู้ให้สัญญาหรือผู้ก่อตั้งทรัพย์สิน เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ภาครัฐที่ใช้อำนาจตามสมควรเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามข้อกำหนดอื่น และระเบียบวิธีปฏิบัติของหน่วยงานราชการ ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินบางประการตามประเด็นปัญหาที่ผู้วิจัยวิเคราะห์แล้วนั้นจนได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายบางส่วนเพื่อความคล่องตัวในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษาแนวคิด หลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน และแนวคิดในกฎหมายต่างประเทศทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า ทรัพย์สินกับกฎหมายในต่างประเทศมีลักษณะบางประการที่คล้ายคลึงกันซึ่งไม่ใช่ส่วนใหญ่ เนื่องจากทรัพย์สินเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีลักษณะการเคลื่อนไหวสิทธิเป็นทรัพย์สิน แต่แนวคิดในต่างประเทศเป็นสิทธิการเช่าที่มีลักษณะพิเศษมากกว่าการเช่าทรัพย์สินโดยทั่วไปตามหลักกฎหมายไทย แม้ “Emphyteusis” หรือ “Emphytéotique” (ภาษาฝรั่งเศส) ตามกฎหมายฝรั่งเศสจะมีลักษณะโดยทั่วไปคล้ายกับทรัพย์สิน แต่ก็มีความคิดหลายประการที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ต่างจากแนวคิด leasehold ของกฎหมายอังกฤษ แม้จะมีระบบกฎหมาย Common law แต่แนวคิดสามารถนำมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาของผู้วิจัยได้ และการนำแนวคิดดังกล่าวนี้มาบังคับใช้กับกฎหมายไทยก็สามารถนำมาใช้บังคับได้จริงแล้วจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายว่าทรัพย์สินมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

แนวคิดในกฎหมายต่างประเทศตามระบบกฎหมาย Civil law อาทิ Emphyteusis ตามกฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายของประเทศแคนาดาในรัฐควิเบก เป็น Emphyteusis ที่มีลักษณะโดยทั่วไปเหมือนกฎหมายไทยแต่ก็มีความเป็นสิทธิการเช่าและก็สามารถนำแนวคิดทั้งหมดมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาของผู้วิจัยได้เช่นเดียวกับ Erbbaurecht” (ภาษาเยอรมัน) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ไม่สามารถนำแนวคิดมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาของผู้วิจัยได้ เพราะแนวคิดไม่สอดคล้องกับแนวคิดของผู้วิจัยที่จะนำมาปรับใช้ได้

ดังนั้นแนวคิดส่วนใหญ่ที่นำมาปรับใช้จากการวิเคราะห์แนวคิด มาตราทางกฎหมายและสอดคล้องกับประเด็นปัญหาของผู้วิจัยจึงนำมาเป็นแนวคิดของประเทศอังกฤษ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะตามประเด็นปัญหา ดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สิน กรณีถูกบอกล้างนิติกรรมโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วว่า ททรัพย์อิงสิทธิเป็นสิทธิที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถก่อตั้งสิทธิดังกล่าวได้ตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องมีคู่สัญญา เมื่อก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิสมบูรณ์แล้ว เจ้าของกรรมสิทธิ์จะเป็นทั้งเจ้าของและผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิด้วยที่สามารถมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในสิทธิดังกล่าวได้ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์อิงสิทธิ และผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิยังสามารถยกเลิกสิทธิดังกล่าวก่อนครบกำหนดระยะเวลาได้ตราบใดที่ยังไม่โอนสิทธิดังกล่าวให้บุคคลอื่น และยังไม่มีการโอนเข้ามาเกี่ยวข้องกับสิทธิดังกล่าวโดยสุจริต เช่น การจำนอง เป็นต้น หากทรัพย์อิงสิทธิได้โอนให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิคนอื่นแล้วโดยสุจริต และอสังหาริมทรัพย์นั้นได้มีภาระติดพันที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก เมื่อมีเหตุที่ทำให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้ามามีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้และบอกกล่าวนิติกรรมที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเป็นผลให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิได้รับความเสียหายจากเหตุการณ์นี้ ผู้วิจัยจึงพิเคราะห์กรณีกับแนวความคิดของกฎหมายต่างประเทศทั้งในประเทศอังกฤษ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันแต่ต่างก็มีแนวคิดในเรื่องการทำคำเสนอขายกรรมสิทธิ์ให้กับผู้เช่า หากต้องมีการระงับสิทธิด้วยเหตุที่จะโอนกรรมสิทธิ์จากรณีนี้ทำให้เห็นได้ว่า หากจุดประสงค์ในการบอกกล่าวนิติกรรมเพื่อให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าที่เพิ่มมากขึ้นและนำทรัพย์สินนั้นไปขายทอดตลาดต่อไปเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายนั้น กรณีการทำคำเสนอขายให้กับผู้เช่าเป็นคนแรก ก็ย่อมทำให้มีผลดีมากกว่าผลเสีย ดังนั้น ผู้วิจัยขอเสนอแนะดังนี้ ก่อนที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะบอกกล่าวทรัพย์สินนั้น ต้องกำหนดให้ไปใช้มาตรการตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2562 เสียก่อน คือ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ต้องกำหนดให้ตกลงกับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิไม่ให้เสียหายในเหตุที่จะบอกกล่าวนิติกรรมเสียก่อน กำหนดว่า

