

ปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจ้างแบบย้อนกลับ



นางสาวทิชากร อร่ามรัตน์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS AND LEGAL ENFORCEMENT ON LOAN FOR ELDER  
IN FORM OF REVERSE MORTGAGE

Miss Thichakorn Aramrat



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2016  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายกับสินเชื่อผู้สูงอายุใน  
รูปแบบการจ้างแบบย้อนกลับ  
โดย นางสาวทิชากร อร่ามรัตน์  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์พิเศษ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

.....กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์)

.....กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว)

ทิชากร อร่ามรัตน์ : ปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการ  
 จำนองแบบย้อนกลับ (PROBLEMS AND LEGAL ENFORCEMENT ON LOAN FOR  
 ELDER IN FORM OF REVERSE MORTGAGE) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.กัญจน์  
 ศักดิ์ เพชรานนท์, 183 หน้า.

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสินเชื่อที่มี  
 อสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ชำระเงินสำหรับเงินต้นหรือ  
 ดอกเบี้ยจนกว่าหนี้ทั้งหมดจะถึงกำหนดชำระ ทั้งนี้ หนี้จะถึงกำหนดชำระและผู้ให้สินเชื่อสามารถ  
 บังคับทรัพย์หลักประกันเพื่อชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อตาย ขยายทรัพย์หลักประกัน ย้ายออกจาก  
 บ้านซึ่งเป็นทรัพย์หลักประกัน หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา

ตามที่ประเทศไทยได้มีแนวคิดที่จะนำรูปแบบสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบ  
 ย้อนกลับ(Reverse Mortgage) มาใช้ ผู้เขียนจึงศึกษาวิจัยถึงปัญหาและการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมา  
 บังคับใช้กับสินเชื่อดังกล่าว หลักการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse  
 Mortgage) ได้มีการใช้อย่างแพร่หลายในต่างประเทศ โดยผู้เขียนได้ศึกษาหลักการของประเทศ  
 สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นต้นแบบของสินเชื่อดังกล่าว และศึกษาหลักการของประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศ  
 ที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อหาแนวคิดและหลักการที่เหมาะสมในการกำหนดรูปแบบ  
 แนวทางการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรมในประเทศไทยต่อไป จากการศึกษา  
 พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐได้เข้ามามีบทบาทในการประกันสินเชื่อและได้ออกกฎหมายเพื่อ  
 กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการให้สินเชื่อและคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ ส่วนประเทศ  
 ญี่ปุ่น รัฐไม่ได้เข้ามาประกันสินเชื่อและไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนอง  
 แบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการเฉพาะ

จากผลการศึกษา เห็นว่า ประเทศไทยยังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเพื่อรองรับ  
 สินเชื่อดังกล่าวเนื่องด้วยมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รองรับสัญญาแล้ว แต่เสนอให้  
 คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ออกประกาศกำหนด  
 รูปแบบลักษณะข้อสัญญาเพื่อคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุตามแนวทางของประเทศ  
 สหรัฐอเมริกาภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย และเสนอให้ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด  
 หลักเกณฑ์แนวทางปฏิบัติของธนาคารผู้ให้สินเชื่อเพื่อให้ความคุ้มครองที่เป็นธรรม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5885978034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: REVERSE MORTGAGE

THICHAKORN ARAMRAT: PROBLEMS AND LEGAL ENFORCEMENT ON LOAN FOR ELDER IN FORM OF REVERSE MORTGAGE. ADVISOR: KANSAK BEJARANANDA, Ph.D., 183 pp.

The Reverse Mortgage is a loan secured by real property. Its distinction is that the borrower is not required to make any payment of principal or interest until the entire loan becomes due and payable. The reverse mortgage loan may become due and payable upon the occurrence of any of the following events: the borrower dies, conveys title in the property, moves from the property, or fails to perform the obligation under the agreement.

As Thailand has pronounced the Reverse Mortgage as a government policy to support the aging society, the author would like to study the problems, laws and legal enforcements concerning such loans. While the Reverse Mortgage is widely provided abroad, the author has decided to examine its concept in two countries. Firstly, the United State of America has been selected as it is the origins of Reverse Mortgage, and secondly, Japan has been selected because it is under the civil law system which is similar to Thailand. The purpose of this study is, therefore, to research the concept, principle and legal enforcement for enhancing fair treatments in Thailand.

The result found that the government of the United State of America plays a significant role as a mortgage insurance authority and the rules establisher governing the reverse mortgage transactions in order to protect the elderly borrower. On the contrary, Japanese government has no participation, and there are no specific rules for such mortgage.

Finally, the research suggests that the specific law concerning Reverse Mortgage is currently not required for Thailand as the reverse mortgage transactions are governed by the Civil and Commercial Code. However, the author proposes that the Contract Committee, the authority under the Consumer Protection Act, should set up new regulations regarding the term format of agreement to protect the elderly borrower as in America. In addition, the study proposes that the Bank of Thailand should issue new notification regarding the practice of bank concerning Reverse Mortgage for fair treatment.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษไพฑูริย์ คงสมบูรณ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งได้ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์จนการสอบสำเร็จ ลุล่วงไปด้วยดี และขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันตี ไกรกาญจน์ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อังคณาดี ปิ่นแก้ว ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้คำแนะนำและมุมมองใหม่ทำให้วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้เอาใจใส่ สละเวลา และให้คำแนะนำที่มีคุณภาพแก่ผู้เขียนเสมอมาอันช่วยให้งานของผู้เขียนมีความสมบูรณ์มากขึ้นจนสามารถสำเร็จการศึกษาได้ภายใน 2 ปี ท่านอาจารย์ไม่เพียงแต่ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์เท่านั้น แต่ยังให้แง่คิดและกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ด้วย วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงสำเร็จลุล่วงไปได้ หากปราศจากความกรุณาของท่านอาจารย์

ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวดวงฤทัย เต็มโพธิ์สุ ที่ให้คำแนะนำและสนับสนุนให้ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์หัวข้อนี้ ขอขอบคุณนายศรัณย์ พิมพ์งาม นางสาวบุญราศรี เกิดโชค เพื่อน ๆ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต เพื่อน ๆ กลุ่มปริญญาตรี หัวหน้าและเพื่อนร่วมงานฝ่ายกฎหมาย บริษัท ทีเอสโก้ไฟแนนเชียลกรุ๊ป จำกัด (มหาชน) พี่ ๆ ฝ่ายระงับข้อพิพาท บริษัท ตีลลิกีแอนด์กิบบิเนส อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด และครอบครัวที่ให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์กับผู้ที่ได้ศึกษา ไม่มากนักน้อย หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
1.7 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	5
บทที่ 2 แนวความคิดและหลักการของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบ ย้อนกลับ.....	10
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการทำสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ 10	
2.1.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	10
2.1.2 แนวความคิดการประกันการชำระหนี้ด้วยอสังหาริมทรัพย์.....	12
2.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุ.....	14
2.2 ความเป็นมาและความหมายของ Reverse Mortgage.....	14
2.3 รูปแบบและลักษณะของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ.....	17
2.4 ประเภทของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ.....	22
2.5 ข้อดีและข้อเสียของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ.....	23

2.6 ความแตกต่างระหว่างสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจ้างแบบย้อนกลับและสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป.....	24
2.7 รูปแบบการจัดหาหลักประกันสำหรับสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจ้างแบบย้อนกลับ.....	26
2.8 รูปแบบการทำข้อตกลงในสัญญา.....	28
2.8.1 ข้อตกลงตามสัญญาสินเชื่อ.....	28
2.8.2 ข้อตกลงตามสัญญาจ้าง.....	30
บทที่ 3 หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจ้างแบบย้อนกลับในต่างประเทศ .....	35
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	36
3.1.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสินเชื่ออันก่อให้เกิดหนี้ประจํา.....	36
3.1.2 การนำทรัพย์สินของผู้สูงอายุมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบสัญญาจ้าง.....	38
3.1.2.1 การทำสัญญาจ้าง.....	39
3.1.2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาจ้าง.....	42
3.1.2.3 ลำดับบุริมสิทธิและสิทธิของผู้รับจ้าง.....	43
3.1.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา.....	45
3.1.3.1 สิทธิและหน้าที่ของผู้ขอสินเชื่อหรือผู้จ้าง.....	45
3.1.3.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับจ้าง.....	47
3.1.4 การบังคับทรัพย์สินหลักประกัน.....	48
3.1.4.1 เงื่อนไขการบังคับหลักประกัน.....	50
3.1.4.2 วิธีการบังคับหลักประกัน.....	52
3.1.4.3 การจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้.....	53
3.1.4.4 การชำระหนี้ส่วนที่ขาด.....	53



3.1.5 ความระงับของสัญญาจำนอง .....	54
3.1.6 บทบาทของหน่วยงานรัฐในการกำกับดูแลการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ .....	55
3.1.6.1 U.S. Department of Housing and Urban Development (HUD) .....	55
3.1.6.2 Federal Housing Administration (FHA) .....	56
3.1.7 บทบัญญัติเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของมลรัฐ .....	58
3.1.7.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย .....	58
3.1.7.2 มลรัฐเพนซิลเวเนีย .....	62
3.1.7.3 มลรัฐแมสซาชูเซตส์ .....	65
3.1.8 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา .....	67
3.2 ประเทศญี่ปุ่น .....	70
3.2.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสินเชื่ออันก่อให้เกิดหนี้ประจํา .....	73
3.2.2 การนำทรัพย์สินของผู้สูงอายุมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบสัญญาจำนอง .....	74
3.2.2.1 การทำสัญญาจำนอง .....	75
3.2.2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาจำนอง .....	77
3.2.2.3 ลำดับบุริมสิทธิและสิทธิของผู้รับจำนอง .....	77
3.2.3 การบังคับทรัพย์สินหลักประกัน .....	78
3.2.3.1 เงื่อนไขการบังคับหลักประกัน .....	78
3.2.3.2 วิธีการบังคับหลักประกัน .....	80
3.2.3.3 การจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้ .....	81
3.2.3.4 การชำระหนี้ส่วนที่ขาด .....	81
3.2.4 ความระงับของสัญญาจำนอง .....	82
3.2.5 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา .....	82

บทที่ 4 หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบ ย้อนกลับของประเทศไทย.....	87
4.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสินเชื่ออันก่อให้เกิดหนี้ประจําาน.....	87
4.2 การนำทรัพย์สินของผู้สูงอายุมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบสัญญาจำนอง... 91	
4.2.1 การทำสัญญาจำนอง .....	91
4.2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาจำนอง.....	94
4.2.3 ลำดับบุริมสิทธิและสิทธิของผู้รับจำนอง.....	96
4.3 การบังคับทรัพย์สินหลักประกัน.....	98
4.3.1 เงื่อนไขการบังคับหลักประกัน.....	99
4.3.2 วิธีการบังคับหลักประกัน.....	101
4.3.3 การจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้.....	106
4.3.4 การชำระหนี้ส่วนที่ขาด .....	106
4.4 ความระงับของสัญญาหลักประกัน .....	107
4.5 การทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง .....	109
4.6 หลักกฎหมายว่าด้วยมรดก.....	112
4.7 บทบาทของหน่วยงานรัฐในการกำกับดูแล .....	114
4.7.1 กระทรวงการคลัง.....	114
4.7.2 ธนาคารแห่งประเทศไทย .....	114
4.8 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภค ด้านสัญญา.....	115
บทที่ 5 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบ ย้อนกลับ.....	121
5.1 ปัญหาข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบ ย้อนกลับ.....	121

5.2 ปัญหาผู้ให้สินเชื่อเปลี่ยนแปลงวงเงินหรือยุติการส่งมอบเงินตามข้อตกลง .....	124
5.3 ปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาและเงื่อนไขในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน .....	134
5.4 ปัญหาการบังคับทรัพย์สินหลักประกันในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ .....	152
5.5 ข้อขัดข้องจากการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ .....	156
5.6 ปัญหาการขาดหน่วยงานโดยตรงในการกำกับดูแลสัญญาและคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็น ผู้สูงอายุ .....	162
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	165
6.1 บทสรุป.....	165
6.2 ข้อเสนอแนะ .....	170
รายการอ้างอิง.....	174
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	183



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน ประเทศไทยและหลายประเทศทั่วโลกกำลังเข้าสู่ภาวะการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสังคมโดยประชากรในวัยเด็ก วัยแรงงาน มีแนวโน้มที่จะลดลง เนื่องจากอัตราการเกิดของประชากรลดลงอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่วัยเกษียณมีแนวโน้มที่จะมีอายุยืนยาวขึ้นเนื่องด้วยความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์และความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นอันส่งผลให้อัตราการตายลดลง เมื่อจำนวนประชากรที่มีอายุมากมีจำนวนมากขึ้น ย่อมนำไปสู่สังคมที่เรียกว่า “สังคมผู้สูงอายุ” (Aging Society) หรือสังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปมากกว่า 10% หรือมีประชากรที่มีอายุ 65 ปีขึ้นไปมากกว่า 7% ของจำนวนประชากรทั้งประเทศตามที่องค์การสหประชาชาติได้ให้คำนิยามไว้<sup>1</sup>

สำหรับประเทศไทย ในช่วง 30 ปีที่ผ่านมา โครงสร้างประชากรของไทยมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว โดยตั้งแต่ประมาณปีพ.ศ. 2543 - 2544 ประเทศไทยมีจำนวนประชากรผู้สูงอายุ 60 ปี คิดเป็นสัดส่วนมากกว่า 10% ของประชากรทั้งประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยกำลังเข้าสู่การเป็นสังคมผู้สูงอายุ และตามข้อมูลการคาดประมาณประชากรของประเทศไทยในปี พ.ศ. 2558 - 2573 ได้สะท้อนให้เห็นว่า ภาพรวมประชากรผู้สูงอายุของประเทศไทยในปัจจุบันและภายในอีก 10 ปีข้างหน้า นับได้ว่าเป็นสังคมผู้สูงอายุอย่างสมบูรณ์<sup>2</sup> สภาพการณ์ปัจจุบันและตามที่ได้มีการคาดการณ์ดังกล่าวทำให้ประเทศไทยเริ่มหันมาให้ความสนใจในการดูแลผู้สูงอายุและเตรียมมาตรการในการรองรับสังคมผู้สูงอายุมากขึ้น

ผู้สูงอายุเป็นวัยที่มีส่วนร่วมในกำลังแรงงานลดลงและหันมาพึ่งพิงสมาชิกในครอบครัวมากขึ้น อันเนื่องมาจากภาวะถดถอยทางร่างกายของผู้สูงอายุ ซึ่งผู้สูงอายุบางกลุ่มอาจมีลูกหลานคอยดูแลและมีเงินสำรองสำหรับใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน ในขณะที่บางกลุ่มก็อาจอยู่ตัวคนเดียวและไม่มีเงินในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวันมากนักอาจมีเพียงทรัพย์สินของตนเองจากการที่เคยได้ซื้อและเก็บรักษาไว้ตั้งแต่เป็นวัยทำงาน การขอสินเชื่อจากธนาคารจึงอาจเป็นวิธีการหนึ่งที่จะสามารถช่วยให้ผู้สูงอายุมี

<sup>1</sup> สำนักงานสถิติแห่งชาติ, เตรียมตัวให้พร้อมไว้...ในวัยผู้สูงอายุ (ตอนที่ 1) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

[http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/citizen/news/poll\\_elderly-1.jsp](http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/citizen/news/poll_elderly-1.jsp) [10 กันยายน 2559]

<sup>2</sup> ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักงานปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, เอกสารประมวลสถิติด้านสังคม 1/2558 พิมพ์ครั้งที่ 1 พฤศจิกายน 2557 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.m-society.go.th/article\\_attach/13225/17347.pdf](https://www.m-society.go.th/article_attach/13225/17347.pdf) [10 กันยายน 2559]

เงินสำหรับใช้จ่ายในชีวิตประจำวันได้และไม่เป็นภาระแก่ลูกหลานมากนัก ทั้งนี้ หากผู้สูงอายุขอสินเชื่อกับธนาคาร ธนาคารย่อมต้องการหลักประกันในการชำระหนี้ โดยอาจต้องการหลักประกันที่มากเพียงพอที่จะทำให้ธนาคารมั่นใจได้ว่า ธนาคารในฐานะเจ้าหนี้จะได้รับการชำระคืนหนี้จากผู้สูงอายุซึ่งเป็นลูกหนี้ ในการพิจารณาการให้วงเงินสินเชื่อของธนาคาร ธนาคารมักจะให้ผู้ขอสินเชื่อ นำหลักประกันอันได้แก่ ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ มาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ ด้วยการจดทะเบียนจำนองที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้สูงอายุจะได้รับการอนุมัติการให้สินเชื่อจากธนาคารแล้ว ผู้สูงอายุอาจไม่มีความสามารถในการผ่อนชำระคืนหนี้ให้แก่ธนาคารได้จนครบถ้วน หรือไม่สามารถชำระได้ตรงตามกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ เนื่องด้วยผู้สูงอายุไม่มีรายได้หรือรายรับประจำเหมือนเช่นวัยทำงาน หรือมีรายได้หรือรายรับน้อยกว่าช่วงวัยทำงาน ในขณะที่ภาระค่าใช้จ่ายในการดำรงชีวิตเพิ่มมากขึ้น เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่ายารักษาโรค เป็นต้น หากผู้สูงอายุนำอสังหาริมทรัพย์มาจดทะเบียนจำนองไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้และหากผิคนัดชำระหนี้ ผิดข้อตกลงใด ๆ ตามสัญญาสินเชื่อและสัญญาจำนอง ก็มีความเสี่ยงสูงที่จะถูกบังคับคดียึดที่ดินและบ้านไปได้ ในขณะที่เดียวกัน โอกาสที่ธนาคารจะได้รับคืนเงินโดยครบถ้วนมีน้อยลง เนื่องจากผู้สูงอายุมีอายุมากและมีโอกาสสูงที่จะเสียชีวิตก่อนจะชำระคืนหนี้ให้แก่ธนาคารจนครบถ้วน

จากปัญหาและข้อจำกัดที่กล่าวมาข้างต้น ในต่างประเทศจึงเกิดสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับหรือ Reverse Mortgage ขึ้น ซึ่งเป็นสินเชื่อสำหรับผู้สูงอายุโดยเฉพาะ โดยให้ผู้สูงอายุในฐานะผู้ขอสินเชื่อ นำที่ดินและบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักมาเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนอง และธนาคารจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อโดยผู้ขอสินเชื่อยังไม่มีหน้าที่ชำระคืนเงินจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต ทั้งนี้ ธนาคารจะได้รับคืนเงินจากการบังคับจำนองโดยการนำที่ดินและบ้านที่ผู้ขอสินเชื่อมาวางไว้เป็นหลักประกันไปขาย สินเชื่อสำหรับผู้สูงอายุนี้จึงเป็นรูปแบบการให้สินเชื่อทางเลือกหนึ่งที่สามารถนำมาใช้แก้ปัญหา ช่วยเหลือและสร้างความมั่นใจให้กับผู้สูงอายุได้ โดยรูปแบบสินเชื่อนี้ได้มีการใช้ในต่างประเทศอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายจารีตประเพณี ส่วนประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีการนำสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มาใช้เช่นเดียวกัน เช่น ญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ เป็นต้น

การให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีต้นแบบมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในระยะแรกเริ่มนั้น สินเชื่อดังกล่าวยังไม่ได้รับความนิยมมากนัก แต่เมื่อรัฐได้เข้ามามีบทบาทในการประกันสินเชื่อก็ทำให้มีการขอสินเชื่อดังกล่าวกันอย่างแพร่หลายมากขึ้น คิดเป็นประมาณร้อยละ 90 ของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse

Mortgage) ทั้งหมดที่มีการให้สินเชื่อในประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากรูปแบบสินเชื่อนี้จะเป็นการช่วยเหลือผู้สูงอายุเรื่องเงินทุนและมีกฎหมายที่ช่วยคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุแล้ว การเข้ามาประกันการให้สินเชื่อดังกล่าวยังสร้างความเชื่อมั่นและช่วยสนับสนุนให้ธนาคารให้สินเชื่อประเภทดังกล่าวมากขึ้นด้วย โดยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่รัฐเข้ามาประกันหนี้สินเชื่อดังกล่าว มีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Home Equity Conversion Mortgage (HECM) หรือ Federal Housing Administration Reverse Mortgage (FHA Reverse Mortgage) โดยมี U.S. Department of Housing and Urban Development เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบควบคุมและกำกับดูแลการให้สินเชื่อ

ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีแนวคิดที่จะนำรูปแบบสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มาใช้ในประเทศไทย สำหรับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาวิจัยถึง ปัญหาในการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้กับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เช่น ปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญา ปัญหาผู้ให้สินเชื่อเปลี่ยนแปลงวงเงินหรือยุติการส่งมอบเงินตามข้อตกลง ปัญหาการบังคับทรัพย์หลักประกันในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) รวมทั้งปัญหาที่เกิดจากการที่ทรัพย์หลักประกันมีมูลค่าไม่พอชำระหนี้จนอาจทำให้ธนาคารไม่มีแรงจูงใจในการให้สินเชื่อประเภทนี้ นอกจากนี้ยังศึกษาถึงปัญหาข้อขัดข้องอื่น ๆ ของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) และปัญหาการขาดหน่วยงานโดยตรงในการกำกับดูแลสัญญาและคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ เป็นต้น

โดยผู้เขียนจะศึกษาแนวคิด หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นและนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย เพื่อเสนอแนะรูปแบบ แนวทางการบังคับใช้ที่เหมาะสม และแนวทางในการกำกับดูแลการให้สินเชื่อเพื่อช่วยส่งเสริมให้มีการให้สินเชื่อดังกล่าวและให้เกิดความเป็นธรรมกับธนาคารผู้ให้สินเชื่อและผู้สูงอายุซึ่งเป็นผู้ขอสินเชื่อต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้ประธานและกฎหมายลักษณะจำนองซึ่งเกี่ยวข้องกับหนี้อุปถัมภ์

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวความคิด ความเป็นมา เจตนารมณ์ และหลักเกณฑ์ของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ที่มีในต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) กรณีที่มีการนำมาใช้ในประเทศไทย

1.2.4 เพื่อนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาและกำหนดแนวทาง หลักการ มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม สำหรับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในประเทศไทยให้เกิดความเป็นธรรมและประสิทธิภาพมากที่สุด

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

หลักการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้มีการใช้อย่างแพร่หลายในต่างประเทศ สมควรที่จะศึกษาเพื่อหาแนวคิดและหลักการที่เหมาะสมในการกำหนดรูปแบบ แนวทางการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรมในประเทศไทยต่อไป

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาแนวความคิดและหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ ประธาน กฎหมายลักษณะจำนองในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย รวมถึงศึกษา รูปแบบข้อสัญญาของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development ทั้งนี้ เพื่อนำมากำหนดหลักการและแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

### 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของการศึกษาวิจัย โดยมุ่งศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ ค้นคว้าและวิเคราะห์จากหนังสือ บทความ วารสาร กฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น เอกสารของหน่วยงานรัฐ และเอกชนที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลต่าง ๆ ผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1.6.1 ทราบแนวคิดและหลักเกณฑ์ทั่วไปของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)

1.6.2 ทราบหลักกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยเรื่องหนี้ สัญญา กู้ยืม จำนองและมรดกเพื่อนำมาปรับใช้กับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)

1.6.3 ทราบสภาพปัญหาและผลกระทบอันอาจเกิดจากการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในประเทศไทย

1.6.4 สามารถเสนอแนะหลักการและแนวทางที่เหมาะสมในการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) สำหรับประเทศไทย

## 1.7 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในการค้นคว้าวิจัยนี้ได้ศึกษาวรรณกรรมในต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยจากการค้นคว้ายังไม่พบตำราที่อธิบายหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไว้โดยละเอียด มีเพียงบทความ รายงานของหน่วยงานรัฐที่กล่าวถึงหลักการ แนวทางการให้สินเชื่อในด้านการเงิน ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการให้สินเชื่อ รวมถึงหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับกับการให้สินเชื่อไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ทั้งนี้ จากการศึกษาค้นคว้า พบว่ามีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องเบื้องต้น ดังนี้