มาตรา 14 “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิอาจยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์อิงสิทธินั้นกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

ก่อนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิตามกฎหมายล้มละลายเพื่อไม่ให้เสียหาย ให้ทำคำเสนอโอนขายกรรมสิทธิ์ให้กับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิพิจารณาเสียก่อน เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย...”

เนื่องจากการใช้มาตรการตามกฎหมายล้มละลายจะต้องมีการขายทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้เรียบร้อยแล้ว จึงให้นำแนวคิดตามกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ในการกำหนดว่าจะต้องเสนอขายกรรมสิทธิ์กับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเสียก่อน การกำหนดในลักษณะเช่นนี้จะเป็นธรรมกับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ และประหยัดเวลา ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการดำเนินการตามมาตรการของกฎหมายล้มละลาย หากผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิตอบรับคำเสนอการโอนขายกรรมสิทธิ์ดังกล่าว

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ กรณีเวนคืนที่ดินติดจำนอง

จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วว่า หากทรัพย์อิงสิทธิมีการก่อตั้งขึ้น และยังไม่ครบกำหนดระยะเวลาไม่สามารถยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิดังกล่าวได้ ถ้าเจ้าของกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์กับผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิเป็นคนละคนกัน และหากสามารถยกเลิกสิทธิดังกล่าวได้นั้นต้องไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกซึ่งจากข้อจำกัดใน

การแบ่งแยกที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถกระทำได้เลยแม้จะเป็นวิธีปฏิบัติของหน่วยงานราชการก็ตาม กรณีนี้เป็นกรณีที่ดินของหน่วยงานราชการในที่ดินที่ยังติดภาระจำนองอยู่ โดยการเวนคืนที่ดินจะต้องมีการแบ่งแยกที่ดินก่อนซึ่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินนั้นไม่สามารถแบ่งแยกที่ดินใดได้ไม่ว่าจะกรณีใด แม้จะใช้วิธียกเลิกทรัพย์สินก่อนก็ไม่สามารถทำได้เช่นกันเนื่องจากส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้รับหลักประกันด้วยเหตุนี้จึงเกิดปัญหาในข้อจำกัดของกฎหมายที่ทำให้เอกชนได้รับผลกระทบจากกฎหมายที่มีข้อจำกัดมากจนไม่สามารถหาทางออกให้กับเอกชนได้เลย เช่นนี้หากมีการเวนคืนที่ดินที่ก่อตั้งทรัพย์สินและติดจำนองอยู่ก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหานั้นได้ แม้จะเป็นวิธีปฏิบัติของภาครัฐก็ตาม ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การเวนคืนที่ดินเป็นวิธีการบังคับขายที่ดินไม่ว่าจะทั้งหมด หรือบางส่วนของหน่วยงานราชการที่กระทำต่อเอกชนภายในรัฐ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เอกชนต้องได้รับความเสียหายมากจนเกินสมควร โดยผู้วิจัยได้นำแนวคิดจากวิธีปฏิบัติในการทำงานมาปรับใช้กับกรณีนี้ด้วยเหตุที่ว่าหากมีการดำเนินการใด ๆ กับทรัพย์สินหลักประกันไม่ว่าจะส่งผลกระทบต่อสิทธิมากหรือน้อยเพียงใดต้องมีการได้รับความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นก่อนที่จะดำเนินการ เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องได้รับทราบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นและยินยอมให้ดำเนินการ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะดังนี้ ให้เพิ่มเติมบทบัญญัติที่ต้องกำหนดให้วิธีการของภาครัฐไม่ทำให้เอกชนเสียหาย กำหนดว่า