1) Report to Congress on Reverse Mortgage<sup>3</sup> จัดทำขึ้นโดยหน่วยงาน Consumer Financial Protection Bureau ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหน้าที่ในการออกกฎเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกค้าทางการเงิน โดยรายงานนี้ได้สรุปหลักการทั่วไปของ Reverse Mortgage ข้อพิจารณาในการคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อดังกล่าว ดังสรุปใจความสำคัญได้ดังต่อไปนี้

Reverse Mortgage เป็นสินเชื่อที่ออกแบบมาเพื่อผู้สูงอายุโดยเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้สูงอายุสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ด้วยการแปลงบ้านที่อยู่อาศัยให้เป็นทุนทำให้มีกระแสเงินสดในการยังชีพและนำมาใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน ทั้งนี้ ผู้สูงอายุในฐานะผู้ขอสินเชื่อจะต้องนำที่ดิน

<sup>3</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage [Online]. Available from: [http://files.consumerfinance.gov/a/assets/documents/201206\\_cfpb\\_Reverse\\_Mortgage\\_Report.pdf](http://files.consumerfinance.gov/a/assets/documents/201206_cfpb_Reverse_Mortgage_Report.pdf) [2016, September 20]



และบ้านของผู้ขอสินเชื่อเองมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และธนาคารจะให้เงินกู้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามรูปแบบที่ผู้ขอสินเชื่อจะเลือกเบิกใช้เงินกู้

ผู้ขอสินเชื่อสามารถเลือกรูปแบบที่จะเบิกเงินกู้สำหรับ Reverse Mortgage ได้ตามวัตถุประสงค์ของตน ดังนี้

1. ขอเบิกเป็นเงินก้อนเดียว (a Lump-Sum) ผู้ขอสินเชื่อไม่จำเป็นต้องเบิกเงินเท่ากับมูลค่าของบ้านทั้งหมดแต่ผู้ขอสินเชื่อสามารถเบิกเป็นเงินก้อนในจำนวนที่ตนต้องการใช้ได้
2. ขอเบิกเป็นวงเงินสินเชื่อ (a Line of Credit) เมื่อต้องการใช้เงิน ผู้ขอสินเชื่อสามารถขอเบิกเงินได้ตามจำนวนวงเงินที่ธนาคารให้สินเชื่อ
3. ขอเบิกตามแผนการเบิกเงินระยะยาว (Tenure Plan) โดยผู้ให้สินเชื่อแบ่งจ่ายเงินเป็นรายเดือนให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตราบเท่าที่ผู้ขอสินเชื่อยังอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งนำมาเป็นหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก
4. ขอเบิกในรูปแบบผสม โดยอาจเป็นรูปแบบผสมระหว่างวงเงินสินเชื่อและแผนการเบิกเงินระยะยาวเป็นรายเดือน

เนื่องด้วยการเบิกเงินกู้ในรูปแบบวงเงินสินเชื่อและแผนการเบิกเงินระยะยาวเป็นรายเดือนเป็นการส่งมอบเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อในอนาคต ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงมักกำหนดดอกเบี้ยในอัตราที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเปลี่ยนแปลงได้ (adjustable rate) ในขณะที่การเบิกเงินกู้เป็นเงินก้อนเดียวจะใช้อัตราดอกเบี้ยคงที่ (fixed rate)

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะผู้ขอสินเชื่อจะเลือกเบิกใช้เงินกู้ในรูปแบบใดก็ตาม ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระคืนเงินกู้เป็นค่างวดรายเดือนให้แก่ธนาคารดังเช่นการกู้ยืมเงินตามปกติ ผู้ขอสินเชื่อมีเพียงหน้าที่ต้องชำระภาษีทรัพย์สินและชำระค่าเบี้ยประกันภัยของบ้านซึ่งนำมาเป็นหลักประกันเท่านั้น และเมื่อผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ในการชำระเงินต้นและดอกเบี้ยเป็นรายเดือนให้แก่ธนาคาร ธนาคารจึงนำดอกเบี้ยรวมเข้ากับยอดต้นเงินกู้ที่ธนาคารชำระให้กับผู้ขอสินเชื่อในแต่ละเดือน โดยเงินต้นและดอกเบี้ยนั้นจะเป็นภาระหนี้ของผู้ขอสินเชื่อที่ผูกพันบ้านที่เอามาเป็นประกัน สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจ่ายแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงเป็นสินเชื่อที่ต้องชำระคืนเงินเป็นก้อนใหญ่ ซึ่งยอดเงินนั้นอาจเพิ่มไปจนเกินมูลค่าของบ้านได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่มูลค่าบ้านลดลง อย่างไรก็ตาม ผู้ขอสินเชื่อหรือกองมรดกของผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่เกินจากมูลค่าบ้าน เพราะมีรัฐเข้ามาประกันสินเชื่อและจ่ายหนี้ส่วนที่ขาดให้แก่ธนาคาร

จากการศึกษาของหน่วยงานดังกล่าว พบว่าจากการให้สินเชื่อมีปัญหาเกิดขึ้น ได้แก่ การโฆษณาให้ผู้ขอสินเชื่อมีความเข้าใจผิดในหลักการของสินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อเบิกใช้เงินในช่วงแรกจนไม่

เหลือวงเงินที่จะใช้จ่ายในชีวิตประจำวันอันไม่บรรลุลักษณะประสงค์ของการให้สินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อมีความเสี่ยงสูงที่บ้านที่ตนพักอาศัยอยู่จะถูกบังคับจำนองด้วยเหตุผิติดเล็กน้อย เช่น ผิติดชำระภาษี ค่าเบี้ยประกัน เป็นต้น

2) หนังสือ Reverse Mortgages and Linked Securities<sup>4</sup> โดยได้กล่าวถึง ประวัติความเป็นมา หลักการของ Reverse Mortgage ประเภท HECM โดยสินเชื่อ Reverse Mortgage เป็นสินเชื่อสำหรับผู้สูงอายุที่มีอายุ 62 ปีขึ้นไป โดยช่วยให้ผู้สูงอายุสามารถแปลงมูลค่าบ้านของตนมาเป็นเงินในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวันได้ สินเชื่อ Reverse Mortgage ทำงานในลักษณะตรงกันข้ามกับการจำนองแบบกรณีทั่วไป โดยผู้ขอสินเชื่อไม่มีภาระหน้าที่ในการชำระคืนเงินจนกว่าจะถึงเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ ได้แก่ ผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ไม่พักอาศัยในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก หรือ ผู้ขอสินเชื่อขายบ้านหรือผิดข้อตกลงตามสัญญา ทั้งนี้ ผู้ให้สินเชื่อจะได้รับเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ คืนด้วยการขายบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน หากบ้านทรัพย์สินหลักประกันมีมูลค่ามากกว่ายอดหนี้ค้างชำระ ผู้สูงอายุหรือทายาทของผู้สูงอายุจะได้รับเงินส่วนที่เหลือจากการขายทรัพย์สินหลักประกัน ในทางกลับกัน หากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ค้างชำระ หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development จะเข้ามาชำระหนี้ส่วนที่ขาดให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ทั้งนี้ ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน Reverse Mortgage ในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนใหญ่ร้อยละ 90 เป็นสินเชื่อ Reverse Mortgage ประเภท HECM

สำหรับผู้ให้สินเชื่อ Reverse Mortgage ประเภท HECM ผู้ที่จะขอสินเชื่อได้จะต้องมีอายุอย่างน้อย 62 ปี แต่สำหรับผู้ให้สินเชื่อ Reverse Mortgage กรณีทั่วไป อายุขั้นต่ำของผู้ขอสินเชื่อจะเป็นไปตามที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนด ผู้สูงอายุจะต้องมีกรรมสิทธิ์ในบ้านที่นำมาเป็นหลักประกัน ในกรณีที่มีภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินหลักประกัน ผู้ขอสินเชื่ออาจใช้เงินที่ได้จากการขอสินเชื่อปลดภาระการจำนองที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินได้ ทั้งนี้ บ้านทรัพย์สินหลักประกันจะต้องเป็นที่อยู่อาศัยหลักของผู้ขอสินเชื่อ และก่อนเข้าทำสัญญา ผู้ขอสินเชื่อจะต้องได้รับข้อมูลหรือการปรึกษาจาก HECM counselor ที่ได้รับอนุมัติจากหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development แล้ว

ส่วนการรับประกันและการประเมินความเสี่ยง ผู้ให้สินเชื่อจะมีความเสี่ยงจากการที่ไม่ได้รับชำระเงินเป็นรายเดือนอันทำให้จำนวนหนี้สูงขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องด้วยต้องให้ผู้ขอสินเชื่อเบิกเงินในระยะยาว รวมถึงการบังคับชำระหนี้ที่อาจจะได้รับเงินไม่ครบถ้วนจากการบังคับจำนองขายทรัพย์สิน

<sup>4</sup> Vishaal Bhuyan, Reverse Mortgages and Linked Securities (New Jersey: John Wiley&Sons, Inc, 2011), pp.1-20.

หลักประกัน ดังนี้ สำหรับสินเชื่อ Reverse Mortgage ประเภท HECM จึงมีหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development เข้ามาประกันสินเชื่อดังกล่าว

### 3) บทความ Unlocking Housing Equity in Japan<sup>5</sup>

กล่าวว่าการศึกษาเกี่ยวกับรูปแบบทรัพย์สินของผู้สูงอายุมักจะมองข้ามความมั่งคั่งของที่อยู่อาศัยซึ่งเป็นปัจจัยกำหนดความมั่งคั่งของผู้สูงอายุ ในบริบทของญี่ปุ่น การให้มีการแปลงมูลค่าของที่อยู่อาศัยมาเป็นเงินเป็นกลไกที่จะช่วยกระตุ้นการบริโภค ลดภาระของระบบบำนาญและลดความต้องการสถานบริการการดูแลระยะยาวได้

หลักการ Reverse Mortgage ของประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้ดำเนินการตามหลักการเดียวกับหลักการของ Reverse Mortgage ของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ Reverse Mortgage สำหรับประเทศญี่ปุ่น ผู้ให้สินเชื่อสามารถใช้สิทธิเรียกให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาดได้ และผู้ให้สินเชื่อส่วนใหญ่ไม่นิยมให้ผู้ขอสินเชื่อเบิกใช้เงินแบบรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิต เพราะทำให้ธนาคารมีความเสี่ยงสูง ทั้งนี้ ราคาประเมินของทรัพย์สินหลักประกันจะพิจารณาเฉพาะที่ดินเท่านั้น ทำให้ผู้ขอสินเชื่อได้รับวงเงินจากสินเชื่อดังกล่าวไม่สูงเหมือนเช่นของประเทศสหรัฐอเมริกา อันทำให้ Reverse Mortgage ในประเทศญี่ปุ่นไม่ได้รับความนิยมเท่าที่ควร

การศึกษาของผู้เขียนบทความประเมินสิ่งที่อาจจำเป็นต่อการสนับสนุนให้มีการให้สินเชื่อ Reverse Mortgage ในประเทศญี่ปุ่น โดยเห็นว่า การปฏิรูปตลาดที่อยู่อาศัยเกี่ยวกับการซื้อขายที่อยู่อาศัย รวมถึงการจัดตั้งกลไกการรับประกันภัยเพื่อป้องกันความเสี่ยงให้แก่ผู้ให้สินเชื่อจะช่วยให้มีการให้สินเชื่อมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ความต้องการที่จะให้สินเชื่อ Reverse Mortgage อาจลดลงเนื่องด้วยบ้านที่อยู่อาศัยมีมูลค่าลดลง และการมีอายุขัยเฉลี่ยยาวนานขึ้นของผู้ขอสินเชื่อ โดยท้ายที่สุด ผู้เขียนได้สรุปว่า Reverse Mortgage น่าจะเป็นวิธีที่ดีในการจัดหาเงินทุนสำหรับผู้สูงอายุในประเทศญี่ปุ่น

### 4) บทความ How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan<sup>6</sup>

บทความดังกล่าวกล่าวถึง Reverse Mortgage ในประเทศญี่ปุ่น โดยกล่าวว่า ผู้สูงอายุในญี่ปุ่นมีรายได้เฉลี่ยต่อเดือนประมาณ 40,000 เยน ซึ่งไม่เพียงพอที่จะครอบคลุมค่าใช้จ่ายจึงต้องหารายได้จากทางอื่นเพิ่มเติม ด้วยการนำทรัพย์สินที่มีอยู่มาแปลงเป็นเงิน ด้วยเหตุนี้ Reverse Mortgage จึงมีแนวโน้มที่จะเป็นเครื่องมือสำหรับผู้สูงอายุซึ่งมีบ้านเป็นของตนเองที่จะแปลงมูลค่า

<sup>5</sup> Olivia S. Mitchell and John Piggott, Unlocking Housing Equity in Japan [Online]. Available from: <http://www.nber.org/papers/w10340.pdf> [2016, September 20]

<sup>6</sup> Toshiro Kojima, How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan [Online]. Available from: <http://www.nicmr.com/nicmr/english/report/repo/2013/2013spr02.pdf> [2016, September 20]

ของบ้านมาเป็นเงินได้โดยไม่ต้องขายบ้าน อย่างไรก็ตาม Reverse Mortgage ของญี่ปุ่นไม่เป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการที่พบในเงื่อนไข Reverse Mortgage ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาด ไม่มีการให้เงินระยะยาวจนกว่าจะเสียชีวิต และผู้ขอสินเชื่ออาจมีหน้าที่ชำระเงินรายเดือนให้แก่ธนาคาร ผู้เขียนบทความจึงเสนอให้รัฐบาลจัดตั้งองค์กรเพื่อซื้อสินเชื่อดังกล่าวและเข้ารับความเสี่ยงด้านหลักประกันแทนผู้ให้สินเชื่อ นอกจากนี้ อีกเหตุผลที่ทำให้ Reverse Mortgage ในประเทศญี่ปุ่นไม่เป็นที่แพร่หลาย ก็เนื่องด้วย ผู้ให้สินเชื่อจะประเมินราคาที่ดินเท่านั้นและส่งผลให้วงเงินสินเชื่อที่ผู้ขอสินเชื่อได้รับไม่สูงมากนัก

จากการทบทวนวรรณกรรมข้างต้น ผู้เขียนจะนำเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องมากกล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้



## บทที่ 2

### แนวความคิดและหลักการของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

เนื่องด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นนวัตกรรมทางการเงินใหม่สำหรับประเทศไทย ซึ่งมีหลักการต่างจากสินเชื่อกรณีทั่วไป ในบทนี้ ผู้เขียนจึงกล่าวถึงหลักการและลักษณะของสินเชื่อดังกล่าวโดยภาพรวมเพื่อให้มีความเข้าใจหลักการของสินเชื่อดังกล่าวมากขึ้น โดย ผู้เขียนจะมุ่งกล่าวถึง สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท Home Equity Conversion Mortgage (HECM) เป็นหลัก ซึ่งเป็นต้นแบบของสินเชื่อดังกล่าวและมีการใช้อย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการทำสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

เนื่องด้วยสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง จึงนำแนวความคิดและหลักการทั่วไปของสัญญามาพิจารณา ดังนี้

##### 2.1.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

บุคคลย่อมมีอิสระเสรีภาพในการทำข้อตกลงหรือเงื่อนไขใด ๆ ระหว่างกัน โดยข้อตกลงหรือเงื่อนไขระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายนั้น คู่สัญญาจะตกลงกันได้เช่นใดก็สามารถทำได้ ตราบเท่าที่ไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่มีพื้นฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Sanctity of Contract หรือ Autonomy of Will) และหลักเสรีภาพของบุคคลในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งเมื่อตกลงกันแล้ว คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน

##### 2.1.1.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาให้ความสำคัญกับการเคารพเจตนาของบุคคล เพราะบุคคลทุกคนล้วนมีสิทธิและเสรีภาพของตน เว้นแต่ในบางกรณีที่จะมีกรอบข้อยกเว้นจำกัดไว้ เมื่อบุคคลใดยอมจะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการแล้ว ย่อมเป็นผลมาจาก

การแสดงเจตนาของตนเอง เจตนาจึงเป็นแหล่งกำเนิดสัญญาและกำหนดเนื้อหาเงื่อนไขต่าง ๆ และการบังคับใช้ของสัญญาทั้งหมด ซึ่งเจตนามีความสำคัญต่อสัญญา 3 ประการ<sup>1</sup> กล่าวคือ

(1) เจตนาก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ เจตนาเป็นสิ่งสำคัญในการเจรจาตกลงเข้าทำสัญญาระหว่างกัน คู่สัญญาย่อมต้องมีความสมัครใจและแสดงออกซึ่งเจตนาในการเสนอและสนอง เพื่อให้เกิดสัญญาขึ้นทั้งสิ้น ทั้งนี้ การแสดงออกซึ่งเจตนาเพื่อให้เกิดสัญญาย่อมต้องเป็นไปโดยไม่มี ความบกพร่องของเจตนาเกิดขึ้น มิฉะนั้นจะถือว่าการแสดงเจตนาไม่สมบูรณ์

(2) เจตนากำหนดเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนา กำหนดเนื้อหาในสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้กระทั่งจะกำหนดไว้แตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ トラบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น สัญญาไม่มีชื่อ (Innominate Contracts)

(3) เจตนากำหนดผลของสัญญา โดยเมื่อเกิดสัญญาขึ้นคู่สัญญาย่อมต้องผูกพัน ตามที่ได้เจรจาตกลงกันไว้ในสัญญา หากมีข้อสงสัยในสัญญาย่อมอาจจะค้นหาได้จากเจตนาที่แท้จริง ของคู่สัญญานั้นเอง

### 2.1.1.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

แนวความคิดเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศยอมรับ<sup>2</sup> โดยมาจากแนวความคิดที่ว่าควรให้เอกชนมีอิสระในกิจกรรมทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม และไม่ควรรัฐเข้ามาแทรกแซง หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้จำเป็นต้อง พิจารณาควบคู่ไปกับหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) เสมอซึ่งแทบจะไม่สามารถแยก ออกจากกันได้ โดยหลักอิสระในทางแพ่ง หมายถึง การที่เอกชนมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับ ขอบเขตทางกฎหมายของตนเองทั้งในเรื่องส่วนตัวและในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง ซึ่งในทางทรัพย์สิน นี้เองที่จะมีความเกี่ยวข้องกับการนำเรื่องนิติกรรมสัญญามาใช้ในการจัดการทรัพย์สิน และในฐานะ ปัจจุบันก็ย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเองได้ตามความประสงค์ของ ตนเอง แต่ทั้งนี้อาจถูกจำกัดด้วยบทบัญญัติกฎหมาย ศีลธรรม หรือขอบเขตในทางกฎหมายของบุคคล อื่นได้ กล่าวคือ จะต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการใช้เสรีภาพในทางสัญญาของตนเองไปก้าวล่วงขอบเขตทาง กฎหมายของบุคคลอื่น<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ดารารพร อิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 12-14.

<sup>2</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 71.

<sup>3</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 27-29.

การมีเสรีภาพในการทำสัญญาอาจแบ่งเป็นประเภทย่อยได้ 4 ประการ<sup>4</sup> ได้แก่

(1) เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา (Freedom to Make a Contract) ซึ่งคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำข้อเสนอและสนองต่อกันเพื่อให้เกิดสัญญาระหว่างกัน ภายใต้เงื่อนไขว่าการทำขึ้นซึ่งสัญญานี้จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

(2) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to Select the Other Party) กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมีความสามารถที่จะเลือกคู่สัญญาของตนเองได้ ว่าตนประสงค์จะเข้าทำสัญญากับบุคคลใด โดยไม่ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญาหากตนไม่ต้องการที่จะทำสัญญานั้นด้วย

(3) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา (Freedom to Decide the Contract Terms) โดยคู่สัญญาสามารถกำหนดเนื้อหา เงื่อนไขในสัญญาไว้อย่างไรก็ได้ เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

(4) เสรีภาพที่จะไม่ต้องทำตามแบบ (Freedom from Form) ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นรับรองที่จะบังคับตามความตกลงของคู่สัญญา โดยจะไม่พิจารณาเรื่องแบบ ส่วนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ข้อตกลงบางประเภทจะบังคับได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือจดทะเบียน สำหรับประเทศไทย คู่สัญญาจะต้องทำตามแบบตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้น อาจส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป นิติกรรมหรือลักษณะการผูกพันสัมพันธ์ของคู่สัญญาในรูปแบบที่แตกต่างจากกฎหมายกำหนดก็เกิดขึ้นเรื่อย ๆ ในโลกธุรกิจจึงเกิดสัญญาลักษณะต่าง ๆ โดยใช้แนวความคิดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นพื้นฐานของการเข้าทำสัญญาต่อกัน โดยสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้เอง ก็เกิดขึ้นจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา โดยเป็นการตกลงกำหนดเงื่อนไขของสัญญาให้แตกต่างจากหลักการเงื่อนไขของสัญญาสินเชื่อทั่วไป และยังใช้เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาที่กำหนดให้ผู้ที่จะขอสินเชื่อดังกล่าวจะต้องเป็นผู้สูงอายุเท่านั้น

### 2.1.2 แนวความคิดการประกันการชำระหนี้ด้วยอสังหาริมทรัพย์

เมื่อบุคคลหนึ่งมีหนี้ต่อบุคคลหนึ่ง หรือไปกู้ยืมเงินจากบุคคลหนึ่ง เจ้าหนี้ออมคาดหวังให้ลูกหนี้ใช้หนี้แก่ตนตามกำหนดนัดชำระหนี้ที่ตกลงกัน หากลูกหนี้นั้นมีฐานะดีหรือมีเครดิตดี

<sup>4</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 72-74.

อยู่แล้ว เจ้าหน้าอาจยินยอมให้บุคคลนั้นก่อนหน้า หรือกู้ยืมเงินได้โดยไม่ต้องมีหลักประกันใดๆ ให้แก่เจ้าหนี้ แต่หากลูกหนี้มีฐานะทางการเงินไม่ดีหรือมีแนวโน้มที่จะไม่สามารถชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ย่อมต้องการให้ลูกหนี้จัดหาหลักประกันมาประกันการชำระหนี้ ซึ่งการประกันการชำระหนี้นั้น อาจกระทำได้โดยให้บุคคลภายนอกเข้ามาค้ำประกันหนี้ด้วยการค้ำประกันหรือนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนองหรือจำนำ

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็นการเจาะจงเอาทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งมาเป็นประกันการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้มีความเชื่อมั่นในราคาหรือคุณค่าของทรัพย์สินนั้นว่าจะเพียงพอต่อการชำระหนี้ การให้เจ้าหนี้มีหลักประกันที่ดี ย่อมทำให้ต้นทุนในการขอสินเชื่อถูกลง หากความเสี่ยงน้อย อัตราดอกเบี้ยก็ย่อมถูกลง หากในท้ายที่สุดลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ย่อมใช้สิทธิดำเนินการเอาทรัพย์สินที่จำนองหรือจำนำออกขายทอดตลาดได้ตามขั้นตอนและสิทธิที่กฎหมายให้ไว้ เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ต่อไป

อสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่นิยมนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องด้วยเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจและราคาจะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเวลาผ่านไป การนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เองหรือของผู้อื่น จึงย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้กับเจ้าหนี้ได้ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีราคาสูงพอที่จะชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ เมื่อนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนองแล้ว ลูกหนี้ยังสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นต่อไปได้ โดยไม่ต้องดำเนินการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใดอันสอดคล้องและเอื้อประโยชน์ต่อการทำธุรกิจในปัจจุบัน เพียงแต่การจำนองจะต้องมีการบันทึกการจดทะเบียนลงในทะเบียนเพื่อให้เปิดเผยนิติกรรมสัญญาทางทะเบียนและเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกให้รับทราบถึงการนำทรัพย์สินนั้นมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

ตามแนวความคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา การนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่ต่างจากการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกัน โดยการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันจะอยู่ภายใต้กฎหมาย Real Estate Law การจำนองเป็นการโอนสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญา<sup>5</sup> เมื่อลูกหนี้ผิดนัดหรือผิดสัญญา เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินหลักประกันและนำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกันมาชำระหนี้ได้<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Raymond J. Werner, *Real Estate Law* (Cincinnati, Ohio: South-Western/Thomson Learning, 2002), p.239.