มาตรา 8 “ทรัพย์สินซึ่งจะแบ่งแยกมิได้

ที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งจะแบ่งแยกออกเป็นหลายแปลงหรือรวมกับที่ดินแปลงอื่นเข้าเป็นแปลงเดียวกันไม่ได้

ความในวรรคหนึ่งและวรรคสองไม่กระทบสิทธิของภาครัฐที่จะแบ่งแยกที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งออกเป็นหลายแปลงตามความในกฎหมายอื่น เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ผู้ทรงทรัพย์สิน และผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการนั้น”

การกำหนดบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวิธีการปฏิบัติของภาครัฐที่การแบ่งแยกที่ดินในกรณีการเวนคืนที่ดินดังกล่าวตามกฎหมาย ซึ่งการเวนคืนดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ผู้ทรงทรัพย์สิน และผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือผู้รับจำนองก่อนจึงจะแบ่งแยกที่ดินแปลงดังกล่าวได้ เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องรับทราบความเสียหายที่เกิดขึ้นและได้พิจารณาสัดส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสัดส่วนของแต่ละฝ่ายที่ได้รับผลกระทบ

ด้วยวิธีการนี้เองทำให้สิทธิการเช่ามีความมั่นคงมากขึ้นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งสามารถแก้ไขข้อจำกัดต่าง ๆ ของการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เห็นควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนี้

6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับความชัดเจนทางทะเบียนของหนังสือรับรองทรัพย์สิน กรณีจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วว่า ทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นการจำนอง หรือนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ แต่การก่อตั้งสิทธิ หรือการจำนองก็ต้องทำเป็น

หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินภายในท้องที่ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ซึ่งการจดทะเบียนดังกล่าวก่อให้เกิดภาระติดพันขึ้นระหว่างผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิกับผู้รับเป็นหลักประกัน ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีผลกระทบใด ๆ ถ้าการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้กระทำในทางทะเบียนชัดเจน เป็นสาธารณะและจดทะเบียนที่สำนักงานเดียวกัน ซึ่งการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจปกติเอกชนสามารถจดทะเบียนผ่านเว็บไซต์ออนไลน์ได้ทันที โดยไม่มีเจ้าหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้อง การจดทะเบียนดังกล่าวนี้ถือเป็นการจดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจแล้วซึ่งรายการดังกล่าวไม่ปรากฏในทางทะเบียนที่สำนักงานที่ดิน ทำให้ไม่มีความชัดเจนทางทะเบียนของหนังสือรับรองทรัพย์สิน และอาจทำให้ทะเบียนนั้นถูกซ่อนไว้ไม่อาจเข้าถึงการรับรู้ของบุคคลภายนอก หรือบุคคลที่มาทำนิติกรรมต่อที่สำนักงานที่ดิน และด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงนำความตามกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจหรือหลักประกันลอย คือ การจดทะเบียนนั้นต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนเกี่ยวกับสถานะทรัพย์สินของหลักประกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สาม จึงทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า การจดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินนั้นต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนเกี่ยวกับสถานะทรัพย์สินของหลักประกันเช่นกันในการจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจ คือ ต้องมีการจดทะเบียนเช่นเดียวกับทางทำนิติกรรมอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินโดยมีการบันทึกรายการจดทะเบียนในสารบัญหลังจากหนังสือรับรองทรัพย์สิน ก่อนการจดทะเบียนนิติกรรมอื่น

ผู้วิจัยขอเสนอแนะว่า ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.