<sup>6</sup> Frank Gibson, James Karp, and Elliot Klayman, *Real Estate Law* (Chicago, Illinois: Real Estate Education, 1992), p.356.



### 2.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีตลาดอสังหาริมทรัพย์ขนาดใหญ่ การเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เปรียบเสมือนเป็นความฝันของชาวอเมริกัน หลายคนจึงมุ่งทำงานและซื้อบ้านเป็นของตนเองเพื่อเป็นทรัพย์สินส่วนตัวและใช้เป็นที่อยู่อาศัยในวัยเกษียณ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการได้เป็นเจ้าของบ้านหรืออสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่ามากจะสะท้อนให้เห็นถึงความมั่งคั่งทางทรัพย์สิน แต่บุคคลผู้เป็นเจ้าของบ้านก็ไม่สามารถแปลงบ้านมาเป็นเงินทุนในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวันได้ ซึ่งทางที่จะสามารถทำได้ก็คือ การการขายบ้านเท่านั้น

ดังนั้น หากบุคคลต้องการแหล่งเงินทุนเพื่อนำเงินไปใช้จ่ายหรือเพื่อรองรับความจำเป็นหรือความต้องการในรูปแบบต่าง ๆ ของตน การตกลงเข้าทำสัญญาสินเชื่อกับธนาคารถือเป็นทางเลือกหนึ่งที่บุคคลนั้นจะใช้เป็นเครื่องมือในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ ทั้งนี้ สัญญาสินเชื่อจะเกิดขึ้นได้หรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างธนาคารและบุคคลนั้นเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในธุรกิจการให้สินเชื่อ ธนาคารก็มักจะเลือกลูกค้า โดยพิจารณาจากเครดิตความน่าเชื่อถือของผู้ขอสินเชื่อ ความสามารถในการชำระหนี้ หลักประกัน และโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้คืน หากบุคคลนั้นมีเครดิตไม่ดี ไม่เป็นที่น่าเชื่อถือ ก็อาจทำให้ธนาคารปฏิเสธการขอสินเชื่อได้ โดยอายุของผู้ขอสินเชื่อนั้นก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ธนาคารนำมาพิจารณาในการให้สินเชื่อด้วย ดังนั้น ผู้สูงอายุจึงอาจมีข้อขัดข้องในการขอสินเชื่อจากธนาคารได้ สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงเกิดขึ้น เพื่อให้ผู้สูงอายุซึ่งเป็นผู้ที่มีทรัพย์สินเป็นบ้านที่พักอาศัยอันเกิดจากการประกอบอาชีพในช่วงวัยทำงานสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนเพื่อนำไปใช้ในชีวิตประจำวันได้ โดยไม่ต้องมีภาระในการผ่อนชำระหนี้รายเดือนให้แก่ธนาคาร

## 2.2 ความเป็นมาและความหมายของ Reverse Mortgage

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เกิดขึ้นครั้งแรกที่รัฐ Maine ประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี 1961 โดย Nelson Haynes เจ้าหน้าที่บริษัท The Deering Savings and Loan Company ได้กำหนดรูปแบบสินเชื่อดังกล่าวเพื่อช่วยเหลือ Nellie Young<sup>7</sup> ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นแม่หม้าย (ภรรยาของโค้ชฟุตบอลของ Nelson Haynes ที่เสียชีวิตไปแล้ว) ให้รอดพ้นจากการประสบปัญหาทางการเงิน โดย Nelson Haynes ได้ออกแบบสินเชื่อ Reverse Mortgage มา

<sup>7</sup> American Advisors Group, *The History of Reverse Mortgage* [Online]. Available from: <https://www.aag.com/news/history-reverse-mortgage> [2016, September 13]

เพื่อให้ Nellie Young ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุสามารถแปลงบ้านมาเป็นเงินทุนในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวันได้โดยไม่ต้องขายบ้านและยังอยู่อาศัยบ้านหลังดังกล่าวต่อไปได้ แม้ว่าจะสูญเสียสามีผู้มีรายได้อีกไปแล้วก็ตาม หลังจากนั้น บริษัทผู้ให้สินเชื่อเอกชนก็ได้ให้สินเชื่อรูปแบบดังกล่าวมาโดยตลอด โดยแต่ละบริษัทก็มีการกำหนดเงื่อนไขของสินเชื่อแตกต่างกันไป ต่อมา รัฐได้เข้ามามีบทบาทในการสนับสนุนการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มากขึ้น โดยได้มีการเสนอ Federal Housing Administration Reverse Mortgage Program Insurance เข้าไปยังสภา Congress ในปี ค.ศ.1983 และ สภา Congress ได้อนุมัติโครงการนำร่องโดยมีชื่อเรียกว่า Home Equity Conversion Mortgage (HECM) ในปี 1987<sup>8</sup> ผ่านพระราชบัญญัติ Housing and Community Development<sup>9</sup>

เหตุที่มีการเรียกสินเชื่อดังกล่าวว่า Reverse Mortgage เนื่องด้วยในกรณีนี้ ผู้ให้สินเชื่อต้องชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นรายเดือน ซึ่งต่างจากการจำนองกรณีทั่วไปที่ผู้ขอสินเชื่อจะต้องชำระเงินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเป็นรายเดือน<sup>10</sup> นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับกรณีทั่วไปที่ผู้ขอสินเชื่อไปขอสินเชื่อจากธนาคารเพื่อมาซื้อบ้าน โดยผู้ขอสินเชื่อจะค่อย ๆ ได้มูลค่าของบ้านมาเป็นของตนเอง ทุกๆขณะที่ผ่อนชำระเงินให้แก่ธนาคาร เมื่อผ่อนชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อครบกำหนดแล้ว ผู้ขอสินเชื่อก็จะเป็นเจ้าของมูลค่าในบ้านหลังดังกล่าวอย่างสมบูรณ์ ในขณะที่ Reverse Mortgage บ้านที่นำมาเป็นหลักประกันได้จะต้องเป็นบ้านของผู้ขอสินเชื่อแล้วเท่านั้น อันแสดงให้เห็นว่า ผู้ขอสินเชื่อเป็นเจ้าของมูลค่าในบ้านอย่างสมบูรณ์ตั้งแต่แรก แต่เมื่อนำมาเป็นประกันการชำระหนี้กับธนาคาร ทุกๆขณะที่ผู้ขอสินเชื่อเบิกใช้เงินจากธนาคาร มูลค่าของบ้านก็จะลดลงเรื่อย ๆ ในขณะที่หนี้ของบ้านสูงขึ้น<sup>11</sup> และผู้ขอสินเชื่อย่อมหมดสิทธิในมูลค่าของบ้านในที่สุด เพราะผู้ขอสินเชื่อได้ใช้ทุนของบ้านด้วยการรับเงินจากธนาคารแล้ว ธนาคารก็จะมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากบ้าน อันเป็นการทำงานในลักษณะสวนทางหรือย้อนกลับการจำนองกรณีทั่วไป

จากการศึกษา พบว่ามีการระบุความหมายของคำว่า Reverse Mortgage ไว้ดังต่อไปนี้

<sup>8</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].

<sup>9</sup> Bhuyan, V., Reverse Mortgages and Linked Securities, p.18.

<sup>10</sup> The National Reverse Mortgage Lenders Association, What Is a Reverse Mortgage? [Online]. Available from: <http://www.reversemortgage.org/About>. [2016, February 23]

<sup>11</sup> Consumer Financial Protection Bureau, What Is a Reverse Mortgage? [Online]. Available from: <https://www.consumerfinance.gov/askcfpb/224/what-is-a-reverse-mortgage.html> [2016, February 23]

Black's Law Dictionary ได้ให้คำนิยามของ Reverse Mortgage ว่าเป็นการจำนองประเภทหนึ่งให้ผู้ให้สินเชื่อจ่ายเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ และผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้คืนเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือขายทรัพย์สินหลักประกัน<sup>12</sup>

Dictionary of Real Estate Terms ได้ให้คำนิยามของ Reverse Mortgage ว่าเป็นการจำนองประเภทหนึ่งซึ่งออกแบบมาสำหรับผู้สูงอายุที่มีบ้านเป็นทุน โดยผู้ให้สินเชื่อจะจ่ายเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อตามช่วงเวลาที่ยืดหยุ่น ตัวอย่างเช่นเป็นรายเดือน ซึ่งยอดเงินกู้จะเพิ่มขึ้นพร้อมด้วยดอกเบี้ย หนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระหนี้ส่วนที่ขาดโดยการใช้จ่ายเงินกู้นั้นจะมาจากการขายบ้านในอนาคต<sup>13</sup>

สมาคมผู้เกษียณอายุแห่งอเมริกา (The American Association of Retired Persons (AARP)) ได้ให้คำนิยามของ Reverse Mortgage ไว้ว่าเป็น หนี้เงินกู้ที่ประกันโดยบ้านของผู้ขอสินเชื่อ โดยผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องจ่ายเงินตราใบที่ผู้ขอสินเชื่อยังพักอาศัยอยู่ที่บ้านหลังดังกล่าวและผู้ขอสินเชื่อสามารถแปลงมูลค่าบ้านเป็นเงินสดได้โดยไม่ต้องย้ายออก หรือผ่อนจ่ายเงินกู้อย่างรายเดือน<sup>14</sup>

Report to Congress ของหน่วยงาน Consumer Financial Protection Bureau ประเทศสหรัฐอเมริกา ระบุว่า Reverse Mortgage คือ สินเชื่อบ้านลักษณะพิเศษสำหรับผู้สูงอายุซึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ต้องการมีภาระการชำระคืนเงินกู้อย่างรายเดือน โดยหนี้จะถึงกำหนดชำระเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ขาย หรือย้ายออกจากบ้านหลังดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้ขอสินเชื่อยังคงมีหน้าที่รับผิดชอบภาษีทรัพย์สินและประกันภัย<sup>15</sup>

สำหรับประเทศไทย ได้มีผู้ให้ความหมายของ Reverse Mortgage<sup>16</sup> ว่าการจำนองแบบย้อนกลับ (กรณีแปลความหมายตรงตัว) เนื่องด้วยทำงานในทิศทางตรงกันข้ามกับการกู้จำนอง (Mortgage) ทั่วไป แทนที่ผู้ขอสินเชื่อจะจ่ายเงินรายเดือนให้ผู้ให้สินเชื่อ เหมือนกับการจำนองแบบปกติ ผู้ให้สินเชื่อกลับต้องจ่ายเงินรายเดือนให้กับผู้ขอสินเชื่อ

<sup>12</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (West: St. Paul, MN 2009), p. 1103.

<sup>13</sup> Jack P. Friedman, *The Dictionary of Real Estate Terms* (New York Barron's Educational Series, 2013), p. 425.

<sup>14</sup> The American Association of Retired Persons (AARP), *Reverse Mortgage Loans Borrowing against Your Home* [Online]. Available from:

<https://www.greenpath.com/sites/default/files/AARP%20Reverse%20Mortgage%20Loans.pdf>. [2016, September 20]

<sup>15</sup> Consumer Financial Protection Bureau, *Report to Congress on Reverse Mortgage* [Online].

<sup>16</sup> สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, *Reverse Mortgage ทางเลือกของผู้สูงอายุ* [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=10984> [15 กันยายน 2559]

จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่า สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) คือ สินเชื่อที่ธนาคารให้สินเชื่อกับผู้สูงอายุ โดยผู้ขอสินเชื่อต้องนำที่ดินและบ้านซึ่งตนมีกรรมสิทธิ์มาเป็นประกันการชำระหนี้ของตนเอง ทั้งนี้ ผู้ขอสินเชื่อยังไม่มีหน้าที่ชำระเงินคืนให้กับธนาคารจนกว่าจะถึงเหตุที่หนี้ถึงกำหนดชำระคือเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ขายทรัพย์สินหลักประกันหรือย้ายออกจากบ้าน และธนาคารมีหน้าที่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามรูปแบบการเบิกใช้ที่ผู้ขอสินเชื่อเลือก ซึ่งผู้ขอสินเชื่อสามารถเลือกเบิกเงินได้ ไม่ว่าจะเป็นรูปวงเงิน เงินเป็นก้อนเดียวหรือเบิกเป็นรายเดือน โดยผู้ขอสินเชื่ออาจตกลงให้ธนาคารชำระเงินให้แก่ตนเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิตก็ได้ หากธนาคารตกลงเช่นนั้น

### 2.3 รูปแบบและลักษณะของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จัดเป็นสินเชื่อเพื่อการบริโภค (Consumer Credit) โดยเป็นสินเชื่อที่ออกแบบมาเพื่อผู้สูงอายุโดยเฉพาะ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้สูงอายุสามารถเข้าถึงเงินทุนด้วยการแปลงบ้านที่อยู่อาศัยให้เป็นทุนทำให้มีกระแสเงินสดในการยังชีพและนำมาใช้จ่ายในชีวิตประจำวันหรือในช่วงวัยเกษียณ<sup>17</sup> โดยอาจนำไปเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการซ่อมแซมบ้าน ค่ารักษาพยาบาล หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ได้ แม้โดยหลักการจะมีวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อดังที่กล่าวไป หน่วยงานรัฐหรือธนาคารของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่มี การจำกัดขอบเขตวัตถุประสงค์ในการใช้เงินของผู้ขอสินเชื่อ<sup>18</sup> บุคคลที่สามารถให้สินเชื่อดังกล่าวได้แก่ สถาบันการให้กู้ยืม ธนาคาร บริษัทเครดิตยูเนียน<sup>19</sup> ซึ่งเป็นผู้ให้สินเชื่อที่ได้รับการอนุมัติจาก หน่วยงาน Federal Housing Administration

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะเฉพาะเพิ่มเติมแตกต่างจากการให้สินเชื่อกรณีทั่วไป เนื่องด้วยมีการกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญา สินเชื่อดังกล่าวเป็นกรณีพิเศษ จากการศึกษารูปแบบการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM มีลักษณะเฉพาะ ดังต่อไปนี้

<sup>17</sup> Ben Jakubowicz, "What the Hecm Is a Reverse Mortgage: The Importance of the Home Equity Conversion Mortgage in an Aging America," *University Louisville Law Review* 54 (2016): 190.

<sup>18</sup> The National Reverse Mortgage Lenders Association, *What Is a Reverse Mortgage?* [Online].

<sup>19</sup> U.S. Department of Housing and Urban Development, *How to Become an Fha-Approved Lender* [Online].

Available from: [https://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program\\_offices/housing/sfh/lender/lendappr](https://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/sfh/lender/lendappr) [2017, March 11]

1. อายุของผู้ขอสินเชื่อ บุคคลที่จะขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะต้องเป็นผู้สูงอายุเท่านั้น เนื่องจากสินเชื่อประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับสังคมผู้สูงอายุและต้องการช่วยเหลือผู้สูงอายุให้สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ มิใช่เป็นไปเพื่อการส่งเสริมหรือกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศ การให้สินเชื่อประเภทนี้จึงกำหนดอายุขั้นต่ำของผู้ขอสินเชื่อไว้ โดยอายุของผู้สูงอายุจะเป็นเท่าใดนั้น ก็ขึ้นอยู่กับแนวทางนโยบายของแต่ละประเทศ จึงทำให้อายุขั้นต่ำของผู้ขอสินเชื่อที่จะสามารถขอสินเชื่อประเภทนี้ได้ของแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดอายุขั้นต่ำของผู้สูงอายุที่สามารถขอสินเชื่อประเภทนี้ได้ไว้ที่ 62 ปี<sup>20</sup> ประเทศเกาหลีใต้กำหนดไว้ที่อายุ 60 ปี<sup>21</sup> และประเทศแคนาดากำหนดไว้ที่อายุ 55 ปี<sup>22</sup> โดยการจำกัดอายุของผู้ขอสินเชื่อจะพิจารณาตามลักษณะธุรกรรมนั้นและผลการประเมินความเสี่ยงโดยสถาบันการเงินที่เกี่ยวข้องสินเชื่อ<sup>23</sup> สำหรับประเทศไทย กระทรวงการคลังวางแผนให้สิทธิผู้สูงอายุที่จะขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้อายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป<sup>24</sup>

2. อสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกัน ต้องเป็นที่ดินและบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักของผู้ขอสินเชื่อ<sup>25</sup> เนื่องด้วยวัตถุประสงค์ของสินเชื่อ ต้องการช่วยเหลือผู้สูงอายุให้มีรายได้ในการใช้จ่ายด้วยการแปลงบ้านเป็นทุนโดยไม่ต้องขายบ้านและยังสามารถพักอาศัยอยู่ในบ้านของตนเองต่อไปได้โดยไม่ต้องกังวลกับการผ่อนชำระค่างวดหรือกังวลว่าจะถูกบังคับหลักประกัน<sup>26</sup> โดยที่อยู่อาศัยหลักในบริบทนี้ หมายถึง ที่พักอาศัยที่ผู้ขอสินเชื่อพักอาศัยอยู่เป็นปกติธรรมดาและใน 1 ปี

<sup>20</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.33 “The youngest mortgagor shall be 62 years of age or older at the time the mortgagee submits the application for insurance.”

<sup>21</sup> Korea Housing Finance Corporation, Reverse Mortgage (Jootaekyeonkeum) [Online]. Available from: [http://new.hf.go.kr/ehf/sub03/sub01\\_01.do#jwxe\\_main\\_content](http://new.hf.go.kr/ehf/sub03/sub01_01.do#jwxe_main_content) [2017, February 20]

<sup>22</sup> The Origin Mortgages DLC brokers, Canadian Home Income Plan (Chip) Reverse Mortgages in Canada [Online]. Available from: <http://seniorslendingcentre.com/home-equity-plan-reverse-mortgage-canada> [2017, February 20]

<sup>23</sup> Sophie Roussin, "The Reverse Mortgage: For an Optimum Control Research Project," Final Report Submitted to Industry Canada's Office of Consumer Affairs (2007): 7.

<sup>24</sup> สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [www.mof.go.th/home/eco/181159.pdf](http://www.mof.go.th/home/eco/181159.pdf) [17 ธันวาคม 2559]

<sup>25</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.39 “The property must be the principal residence of each mortgagor at closing. For purposes of this section, the property will be considered to be the principal residence of any mortgagor who is temporarily or permanently in a health care institution as long as the property is the principal residence of at least one other mortgagor who is not in a health care institution.”

<sup>26</sup> U.S. Department of Housing and Urban Development, Interim Report to Congress on the Home Equity Conversion Mortgage Insurance Demonstration October 1990 [Online]. Available from: <https://www.huduser.gov/portal/Publications/pdf/HUD%20-%205657.pdf> [2017, July 4]

ปฏิทิน ใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่ที่บ้านหลังดังกล่าว โดยบุคคลคนหนึ่งนั้นจะมีที่อยู่อาศัยหลัก ณ เวลาหนึ่ง ๆ ได้ที่เดียวเท่านั้น<sup>27</sup> ดังนั้น บ้านที่จะนำมาเป็นหลักประกันจึงมีใช้บ้านพักตากอากาศ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดระยะเวลาของการออกจากบ้านพักไว้ด้วย จากการศึกษาแนวทางของประเทศ ไทยที่กระทรวงการคลังเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี พบว่าได้มีการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขอสินเชื่อจะต้อง อาศัยอยู่ในบ้านหลังนั้นเป็นหลักตลอดระยะเวลาที่ได้รับเงิน<sup>28</sup>

3. กรรมสิทธิ์ในที่ดินและบ้านที่นำมาเป็นหลักประกันต้องเป็นของผู้ขอสินเชื่อ<sup>29</sup> ด้วยเหตุ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันโดยตรง ประกอบกับ ทุก ๆ ขณะที่ผู้ขอสินเชื่อเบิกใช้เงินจากธนาคาร มูลค่าของบ้านก็จะลดลงเรื่อย ๆ ในขณะที่หนี้ของบ้านสูงขึ้น บ้านที่จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นจึงควรเป็นทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อเอง เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสินเชื่อที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อ

4. ที่ดินและบ้านต้องไม่มีภาระเหนือทรัพย์สินหรือหนี้ค้ำชำระที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน เนื่องด้วยธนาคารจะบังคับหลักประกันเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตแล้วด้วยการนำทรัพย์สินออกขายและนำ เงินมาชำระหนี้ หากยอมให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันมีภาระเหนือทรัพย์สินหรือหนี้ค้ำชำระ ก็อาจ ทำให้ธนาคารเสียดสิทธิต่างจะได้รับชำระหนี้ทั้งหมดตามสัญญาสินเชื่อหรือถูกคัดค้านการขายทรัพย์สิน หรือถูกเจ้าหนี้รายอื่นขอเฉลี่ยเงินหลังจากบังคับหลักประกันได้ ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงมักกำหนดให้ ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้น ต้องปลอดจากภาระ หรือหากมีภาระอื่นอยู่ก่อน ธนาคารอาจให้ สินเชื่อกับผู้ขอสินเชื่อแต่กำหนดข้อตกลงให้ผู้ขอสินเชื่อชำระเงินที่ได้จากการขอสินเชื่อนี้บางส่วนไป ชำระหนี้เพื่อให้ทรัพย์สินปลอดจากภาระ เช่น ธนาคารยินยอมให้นำบ้านที่ติดจำนองมาขอสินเชื่อได้ เพียงแต่ผู้ขอสินเชื่อจะต้องนำเงินจากการขอสินเชื่อบางส่วนไปชำระหนี้จำนองเดิมตามเงื่อนไข ข้อตกลงในสัญญา<sup>30</sup>

<sup>27</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.3 “Principal residence means the dwelling where the mortgagor maintains his or her permanent place of abode, and typically spends the majority of the calendar year. A person may have only one principal residence at any one time.”

<sup>28</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://cabinet.soc.go.th/doc\\_image/2559/9932198645.pdf](https://cabinet.soc.go.th/doc_image/2559/9932198645.pdf) [22 พฤศจิกายน 2559]

<sup>29</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.35 “The mortgagor shall hold title to the entire property which is the security for the mortgage. If there are multiple mortgagors, all the mortgagors must collectively hold title to the entire property which is the security for the mortgage. If one or more mortgagors hold a life estate in the property, for purposes of this section only the term “mortgagor” shall include each holder of a future interest in the property (remainder or reversion) who has executed the mortgage.”

<sup>30</sup> Bhuyan, V., Reverse Mortgages and Linked Securities, p.4.

5. ผู้ขอสินเชื่อต้องมีความสามารถในการชำระค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับที่ดินและบ้านซึ่งนำมาเป็นทรัพย์สินหลักประกัน ในการนำที่ดินและบ้านมาเป็นทรัพย์สินหลักประกันของธนาคารอาจมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ตามปกติผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ต้องชำระ เช่น ค่าประกันอัคคีภัยบ้าน ค่าภาษีทรัพย์สิน ค่าส่วนกลาง ผู้ขอสินเชื่อจึงต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าว และก่อนที่จะให้สินเชื่อ ธนาคารอาจพิจารณาความสามารถของผู้ขอสินเชื่อในการชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าวด้วย หากผู้ขอสินเชื่อไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ แล้ว ก็อาจกำหนดในสัญญาให้กันเงินบางส่วนเพื่อนำไปชำระหนี้ค่าใช้จ่ายดังกล่าว หรืออาจปฏิเสธที่จะให้สินเชื่อเนื่องด้วยการไม่ชำระค่าใช้จ่ายของผู้ขอสินเชื่ออาจส่งผลกระทบต่อมูลค่าหลักประกัน หรือการบังคับหลักประกันของธนาคารได้

6. ผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ต้องผ่อนชำระคืนเงินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเป็นรายเดือน ในการขอสินเชื่อดังกล่าว ผู้สูงอายุในฐานะผู้ขอสินเชื่อจะต้องนำที่ดินและบ้านของตนเองมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ทั้งจำนวนตามสัญญาสินเชื่อที่ตกลงกันโดยผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องมีหน้าที่ในการชำระค่าวงจรรายเดือนให้แก่ธนาคาร เมื่อผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ชำระหนี้รายเดือนแล้ว ธนาคารจะนำดอกเบี้ยมารวมเข้ากับยอดเงินต้นที่ธนาคารชำระให้กับผู้ขอสินเชื่อ โดยเงินต้นและดอกเบี้ยนั้นจะเป็นภาระหนี้ของผู้ขอสินเชื่อที่ผูกพันบ้านที่เอามาเป็นประกัน<sup>31</sup> ผู้ขอสินเชื่อจึงมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินหลักประกันอย่างเคร่งครัด ด้วยทรัพย์สินหลักประกันดังกล่าวจะเป็นทรัพย์สินที่ธนาคารจะบังคับชำระหนี้ต่อไปในอนาคตกรณีเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

ด้วยผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ชำระคืนเงินเป็นรายเดือน สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงเหมือนการจำนองที่ยินยอมให้ผู้จำนองเบิกเงินเพิ่มได้ โดยมีหลักประกันเดิมเป็นประกันการชำระหนี้ (open-ended mortgage) โดยดอกเบี้ยจะถูกนำไปรวมกับเงินต้น และเงินต้นจะสูงขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งครบกำหนดชำระ (a negative amortization mortgage) และเป็นสินเชื่อที่ต้องชำระคืนเงินต้นก้อนใหญ่ (a balloon mortgage)<sup>32</sup> โดยหากผู้ขอสินเชื่อเลือกเบิกเงินเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิต ยอดเงินต้นนั้นอาจเพิ่มไปจนเกินมูลค่าของบ้านได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่มูลค่าบ้านลดลง<sup>33</sup>

7. ธนาคารมีหน้าที่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามรูปแบบที่ผู้ขอสินเชื่อเบิกใช้ ผู้ขอสินเชื่อสามารถเลือกเบิกใช้เงินได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเบิกในรูปวงเงิน เบิกเป็นเงินก้อนเดียวหรือเบิกเป็นรายเดือนก็ตาม โดยผู้ขอสินเชื่ออาจเลือกให้ธนาคารชำระเงินให้แก่ตนเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิตก็ได้หากธนาคารมีรูปแบบการเบิกเช่นนั้น รวมทั้งผู้ขอสินเชื่ออาจจะเลือกที่จะกันวงเงิน

<sup>31</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

<sup>32</sup> Celeste M. Hammond, "Reverse Mortgages: A Financial Planning Device for the Elderly," [The Elder Law Journal](#) 1(1993). :86.

<sup>33</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

จำนวนหนึ่งไว้ สำหรับการเบิกใช้ในยามฉุกเฉินเพิ่มเติมก็ได้ โดยผู้ขอสินเชื่อสามารถเลือกรูปแบบการเบิกเงินสำหรับสินเชื่อแก่ผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้ตามวัตถุประสงค์ของตน ดังนี้<sup>34</sup>

7.1 ขอเบิกเป็นเงินก้อนเดียว (a Lump-Sum) ผู้ขอสินเชื่อไม่จำเป็นต้องเบิกเงินเท่ากับมูลค่าของบ้านทั้งหมดแต่ผู้ขอสินเชื่อสามารถเบิกเป็นเงินก้อนในจำนวนที่ตนต้องการใช้ได้

7.2 ขอเบิกเป็นวงเงินสินเชื่อ (a Line of Credit) เมื่อต้องการใช้เงิน ผู้ขอสินเชื่อสามารถขอเบิกเงินได้อย่างอิสระตามจำนวนวงเงินที่ธนาคารให้สินเชื่อ

7.3 ขอเบิกตามแผนการเบิกเงินระยะยาว (Tenure Plan) โดยผู้ให้สินเชื่อแบ่งจ่ายเงินเป็นรายเดือนให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตราบเท่าที่ผู้ขอสินเชื่อยังอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งนำมาเป็นหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก แม้ว่าเงินที่จ่ายให้แก่ผู้ขอสินเชื่อจะเกินมูลค่าบ้านแล้ว การจ่ายเงินก็ยังคงมีต่อไปจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตหรือย้ายออกจากบ้านอย่างถาวร<sup>35</sup> หรืออาจให้แบ่งจ่ายรายเดือนตามกำหนดจำนวนเดือนที่แน่นอน (Term) ก็ได้

7.4 ขอเบิกในรูปแบบผสมระหว่างวงเงินสินเชื่อและแผนการเบิกเงินระยะยาวเป็นรายเดือน

ทั้งนี้ หน่วยงาน Federal Housing Administration ได้กำหนดกำหนดการจ่ายเงินที่ธนาคารจะต้องชำระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อด้วย เพื่อไม่ให้ผู้ขอสินเชื่อได้รับเงินล่าช้ากว่ากำหนด

8. การกำหนดอัตราดอกเบี้ย สำหรับสินเชื่อแก่ผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการคิดอัตราดอกเบี้ย 2 แบบด้วยกัน คือ 1) อัตราดอกเบี้ยที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเปลี่ยนแปลงได้ (adjustable rate) และ 2) อัตราดอกเบี้ยคงที่ (fixed rate) โดยสำหรับการเบิกเงินในรูปแบบวงเงินสินเชื่อและแผนการเบิกเงินระยะยาวเป็นรายเดือน จะคิดอัตราดอกเบี้ยที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเปลี่ยนแปลงได้ (adjustable rate) เนื่องด้วยเป็นการส่งมอบเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อในอนาคต ส่วนการเบิกเงินเป็นเงินก้อนเดียว ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะใช้อัตราดอกเบี้ยคงที่ (fixed rate)<sup>36</sup> ทั้งนี้ สินเชื่อนี้จะมีการคำนวณดอกเบี้ยทุกวัน และนำดอกเบี้ยที่คำนวณได้มารวมเข้ากับยอดเงินต้นค้างชำระเป็นรายเดือน<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> The National Reverse Mortgage Lenders Association, HECM Payment Options [Online]. Available from: <http://www.reversemortgage.org/About/Types-of-Reverse-Mortgages/HECM-Payment-Options> [2016 October, 8]

<sup>36</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].

<sup>37</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.19 “(e) Interest accrual and repayment. The interest charged on the mortgage balance shall be added to the mortgage balance monthly as provided in the mortgage. Under all



## 2.4 ประเภทของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภทตามประเภทของสถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อดังกล่าว ดังนี้<sup>38</sup>

1. Single Purpose Reverse Mortgage หรือ Deferred Payments Loan เป็นการให้สินเชื่อเป็นเงินก้อนเดียวเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งในการชำระภาษีทรัพย์สิน หรือ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาบ้านหรือการต่อเติมที่อยู่อาศัยสำหรับผู้สูงอายุ รัฐหรือหน่วยงานท้องถิ่นเป็นผู้ให้สินเชื่อดังกล่าวสำหรับบุคคลที่มีรายได้น้อย โดยทั่วไป สินเชื่อดังกล่าวอาจไม่มีค่าใช้จ่ายหรือมีค่าใช้จ่ายในการขอสินเชื่อในจำนวนที่ไม่สูงนัก ทั้งนี้ หนี้จะถึงกำหนดชำระเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือขายทรัพย์สินหลักประกัน

2. Lender-Insured Proprietary Reverse Mortgage บริษัทเอกชน ธนาคารหรือบริษัทรับจำนอง (Mortgage Company) จะเป็นผู้ให้สินเชื่อดังกล่าวสำหรับผู้สูงอายุตั้งแต่ 62 ปีขึ้นไปที่มีบ้านมูลค่าสูง ซึ่งผู้ขอสินเชื่อสามารถขอสินเชื่อเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ได้ สินเชื่อประเภทนี้ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่เหมือนเช่นสินเชื่อประเภท HECM<sup>39</sup> และจะไม่มีประกันโดยหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อจึงเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่สูงขึ้นเพื่อลดความเสี่ยงให้กับตนเองในกรณีที่หนี้ค้างชำระเกินมูลค่าของบ้านที่นำมาเป็นหลักประกัน ปัจจุบัน สินเชื่อประเภทนี้ไม่เป็นที่นิยมมากนักในประเทศสหรัฐอเมริกา

3. Home Equity Conversion Mortgage เป็นสินเชื่อที่ประกันโดยหน่วยงานรัฐ ซึ่งผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่ 62 ปีขึ้นไปมีสิทธิขอสินเชื่อดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ได้โดยสามารถเบิกใช้เงินได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นวงเงินก้อนเดียว วงเงินสินเชื่อ รายเดือนตามกำหนดระยะเวลาหรือจนกว่าจะเสียชีวิตหรือรูปแบบผสม ทั้งนี้ ผู้ให้สินเชื่อจะได้รับความคุ้มครองหากทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

---

payment options, repayment of the mortgage balance including monthly MIP and interest is deferred until the mortgage becomes due and payable in full under §206.27(c).”

<sup>38</sup> Olivia S. Mitchell and J. Piggott, Unlocking Housing Equity in Japan[Online].

<sup>39</sup> The National Reverse Mortgage Lenders Association, Types of Reverse Mortgages [Online]. Available from: <http://www.reversemortgage.org/About/Types-of-Reverse-Mortgages> [2016, April 25]

## 2.5 ข้อดีและข้อเสียของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ(Reverse Mortgage) มีข้อดี ดังนี้

1. ผู้สูงอายุที่มีเงินไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายรายเดือนสามารถแปลงบ้านให้เป็นเงินทุนสำหรับใช้จ่ายรายเดือนได้จนกว่าจะเสียชีวิต
2. ลดภาระของผู้ขอสินเชื่อในการผ่อนชำระคืนเงินเป็นรายเดือน
3. เหมาะสำหรับผู้สูงอายุที่ไม่มีทายาทและไม่จำเป็นต้องมีมรดกให้กับทายาท
4. รายได้หรือเครดิตของผู้สูงอายุไม่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาการให้สินเชื่อ
5. เป็นประโยชน์แก่รัฐที่ช่วยบรรเทาภาระของรัฐในการดูแลผู้สูงอายุเรื่องค่าใช้จ่าย และรัฐสามารถเข้าสนับสนุนธนาคารในการให้สินเชื่อเพื่อรองรับสังคมผู้สูงอายุได้

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ(Reverse Mortgage) มีข้อเสีย ดังนี้

1. รูปแบบสินเชื่อมีความซับซ้อน ผู้สูงอายุอาจไม่มีความเข้าใจในรูปแบบสินเชื่อเพียงพอ และด้วยเหตุที่ผู้สูงอายุเป็นวัยที่ถดถอยทางด้านความจำและสติปัญญาในการนึกคิดไตร่ตรองความอ่อนด้อยดังกล่าวอาจเป็นจุดอ่อนให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ อาจถูกโน้มน้าวหรือได้รับข้อมูลที่ผิดพลาดจากเจ้าหน้าที่หรือพนักงานของธนาคารได้ หรืออาจเข้าทำธุรกรรมขอสินเชื่อดังกล่าวโดยไม่ได้มีเจตนาที่จะทำสัญญา เนื่องด้วยไม่เข้าใจวัตถุประสงค์ของสินเชื่อประเภทนี้และผลจากการผิดนัดผิดสัญญาสินเชื่ออย่างแท้จริง
2. กรณีผู้ขอสินเชื่อเลือกขอเบิกเงินเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิต การประมาณอายุคาดเฉลี่ยของผู้ขอสินเชื่อและการประเมินมูลค่าบ้านและที่ดินในอนาคตเพื่อนำมากำหนดเป็นวงเงินสินเชื่อส่งผลให้เกิดความยากในการออกแบบสินเชื่อผู้สูงอายุ<sup>40</sup>
3. หากธนาคารกำหนดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระในข้อตกลงนอกเหนือจากเหตุเสียชีวิต เช่น ผู้ขอสินเชื่อไม่ชำระค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจำนอง ผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้าน ผู้ขอสินเชื่อผิดหน้าที่ตามสัญญาสินเชื่อและสัญญาจำนอง เป็นต้น และกรณีเกิดเหตุดังกล่าวขึ้น อาจทำให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุสูญเสียบ้านให้กับธนาคารก่อนที่ตนจะเสียชีวิตและอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการหาที่พักอาศัยใหม่ได้

<sup>40</sup> พิเชฐ เจียมณิทธิสิน, "วางแผนก่อนแก่ ดูแลชีวิตก่อนตาย ด้วย Reverse Mortgage," วารสารสมาคมประกันชีวิตไทย (2558): 8-11.

## 2.6 ความแตกต่างระหว่างสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับและสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป

แม้ว่าหลักการพื้นฐานของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะเป็นการให้สินเชื่อโดยมือสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้เหมือนกับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป สินเชื่อทั้งสองประเภทก็ยังคงมีความแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

1. ทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ทรัพย์สินหลักประกันจะเป็นที่ดินหรือบ้านที่ผู้ขอสินเชื่อมาขอสินเชื่อจากธนาคารเพื่อซื้อบ้านหลังดังกล่าว ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ทรัพย์สินหลักประกันจะเป็นที่ดินและบ้านที่เป็นที่อยู่อาศัยของผู้ขอสินเชื่อเองซึ่งมีอยู่ก่อนการทำสัญญาสินเชื่อแล้ว
2. คุณสมบัติผู้ขอสินเชื่อ สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ผู้ขอสินเชื่อจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่ธนาคารกำหนด ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้ขอสินเชื่อจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้สูงอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป หรือตามเกณฑ์อายุที่แต่ละประเทศกำหนด
3. การเบิกเงิน สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ธนาคารมักจะส่งมอบเงินเป็นเงินก้อนเดียวให้แก่ผู้ขายที่ดินและบ้าน ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้ขอสินเชื่อสามารถเลือกให้ธนาคารจ่ายเป็นเงินก้อนเดียวหรือเงินก้อนบางส่วน หรือวงเงิน (Line of credit) หรือแบ่งจ่ายรายเดือนตามกำหนดระยะเวลาจำกัดหรือจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตก็ได้
4. การส่งมอบเงิน สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะส่งมอบเงินให้แก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้ขายที่ดินและบ้าน ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะส่งมอบเงินให้ผู้ขอสินเชื่อโดยตรง
5. เงินต้น สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป เงินต้นจะเริ่มที่จำนวนสูงสุดและลดลงเรื่อย ๆ ด้วยการผ่อนชำระหนี้รายเดือนของผู้ขอสินเชื่อ ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เงินต้นในช่วงเริ่มต้นจะมีจำนวนน้อยที่สุด และเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อมีการเบิกใช้เงิน โดยจะนำดอกเบี้ยมารวมเข้ากับเงินต้นด้วย
6. ดอกเบี้ย ดอกเบี้ยของสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป จะเป็นไปตามประกาศของธนาคาร และนำมาวมเข้ากับเงินที่จะผ่อนชำระคืนเป็นรายเดือน โดยผู้ขอสินเชื่อต้องชำระดอกเบี้ยเป็นรายเดือน ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้ให้สินเชื่อจะนำดอกเบี้ยมารวมกับยอดเงินต้นที่จะต้องชำระคืนเมื่อถึงกำหนดชำระ โดยผู้ขอสินเชื่อยังไม่

มีหน้าที่ชำระดอกเบี้ยจนกว่าจะเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือธนาคารผู้ให้สินเชื่ออาจใช้วิธีหักออกจากรายเดือนที่ธนาคารจะส่งมอบให้กับผู้ขอสินเชื่อ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่อ

7. การประเมินวงเงินสินเชื่อ การประเมินวงเงินสินเชื่อสำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละธนาคาร เช่น วงเงินสินเชื่อไม่เกิน 90% ของราคาซื้อขายและไม่เกิน 100% ของราคาประเมิน หากมีราคาซื้อขายมากกว่า 10 ล้านบาทขึ้นไป ธนาคารจะอนุมัติวงเงินไม่เกิน 70% ของราคาซื้อขาย<sup>41</sup> เป็นต้น สังเกตได้ว่า จะจำกัดวงเงินตามราคาซื้อขายและราคาประเมินของมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารจะพิจารณาจากราคาประเมินของบ้าน (โดยพิจารณาค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและสถานที่ตั้งด้วย) อายุปัจจุบันและคาดการณ์อายุสูงสุดของผู้ขอสินเชื่อ สำหรับผู้ขอสินเชื่อร่วมกรณีคู่สมรสจะพิจารณาจากอายุของผู้ขอสินเชื่อที่มีอายุน้อยกว่า<sup>42</sup> อัตราดอกเบี้ยและแบบแผนการเลือกเบิกเงิน<sup>43</sup> ตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ผู้ขอสินเชื่ออายุ 62 ปี จะได้เงินประมาณ 57 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าบ้าน ในขณะที่ผู้ขอสินเชื่ออายุ 94 ปี จะได้เงินมากถึง 85 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าบ้าน เป็นต้น<sup>44</sup>

8. การชำระคืนเงิน สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ผู้ขอสินเชื่อต้องผ่อนชำระเป็นรายเดือนตามกำหนดการชำระหนี้และมีระยะเวลาผ่อนชำระตามที่ธนาคารระบุ ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องผ่อนชำระรายเดือนหรือชำระหนี้จนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตหรือจะเกิดเหตุอื่นที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ

9. การชำระหนี้ส่วนที่ขาดหลังการบังคับหลักประกัน สำหรับสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป สิทธิในการเรียกให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาดหลังการบังคับหลักประกันเป็นไปตามที่กฎหมายหรือข้อสัญญากำหนด ส่วนสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ก็เป็นไปตามที่กฎหมายระบุให้สิทธิไว้ตามกฎหมายลักษณะจำนองเช่นกัน แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากเป็นสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM จะมีกฎหมายกำหนดให้หนี้สินเชื่อนี้เป็น non-recourse loan กล่าวคือ ผู้ขอสินเชื่อไม่มีภาระเกินกว่ายอดหนี้ค้ำชำระหรือมูลค่าของบ้าน แล้วแต่จำนวนใดจะต่ำกว่า และผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องนำทรัพย์สิน

<sup>41</sup> ภิชะก ชัยนิรันดร์, การบริหารสินเชื่อ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สายธาร, 2553), หน้า 37.

<sup>42</sup> Bhuyan, V., Reverse Mortgages and Linked Securities, p.5.

<sup>43</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].

<sup>44</sup> Robert J. Aalberts, Real Estate Law (Ohio: Cengage Learning, 2012), p.310.

อื่นนอกจากบ้านที่เป็นหลักประกันมาชำระหนี้ธนาคาร<sup>45</sup> รวมถึงผู้ขอสินเชื่อหรือกองมรดกของผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่เกินจากมูลค่าบ้าน<sup>46</sup> เพราะมีหน่วยงานรัฐเข้ามาประกันหนี้และจ่ายหนี้ส่วนที่ขาดให้ธนาคารผู้ให้สินเชื่อ

## 2.7 รูปแบบการจัดหาหลักประกันสำหรับสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

โดยทั่วไป ในการขอสินเชื่อจากธนาคาร ธนาคารมักกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อนำทรัพย์สินทุกชนิดที่มีมูลค่าในการเป็นหลักประกันมาเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อ ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาบุคคลมาเป็นผู้ค้ำประกัน การจัดหาสังหาริมทรัพย์มาจำนำ หรือ การจัดหาหลักประกันทางธุรกิจ ส่วนกรณีสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ธนาคารจะให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา นำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนอง

สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มุ่งให้ผู้สูงอายุนำที่ดินและบ้านของตนเองมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ โดยอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า ผู้สูงอายุเป็นวัยที่สิ้นสุดการทำงานแล้วด้วยความถดถอยทางร่างกาย และเงินที่ได้จากการทำงานในช่วงวัยทำงานย่อมสร้างทรัพย์สินอันมีมูลค่าให้กับตนเองแต่เงินที่จะนำมาใช้จ่ายในชีวิตประจำวันอาจจะมีจำกัด เนื่องด้วยไม่มีรายได้ประจำเหมือนเช่นวัยทำงานแล้ว โดยอาจกล่าวได้ว่า เป็นวัยที่มีทรัพย์สินมากแต่กระแสเงินสดน้อย การที่ผู้สูงอายุนำบ้านมาเป็นประกันการชำระหนี้กับธนาคารและเลือกรับเงินจากธนาคารจึงเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับผู้สูงอายุสามารถใช้เป็นวิธีการในการแปลงบ้านให้เป็นทุนได้โดยไม่ต้องขายทรัพย์สิน ทั้งนี้ ธนาคารอาจกำหนดเงื่อนไขพิเศษของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้ด้วย เพื่อตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุและเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับธนาคารในการให้สินเชื่อดังกล่าว โดยสรุปเงื่อนไขของการให้ทรัพย์สินหลักประกันได้ ดังนี้

1. ผู้ที่จะให้หลักประกันได้จะต้องเป็นผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุเท่านั้น ผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้
2. ผู้ขอสินเชื่อต้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมหรือสินสมรสย่อมนำมาเป็นทรัพย์สินหลักประกันได้ โดยผู้ที่มีกรรมสิทธิ์จะต้องเป็นผู้ขอสินเชื่อร่วมกัน แต่หากคู่สมรสไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้ขอสินเชื่อร่วม หน่วยงาน U.S. Department

<sup>45</sup> Jakubowicz, B., "What the Heck Is a Reverse Mortgage: The Importance of the Home Equity Conversion Mortgage in an Aging America," *University Louisville Law Review*, 189.

<sup>46</sup> Consumer Financial Protection Bureau, *Report to Congress on Reverse Mortgage*[Online].

of Housing and Urban Development ได้กำหนด guideline ให้สิทธิคู่สมรสที่มีผู้ขอสินเชื่อยังอยู่ในบ้านต่อไปได้ แม้ว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตแล้วก็ตาม<sup>47</sup>

3. อสังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาเป็นหลักประกันต้องเป็นที่ดินและบ้าน กล่าวคือ จะต้องเป็นที่พักสำหรับครอบครัวเดี่ยวหรือตามเกณฑ์ที่หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development กำหนด ทั้งนี้ ห้องชุดในอาคารชุดที่ออกแบบสำหรับครอบครัวเดี่ยวก็สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้<sup>48</sup> ส่วนที่ดินเปล่าหรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จะนำมาเป็นหลักประกันไม่ได้

4. บ้านหรือห้องชุดที่จะนำมาเป็นหลักประกันจะต้องเป็นที่อยู่อาศัยหลักของผู้สูงอายุหรือผู้จ้างองแต่ละราย คือ คู่สมรส หรือ ผู้ขอสินเชื่อร่วม โดยหากคนใดคนหนึ่งต้องพักอยู่ที่โรงพยาบาล ผู้จ้างองเพียงคนเดียวที่พักอาศัยในบ้านหรือห้องชุดดังกล่าวอย่างที่อยู่อาศัยหลักก็ถือว่าเป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว<sup>49</sup> ทั้งนี้ บ้านที่จะนำมาเป็นหลักประกันไม่จำเป็นต้องเป็นบ้านหลังแรกของผู้ขอสินเชื่อ

5. ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันต้องไม่มีการอื่นเหนือทรัพย์สินหรือหนี้ค้างชำระที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน หากมีต้องชำระหนี้เพื่อปลดภาระให้ครบถ้วนก่อนที่สัญญาจะมีผลบังคับ<sup>50</sup>

6. ต้องมีการทำประกันภัยทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกัน<sup>51</sup>

7. ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันจะต้องอยู่ในมาตรฐานที่ Federal Housing Administration กำหนด หากไม่ได้มาตรฐาน ผู้ให้สินเชื่อก็อาจจะให้ผู้ขอสินเชื่อทำการซ่อมแซมก่อนที่จะนำมาเป็นทรัพย์สินหลักประกัน<sup>52</sup> เนื่องด้วยที่ดินและบ้านที่นำมาเป็นหลักประกันเป็นปัจจัย

<sup>47</sup> Jakubowicz, B., "What the Hecm Is a Reverse Mortgage: The Importance of the Home Equity Conversion Mortgage in an Aging America," *University Louisville Law Review*, 202.

<sup>48</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.45 (b) Type of property. The property shall include a dwelling designed principally as a residence for one family or such additional families as the Secretary shall determine. A condominium unit designed for one-family occupancy shall also be an eligible property.

<sup>49</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.39 The property must be the principal residence of each mortgagor at closing. For purposes of this section, the property will be considered to be the principal residence of any mortgagor who is temporarily or permanently in a health care institution as long as the property is the principal residence of at least one other mortgagor who is not in a health care institution.