2562 มาตรา 12

มาตรา 12 “ทรัพย์สินสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ทรัพย์สินสามารถตกทอดทางมรดกได้

การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเพณีนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

ความในวรรคสามให้นำมาใช้กับการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ”

ทั้งนี้ผู้วิจัยต้องการให้เป็นการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนที่มีการตรวจสอบข้อมูลความถูกต้องและส่งข้อมูลไปจดทะเบียนกรมที่ดินเพื่อดำเนินการบันทึกการจดทะเบียนดังกล่าวไว้ แต่เอกชนไม่จำเป็นต้องนำหนังสือรับรองทรัพย์สินได้จดทะเบียนโดยพลัน เพราะมีการบันทึกรายการไว้ที่ฉบับสำนักงานที่ดิน และการไม่นำไปบันทึกการจดทะเบียนก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นเสียไป ส่วนค่าธรรมเนียมที่ราชการเรียกเก็บนั้นให้คิดต่างหากจากการจดทะเบียนจำนองในกรณีปกติอีกประเภทหนึ่ง ทั้งนี้รายละเอียดและวิธีปฏิบัติให้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงเพิ่มเติม เพื่อความสะดวกแก่เอกชนและภาครัฐ

6.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินที่มีการจำนอง

ทรัพย์สินเป็นสิทธิที่มีเจตนากรรมในการให้อำนาจผู้ทรงทรัพย์สินใช้สิทธิได้เสมือนหนึ่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ จึงก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ผู้ทรงทรัพย์สินมีหน้าที่ดูแลรักษาอสังหาริมทรัพย์ และความรับผิดชอบในกรณีที่อสังหาริมทรัพย์ไปก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น และบุคคลอื่นผู้ไม่มีสิทธิมาบงกการใช้ประโยชน์ในสิทธิดังกล่าวนั้น ดังนั้นการที่กฎหมายมีข้อจำกัดที่ให้ผู้ทรงทรัพย์สินไม่สามารถใช้สิทธิได้เสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วในช่วงต้นนั้น จึงถือเสมือนว่า กฎหมายไม่ให้สิทธิในการปกป้องสิทธิดังกล่าวที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายของผู้ทรงทรัพย์สินที่จะสามารถบังคับตามสิทธิของตนได้โดยลำพังไม่ต้องอาศัยสิทธิของผู้ถือกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 หากผู้ถือกรรมสิทธิ์ได้สูญเสียสิทธิโดยผลของกฎหมายไปแล้วด้วยนั้น ย่อมส่งผลให้ผู้ทรงทรัพย์สินได้รับผลกระทบต่อการใช้สิทธิดังกล่าวนั้น และประกอบด้วยกฎหมายมีเจตนากรรมมุ่งหมายให้ทรัพย์สินเป็นที่ยอมรับมากกว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเช่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เมื่อกฎหมายให้อำนาจในการปกป้องและป้องกันอสังหาริมทรัพย์ในการใช้สิทธิได้เสมือนหนึ่งผู้ถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น คือ การที่ผู้ทรงทรัพย์สินสามารถปกป้อง ป้องกัน ขัดขวางการเข้ามาใช้อสังหาริมทรัพย์ของผู้ที่ไม่มีสิทธิ และติดตามทรัพย์สินคืนจากผู้ไม่มีสิทธิ แต่สิทธิดังกล่าวที่เพิ่มขึ้นมานั้นมีสิทธิเสมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องไม่กระทบต่อสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในการป้องกันทรัพย์สินนั้นจะไม่แตกต่างจากกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วก็ตามแนวคิดตามกฎหมายอังกฤษในเรื่อง สิทธิในการครอบครองที่ดินอย่างสงบสุข (right of quiet enjoyment) สิทธิในข้อนี้ทำให้พิเคราะห์ได้ว่า ผู้เช่ามีสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ทำสัญญาเช่าได้อย่างสงบสุข หากมีบุคคลที่ไม่มีสิทธิมาครอบครองการใช้ทรัพย์สินนั้น ผู้เช่าก็ย่อมมีสิทธิที่จะขัดขวางบุคคลนั้นได้ ตามสิทธิที่ได้รับตามสัญญาเช่าดังกล่าวนี้

ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยขอเสนอแนะดังนี้ ลักษณะทางกฎหมายของทรัพย์สินเป็นสิ่งที่จะต้องคำนึงในการพัฒนาสิทธิการเช่าให้มีความมั่นคงมากขึ้น เนื่องจากสิทธิการเช่าเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคลในอันที่จะบังคับแก่บุคคลอื่นซึ่งคู่สัญญา ผู้สืบสิทธิหรือลูกหนี้เท่านั้นจะยันแก่บุคคลทั่วไปไม่ได้ และแก้ไขบทบัญญัติเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง “ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้สามารถใช้สิทธิข้างต้นได้โดยไม่กระทบสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และผู้ทรงทรัพย์สินต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน”

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- ‘กฎหมายล้มละลายของต่างประเทศและประเทศไทย กรณีการร้องขอและการดำเนินกระบวนการล้มละลาย โดยสมัครใจของลูกหนี้บุคคลธรรมดา’
<<http://www.dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/8472/6/7.%20%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%203.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.
ชลลดา เสรีสมนึก, ‘ปัญหาทางกฎหมายในการนำทรัพย์สินสิทธิมาจำหน่าย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564).
- ณัฐพงษ์ วงษ์โต, ‘ทรัพย์สินสิทธิ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).
- เถกิงศักดิ์ คำสุระ, *สรุปวิชากฎหมายทรัพย์สิน*, (วิญญูชน 2537).
- นิลุบล เลิศนุวัฒน์, *กฎหมายจำหน่ายและจำหน่าย* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565).
- บัญญัติ สุชีวะ, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, (พิมพ์ครั้งที่ 15 ปรับปรุงโดย ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ, เนติบัณฑิตยสภา 2556).
- ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน*, (พิมพ์ครั้งที่ 6 โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- _____, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*, (พิมพ์ครั้งที่ 3, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- ประทีป ทับอัติตานนท์, *หลักกฎหมายแพ่ง* (จรรยาการพิมพ์ 2549).
- ปราโมทย์ สุวรรณแก้ว, ‘ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับราคาลดลงของที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559).
- ไพฑูริศ เอกจริยกร, *คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ*, (พิมพ์ครั้งที่ 13, วิญญูชน 2551).
- _____, *คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ*, (พิมพ์ครั้งที่ 16, วิญญูชน 2555).
- เพลินตา ตันรังสรรค์, ‘บทความสรุปการสัมมนาวิชาการ เรื่อง ทรัพย์สินสิทธิ...เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุน อสังหาริมทรัพย์’ วารสารจลนิตี สำนักเลขาธิการวุฒิสภา, (มีนาคม -เมษายน 2562).
- พิจิตรา สุทธิเกษม และไกรสร บารมีอวยชัย, ‘การพัฒนากฎหมายล้มละลาย: ศึกษากรณีการปรับโครงสร้างหนี้ครัวเรือนของบุคคลธรรมดาซึ่งมีรายได้ประจำ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- พิมพ์วิเศษ วิเศษโอสถารนทร์, ‘ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ : ทางเลือกใหม่สำหรับการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์’
<<http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13787>>
สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.
- ‘มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามระบบกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ’ <<http://dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/4862/8/8-%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%203.pdf>>
สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.
- มิ่งขวัญ สัจจาอักษรมนตรี, ‘การยอมรับหรือบอกปิดสัญญาในคดีล้มละลาย’
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- ศันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ*, (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, วิญญูชน 2554).
- ศรีราชา วงศารยางค์กูร, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, วิญญูชน 2564).
- สมเกียรติ วรรณปัญญานันต์, *การล้มเลิกทางวิชาการ เรื่อง ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์*
(คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ 2562).
- เสนีย์ ปราโมช, *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน: อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (อักษรสาสน์ 2520).
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, ‘บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.’
<https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk/47_62/2562/228.pdf>
สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, ‘พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562’
<<https://www.fpo.go.th/main/Department/Bureau-of-Legal-Affairs/8/12939.aspx>>
สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. ‘สรุปผลเปิดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.’
<<https://www.fpo.go.th>> สืบค้นเมื่อ 21 พฤษภาคม 2565.
- อานนท์ มาแก้ว, *กรรมสิทธิ์*, (พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- _____, *กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 4, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