<sup>50</sup> HUD Handbook, Section 3-5 c 2)

<sup>51</sup> HUD Handbook, Section 6-11 H

<sup>52</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.47 Property standards; repair work "(a) Need for repairs. Properties must meet the applicable property standards of the Secretary in order to be eligible. Properties which do not meet the property standards must be repaired in order to ensure that the repaired property will serve as adequate security for the insured mortgage. (b) Assurance that repairs are made. The mortgage may be closed before the repair work is completed if the Secretary estimates that the cost of the remaining repair work will not

หลักหนึ่งที่ธนาคารใช้ในการพิจารณาเงินสินเชื่อที่ผู้ขอสินเชื่อจะสามารถเบิกใช้ได้ และผู้ให้สินเชื่ออาจได้รับชำระหนี้ด้วยการบังคับทรัพย์หลักประกันดังกล่าวธนาคารหรือบริษัทเอกชนที่ให้สินเชื่อดังกล่าวก็อาจมีการกำหนดเงื่อนไขอื่นเกี่ยวกับทรัพย์หลักประกันเพิ่มเติมได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละธนาคาร

## 2.8 รูปแบบการทำข้อตกลงในสัญญา

เมื่อผู้ขอสินเชื่อและธนาคารผู้ให้สินเชื่อตกลงเข้าทำสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แล้ว ธนาคารจะมีเอกสารหลักให้ผู้ขอสินเชื่อลงนาม 2 ประเภทด้วยกัน คือ สัญญาสินเชื่อและสัญญาจำนอง ซึ่งแต่ละสัญญาก็จะมีข้อตกลงตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา รวมถึงข้อตกลงที่ผู้ให้สินเชื่ออาจจะกำหนดเพิ่มเติมเพื่อสร้างหน้าที่ของผู้ขอสินเชื่อและลดความเสี่ยงให้กับตนเอง จากการศึกษาตัวอย่างสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ของหน่วยงาน Housing and Urban Development ประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ธนาคารจะให้ผู้ขอสินเชื่อลงนามในสัญญาสินเชื่อสัญญาจำนอง และตั๋วเงิน (Note) ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงถึงหนี้ประธาน โดยสามารถสรุปลักษณะข้อตกลงของสัญญาสำหรับผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้ดังนี้

### 2.8.1 ข้อตกลงตามสัญญาสินเชื่อ

**2.8.1.1 ข้อตกลงกำหนดหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการส่งเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามแผนการจ่ายเงิน** โดยสัญญามีการกำหนดข้อตกลงให้ ผู้ให้สินเชื่อตกลงส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามเงื่อนไขที่ตกลงในสัญญา ทั้งนี้ เพื่อเป็นไปตามตั๋วเงิน (Note) และตราสารหลักประกัน (Security Instrument) ที่ผู้ขอสินเชื่อได้ทำและส่งมอบให้แก่ผู้ให้สินเชื่อในวันที่ทำสัญญาสินเชื่อ โดยรายละเอียดแผนการจ่ายเงินตามที่คุณขอสินเชื่อเลือกนั้นจะระบุไว้ในสัญญาสินเชื่อ ทั้งนี้ เงินที่ผู้ให้สินเชื่อจะส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในครั้งแรก อาจนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการทำนิติกรรม (Closing Cost) ค่าธรรมเนียมดำเนินการ (Origination Fee) ค่าประเมินทรัพย์หลักประกัน (Appraisal Fee) เป็นต้น

**2.8.1.2 ข้อตกลงเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ย** อัตราดอกเบี้ยของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะระบุไว้ในตั๋วเงิน (Note) โดยกำหนดอัตรา

---

exceed 15 percent of the maximum claim amount and the mortgage contains provisions approved by the Secretary concerning payment for the repairs.”

ดอกเบี้ยเป็นรายปี ทั้งนี้ เมื่อศึกษาจากตัวอย่างสัญญาสินเชื่อของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า มีการระบุให้คิดดอกเบี้ยทบต้นเป็นรายวัน และนำมารวมกับยอดหนี้ค้างชำระทั้งหมดทุกวันสุดท้ายของแต่ละเดือน

**2.8.1.3 ข้อตกลงในการชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินหลักประกัน** โดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้ขอสินเชื่อชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินหลักประกันทั้งหมด และจะต้องส่งมอบหลักฐานการชำระเงินให้ผู้ให้สินเชื่อตรวจสอบด้วย ทั้งนี้ ผู้ขอสินเชื่ออาจใช้สิทธิเลือกให้ผู้ให้สินเชื่อโอนเงินที่จะส่งมอบไปชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับภาษี เบี้ยประกันภัย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดได้ด้วยและธนาคารมีสิทธิหักเงินรายเดือนชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าว

**2.8.1.4 ข้อตกลงกำหนดให้เงินที่ได้จากการประกันภัยมาหักชำระหนี้ค้างชำระ<sup>53</sup>**  
กรณีเกิดเหตุอันทำให้บ้านได้รับความเสียหาย และผู้จำนองได้ทำประกันภัยบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันไว้ สัญญากำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อตกลงให้เงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้จากบริษัทประกันภัยนำมาหักชำระหนี้ค้างชำระตามสัญญา

**2.8.1.5 ข้อตกลงในการรักษาทรัพย์สินหลักประกัน** ด้วยเหตุที่ผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันเท่านั้น ทรัพย์สินหลักประกันจึงมีความสำคัญต่อมูลค่าที่ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้จากผู้ขอสินเชื่อเป็นอย่างมาก ผู้ให้สินเชื่อจึงมักกำหนดในข้อสัญญาว่า หากผู้ขอสินเชื่อไม่พักอาศัยอยู่ในบ้าน หรือละทิ้งบ้าน หรือผิดข้อตกลงตามสัญญา ผู้ให้สินเชื่ออาจใช้ดุลพินิจออกค่าใช้จ่ายตามสมควรเพื่อรักษาหรือดูแลทรัพย์สินหลักประกันได้ โดยให้ถือว่า ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นเงินที่ผู้ให้สินเชื่อได้ชำระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ทั้งนี้ เมื่อกำหนดเช่นนี้แล้ว เงินที่ถือว่าผู้ขอสินเชื่อได้เบิกใช้ ย่อมนำมารวมกับยอดหนี้ค้างชำระและสร้างภาระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเพิ่มเติม

นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อยังกำหนดให้สิทธิตนเองเข้าตรวจสอบทรัพย์สินหลักประกันเป็นครั้งคราวได้ด้วย โดยผู้ให้สินเชื่อจะแจ้งให้ผู้ขอสินเชื่อทราบล่วงหน้า และเงื่อนไขในการเข้าตรวจสอบนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ให้สินเชื่อเกี่ยวกับทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น ทั้งนี้ หากผู้ขอสินเชื่อไม่อยู่บ้านหรือละทิ้งบ้าน ผู้ให้สินเชื่ออาจดำเนินการอื่นใดตามที่จำเป็นเพื่อปกป้องทรัพย์สินหลักประกัน โดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้ขอสินเชื่อทราบก็ได้

**2.8.1.6 ข้อตกลงกำหนดค่าปรับกรณีผู้ให้สินเชื่อชำระเงินล่าช้า** เมื่อผู้ให้สินเชื่อเป็นผู้มีหน้าที่ชำระเงินรายเดือนให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ก็อาจเกิดกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อไม่ตรงเวลาได้ หน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) จึงกำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อ

<sup>53</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.209 (b) Insurance and condemnation proceeds. If insurance or condemnation proceeds are paid to the mortgagee, the principal limit and the mortgage balance shall be reduced by the amount of the proceeds not applied to restoration or repair of the damaged property.



กำหนดข้อความในสัญญาว่า หากผู้ให้สินเชื่อชำระเงินล่าช้ากว่ากำหนดเวลา คือ วันทำการวันแรกของเดือน หรือภายใน 5 วันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับหนังสือคำร้องขอเบิกเงินกู้สำหรับกรณีขอเบิกในรูปวงเงินสินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อต้องจ่ายค่าปรับกรณีชำระหนี้ล่าช้าให้แก่ผู้ขอสินเชื่อด้วย ตัวอย่างสัญญาของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM กำหนดค่าปรับไว้ที่ 10 เปอร์เซ็นต์ของเงินที่ผู้ให้สินเชื่อชำระล่าช้า นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อยังต้องชำระดอกเบี้ยบนยอดเงินที่ชำระล่าช้าให้แก่ผู้ขอสินเชื่อด้วย ทั้งนี้ หากการโอนเงินล่าช้าขึ้นจากเหตุอื่นอันผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถควบคุมได้และผู้ให้สินเชื่อไม่ได้ละเลยหรือผิดหน้าที่ดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อก็อาจขอใช้สิทธิงดเว้นการคิดค่าปรับกรณีล่าช้า และดอกเบี้ยดังกล่าวจากหน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) ได้

**2.8.1.7 ข้อตกลงเกี่ยวกับการสิ้นสุดหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการส่งมอบเงิน**  
 สัญญากำหนดให้หน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการส่งมอบเงินรายเดือนหรือตามแผนการเบิกเงินย่อมสิ้นสุดลง หาก

- 1) เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวน และผู้ให้สินเชื่อแจ้งให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ทั้งจำนวนตามเอกสารการขอสินเชื่อไม่ว่าจะเป็นสัญญาสินเชื่อ ตัวเงิน (Note) หรือสัญญาจำนอง ทั้งนี้ หากผู้ให้สินเชื่อยกเลิกหนังสือแจ้งดังกล่าว หน้าที่ในการส่งมอบเงินของผู้ให้สินเชื่อยังคงมีต่อไป
- 2) กรณีที่การจำนอง สิทธิยึดหน่วงหรือภาระเหนือทรัพย์สินหลักประกัน (lien) เกิดความเสี่ยงต่อผู้ให้สินเชื่ออันเนื่องมาจากข้อจำกัดของวงเงินจำนองสูงสุดหรือระยะเวลาสูงสุดของการประกันหนี้ตามที่กฎหมายมลรัฐกำหนด
- 3) ผู้ขอสินเชื่อถูกยื่นคำร้องให้เป็นบุคคลล้มละลาย
- 4) กรณีผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ทั้งหมดตามตัวเงิน (Note)

## 2.8.2 ข้อตกลงตามสัญญาจำนอง

**2.8.2.1 ข้อตกลงให้ผู้ขอสินเชื่อพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน**  
**อย่างที่อยู่อาศัยหลัก** หลังจากลงนามสัญญาแล้ว ผู้ขอสินเชื่อจะต้องพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก และจะต้องไม่ทำลาย หรือทำให้ทรัพย์สินหลักประกันเสียหาย หากในระหว่างที่ดำเนินการขอสินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อให้ข้อมูลเท็จไม่ว่าจะเป็น คำรับรอง ข้อมูลการพักอาศัย หรือครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน ย่อมถือเป็นเหตุผิดนัดตามข้อนี้ด้วย

**2.8.2.2 ข้อตกลงที่ถือว่าหนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวน (Acceleration Clause)**  
 สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสินเชื่อที่เปิดโอกาสให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนโดยนำบ้านที่ตนมีกรรมสิทธิ์มาเป็นหลักประกัน

และกำหนดให้หนี้ถึงกำหนดชำระเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ธนาคารจึงจะมีสิทธิในการบังคับจำนองที่ดินและบ้านของผู้ขอสินเชื่อได้<sup>54</sup> อย่างไรก็ตาม ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้ว ธนาคารก็อาจกำหนดเหตุอื่นเพิ่มเติมเพื่อลดความเสี่ยงจากกำหนดชำระหนี้ที่ไม่แน่นอนหรือการทำให้มูลค่าทรัพย์สินหลักประกันลดน้อยถอยลงก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระ โดยเหตุที่ธนาคารอาจกำหนดขึ้นเพิ่มเติมเพื่อให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวน มีดังนี้<sup>55</sup>

1) ผู้ขอสินเชื่อผิดหน้าที่หรือผิดสัญญาตามสัญญาประธานและสัญญาจำนอง โดยเหตุดังกล่าวมักจะเป็นเหตุที่กำหนดไว้อย่างกว้างเพื่อสร้างสิทธิให้กับผู้ให้สินเชื่อในการบังคับให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ทั้งจำนวนหรือทำให้เกิดสิทธิในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน โดยหน้าที่ตามสัญญานั้นก็จะแตกต่างกันไปตามที่คู่สัญญาตกลงกัน โดยอาจมีทั้งหน้าที่ที่ถือเป็นสาระสำคัญ เช่น หน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพย์สิน และหน้าที่ที่มีใช้สาระสำคัญของสัญญา เช่น หน้าที่ในการส่งมอบเอกสารหลักฐานรายปี (Certificate) ต่อผู้ให้สินเชื่อเพื่อยืนยันว่ายังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน หรือส่งมอบใบเสร็จแสดงการชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย เป็นต้น

2) ผู้ขอสินเชื่อขายหรือโอนบ้านให้บุคคลภายนอก<sup>56</sup> ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่กำหนดขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ให้สินเชื่อที่จะบังคับชำระหนี้ตามสัญญาเพราะเมื่อผู้ขอสินเชื่อไม่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ความเสี่ยงในการให้สินเชื่อของธนาคารย่อมเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ ก่อนปี ค.ศ.1982 ศาลอเมริกันไม่ยอมบังคับตามข้อตกลงห้ามการขายทรัพย์สินหลักประกันเนื่องด้วย เห็นว่า ไม่มีเหตุผลที่จะไปห้ามผู้ขอสินเชื่อขายทรัพย์สินของเขาเอง แต่ต่อมาแนวคิดนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลจึงยอมบังคับตามข้อตกลงดังกล่าว

3) ผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้านอย่างถาวร

4) ผู้ขอสินเชื่อไม่อาศัยอยู่ที่บ้านอย่างที่อยู่อาศัยหลักหรือออกจากบ้านไปมากกว่า 12 เดือนติดต่อกัน<sup>57</sup>

5) ผู้ขอสินเชื่อไม่ดูแลรักษาหรือซ่อมแซมบ้านตามที่วิญญูชนพึงกระทำ กรณีนี้มักกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อแก้ไขเหตุผิดนัดก่อนที่จะเรียกให้ชำระหนี้เต็มจำนวน

6) ผู้ขอสินเชื่อไม่ชำระภาษีโรงเรือนสิ่งปลูกสร้าง เบี้ยประกันภัย ค่าใช้จ่ายหรือหนี้อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหลักประกัน กรณีนี้มักกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อแก้ไขเหตุผิดนัดก่อนที่จะเรียกให้ชำระหนี้เต็มจำนวน

<sup>54</sup> พิเชฐ เจริญเมธีวิสิณ, "วางแผนก่อนแก่ ดูแลชีวิตก่อนตาย ด้วย Reverse Mortgage," วารสารสมาคมประกันชีวิตไทย, 8-11.

<sup>55</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

<sup>56</sup> Hammond, C. M., "Reverse Mortgages: A Financial Planning Device for the Elderly," *The Elder Law Journal*, 75.

<sup>57</sup> American Advisors Group, [What Is Reverse Mortgage](#) [Online]. Available from: <https://www.aag.com/news/what-is-a-reverse-mortgage> [2016, September 12]

หากเกิดเหตุเหล่านี้ขึ้น ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ต้องชำระหนี้เต็มจำนวน โดยปกติตามสัญญาจะกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อมีทางเลือกโดยดำเนินการขายบ้านเองและนำเงินมาชำระหนี้ธนาคาร หากมีเงินเหลือ ธนาคารจะส่งคืนผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทต่อไป กรณีที่ผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทต้องการเก็บบ้านไว้หลังจากเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ ผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทอาจชำระเงินโดยการขอเงินทุนจากแหล่งอื่นด้วยการ refinance ด้วยการจำนองแบบธรรมดาและนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อนี้ก็ได้<sup>58</sup>

### 2.8.2.3 ข้อตกลงให้สิทธิเจ้าหนี้บังคับจำนองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาล

เนื่องด้วยกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อนุญาตให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล ในการทำสัญญาจำนอง ผู้รับจำนองจึงมักกำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้รับจำนองบังคับจำนองขายทรัพย์สินหลักประกันได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล (Power of Sale) โดยเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิดังกล่าว รวมถึงวิธีการเยียวยาอื่น ๆ เพิ่มเติมตามที่กำหนดเพิ่มเติมในสัญญาด้วย

### 2.8.2.4 ข้อตกลงให้เวลาลูกหนี้ในการดำเนินการเพื่อชำระหนี้ สำหรับสินเชื่อ

ผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุอื่น นอกเหนือจากความตายของผู้ขอสินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อยังไม่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการบังคับจำนองจนกว่าผู้ให้สินเชื่อจะส่งหนังสือบอกกล่าวทวงถามไปยังผู้ขอสินเชื่อ โดยต้องกำหนดระยะเวลาอย่างน้อย 30 วัน เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อดำเนินการ ดังต่อไปนี้ คือ 1) แก้ไขเหตุผิดนัดที่เป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ 2) ชำระหนี้ค้างชำระทั้งหมดตามสัญญา หรือ 3) ขายบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันด้วยราคาขายอย่างน้อย 95 เปอร์เซ็นต์ของราคาประเมิน และนำเงินที่ได้จากการขายบ้านมาชำระหนี้ค้างชำระตามสัญญา หรือ 4) โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อในรูปแบบ Deed in lieu of foreclosure

### 2.8.2.5 ข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในทรัพย์สินหลักประกัน (Lien) เนื่อง

ด้วยทรัพย์สินหลักประกันเปรียบเสมือนเงินที่ผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้จากผู้ขอสินเชื่อ ตามสัญญาจึงมักกำหนดข้อตกลงที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ให้สินเชื่อไว้ โดยหากสิทธิผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่มีในทรัพย์สินหลักประกันซึ่งรวมถึงสิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิหรือสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินหลักประกัน<sup>59</sup> มีความเสี่ยงอันเนื่องมาจากกฎหมาย หรือ ยอดหนี้ค้างชำระมีมูลค่าเท่ากับหรือสูงกว่าวงเงินจำนองสูงสุดหรือครบกำหนดระยะเวลาสูงสุดของการประกันหนี้นั้นและกฎหมายอนุญาตให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เพื่อรองรับเงินที่จะได้เบิกใช้ในอนาคต ผู้ขอสินเชื่อต้องให้ความร่วมมือในการลง

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> สุวิทย์ สุวรรณ, "การประกันด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอเมริกัน," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 28, 1 (2553): 50.

นามเอกสารต่าง ๆ ที่จะช่วยคุ้มครองสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในทรัพย์สินหลักประกัน ทั้งนี้ หากกฎหมายไม่เปิดช่องให้แก้ไขวงเงินจำนวนสูงสุดหรือระยะเวลาสูงสุดของการประกันนี้ ให้ถือว่า ผู้ขอสินเชื่อผิดสัญญา และผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ทั้งหมดตามสัญญา

นอกจากนี้ สัญญาอาจกำหนดเพิ่มเติม ให้ผู้ขอสินเชื่อปลดเปลื้องภาระที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินหลักประกันทั้งหมด ก่อนที่จะตกลงเข้าทำสัญญาสินเชื่อกับผู้ให้สินเชื่อ เว้นแต่ ผู้ขอสินเชื่อจะตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะชำระหนี้เพื่อปลดการจำนองหรือภาระอื่นเหนือทรัพย์สิน หรือ ผู้ขอสินเชื่อดำเนินการให้เจ้าหนี้รายอื่นลงนามในสัญญาหนี้ลำดับรองที่จะได้รับชำระหนี้ภายหลังผู้ให้สินเชื่อ ตามแบบที่ผู้ให้สินเชื่อเห็นชอบ หรือ ดำเนินการใดๆ เพื่อปกป้องไม่ให้มีการบังคับทรัพย์สินหลักประกันโดยเจ้าหนี้รายอื่น หากผู้ให้สินเชื่อเห็นว่า มีการจำนองหรือภาระรายอื่นเหนือทรัพย์สินหลักประกัน ผู้ให้สินเชื่ออาจส่งหนังสือแจ้งให้ผู้ขอสินเชื่อชี้แจง และดำเนินการแก้ไขเพื่อให้สิทธิของผู้ให้สินเชื่อมีบุริมสิทธิเหนือการจำนองหรือภาระอื่นตามที่ผู้ให้สินเชื่อเห็นชอบ

**2.8.2.6 ข้อตกลงในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลในสัญญาจำนอง** กรณีที่กฎหมายจำกัดการบันทึก วงเงินจำนองสูงสุด หรือจำนวนปีสูงสุดที่จำนองจะเป็นประกัน ผู้รับจำนองมักจะกำหนดให้ผู้จำนองตกลงล่วงหน้าที่จะให้ความร่วมมือ หรือความยินยอมในการลงนามเอกสารอื่นใดเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลเกี่ยวกับการจำนองตามที่ได้รับจำนองร้องขอ เพื่อให้ขยายรวมไปถึงยอดเงินที่จะมีการเบิกใช้เพิ่มเติมหรือจำนวนปีที่มีการเพิ่มขึ้น รวมถึงการปลดหนี้หรือภาระเหนือทรัพย์สินอื่น หรือทำให้ภาระเหนือทรัพย์สินอื่นเป็นหนี้ลำดับรอง (Subordinated Loan) ของการจำนองตามสัญญานี้ โดยให้ผู้ให้สินเชื่อของหนี้ดังกล่าวมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากผู้ให้สินเชื่อที่มีการจำนองตามสัญญาสินเชื่อนี้<sup>60</sup>

**2.8.2.7 ข้อตกลงจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาด** ด้วยวัตถุประสงค์ของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไม่ต้องการให้ผู้ขอสินเชื่อมีภาระในการผ่อนชำระหนี้รายเดือนและต้องการช่วยเหลือผู้สูงอายุ หากให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้อย่างหนี้สามัญทั่วไปก็อาจทำให้ผู้สูงอายุต้องรับภาระเกินสมควรได้ กฎหมายจึงกำหนดจำกัดสิทธิผู้ให้สินเชื่อให้บังคับชำระหนี้ได้ด้วยการขายทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น โดยหาก

<sup>60</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27 Mortgage Provision (10) “If State law limits the first lien status of the mortgage as originally executed and recorded to a maximum amount of debt or a maximum number of years, the mortgagor shall agree to execute any additional documents required by the mortgagee and approved by the Secretary to extend the first lien status to an additional amount of debt and an additional number of years and to cause any other liens to be removed or subordinated.”

บังคับจำนองแล้วได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ผู้ให้สินเชื่อไม่มีสิทธิที่จะฟ้องเรียกหนี้ส่วนที่ขาดจากผู้ขอสินเชื่อ<sup>61</sup> สัญญาจึงกำหนดข้อตกลงดังกล่าวไว้



---

<sup>61</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27 Mortgage Provision (8) “The mortgagor shall have no personal liability for payment of the mortgage balance. The mortgagee shall enforce the debt only through sale of the property. The mortgagee shall not be permitted to obtain a deficiency judgment against the mortgagor if the mortgage is foreclosed.”

### บทที่ 3

## หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับในต่างประเทศ

ตามที่ได้อธิบายหลักการทั่วไป รูปแบบ ลักษณะและข้อสัญญาของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไปในบทที่ 2 แล้ว ในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนจะมุ่งอธิบายถึงกฎหมายลักษณะจำนองและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) โดยภาพรวม จากการศึกษาเบื้องต้น พบว่า สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการให้สินเชื่อที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ อันเป็นการจำนองประเภทหนึ่งตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าลักษณะทางธุรกรรมของสินเชื่อนี้จะมีลักษณะแตกต่างจากการจำนองธรรมดา (Conventional Mortgage) ที่ลูกหนี้นำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อนำเงินไปซื้อบ้านหรืออสังหาริมทรัพย์<sup>1</sup> ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักการจำนองของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ก็ยังคงเหมือนกับการจำนองธรรมดา (Conventional Mortgage) ด้วยเหตุที่การจำนองธรรมดา (Conventional Mortgage) นี้มีลักษณะเป็นการจำนองที่มีรูปแบบที่เทียบเคียงกันได้กับการจำนองตามกฎหมายไทย หลักการจำนองของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงสามารถนำมาเปรียบเทียบกับหลักการจำนองตามกฎหมายไทยได้เช่นกัน

ส่วนในกลุ่มระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศหนึ่งที่น่าสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มาใช้ และด้วยเหตุที่ประเทศไทยยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งตามแบบของประเทศญี่ปุ่น การศึกษาหลักการของประเทศญี่ปุ่นจึงสามารถนำมาเทียบเคียงกับของประเทศไทยได้เช่นกัน

ในบทนี้ นอกจากผู้เขียนจะอธิบายถึงกฎหมายลักษณะจำนองและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) โดยภาพรวมแล้ว ผู้เขียนได้ศึกษาบทบัญญัติสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาที่

---

<sup>1</sup> Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, p. 1102.

อาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อสัญญาของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เพื่อประกอบการวิเคราะห์ต่อไป

### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสินเชื่ออันก่อให้เกิดหนี้ประธาน

ด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการที่ผู้ให้กู้ให้ผู้กู้ยืมเงินโดยมีการมีการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนอง ผู้เขียนจึงศึกษาหลักการของสัญญาที่ซึ่งเป็นสัญญาประธาน โดยจากการศึกษา พบว่า หลักนิติกรรมและการกู้ยืมตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีดังนี้

ในการทำนิติกรรมสัญญาเพื่อให้มีผลผูกพันและใช้บังคับได้ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นมีองค์ประกอบของสัญญา 5 ประการด้วยกัน<sup>2</sup> กล่าวคือ

1. ความสามารถในการทำสัญญาของคู่สัญญา ความสามารถของนิติกรรมนับว่าเป็นข้อสำคัญเบื้องต้นที่จะต้องคำนึงถึงเป็นประการแรก ทั้งนี้เพราะหากผู้ทำนิติกรรมมีความสามารถบกพร่องก็จะเป็นผลให้นิติกรรมที่แสดงออกมานั้นมีผลเสื่อมเสียไปด้วย
2. คำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาต้องตรงกัน คู่สัญญาสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอ คำสนองที่ถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้น ในทางกลับกันถ้าหากคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันแล้ว สัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้
3. วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย วัตถุประสงค์ของนิติกรรมคือ สิทธิหรือประโยชน์ที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมมุ่งประสงค์และกำหนดขึ้นในการทำนิติกรรม ถ้าหากไม่มีวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาแล้ว สัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ในเรื่องวัตถุประสงค์จะต้องอยู่ในบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการพ้นวิสัย หรือต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย
4. หากกฎหมายกำหนดให้ทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการที่ว่า หากทำธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จำเป็นต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร

<sup>2</sup> Charles J. Jacobus, *Real Estate Principles* (Ohio: Thomson/South-Western, 2006), pp.114-119.

5. สิ่งตอบแทน (Consideration) กล่าวคือ คู่สัญญาต้องมีการให้สิ่งตอบแทนแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเพื่อทำให้คำมั่น (Promise) ของอีกฝ่ายหนึ่งใช้บังคับได้ (Enforceable) มิฉะนั้นฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับสัญญาจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้สิ่งตอบแทนแก่อีกฝ่ายหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้ให้สิ่งตอบแทนแก่ฝ่ายแรกนั้นเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่หากฝ่ายผู้ให้สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้ให้สิ่งตอบแทนฝ่ายแรก จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับเอากับฝ่ายแรกได้เลย ในปัจจุบันศาลได้พัฒนาหลักสิ่งตอบแทน (Consideration) โดยจำแนกสิ่งตอบแทน (Consideration) ออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ (1) การกระทำการ (2) การงดเว้นการกระทำการ (3) การสัญญาว่าจะกระทำการ และ (4) การสัญญาว่าจะงดเว้นการกระทำการ หรืออาจเป็นสิ่งตอบแทนกัน เช่น เงินทอง ทรัพย์สินอื่นก็ได้

ตามบรรทัดฐานของศาลในระบบกฎหมาย Common Law กำหนดให้สัญญาทุกประเภทจะต้องมีสิ่งตอบแทนโดยศาลจะไม่ยอมบังคับตามสัญญาข้อตกลงที่ให้เปล่า โดยมีเหตุผลว่าหากผู้รับสัญญาไม่ได้กระทำการตอบแทนใด ย่อมไม่เกิดความเสียหายแม้ว่าอีกฝ่ายจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม<sup>3</sup> หลักการตามข้อ 4 นี้ต่างจากกฎหมายสัญญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่ยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will) กล่าวคือ ให้สัญญาที่มีผลบังคับได้เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันโดยที่แต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องให้สิ่งตอบแทนกัน<sup>4</sup>

ดังนั้น เมื่อสัญญาที่ทำขึ้นเป็นไปตามหลักการ 5 ข้อ ดังกล่าวข้างต้น และเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาโดยไม่มีการบังคับ หรือฉ้อฉล หรือเจตนาวิปริต สัญญาก็จะมีผลผูกพันบังคับกันได้ตามกฎหมายและคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ ตามหลักการสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda)

เมื่อพิจารณาลักษณะสัญญาซื้อขายเงินของอเมริกา พบว่า สิ่งตอบแทน (Consideration) ตามสัญญา เป็นกรณีที่ผู้ให้กู้ตกลงให้กู้หรือตกลงจะให้กู้เงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้กู้ และผู้กู้ได้ให้คำมั่นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายว่าจะใช้เงินคืนเมื่อได้รับการทวงถามหรือตามเวลาที่กำหนดหรือเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคตหรือมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น โดยอาจมีดอกเบี้ยหรือไม่มีดอกเบี้ยก็ได้ ซึ่งสัญญาซื้อขายเงินนั้นถือเป็นสัญญาซื้อขายประเภท

<sup>3</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 102.

<sup>4</sup> พินัย ณ นคร, หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งตอบแทน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-6.pdf> [12 กุมภาพันธ์ 2560]



หนึ่ง จากการศึกษาหลักการของสัญญาเช่าในระบบกฎหมาย Common Law พบหลักกฎหมายที่เรียกว่า Bailment โดยเป็นความผูกพันของบุคคลสองฝ่าย ที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับมอบทรัพย์สิน เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตกลงกัน เช่น ใช้ออกรักษา เป็นต้น โดยผู้รับมอบทรัพย์สินจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ส่งมอบภายหลัง ซึ่งการส่งมอบนี้อาจจะเป็นการให้ยืมโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ โดย Bailment จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ส่งมอบทรัพย์สินและผู้รับมอบทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้กับการยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลงได้ เพราะการยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลงเป็นการคืนทรัพย์สินที่ยืมด้วยทรัพย์สินอื่นไม่ใช่ทรัพย์สินเดิม ดังนั้น ความผูกพันตามสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลง เช่น การกู้ยืมเงิน จึงไม่ได้เป็นไปตามหลักของ Bailment แต่เป็นไปตามข้อตกลงของสัญญาเป็นสำคัญ<sup>5</sup> โดยไม่ได้อาศัยการส่งมอบเงินเพื่อความบริบูรณ์ของสัญญาเหมือนเช่นประเทศไทย

เมื่อพิจารณาสิทธิของผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) การกู้ยืมเงินของผู้สูงอายุย่อมเป็นไปตามข้อสัญญาที่ตกลงกัน โดยหลักฐานแสดงหนี้ประธานของสินเชื่อจะจัดทำในรูปแบบสัญญากู้ยืมเงินและเอกสารตัวเงิน (Note) โดยหากไม่มีหนี้ประธานหรือหนี้ตามตัวเงิน (Note) การจำนองก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้

### 3.1.2 การนำทรัพย์สินของผู้สูงอายุมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบสัญญาจำนอง

การจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักการพื้นฐานมาจากทฤษฎีที่สืบทอดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี ดังต่อไปนี้

1. ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) การจำนองตามทฤษฎีนี้จะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันจากผู้จำนองไปยังผู้รับจำนองอย่างมีเงื่อนไขตามเอกสารสำคัญ<sup>6</sup> (Deed) และเอกสารแสดงสิทธิหรือโฉนด โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะเข้าไปทั้งสิทธิครอบครองทรัพย์สินและกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้การโอนกรรมสิทธิ์จะสิ้นสุดไปเมื่อผู้จำนองได้ชำระหนี้ครบถ้วนตามที่สัญญาไว้

2. ทฤษฎีการผูกพัน (Lien Theory) ทฤษฎีนี้มองว่า การจำนองเป็นภาระผูกพันที่ลูกหนี้นำอสังหาริมทรัพย์มาตราไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เท่านั้น เป็นทฤษฎีที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการนำอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกันออกขาย และได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จาก

<sup>5</sup> สุธีร์ ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 33-34.

<sup>6</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, pp.309,331.

การขายทรัพย์สินหลักประกัน โดยไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใด ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิครอบครองและมีสิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินดังกล่าวเช่นเดิม ทั้งนี้ เจ้าหนี้จะมีสิทธิครอบครองทรัพย์สินก็ต่อเมื่อยึดทรัพย์สินที่จำนองแล้วเท่านั้น<sup>7</sup>

3. ทฤษฎีผสม (Intermediate Theory) เป็นทฤษฎีที่ผสมระหว่างทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) และทฤษฎีภาระผูกพัน (Lien Theory) หากยังไม่เกิดการผิติด ผู้รับจำนองจะมีเพียงสิทธิตามภาระผูกพันเท่านั้น ยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนอง<sup>8</sup>

ในปัจจุบันบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนองและผู้รับจำนองมีลักษณะเป็นทั้งทฤษฎีกรรมสิทธิ์และทฤษฎีภาระผูกพัน

### 3.1.2.1 การทำสัญญาจำนอง

ตามหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกา สิทธิในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน (Security Interest) ถือเป็นสิทธิในทรัพย์สินอย่างหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการที่เจ้าของทรัพย์สินยอมมอบสิทธิในทรัพย์สินให้เจ้าหนี้โดยทางนิติกรรม ซึ่งการจำนองอสังหาริมทรัพย์ก็ถือเป็น Security Interest ประเภทหนึ่ง<sup>9</sup> โดยการจำนองนั้นใช้กับที่ดินและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินเป็นหลัก

การจำนองอสังหาริมทรัพย์มีเอกสารหลัก ๆ ที่เกี่ยวข้อง<sup>10</sup> ได้แก่

1) ตราสารหนี้ (Debt Instrument) หรือตั๋วเงิน (Note) หรือตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นหนี้ของผู้ขอสินเชื่อที่มีต่อผู้ให้สินเชื่อ อันกล่าวได้ว่าเป็น สัญญาแห่งหนี้ (Contract of Obligation) และผู้ขอสินเชื่อตกลงที่จะชดใช้หนี้ดังกล่าวให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ

บุคคลที่ยืมเงินตามที่ระบุในตั๋วเงิน (Note) จะเรียกว่า ลูกหนี้ (Debtor) และบุคคลที่เป็นผู้ให้ยืมเงินจะเรียกว่า ผู้รับเงิน (payee) ซึ่งตั๋วเงินอาจแบ่งได้หลายประเภท<sup>11</sup> ได้แก่

- ตั๋วเงินประเภทไล่เบี้ยได้ (Recourse Note) กล่าวคือ ผู้ขอสินเชื่อจะต้องรับผิดชอบหนี้ที่ออกตามตั๋ว และเมื่อทรัพย์สินหลักประกันถูกบังคับจำนองและขายไปแล้ว เงินที่ได้จากการขายไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ผู้ขอสินเชื่อจะต้องชดใช้เงินในส่วนที่ขาดเป็นการส่วนตัว

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> สุวิทย์ สุวรรณ, "การประกันด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอเมริกัน," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, 48.

<sup>10</sup> Aalberts, R. J., Real Estate Law, p.308.

<sup>11</sup> Ibid. pp. 323 and 328.

อย่างไรก็ดี ตัวเงินประเภทนี้อาจจะไม่มีผลบังคับในบางมรัฐ เนื่องจากมีกฎหมายของมรัฐที่ห้ามการฟ้องชำระหนี้ส่วนที่ขาด (Antideficiency Judgment Laws)

- ตัวเงินประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ (Nonrecourse Note) กล่าวคือ ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาดเป็นการส่วนตัว วิธีการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีเพียงประการเดียวคือการบังคับจำนอง หากบังคับจำนองแล้วได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะไม่สามารถมาฟ้องบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้ โดยตัวเงินประเภทนี้ มักจะนิยมใช้กับบริษัทพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ที่มีอำนาจต่อรองกับธนาคารสูง อย่างไรก็ตาม การยอมรับตัวเงินประเภทนี้ย่อมมีความเสี่ยงเพิ่มมากขึ้น ธนาคารจึงมักกำหนดดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้น ทั้งนี้กฎหมาย Code of Federal Regulations ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้ สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นหนี้สินเชื่อผู้บริโภคที่ไม่สามารถไล่เบี้ยได้<sup>12</sup>

หนี้ตามสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะอยู่ในรูปตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ที่เป็นการตกลงว่าผู้ขอสินเชื่อจะชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อ โดยตัวสัญญาใช้เงิน จะต้องมีการระบุเงื่อนไขเบื้องต้น ได้แก่ 1) ข้อสัญญาที่ผู้ขอสินเชื่อตกลงจะชำระเงินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อทั้งเงินต้นและดอกเบี้ย 2) จำนวนหนี้เงินต้น ซึ่งโดยหลักจะไม่สามารถระบุจำนวนเงินได้แน่นอน เนื่องจากผู้ขอสินเชื่ออาจจะเบิกใช้หรือไม่เบิกใช้เงินกู้ก็ได้ จึงนิยมกำหนดเป็นวงเงินสูงสุดที่ผู้ขอสินเชื่อสามารถเบิกใช้ได้<sup>13</sup> 3) อัตราดอกเบี้ย 4) กำหนดระยะเวลาหรือเหตุที่ต้องชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย โดยสำหรับวันถึงกำหนดชำระหนี้ (Maturity Date) ของสินเชื่อนิยมกำหนดไว้ที่ 50 ปี นับต่อจากปีที่ผู้ขอสินเชื่อมีอายุ 100 ปี เนื่องจากเหตุที่จะถึงกำหนดชำระหนี้ไม่แน่นอน<sup>14</sup> ตัวอย่างเช่น ผู้ขอสินเชื่อขอสินเชื่อเมื่ออายุ 62 ปี ในปี 2560 อีก 38 ปี ผู้ขอสินเชื่อจะมีอายุครบ 100 ปี ปีที่ครบกำหนดจึงเป็นปี 2648 5) เอกสารหลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงิน (Security Instrument) 6) ลายมือชื่อผู้จำนอง

2) สัญญาจำนอง (Mortgage) เป็นเอกสารที่แสดงให้เห็นว่า ผู้ขอสินเชื่อตกลงมอบสิทธิผลประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญา<sup>15</sup> อันสร้างภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินและให้สิทธิผู้ให้สินเชื่อในการบังคับจำนองและขาย

<sup>12</sup> 12 Code of Federal Regulations Section 226.33 Requirements for reverse mortgages “reverse mortgage transaction means a nonrecourse consumer credit obligation”

<sup>13</sup> Tammy Kraemer and Tyler Kraemer, *The Complete Guide to Reverse Mortgage* (Massachusetts: Adam Media, 2008), p. 147.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p.308.

ทรัพย์สินหลักประกันเมื่อผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทไม่ชำระหนี้ตามสัญญา โดยบุคคลที่กู้ยืมเงินและยอมส่งมอบสิทธิผลประโยชน์ในทรัพย์สินหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ ย่อมเรียกว่า ผู้จำนอง และผู้ให้สินเชื่อซึ่งยอมรับเอาสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ย่อมเรียกว่า ผู้รับจำนอง ด้วยประเทศสหรัฐอเมริกามีทฤษฎีการจำนองที่ต่างกันหลายมลรัฐ ผลทางกฎหมายของการจำนองจึงต่างกัน โดยรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ การจำนองเป็นเหมือนการให้ค่าตอบแทนที่สามารถเพิกถอนได้ (Defeasible Fee) กรรมสิทธิ์ในที่ดินจะถูกโอนไปยังเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าการโอนกรรมสิทธิ์อาจถูกเพิกถอนได้ หากลูกหนี้ได้ชำระเงินคืนให้เจ้าหนี้ครบถ้วนแล้ว ส่วนรัฐที่ใช้ทฤษฎีการผูกพัน การจำนองจะถือเป็นการให้ภาระผูกพันในที่ดินของลูกหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้<sup>16</sup>

ทั้งนี้ สัญญาจำนองจะมีลักษณะแตกต่างจากเอกสารสำคัญ (Deed) ตรงที่สัญญาจำนองจะระบุข้อตกลงของหนี้ หน้าที่ผู้จำนอง เช่น การชำระภาษี ค่าเบี้ยประกันภัย และค่าบำรุงรักษา เป็นต้น อย่างไรก็ตามหลักทั่วไป ไม่จำเป็นต้องระบุหนี้ที่เป็นประกันในสัญญาจำนอง แต่บางมลรัฐ เช่น ในมลรัฐอิลลินอยส์ได้มีการกำหนดให้ต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับหนี้ที่เป็นประกัน เช่น ยอดเงินและกำหนดชำระหนี้<sup>17</sup>

3) หนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ (Deed of Trust) เอกสารดังกล่าวแสดงถึงการที่ลูกหนี้มอบกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในที่ดินให้แก่ทรัสต์ดี (Trustee) ในการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ในทรัพย์สินจำนองเพื่อประโยชน์ในการเป็นหลักประกันของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองและลูกหนี้ผู้จำนองโดยมีเงื่อนไขว่า หากลูกหนี้ผู้จำนองชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ กรรมสิทธิ์และสิทธิต่าง ๆ ในทรัพย์สินจะเป็นของลูกหนี้ แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ทรัสต์ดีจะขายทรัพย์สินจำนองเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง และเมื่อบังคับจำนองแล้ว สิทธิของลูกหนี้ก็จะสิ้นสุดลง<sup>18</sup>

จากการศึกษา กฎหมายได้กำหนดรูปแบบเนื้อหาสัญญาจำนองของสินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ไว้ โดยสัญญาจำนองจะต้องมีรูปแบบตามที่หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development กำหนด และประกอบไปด้วยข้อสัญญาตามที่ Code of Federal Regulations มาตรา 206.27 กำหนด ดังต่อไปนี้

#### 1) แผนและกำหนดการจ่ายเงินให้แก่ผู้จำนอง

<sup>16</sup> Ibid., p.328.

<sup>17</sup> Ibid. pp.329-330.

<sup>18</sup> Frank Gibson, James Karp, and Elliot Klayman, *Real Estate Law*, p. 366.

- 2) หน้าที่ของผู้จ้างองในการทำประกันภัยตามวงเงินที่หน่วยงาน Housing and Urban Development กำหนด
- 3) ผู้จ้างองจะต้องไม่สร้างภาระผูกพันอื่นเพิ่มเติมในทรัพย์สินหลักประกัน
- 4) สิทธิผู้จ้างองที่จะชำระหนี้ก่อนกำหนดได้ โดยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมชำระเงินคืนก่อนกำหนด
- 5) หน้าที่ของผู้จ้างองในการดูแลรักษาทรัพย์สินหลักประกัน
- 6) หน้าที่ของผู้จ้างองในการชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน
- 7) หน้าที่ของผู้จ้างองในการชำระค่าเบี้ยประกันสินเชื่อ ( Mortgage Insurance Premium)
- 8) สิทธิของผู้รับจ้างองที่จะบังคับชำระหนี้ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น
- 9) ความยินยอมของผู้จ้างองในการลงนามเอกสารต่าง ๆ ที่จะช่วยคุ้มครองสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในทรัพย์สินหลักประกันกรณีมูลค่าทรัพย์สินหลักประกันมีการเปลี่ยนแปลง หรือมีการแก้ไขกฎหมาย
- 10) กำหนดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนและผู้ให้สินเชื่อเกิดสิทธิในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน

ทั้งนี้ หากผู้ให้สินเชื่อไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว สัญญาจ้างองไม่ตกเป็นโมฆะ แต่จะถือว่าไม่เข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่หน่วยงาน Federal Housing Administration จะประกันสินเชื่อดังกล่าว

### 3.1.2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาจ้างอง

เอกสารหลักในการจ้างองจะประกอบไปด้วย 2 เอกสาร คือ ตัวเงิน (Note) และสัญญาจ้างอง (Mortgage) ในการลงนามในตัวเงิน (Note) นั้น เป็นการที่ผู้ขอสินเชื่อสัญญาต่อผู้ให้สินเชื่อว่าจะใช้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ยภายในวันที่กำหนด หากการจ้างองไม่มีตัวเงิน (Note) แล้ว การจ้างองย่อมไม่มีค่า (worthless) เพราะการจ้างองไม่ได้ประกันหนี้ใด อย่างไรก็ตาม หากมีเพียงตัวเงิน (Note) ก็ยังมีผลบังคับตามกฎหมายได้แต่ถือว่าไม่มีทรัพย์สินใดเป็นประกัน<sup>19</sup>

เนื่องด้วยการจ้างองเป็นการประกันการชำระหนี้ และเป็นการให้สิทธิในทรัพย์สินอย่างหนึ่ง สัญญาจ้างองต้องทำตามแบบ ดังต่อไปนี้

<sup>19</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p.321.

- 1) สัญญาจำนองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>20</sup> โดยปรากฏชื่อคู่สัญญา คำบรรยายลักษณะทรัพย์สินหลักประกันและคำรับรองของผู้จำนองที่ระบุให้สิทธิในทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนองไว้ คล้ายกับเอกสารสิทธิ (deed) ทั้งนี้ สัญญาจำนองต้องประกอบไปด้วยข้อความให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองในสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันด้วย โดยในมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) จะใช้คำว่า “โอนกรรมสิทธิ์และให้หลักประกัน” (convey and warrant) ส่วนมลรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน จะระบุคำว่า “จำนองและให้หลักประกัน” (mortgage and warrant) และแบบฟอร์มสัญญาต้องทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้เพื่อการจดแจ้ง<sup>21</sup>
- 2) ต้องจดแจ้งการจำนอง เมื่อจำนองสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันแล้วต้องนำการจำนองดังกล่าวไปจดแจ้งเพื่อให้สาธารณชนรับรู้หรือทราบถึงความเป็นอยู่ของการจำนอง (Filing or Recording) ตามแบบและพิธีการที่แต่ละมลรัฐเป็นผู้กำหนดด้วย และผู้จำนองต้องจดแจ้งและจัดบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการจำนองบนทรัพย์สินหรือที่ดินดังกล่าวกับเจ้าพนักงานที่ดิน ณ สถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ด้วย<sup>22</sup> และควรลงนามต่อหน้า Notary Public (ถ้ากฎหมายมลรัฐกำหนด) ทั้งนี้ ผู้รับจำนองที่จดแจ้งการจำนองเท่านั้นที่มีบุริมสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินจำนอง<sup>23</sup> หากทำสัญญาจำนองแล้วไม่นำไปจดแจ้ง สัญญาจำนองจะไม่ตกเป็นโมฆะแต่จะมีผลบังคับกันเองระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ผู้ที่ซื้อทรัพย์สินนั้นไปโดยสุจริตย่อมมีสิทธิเหนือกว่าผู้รับจำนองที่ไม่ได้จดแจ้งการจำนอง<sup>24</sup>
- 3) ผู้จำนองต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง โดยหลักผู้จำนองต้องลงนามในสัญญาจำนองตามที่กฎหมายมลรัฐกำหนดด้วย ในขณะที่ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง เพียงผู้จำนองลงนามในสัญญาจำนอง สัญญาก็มีผลสมบูรณ์ บังคับได้ตามกฎหมาย<sup>25</sup>

### 3.1.2.3 ลำดับบุริมสิทธิและสิทธิของผู้รับจำนอง

ลำดับในการได้รับชำระหนี้เป็นไปตามลำดับวันเวลาที่จดแจ้งการจำนอง ผู้รับจำนองที่จดแจ้งการจำนองเป็นลำดับแรกย่อมมีสิทธิเหนือกว่าผู้จำนองลำดับหลังและมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้จำนองที่จดแจ้งการจำนองภายหลัง อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถทำข้อตกลงระหว่างกันเองเพื่อจัดลำดับบังคับจำนองแตกต่างจากลำดับตามวันเวลาแห่งการจดแจ้งได้

<sup>20</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 108.

<sup>21</sup> Aalberts, R. J., Real Estate Law, pp. 321, 328-330.

<sup>22</sup> ญรัฐพร ยอดมโนธรรม, "การปรับปรุงกฎหมายและวิธีการเพื่อประสิทธิภาพการบังคับจำนอง," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 40.

<sup>23</sup> สุวิทย์ สุวรรณ, "การประกันด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายอเมริกัน," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, 49-50.

<sup>24</sup> ญรัฐพร ยอดมโนธรรม, "การปรับปรุงกฎหมายและวิธีการเพื่อประสิทธิภาพการบังคับจำนอง," หน้า 40.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน

โดยเจ้าหน้าที่จัดแจ้งการจำนองลำดับแรกก่อน สามารถตกลงให้ผู้จัดแจ้งการจำนองลำดับหลังมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนตนได้ ซึ่งสัญญาดังกล่าวมักเรียกว่า Subordination Agreement<sup>26</sup>

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นอกจากผู้รับจำนองจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้ตามที่ระบุในตัวเงินแล้ว ผู้รับจำนองยังมีสิทธิโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองไปยังบุคคลภายนอกได้ด้วย ซึ่งโดยทั่วไป ผู้รับจำนองจะโอนขายสิทธิตามสัญญาจำนองไปยังสถาบันการเงินหน่วยงานของรัฐ และเอกชนในตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย โดยผู้จำนองจะไม่ได้รับรู้การโอนสิทธิตามสัญญาจำนองที่ตนเป็นคู่สัญญา ในขณะที่การโอนสิทธิของผู้จำนองไปยังบุคคลอื่นนั้นเป็นเรื่องต้องห้ามตามสัญญา ทั้งนี้ วิธีที่ผู้รับจำนองจะโอนสิทธิไปยังผู้รับโอนมักกระทำโดยการโอนสิทธิตามตัวเงิน (Note) และการจำนองนั้นจะติดตามไปกับตัวเงิน (Note) โดยอัตโนมัติเนื่องด้วยการจำนองเป็นประกันหนี้ตามตัวเงิน (Note) และผู้รับโอนจะต้องจัดแจ้งการโอนการจำนองนั้นด้วย ในทางกลับกัน หากผู้รับจำนองเลือกโอนเพียงการจำนองอย่างเดียว สิทธิตามตัวเงิน (Note) จะไม่ติดตามไปโดยอัตโนมัติเหมือนเช่นกรณีข้างต้นและผู้รับโอนจะไม่มีสิทธิใด ๆ ในการจำนองเลย<sup>27</sup> เพราะการจำนองจะต้องมีและคงอยู่เพื่อการประกันหนี้ประธานที่มีการจำนองเป็นประกัน ผู้รับโอนที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามหนี้ประธานจึงไม่ได้รับโอนการจำนอง<sup>28</sup> จากการทำที่ผู้รับจำนองไม่ได้แจ้งการโอนสิทธิตามตัวเงิน (Note) และสัญญาจำนองไปยังผู้จำนอง จึงอาจทำให้เกิดการชำระหนี้ให้เจ้าหน้าที่ผิดคนได้ โดยผู้จำนองยังคงชำระเงินไปให้ผู้รับจำนองคนเดิมอยู่ กฎหมายจึงกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้ผู้รับจำนองซึ่งเป็นผู้โอนและผู้รับโอนแจ้งการโอนสิทธิตามตัวเงิน (Note) และสัญญาจำนองไปยังลูกหนี้ผู้จำนองเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ผู้ให้สินเชื่ออาจใช้สิทธิในการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้แก่หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development ได้ หากยอดหนี้ค้างชำระตามสัญญา มีจำนวนสูงกว่าหรือเท่ากับ 98 เปอร์เซ็นต์ของยอดเงินสูงสุดที่ผู้ให้สินเชื่อจะให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อเมื่อโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาไปแล้ว ผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้ค้างชำระจากหน่วยงานดังกล่าว<sup>29</sup> ซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์จากการที่หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development เข้ามาประกันสินเชื่อ

<sup>26</sup> สุวิทย์ สุวรรณ, "การประกันด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายอเมริกัน," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, 51.

<sup>27</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p.337.

<sup>28</sup> Werner, R. J., *Real Estate Law*, p. 276.

<sup>29</sup> Bhuyan, V., *Reverse Mortgages and Linked Securities*, p.19.

### 3.1.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

จากการศึกษา พบว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาสำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) กรณีทั่วไปไว้อย่างชัดเจน แต่หลักการที่นำมาใช้กับสินเชื่อดังกล่าว คือ หลักการจำนองตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐได้เข้ามาประกันสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM จึงได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และรูปแบบสัญญาไว้ โดยตามที่ได้ศึกษาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM สามารถสรุปสิทธิและหน้าที่ของผู้สูงอายุในฐานะผู้ขอสินเชื่อหรือผู้จำนอง และธนาคารในฐานะผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับจำนอง ในหลักการทั่วไปตามรูปแบบสินเชื่อ และตามหลักของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ได้ดังนี้

#### 3.1.3.1 สิทธิและหน้าที่ของผู้ขอสินเชื่อหรือผู้จำนอง

1. ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่นำบ้านและที่ดินของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญา โดยหากผู้ขอสินเชื่อไม่ผิดเงื่อนไขข้อตกลงตามสัญญา และเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตลง ผู้ให้สินเชื่อจะบังคับชำระหนี้จากบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยของผู้ขอสินเชื่อที่นำมาเป็นทรัพย์สินหลักประกัน
2. ผู้ขอสินเชื่อต้องชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหลักประกัน เช่น เบี้ยประกันภัย ค่าส่วนกลาง ภาษีทรัพย์สิน ค่าดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สิน หรือ ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่วิญญูชนพึงชำระ และจะต้องส่งหลักฐานการชำระเงินให้แก่ผู้รับจำนองด้วยตามที่สัญญาจำนองกำหนด<sup>30</sup>

ในมุมมองของผู้รับจำนองในประเทศสหรัฐอเมริกา การชำระภาษีเป็นหน้าที่สำคัญของผู้จำนอง เพราะหนี้ภาษีที่หน่วยงานรัฐเป็นเจ้าของจะมีบุริมสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันเหนือกว่าหนี้จำนองของผู้ให้สินเชื่อ การชำระภาษีจึงเป็นเรื่องสำคัญ เจ้าหนี้จึงมักกำหนดให้การผิดนัดชำระภาษีเป็นเหตุในการบังคับชำระหนี้ทั้งจำนวนตามสัญญาจำนองด้วย<sup>31</sup>

<sup>30</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.205(a) “The mortgagor shall pay all property charges consisting of taxes, ground rents, flood and hazard insurance premiums, and special assessments in a timely manner and shall provide evidence of payment to the mortgagee as required in the mortgage.”

<sup>31</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p.332.



3. ผู้ขอสินเชื่อต้องดูแลรักษาบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันให้อยู่ในสภาพดี<sup>32</sup>
4. ผู้ขอสินเชื่อต้องทำประกันภัยบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน ในวงเงินที่ผู้รับจำนองเห็นชอบ<sup>33</sup>
5. ผู้ขอสินเชื่อต้องไม่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนอง โดยจะต้องไม่สร้างภาระผูกพัน (lien) เหนือทรัพย์สินหลักประกัน เว้นแต่ ผู้จำนองจะดำเนินการให้ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นภายหลังจากนั้น เป็นหนี้ลำดับรองและได้รับชำระหนี้ภายหลังหนี้ที่ทรัพย์สินหลักประกันเป็นประกันสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)<sup>34</sup>
6. ผู้ขอสินเชื่อเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการทำสัญญา ไม่ว่าจะ เป็นค่าประเมินทรัพย์สิน ค่าจดทะเบียนหลักประกัน และค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ โดยผู้ให้สินเชื่อจะหักจากเงินที่ผู้ขอสินเชื่อจะได้รับจากวงเงินสินเชื่อ<sup>35</sup>
7. ผู้ขอสินเชื่อเป็นผู้รับผิดชอบค่าเบี้ยประกันสินเชื่อจำนอง (Mortgage Insurance Premium)<sup>36</sup> โดยผู้ให้สินเชื่อจะเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกันสินเชื่อจำนองล่วงหน้าและค่าเบี้ยประกันสินเชื่อจำนองรายเดือนให้แก่หน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) แทนผู้ขอสินเชื่อ และผู้ให้สินเชื่อจะคำนวณค่าเบี้ยประกันสินเชื่อรวมเข้ากับยอดหนี้ค้ำชำระของผู้ขอสินเชื่อ  
 ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดครุค่าเบี้ยประกันสินเชื่อจำนองล่วงหน้าเป็นจำนวนร้อยละ 2 ของวงเงินสูงสุด<sup>37</sup> ส่วนค่าเบี้ยประกันรายเดือนคำนวณจากอัตราค่าเบี้ยประกันสินเชื่อรายปีที่กำหนดไว้ที่จำนวนร้อยละ 1.25 ต่อปีของยอดเงินกู้ (ต้นเงินที่ได้มีการเบิกใช้ ดอกเบี้ยค่าเบี้ยประกันล่วงหน้าที่รวมกับต้นเงินอยู่ก่อนแล้ว และค่าธรรมเนียม)<sup>38</sup>

<sup>32</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(5) “The mortgagor must keep the property in good repair.”

<sup>33</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(2) “The mortgagor shall maintain hazard insurance on the property in an amount acceptable to the Secretary and the mortgagee.”

<sup>34</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(3) “The mortgagor shall not participate in a real estate tax deferral program or permit any liens to be recorded against the property, unless such liens are subordinate to the insured mortgage and any second mortgage held by the Secretary.”

<sup>35</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

<sup>36</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(7) “The mortgagor shall be charged for the payment of monthly MIP.”

<sup>37</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.105 “ (a) Initial MIP. The mortgagee shall pay to the Secretary an initial MIP of two percent of the maximum claim amount.”

<sup>38</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

8. ผู้ขอสินเชื่อจะต้องพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน อย่างที่อยู่อาศัยหลัก หากเป็นสัญญาสินเชื่อที่มีผู้ขอสินเชื่อร่วมด้วย เพียงผู้ขอสินเชื่อคนเดียวที่ครอบครองบ้านอย่างที่อยู่อาศัยหลักก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้ ในสัญญาจ้างนองอาจกำหนดหน้าที่ให้ผู้ขอสินเชื่อต้องส่งมอบเอกสารหลักฐานรายปี (Certificate) ต่อผู้ให้สินเชื่อเพื่อยืนยันว่ายังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันด้วย

9. ผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทมีหน้าที่ชำระคืนเงินเมื่อถึงเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ เช่น ผู้ขอสินเชื่อคนสุดท้ายตาย หรือ ขายบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทมักจะชำระหนี้ด้วยการขายบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน และนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ธนาคาร ซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างนอง

10. ผู้ขอสินเชื่อมีสิทธิชำระหนี้บางส่วนหรือทั้งหมดก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระได้<sup>39</sup> โดยหากผู้ขอสินเชื่อใช้สิทธิชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระ ผู้ให้สินเชื่อจะไม่สามารถเรียกค่าธรรมเนียมชำระหนี้คืนก่อนกำหนด (Prepayment Fee) หรือค่าปรับจากผู้ขอสินเชื่อเพิ่มเติมได้ และจะต้องไม่กำหนดข้อจำกัดสิทธิของผู้ขอสินเชื่อไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ในสัญญา

### 3.1.3.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับจ้างนอง

1. ผู้ให้สินเชื่อต้องส่งมอบเงินให้ผู้ขอสินเชื่อตามแผนการเบิกเงินที่ผู้ขอสินเชื่อเลือก โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในทุกวันทำการแรกของเดือนหลังจากวันที่ผู้ขอสินเชื่อลงนามสัญญาสินเชื่อ กรณีกำหนดวิธีการจ่ายเงินระยะยาว หากผู้ขอสินเชื่อขอสินเชื่อในรูปแบบวงเงินสินเชื่อ (Line of Credit) ผู้ให้สินเชื่อต้องส่งเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อภายใน 5 วันทำการนับจากวันที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับหนังสือคำร้องขอเบิกเงินจากผู้ขอสินเชื่อ<sup>40</sup>

2. เมื่อได้รับคำขอสินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อต้องจัดรายชื่อและที่อยู่ของที่ปรึกษาทางการเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ<sup>41</sup>

<sup>39</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(4) “A mortgage may be prepaid in full or in part in accordance with §206.209.”

<sup>40</sup> 24 Code of Federal Regulations 206.27(b)(1) “Payments by the mortgagee under the term or tenure payment options shall be mailed to the mortgagor or electronically transferred to an account of the mortgagor on the first business day of each month beginning with the first month after closing. Payments under the line of credit payment option shall be mailed to the mortgagor or electronically transferred to an account of the mortgagor within five business days after the mortgagee has received a written request for payment by the mortgagor.”

<sup>41</sup> 12 US Code Section 1715z-20(e)(1) The Secretary shall require each mortgagee of a mortgage insured under this section to make available to the homeowner—(1) at the time of the loan application, a written list of the names and addresses of third-party information sources who are approved by the Secretary as responsible and able to provide the information required by subsection (f) of this section;

3. ก่อนที่ตกลงทำสัญญาสินเชื่ออย่างน้อย 10 วัน ผู้ให้สินเชื่อต้องจัดทำคำอธิบายให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเพื่อชี้แจงว่าความรับผิดชอบของผู้ขอสินเชื่อตามสัญญาจำนองที่ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด และแจ้งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาสินเชื่อให้ผู้ขอสินเชื่อทราบ รวมถึงวิธีการเยียวยากรณีผู้ขอสินเชื่อไม่อยู่บ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันเป็นการชั่วคราว<sup>42</sup>

4. ผู้ให้สินเชื่อต้องส่งรายงานประจำปีให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเพื่อแจ้งยอดหนี้เงินต้นที่ผู้ให้สินเชื่อได้จ่ายให้แก่ผู้ขอสินเชื่อพร้อมแสดงจำนวนดอกเบี้ยที่รวมเข้ากับเงินต้นด้วย<sup>43</sup>

5. ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้คืนด้วยการขายทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น<sup>44</sup> โดยผู้ขอสินเชื่อหรือผู้จำนองไม่มีความรับผิดชอบส่วนตัวเกี่ยวกับการชำระหนี้ตามสัญญาจำนอง กล่าวคือ กรณีผู้ให้สินเชื่อดำเนินการบังคับจำนองและได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้กฎหมายไม่ให้อำนาจผู้ให้สินเชื่อที่จะฟ้องคดีเพื่อเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อหรือผู้จำนองชำระหนี้ส่วนที่ขาดได้

### 3.1.4 การบังคับทรัพย์สินหลักประกัน

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการบังคับหลักประกัน ผู้รับจำนองอาจตกลงกับผู้จำนองเพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับจำนองที่ใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูงได้ด้วยแนวทางต่อไปนี้

1. Deed in lieu of Foreclosure ผู้จำนองสามารถตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองให้แก่ผู้รับจำนองได้ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ผู้รับจำนองปลดเปลื้องภาระผูกพันและความรับผิดชอบของผู้จำนองจากหนี้ทั้งหมดตามตัวเงิน (Note) อย่างไรก็ตาม การตกลงเช่นว่านี้ จะมีผลระงับหนี้ตาม ตัวเงิน (Note) ของผู้ให้สินเชื่อที่ตกลงด้วยเท่านั้น ภาระผูกพันอื่น ๆ ของเจ้าหนี้รายอื่นที่

<sup>42</sup> 12 US Code Section 1715z-20(e)(2) at least 10 days prior to loan closing, a statement informing the homeowner that the liability of the homeowner under the mortgage is limited and explaining the homeowner's rights, obligations, and remedies with respect to temporary absences from the home, late payments, and payment default by the lender, all conditions requiring satisfaction of the loan obligation, and any other information that the Secretary may require;

<sup>43</sup> 12 US Code Section 1715z-20(e)(3) on an annual basis (but not later than January 31 of each year), a statement summarizing the total principal amount paid to the homeowner under the loan secured by the mortgage, the total amount of deferred interest added to the principal, and the outstanding loan balance at the end of the preceding year

<sup>44</sup> 24 Code of Federal Regulations 206.27(b)(8) "The mortgagor shall have no personal liability for payment of the mortgage balance. The mortgagee shall enforce the debt only through sale of the property. The mortgagee shall not be permitted to obtain a deficiency judgment against the mortgagor if the mortgage is foreclosed."

มีอยู่จะยังคงติดไปกับทรัพย์สิน<sup>45</sup> ซึ่งหลักการนี้ได้มีการระบุไว้เป็นข้อสัญญาของสัญญาจำนองสำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ดังตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ข้อ 2.8.2.4 ข้อตกลงให้เวลาลูกหนี้ในการดำเนินการเพื่อชำระหนี้

2. Workout Agreement เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่อที่จะตกลงเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขข้อสัญญาที่เกิดเหตุผิดนัดใหม่ เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับจำนอง ทั้งนี้ เนื่องด้วยในบางครั้งผู้จำนองซึ่งเป็นผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ชำระหนี้ดีมาโดยตลอดอาจผิดนัดชำระหนี้ด้วยเหตุที่เขาอยู่ในสถานการณ์ยากลำบาก เช่น การถูกเลิกจ้าง ความเจ็บป่วย การหย่าร้าง เป็นต้น ผู้ให้สินเชื่อซึ่งไม่ยากบังคับจำนองจึงอาจเข้าตกลงกับลูกหนี้ผู้จำนองด้วยการตกลงกำหนดการชำระคืนเงินใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหนี้เงินต้นด้วยอัตราดอกเบี้ยที่ลดลง หรือปรับอัตราดอกเบี้ยเป็นอัตราดอกเบี้ยคงที่ เพื่อเลี่ยงเหตุผิดนัดตามสัญญาจำนองที่อาจนำไปสู่ขั้นตอนการเริ่มต้นบังคับจำนอง<sup>46</sup> ตามที่ได้ศึกษา จะไม่พบลักษณะ Workout Agreement ในสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)

3. Short Sale หากกรณีตามข้อ 1) และข้อ 2) ไม่สามารถแก้ไขเหตุผิดนัดชำระหนี้ได้ ผู้รับจำนองอาจตกลงยินยอมให้ผู้จำนองขายทรัพย์สินจำนองโดยให้เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ตามตั๋วเงิน (Note) ทั้งนี้ ผู้จำนองจะได้ประโยชน์จากการที่ไม่ถูกผู้รับจำนองฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาด และผู้รับจำนองเองก็ได้รับประโยชน์ตรงที่ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายและเวลาในขั้นตอนการบังคับจำนอง โดยผู้รับจำนองเลือกที่จะรับเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินต่ำกว่าหนี้ค้างชำระเล็กน้อย อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนนี้อาจมีความขัดแย้งกันตรงที่ผู้จำนองอยากจะขายบ้านเร็ว ๆ เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามตั๋วเงิน (Note) ในขณะที่ผู้รับจำนองต้องการให้ขายบ้านได้ในราคาที่ดีที่สุด แต่ราคาตลาดของทรัพย์สินจำนองนั้นอาจจะมีราคาต่ำกว่าหนี้ค้างชำระตามตั๋วเงิน (Note) อย่างไรก็ตาม หากราคาขายทรัพย์สินนั้นต่ำมาก ผู้รับจำนองก็อาจเลือกที่จะบังคับจำนองแทน เพราะเงินที่ได้รับอาจจะไม่แตกต่างกันมาก<sup>47</sup> ทั้งนี้ หลักการนี้ได้มีการระบุไว้ในข้อสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เช่นกัน

สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM เมื่อถึงเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนแล้ว กรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ผู้ให้สินเชื่อย่อมสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากทายาทต้องการเก็บบ้านหรือทรัพย์สินหลักประกันไว้ ทายาทของผู้ขอสินเชื่อนั้นก็ยังสามารถแจ้งธนาคารผู้ให้สินเชื่อและนำเงินชำระหนี้

<sup>45</sup> Aalberts, R. J., Real Estate Law, pp.345-346.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid., p.345-346.

ทั้งหมดตามสัญญาเพื่อเอาทรัพย์สินหลักประกันกลับไปได้ กรณีนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุอื่น กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อจะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวทวงถามไปยังผู้ขอสินเชื่อก่อนที่จะเริ่มกระบวนการบังคับจำนอง โดยผู้ให้สินเชื่อต้องกำหนดระยะเวลาอย่างน้อย 30 วัน เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อดำเนินการดังต่อไปนี้<sup>48</sup> คือ

1. ชำระหนี้ค้ำชำระทั้งหมดตามสัญญา รวมถึงดอกเบี้ยทบต้นและเบี้ยประกันสินเชื่อ
2. ดำเนินการขายบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันด้วยราคาขายอย่างน้อย 95 เปอร์เซ็นต์ของราคาประเมิน และนำเงินที่ได้จากการขายบ้านมาชำระหนี้ค้ำชำระตามสัญญา หรือ
3. โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วย Deed in lieu of foreclosure เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับจำนอง และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากขั้นตอนดังกล่าว หรือ
4. แก้ไขเหตุผิดนัดที่เป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระ

#### 3.1.4.1 เงื่อนไขการบังคับหลักประกัน

การบังคับหลักประกันเกิดเมื่อผู้จำนองผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามที่ระบุในตัวเงิน (Note) หรือปฏิบัติผิดหน้าที่ตามข้อตกลงในสัญญาจำนอง โดยทั่วไป เมื่อเกิดการผิดนัดตามสัญญา ย่อมเกิดสิทธิเด็ดขาดแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่จะบังคับจำนองได้ทันที อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งผู้รับจำนองก็ดใช้สิทธิดังกล่าวด้วยการให้ออกาสลูกหนี้ผู้จำนองในการนำเงินมาชำระหนี้ก่อนที่จะถือว่าลูกหนี้ผิดนัดตามสัญญา<sup>49</sup>

ทั้งนี้ แม้ว่าผู้จำนองจะมีสิทธิที่จะไถ่ถอนจำนองทรัพย์สินหลักประกันได้ ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดของลูกหนี้ก็ตาม แต่ในบางกรณีลูกหนี้ผู้จำนองอาจไม่ได้ตั้งใจที่จะให้เกิดการผิดนัดขึ้นหรือการผิดนัดนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของลูกหนี้ผู้จำนอง ศาลจึงวางหลักให้เวลาเพิ่มเติมที่จะให้

<sup>48</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.125(a)(2) After notifying the Secretary, and receiving approval of the Secretary when needed, the mortgagee shall notify the mortgagor that the mortgage is due and payable, unless the mortgage is due and payable by reason of the mortgagor's death. The mortgagee shall require the mortgagor to (i) pay the mortgage balance, including any accrued interest and MIP, in full; (ii) sell the property for at least 95% of the appraised value as determined under § 206.125(b), with the net proceeds of the sale to be applied towards the mortgage balance; or (iii) provide the mortgagee with a deed in lieu of foreclosure. The mortgagor shall have 30 days in which to comply with the preceding sentence, or correct the matter which resulted in the mortgage coming due and payable, before a foreclosure proceeding is begun.

<sup>49</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p.341.