บรรณานุกรม (ต่อ)

อานันท์ เกียรติสารพิภพ, ‘ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ....สร้างความเชื่อมั่นในการลงทุน,’
<https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=46673>

สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.

อังคณา มรรคถาวร, ‘ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของผู้ก่อตั้งและคู่สัญญาในทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์’
(การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2563).

เอมอิสสร่า จันทร์เกษม, ‘ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเงินค่าทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ : ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาเงินทดแทนที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาสูงขึ้นหรือลดลง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2556).

Ankit Goyal. ‘Erbbaurecht Explained: Pros and Cons of Buying an Erbbaurecht Property’
<<https://medium.com/master-investment/erbbaurecht-explained-pros-and-cons-of-buying-an-erbbaurecht-property-54740c144606>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

‘Bankruptcy’ < <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/tax/businesses/topics/changes-your-business/receivership-bankruptcy/bankruptcy.html>>
สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

Curtis, G. F. “The Theory of the Floating Charge.” The University of Toronto Law Journal 4, no. 1 (1941): 131–50. <<https://doi.org/10.2307/823918>>
สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

Gordon Bale, John E.c. Brierle, ‘Property Law’
<<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/property-law>>
สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

GUIDE IMMOBILIER. ‘Tout savoir sur le bail emphytéotique’
< <https://homki-immobilier.com/guide-immobilier/tout-savoir-sur-le-bail-emphyteotique-496>> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

John E.C. Brierley, ‘The Civil law in Canada’
<https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/lj84&id=169&men_tab=srchresults> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

Louis Dujardin. ‘Tout savoir sur le bail emphytéotique au Québec’
< <https://avocat-montreal.ca/droit-immobilier/tout-savoir-sur-le-bail-emphyteotique/>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

Norbert Sporns, 'Alternatives to Emphyteusis [article]'

<https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/revnt83&div=12&start_page=123&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> สืบค้นเมื่อ 4 มีนาคม 2566.

Panesar, S., *General principles of property law* (Pearson Education).

PROSPEC APPRAISAL, 'ประเมินราคาสิทธิการเช่า'

<<https://prospec.co.th/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%84%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%8A%E0%B9%88%E0%B8%B2/>>
สืบค้นเมื่อ 23 เมษายน 2566

Pierre CIOTOLA, 'BAIL EMPHYTEOTIQUE OU BAIL ORDINAIRE

(St-Lawrence Warehouse Inc. v. Canadian National Railway Company [1973] C.A. 221.)'

<<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/revjurns7&div=44&id=603&collection=journals&pp=y&index=>> สืบค้นเมื่อ 25 กุมภาพันธ์ 2566.

'Proposals for Harmonizing the Bankruptcy and Insolvency Act with Quebec Civil Law.'

Revue Juridique Themis, vol. 37, no. 1, 2003. HeinOnline,

<<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/revjurns37&i=23>>
สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

Siller, Philip. "Circulus Inextricabilis: Inter-Governmental Expropriation in Canada." University

of Toronto Faculty of Law Review, vol. 33, no. 2, Summer 1975. HeinOnline,

<<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/utflr33&i=157>>
สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

Wilkie, M., & Cole, G., *Landlord and tenant law* (2nd ed Macmillan 1993).

William L. Burdick, 'THE LAW OF PROPERTY'

<https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.beal/piromlaw0001&div=16&start_page=298&collection=beal&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults>
สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562



พระราชบัญญัติ

ทรัพย์สิน

พ.ศ. ๒๕๖๒

สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมหาวชิราลงกรณ บดินทรเทพยวรางกูร

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๖ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๒

เป็นปีที่ ๔ ในรัชกาลปัจจุบัน

สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมหาวชิราลงกรณ บดินทรเทพยวรางกูร มีพระราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. ๒๕๖๒”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศ ในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ทรัพย์สิน” หมายความว่า ทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“อสังหาริมทรัพย์” หมายความว่า ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดินและพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

มาตรา ๔ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมทั้งแสดงโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด แล้วแต่กรณี

ทรัพย์สินสิทธิมีกำหนดเวลาได้ไม่เกินสามสิบปี

การก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิเฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ตามโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดจะกระทำมิได้

การก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่มีการจำนองหรือการใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ หรือมีสิทธิใด ๆ ที่จดทะเบียนอยู่ในโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดให้กระทำมิได้เมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับจำนองหรือผู้รับหลักประกัน หรือผู้มีสิทธินั้นแล้วแต่กรณี

มาตรา ๕ เมื่อได้รับคำขอตั้งทรัพย์สินสิทธิตามมาตรา ๔ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิในโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด แล้วแต่กรณี พร้อมทั้งออกหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ

หนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิให้ทำเป็นคู่ฉบับรวมสองฉบับ มอบให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฉบับหนึ่ง และอีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่สำนักงานของพนักงานเจ้าหน้าที่

มาตรา ๖ การขอตั้งทรัพย์สินสิทธิตามมาตรา ๔ การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิตามมาตรา ๕ การยกเลิกทรัพย์สินสิทธิตามมาตรา ๑๔ และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ ในกรณีที่หนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิใดสูญหายหรือชำรุดในสาระสำคัญ ให้ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิขอรับใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธินั้นได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อได้มีการออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิแล้ว ให้หนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิฉบับเดิมเป็นอันยกเลิก

มาตรา ๘ ทรัพย์สินสิทธิจะแบ่งแยกมิได้

ที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินจะแบ่งแยกออกเป็นหลายแปลงหรือรวมกับที่ดินแปลงอื่น
เข้าเป็นแปลงเดียวกันไม่ได้

มาตรา ๙ เมื่อมีการก่อตั้งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ใด เจ้าของอสังหาริมทรัพย์
จะก่อตั้งทรัพย์สินใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมิได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจาก
ผู้ทรงทรัพย์สิน

ความในวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์
ให้แก่บุคคลอื่น หรือการใช้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือ
การใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ

มาตรา ๑๐ ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สิน
ตามพระราชบัญญัตินี้ และตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์สิน

ทั้งนี้ การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นด้วย

มาตรา ๑๑ ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้ง
ทรัพย์สินเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์
จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบ
ด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยผู้ทรงทรัพย์สินต้องแจ้งเหตุดังกล่าว
ให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน

ให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์สินดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่
ในอสังหาริมทรัพย์ ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อทรัพย์สินถึงระงับลง เว้นแต่เจ้าของ
อสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์สินจะตกลงเป็นอย่างอื่น

ความในวรรคสองมิให้ใช้บังคับกับการกระทำต่อห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

มาตรา ๑๒ ทรัพย์สินสามารถโอนให้แก่กัน หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้
โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ทรัพย์สินสามารถตกทอดทางมรดกได้

การทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน
เจ้าหน้าที่ และเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบ
โดยเร็ว ทั้งนี้ ตามประเภทนิติกรรมและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

หน้า ๑๐๐

เล่ม ๑๓๖ ตอนที่ ๕๖ ก

ราชกิจจานุเบกษา

๓๐ เมษายน ๒๕๖๒

มาตรา ๑๓ ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินและมีภาระผูกพันระหว่างผู้โอนทรัพย์สินและผู้รับโอนทรัพย์สินอันเป็นเหตุให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญานั้นต้องไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

มาตรา ๑๔ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอาจยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาได้ เว้นแต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์สินนั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว

มาตรา ๑๕ เมื่อทรัพย์สินถึงระงับลง ให้ผู้ทรงทรัพย์สินส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์สินจะตกลงเป็นอย่างอื่น

มาตรา ๑๖ การดำเนินการออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่น ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้

ให้กรมที่ดินหักค่าใช้จ่ายไว้ร้อยละห้าของเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้

ให้ค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บตามพระราชบัญญัตินี้หลังหักค่าใช้จ่ายตามวรรคสองเป็นรายได้ของเทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายจัดตั้งสำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่มีทุนทรัพย์ภายในเขตนั้น

มาตรา ๑๗ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งยกเว้นค่าธรรมเนียม และกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้นเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ผู้รับสนองพระราชโองการ

พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา

นายกรัฐมนตรี

อัตราค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย

(๑) ค่าจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน	ครั้งละ ๒๐,๐๐๐ บาท
(๒) ค่าออกหนังสือรับรองทรัพย์สินหรือ ใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน	ฉบับละ ๑๐,๐๐๐ บาท
(๓) ค่าจดทะเบียนโอนทรัพย์สิน	
(ก) มีทุนทรัพย์	ร้อยละ ๒ ของราคาทุนทรัพย์ ที่ผู้จดทะเบียนแสดงตามความเป็นจริง เศษของร้อยละให้คิดเป็นหนึ่งร้อย
(ข) ไม่มีทุนทรัพย์	ครั้งละ ๑,๐๐๐ บาท
(๔) ค่าจดทะเบียนการจำนอง	ร้อยละ ๑ ของราคาทุนทรัพย์ที่จำนอง
(๕) ค่าจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สิน	ครั้งละ ๒๐,๐๐๐ บาท
(๖) ค่าธรรมเนียมเบ็ดเตล็ด	
(ก) ค่าคำขอ	ฉบับละ ๒๐๐ บาท
(ข) ค่าคัดหรือสำเนาเอกสารต่าง ๆ รวมทั้งค่าคัด หรือสำเนาเอกสารเป็นพยานในคดีแพ่ง โดยเจ้าหน้าที่เป็นผู้คัดหรือสำเนา	หน้าละ ๒๐๐ บาท
(ค) ค่ารับรองเอกสารที่คัดหรือสำเนา	ฉบับละ ๒๐๐ บาท
(ง) ค่าตรวจหลักฐานทะเบียนทรัพย์สิน	ฉบับละ ๒๐๐ บาท
(จ) ค่ารับอายุทรัพย์สิน	ฉบับละ ๒๐๐ บาท
(ฉ) ค่ามอบอำนาจ	เรื่องละ ๕๐๐ บาท
(ช) ค่าตรวจสอบข้อมูลด้านทะเบียนหรือข้อมูลอื่น	ฉบับละ ๒๐๐ บาท
(ซ) ค่าสำเนาจากสื่อบันทึกข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นหรือสำเนาข้อมูลอื่น	แผ่นละ ๕๐๐ บาท
(ฌ) ค่าประกาศ	เรื่องละ ๒๐๐ บาท
(๗) ค่าใช้จ่าย	
(ก) ค่าปิดประกาศให้แก่ผู้ปิดประกาศ	คนละ ๒๐๐ บาท
(ข) ค่าพยานให้แก่พยาน	คนละ ๒๐๐ บาท

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นสิทธิตามสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาโดยเฉพาะ ซึ่งมีข้อจำกัดบางประการในการนำไปใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ส่วนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมมีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัด ทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าวในหลายกรณี สมควรกำหนดให้มีทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ อันจะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล วิไลวรรณ ช้างเกิด

ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2562 - ใบอนุญาตให้เป็นทนายความ รุ่นที่ 50
- พ.ศ. 2560 - ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ประสบการณ์ทำงาน

- พ.ศ. 2567 - Assistant Unit Manager Credit Fulfillment Officer
Kasikornbank Public Company Limited
- พ.ศ. 2565 - วิทยากรงานนิติกรรมเครดิต หลักสูตร credit process
Kasikornbank Public Company Limited
- พ.ศ. 2564 - พนักงานชั้นกลาง เจ้าหน้าที่งานสัญญาและนิติกรรมเครดิต
Kasikornbank Public Company Limited
- พ.ศ. 2560 - พนักงานชั้นต้น เจ้าหน้าที่งานสัญญาและนิติกรรมเครดิต
Kasikornbank Public Company Limited