ลูกหนี้ไถ่ถอนจำนองได้ หรือที่เรียกว่า equity of redemption<sup>50</sup> โดยศาลจะไม่อนุญาตให้ลูกหนี้ตกลงกับผู้รับจำนองเพื่อทำการสละสิทธิในการไถ่ถอนจำนองดังกล่าว เพราะสิทธิในการไถ่ถอนจำนองเป็นสิทธิประโยชน์ของผู้จำนองเอง นอกจากนี้ ในบางมลรัฐ ยังกำหนดให้สิทธิผู้จำนองในการซื้อทรัพย์สินคืนจากผู้รับจำนองหลังจากการบังคับจำนองด้วย โดยอาจจะกำหนดระยะเวลา 6 เดือน หรือ 1 ปี ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐ<sup>51</sup>

ตามหลักการสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เมื่อเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวน ธนาคารจะหยุดจ่ายเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อ และใช้สิทธิในการบังคับหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ที่ผู้ขอสินเชื่อได้เบิกใช้ไป โดยเหตุที่ธนาคารสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้นั้น กำหนดไว้ในมาตรา 1026.33 ของ Code of Federal Regulations กล่าวคือ เงินต้นและดอกเบี้ยยอมถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนหลังจากผู้ขอสินเชื่อตาย ขายทรัพย์สินหลักประกัน หรือ ไม่พักอาศัยในบ้านทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก<sup>52</sup> โดยสำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในรูปแบบ HECM นอกจากจะต้องระบุเหตุที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นในสัญญาจำนองแล้ว กฎหมายยังได้กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อจะต้องระบุเหตุบางประการทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระต่อเมื่อได้รับการอนุมัติจาก the Secretary of Housing and Urban Development ด้วย ได้แก่ 1) กรณีผู้จำนองไม่พักอาศัยอยู่ในบ้านอย่างที่อยู่อาศัยหลักเนื่องด้วยเหตุผลอื่นนอกเหนือจากเหตุเสียชีวิต 2) กรณีผู้จำนองไม่พักอาศัยอยู่ในบ้านเป็นระยะเวลามากกว่า 12 เดือนติดต่อกัน เนื่องด้วยเหตุเจ็บป่วยทางกายหรือจิตใจ และไม่มียุติการจำนองอย่างน้อย 1 คนพักอยู่ที่บ้านอย่างที่อยู่อาศัยหลัก 3) ผู้จำนองผิดหน้าที่ตามที่ระบุในสัญญาจำนอง<sup>53</sup> ทั้งนี้ กรณีหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ก่อนเริ่ม

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> 12 Code of Federal Regulations Section 1026.33 Requirement for Reverse Mortgage (2) Any principal, interest, or shared appreciation or equity is due and payable (other than in the case of default) only after: (i) The consumer dies; (ii) The dwelling is transferred; or (iii) The consumer ceases to occupy the dwelling as a principal dwelling.

<sup>53</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27 - Mortgage provisions (c) Date the mortgage comes due and payable. (1) The mortgage shall state that the mortgage balance will be due and payable in full if a mortgagor dies and the property is not the principal residence of at least one surviving mortgagor, or a mortgagor conveys all or his or her title in the property and no other mortgagor retains title to the property. For purposes of the preceding sentence, a mortgagor retains title in the property if the mortgagor continues to hold title to any part of the property in fee simple, as a leasehold interest as set forth in § 206.45(a), or as a life estate. (2) The mortgage shall state that the mortgage balance shall be due and payable in full, upon approval of the Secretary, if any of the following occur: (i) The property ceases to be the principal residence of a mortgagor for reasons other than death and the property is not the principal residence of at least one other mortgagor; (ii) For a period

ดำเนินการบังคับจำนอง ผู้ให้สินเชื่อจะต้องให้เวลาผู้ขอสินเชื่อในการดำเนินการขายบ้าน นำเงินมาชำระหนี้ หรือ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อตั้งที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น โดยในกรณีที่ผู้จำนองเลือกขายทรัพย์สินจำนองจะต้องทำตามขั้นตอนที่ Federal Housing Administration กำหนด เพื่อให้ผู้รับจำนองแน่ใจว่าราคาขายเหมาะสมกับมูลค่าจริงของบ้าน และหากผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถขายทรัพย์สินหลักประกันหรือชำระหนี้ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้รับจำนองจะต้องเริ่มขั้นตอนบังคับจำนองต่อไป<sup>54</sup> โดยจะต้องดำเนินการภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่มีหนังสือแจ้งบอกกล่าวว่ามีหนี้ถึงกำหนดชำระไปยังผู้ขอสินเชื่อ หรือนับแต่วันที่ผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต<sup>55</sup>

### 3.1.4.2 วิธีการบังคับหลักประกัน

วิธีการบังคับจำนองแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยหลักใหญ่ ๆ อาจกระทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ

1. การบังคับจำนองโดยผ่านศาล (Judicial Sale) โดยปกติ เมื่อจะบังคับจำนอง เจ้าหนี้ต้องฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ตั้งทรัพย์สินจำนอง โดยเจ้าหนี้ในฐานะโจทก์ต้องฟ้องผู้ขอสินเชื่อเป็นจำเลย และเรียกผู้รับจำนองรายอื่นเข้ามาในคดีด้วย โดยผู้รับจำนองจะขอให้ศาลมีคำสั่งขายทรัพย์สินจำนอง หลังจากที่ให้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาทุกฝ่ายที่มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินแล้ว ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้โต้แย้งคัดค้านก่อนที่ศาลจะมีคำสั่ง เมื่อศาลได้พิจารณาต่อหน้าเจ้าหนี้และลูกหนี้แล้ว และลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ศาลก็จะมีคำสั่งให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองและเจ้าหนี้ที่ศาลจะเป็นผู้ดำเนินการต่อไป<sup>56</sup> ทั้งนี้ การขายจะต้องขายให้แก่ผู้ที่เสนอราคาสูงที่สุด การบังคับจำนองโดยผ่านศาลนี้ เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความเป็นธรรมกับผู้จำนองในการให้ขายทรัพย์สินจำนองได้ในราคาที่สูงที่สุดจากการประมูลทรัพย์สิน

ทั้งนี้ สำหรับรัฐเวอร์มอนต์และคอนเนทิคัต จะมีวิธีการบังคับจำนองที่เรียกว่า Strict Foreclosure กล่าวคือ เป็นการบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุด

---

of longer than 12 consecutive months, a mortgagor fails to occupy the property because of physical or mental illness and the property is not the principal residence of at least one other mortgagor; or (iii) An obligation of the mortgagor under the mortgage is not performed.

<sup>54</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].

<sup>55</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.125(d) (1) The mortgagee shall commence foreclosure of the mortgage within six months of giving notice to the mortgagor that the mortgage is due and payable, or six months from the date of the mortgagor's death if applicable, or within such additional time as may be approved by the Secretary.

<sup>56</sup> สุวิทย์ สุวรรณ, "การประกันด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายอเมริกัน," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, 52.

เป็นสิทธิของผู้รับจำนองหรือจัดการขายต่อสาธารณะ โดยฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ระงับสิทธิการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของลูกหนี้ และให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของผู้รับจำนอง<sup>57</sup>

2. การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล (Nonjudicial Sale) เพื่อประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการบังคับจำนองด้วยวิธีการทางศาล กฎหมายบางมลรัฐได้ให้สิทธิผู้รับจำนองที่จะบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลได้ ซึ่งเรียกว่า Power of Sale วิธีนี้เป็นกรณีที่ผู้จำนองยอมให้ศาลหรือทรัสต์ดีขายทอดตลาดทรัพย์สินหลังจากผิดนัด โดยการขายทรัพย์สินนี้จะต้องทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน โฆษณาและเปิดให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมประมูลซื้อทรัพย์สินอย่างเท่าเทียม ทั้งนี้ เจ้าหนี้จะใช้วิธีการนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญาจำนองไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น<sup>58</sup>

### 3.1.4.3 การจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้

ตามหลักเมื่อนำทรัพย์สินขายทอดตลาดแล้ว จะนำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้จำนองลำดับแรก ผู้จำนองลำดับที่สอง ผู้จำนองลำดับถัดไปตามลำดับ และชำระหนี้ให้แก่ผู้มีสิทธิตามคำพิพากษาต่อไป หากมีเงินเหลือก็จะส่งเงินคืนให้แก่ลูกหนี้ผู้จำนองหรือทายาท

### 3.1.4.4 การชำระหนี้ส่วนที่ขาด

หลังจากบังคับจำนองด้วยการขายทรัพย์สินแล้ว เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนองจะนำมาชำระหนี้ตามสัญญา หากทรัพย์สินจำนองนั้นมีมูลค่าลดลง เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนองอาจไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ค้ำชำระตามตัวเงิน (Note) เจ้าหนี้ผู้รับจำนองอาจฟ้องเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ส่วนที่ขาดได้ (Deficiency Judgment) โดยสิทธิในการฟ้องให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาดนั้นจะเป็นไปตามที่กฎหมายของแต่ละมลรัฐให้สิทธิไว้ ทั้งนี้ บางมลรัฐก็ได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองผู้จำนองมากขึ้น ตัวอย่างเช่น เมื่อผู้รับจำนองเข้าร่วมประมูลทรัพย์สินเพียงรายเดียวและซื้อทรัพย์สินจำนองได้ในราคาที่ต่ำกว่าราคาตลาด ซึ่งราคาตลาดของทรัพย์สินนั้นเกินว่าหนี้ค้ำชำระ ศาลจะไม่ให้ผู้จำนองรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด เพราะเห็นว่า ผู้รับจำนองพยายามซื้อทรัพย์สินในราคาที่ต่ำที่สุดเพื่อให้หนี้ส่วนต่างมีจำนวนเพิ่มขึ้น<sup>59</sup>

อย่างไรก็ดี ในบางมลรัฐ การฟ้องขอให้ผู้จำนองชำระหนี้ในส่วนที่ขาดเป็นเรื่องที่กฎหมายห้ามกระทำ (Antideficiency Judgment) ตัวอย่างเช่น หากทรัพย์สินที่นำมาจำนองนั้นเป็นที่อยู่อาศัยของผู้จำนองหรือฟาร์มที่ใช้ประกอบอาชีพ นอกจากนี้บางมลรัฐ เช่น แคลิฟอร์เนีย

<sup>57</sup> Aalberts, R. J., Real Estate Law, p. 341.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid., pp.343-344.



ฮาวาย โอเรกอน วอชิงตัน ก็ห้ามการฟ้องเรียกให้ผู้จำนองชำระหนี้ที่ขาดโดยการกำหนดให้ตัวเงิน (Note) สำหรับการขอสินเชื่อเพื่อซื้อที่อยู่อาศัยที่จะมีการจำนองเป็นประกันนั้น เป็นตัวเงินประเภทที่ไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบียดได้ (Nonrecourse) ส่วนรัฐมินนิโซตา คุ่มครองผู้จำนองโดยการห้ามมิให้ฟ้องให้ผู้จำนองชำระหนี้ส่วนที่ขาด กรณีที่ผู้รับจำนองบังคับจำนองโดยการขายทรัพย์สินด้วยวิธีไม่ผ่านศาล<sup>60</sup>

สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบจำนองย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM หากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกันไม่พอชำระหนี้ ผู้ขอสินเชื่อหรือกองมรดกไม่มีหน้าที่ต้องชดใช้หนี้ส่วนที่ขาด แต่หน่วยงาน Federal Housing Administration จะชำระหนี้ในส่วนที่ขาดให้แก่ธนาคาร<sup>61</sup>

### 3.1.5 ความระงับของสัญญาจำนอง

ความสัมพันธ์ตามสัญญาจำนองของผู้รับจำนองและผู้จำนองย่อมสิ้นไปด้วยเหตุดังต่อไปนี้

**3.1.5.1 เมื่อผู้จำนองชำระหนี้จำนองเต็มจำนวน** ผู้จำนองอาจปลดการจำนองได้ด้วยการชำระหนี้ทั้งหมดตามที่ตัวเงิน (Note) ระบุไว้ โดยผู้จำนองอาจเลือกชำระหนี้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระก็ได้ ทั้งนี้ เมื่อผู้จำนองชำระหนี้เต็มจำนวนให้แก่ผู้รับจำนองแล้ว ผู้จำนองต้องขอให้ผู้รับจำนองปลดเปลื้องภาระผูกพันตามตัวเงิน (Note) และการจำนอง รวมถึงบันทึก(record)การปลดเปลื้องภาระผูกพันทันทีเพื่อประโยชน์ของผู้จำนองเอง ทั้งนี้ ในบางมลรัฐได้มีกฎหมายกำหนดให้ผู้รับจำนองออกบันทึกการปลดจำนอง (Recordable Satisfaction of Mortgage) ให้แก่ผู้จำนองทันทีที่มีการชำระหนี้ทั้งหมด แต่บางมลรัฐก็ไม่มีกฎหมายกำหนดเช่นนั้น เช่น รัฐหลุยเซียน่า รัฐแมสซาชูเซตส์ เป็นต้น ดังนั้น หากผู้จำนองได้ชำระหนี้ทั้งหมดแล้ว แต่ไม่ได้ดำเนินการจดทะเบียนการปลดจำนองบุคคลภายนอกก็ยังสามารถเห็นข้อมูลว่า ทรัพย์สินของผู้รับจำนองยังคงติดจำนองอยู่ ผู้จำนองจึงควรดำเนินการให้ผู้รับจำนองจดทะเบียนการปลดจำนองให้ตั้งแต่วันที่ขอให้ผู้รับจำนองปลดเปลื้องภาระตามตัวเงิน (Note)<sup>62</sup>

**3.1.5.2 เมื่อมีการบังคับจำนองทรัพย์สินหลักประกัน และได้มีการขายทรัพย์สินที่จำนองโดยเปิดเผยหรือการขายโดยเอกชน** สิทธิในการบังคับจำนองของเจ้าหนี้จะเกิดขึ้นเมื่อผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ผิดนัด โดยขั้นตอนในการบังคับจำนองจะแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละ

<sup>60</sup> Dov Solomon and Odellia Minnes, "Non-Recourse, No Down Payment and the Mortgage Meltdown : Lessons from Undercapitalization " *Fordham Journal of Corporate & Finance Law* 16 (2011): 529.

<sup>61</sup>Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p.6.

<sup>62</sup> Ibid., pp.333-341.

มลรัฐ ทั้งนี้ ผู้รับจํานองอาจเลือกบังคับจํานองด้วยด้วยการฟ้องคดีต่อศาล หรือด้วยวิธีการที่ไม่ต้องผ่านกระบวนการศาล ที่เรียกว่า Power of Sale ก็ได้ตามที่สัญญาได้กำหนดและกฎหมายให้อำนาจไว้ โดยเมื่อมีการบังคับจํานองและได้มีการขายทรัพย์สินที่จํานองโดยเปิดเผยหรือการขายโดยเอกชนแล้ว สัญญาจํานองก็จะระงับลง<sup>63</sup>

### 3.1.6 บทบาทของหน่วยงานรัฐในการกำกับดูแลการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ

ตามหลักการสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจํานองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารจะได้รับชำระหนี้ก็ต่อเมื่อผู้สูงอายุเสียชีวิตเท่านั้นหากผู้ขอสินเชื่อไม่ผิดนัดเหตุอื่นที่ธนาคารผู้ให้สินเชื่อกำหนดเพิ่มเติมในสัญญาจํานองเพื่อให้สามารถบังคับทรัพย์สินหลักประกันได้ ดังนี้ เมื่อธนาคารให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อแล้ว ธนาคารอาจต้องรอเป็นระยะเวลาสั้นกว่าจะได้รับชำระหนี้ และมีความเสี่ยงที่ทรัพย์สินหลักประกันอาจไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ของผู้ขอสินเชื่อได้ อันส่งผลให้ผู้ให้สินเชื่อไม่มีความเชื่อมั่นที่จะให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุ นอกจากนี้ หากพิจารณาในด้านผู้สูงอายุ การที่ได้รับเงินก้อน วงเงินสินเชื่อ หรือเงินรายเดือน หนี้ตามสัญญานั้นย่อมเพิ่มสูงขึ้น หากผู้ขอสินเชื่อผิดข้อตกลงตามสัญญานอกเหนือจากเหตุเสียชีวิต ผู้ขอสินเชื่อก็อาจไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะชำระหนี้ส่วนที่ขาดหลังจากบังคับขายทรัพย์สินหลักประกันได้ ดังนั้น เพื่อให้มีการให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุหรือให้ผู้สูงอายุเข้ามาใช้สินเชื่อประเภทนี้มากขึ้น รัฐอาจเข้ามา สนับสนุน ควบคุม หรือกำกับดูแลสินเชื่อดังกล่าว

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีหน่วยงานรัฐเข้ามาดูแลสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจํานองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM โดยเข้ามาส่งเสริมให้มีการให้สินเชื่อดังกล่าวมากขึ้น เพื่อเป็นการช่วยให้ผู้สูงอายุมีแหล่งเงินทุนในการใช้ชีวิตประจำวันและสนับสนุนให้ผู้ให้สินเชื่อเข้ามาให้สินเชื่อในตลาดมากขึ้น โดยหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง มีดังนี้

#### 3.1.6.1 U.S. Department of Housing and Urban Development (HUD)<sup>64</sup>

เป็นหน่วยงานของรัฐบาลกลางที่มีหน้าที่กำกับดูแลและควบคุมเรื่องที่อยู่อาศัยและการพัฒนาเมือง โดยได้กำหนด กฎ มาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและส่งเสริมตลาดอสังหาริมทรัพย์ สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจํานองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development ได้ออก

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> U.S. Department of Housing and Urban Development, *About Hud* [Online]. Available from: <https://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/about> [2015, December 16]

Handbook เพื่อกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอสินเชื่อที่จะขอสินเชื่อ ลักษณะของ Reverse Mortgage ในรูปแบบ HECM และขั้นตอนวิธีดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถสื่อสารกับผู้บริโภคและปฏิบัติได้ถูกต้อง หากผู้ให้สินเชื่อไม่ปฏิบัติตาม Handbook ของหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development อาจถูกส่งรายชื่อเข้า Mortgage Review Board เพื่อพิจารณาบทลงโทษต่อไป และอาจมีโทษทางแพ่งด้วย

นอกจากนี้ the Secretary of Housing and Urban Development (HUD) ยังมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ เพิ่มเติม ด้วยการออกประกาศหรือ mortgagee letter เพื่อปรับปรุงความมั่นคงทางการเงินและเสถียรภาพของโปรแกรม Reverse Mortgage ด้วย<sup>65</sup>

**3.1.6.2 Federal Housing Administration (FHA)** เป็นหน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development มีหน้าที่ในการประกันสินเชื่อซึ่งมีการจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งสินเชื่อที่ FHA จะประกันนั้นต้องเป็นสินเชื่อที่ให้โดยผู้ให้สินเชื่อซึ่งได้รับการอนุมัติจากหน่วยงาน FHA ทั้งนี้ FHA จะช่วยเยียวยาความเสียหายจากการผิดนัดของผู้ขอสินเชื่อ ทำให้ผู้ให้สินเชื่อได้รับความเสี่ยงน้อยลงเพราะ FHA จะเป็นผู้จ่ายหนี้ตามสัญญาหรือจ่ายหนี้ส่วนที่ขาดให้ แล้วแต่กรณี ขึ้นอยู่กับประเภทของหนี้ที่ FHA ประกัน โดยสินเชื่อที่ FHA จะประกันให้จำเป็นต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของ FHA ด้วย

บทบาทของรัฐในการเข้ามากำกับดูแลสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีดังนี้

1. การเข้ามาประกันสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในกรณีที่ธนาคารบังคับหลักประกันแล้วขายทรัพย์สินแต่ได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ รัฐก็อาจเข้ามาชดเชยเงินส่วนที่ขาดให้แก่ธนาคาร เพื่อส่งเสริม สร้างแรงจูงใจและให้ธนาคารมีความเชื่อมั่นที่จะให้สินเชื่อดังกล่าว โดยไม่ต้องกังวลกับการขายทรัพย์สินหลักประกัน หากไม่มีรัฐเข้ามาประกันหนี้สินเชื่อแล้ว ธนาคารย่อมต้องคิดคำนวณค่าธรรมเนียมและอัตราดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้น<sup>66</sup> เพื่อลดความเสี่ยงทางความเสียหายทางการเงินให้แก่ตนเอง<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Congress Government, Reverse Mortgage Stabilization Act of 2013 [Online]. Available from: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/2167> [2016, March 12]

<sup>66</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].

<sup>67</sup> Jakubowicz, B., "What the Hecm Is a Reverse Mortgage: The Importance of the Home Equity Conversion Mortgage in an Aging America," University Louisville Law Review, 193.

2. การเข้ามาชำระหนี้ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อแทนผู้ให้สินเชื่อ กรณีผู้ขอสินเชื่อเกิดปัญหาทางการเงินหรือไม่ชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามสัญญา หน่วยงานรัฐอาจเข้ามาชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเพื่อไม่ให้ผู้ขอสินเชื่อได้รับความเดือดร้อน ซึ่งหน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) ได้เข้ามารับรองต่อผู้ขอสินเชื่อว่าจะได้รับเงินตามที่ตกลงกับผู้ให้สินเชื่อหากผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ชำระเงินตามที่ข้อตกลง โดย Federal Housing Administration (FHA) จะเป็นผู้ชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อแทนผู้ให้สินเชื่อ<sup>68</sup> อันเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับผู้ขอสินเชื่อมากขึ้นว่าจะได้รับเงินกู้ตามสัญญาแม้ว่าธนาคารจะมีปัญหาทางการเงินก็ตาม

3. การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรการต่าง ๆ เนื่องด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสินเชื่อที่มีความซับซ้อนและแตกต่างจากสินเชื่อที่อยู่อาศัยแบบทั่วไป ผู้ขอสินเชื่ออาจไม่มีความรู้ความเข้าใจในสินเชื่อนั้น ๆ เพียงพอก่อนที่จะตกลงทำสัญญา และอาจถูกพนักงานของผู้ให้สินเชื่อเอาเปรียบ ฉวยโอกาสให้ข้อมูลที่ไมถูกต้องครบถ้วนได้ รัฐจึงเข้ามากำหนดหลักเกณฑ์หน้าที่เพิ่มเติมโดยเฉพาะสำหรับธนาคารเพื่อคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ โดยแบ่งได้ ดังนี้ คือ

1. หน้าที่ของธนาคารผู้ให้สินเชื่อในการเปิดเผยข้อมูล เช่น วิธีการที่ผู้ให้สินเชื่อจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ หลักการคำนวณดอกเบี้ยที่จะต้องชำระ อัตราดอกเบี้ยของการขอเบิกเงินในรูปแบบต่าง ๆ ค่าใช้จ่ายที่ผู้ขอสินเชื่อต้องชำระ ความรับผิดชอบของผู้ขอสินเชื่อที่จำกัดอยู่ที่ราคาขายทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้นโดยผู้ให้สินเชื่อไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ส่วนที่ขาด<sup>69</sup>

2. หน้าที่ในการจัดหารายชื่อที่ปรึกษา ก่อนตกลงทำสัญญาให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ กล่าวคือ ก่อนที่จะตกลงทำสัญญา ผู้สูงอายุต้องมีที่ปรึกษาก่อนเกี่ยวกับสินเชื่อ<sup>70</sup> โดยที่ปรึกษานั้น

<sup>68</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

<sup>69</sup> 15 US Code Section 1648

<sup>70</sup> 12 US Code Section 1715z-20(f) The Secretary shall provide or cause to be provided adequate counseling for the mortgagor. 24 Code of Federal Regulations Section 206.41 “(a) List provided. At the time of the initial contact with the prospective mortgagor, the mortgagee shall give the mortgagor a list of the names, addresses, and telephone numbers of housing counselors and their employing agencies, which have been approved by the Secretary, in accordance with subpart E of this part, as qualified and able to provide the information described in paragraph (b) of this section. The mortgagor must receive counseling. (b) Information to be provided. A counselor must discuss with the mortgagor: (1) The information required by section 255(f) of the National Housing Act; (2) Whether the mortgagor has signed a contract or agreement with an estate planning service firm that requires, or purports to require, the mortgagor to pay a fee on or after closing that may exceed amounts permitted by the Secretary or this part; and (3) If such a contract has been signed under § 206.41(b)(2), the extent to which services under the contract may not be needed or may be available at nominal or no cost from other sources, including

จะต้องเป็นบุคคลภายนอก ไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ให้สินเชื่อ และจะต้องเป็นผู้ที่ผ่านการอบรมตามหลักเกณฑ์ที่หน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development กำหนด<sup>71</sup> โดยหน่วยงานดังกล่าวได้กำหนดหัวข้อที่ที่ปรึกษาจะต้องให้ความรู้แก่ผู้ขอสินเชื่อ รวมถึงข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับทางเลือกอื่นนอกเหนือจากการขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ข้อมูลลักษณะของสินเชื่อ และผลกระทบต่อทายาท หรือความเสี่ยงที่จะถูกบังคับเอาค้ำทรัพย์สินหลักประกัน หน้าที่ในการชำระภาษีและประกันภัยของบ้าน

3. กำหนดคุณสมบัติผู้ให้สินเชื่อ โดยผู้ที่จะให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้นั้น จะต้องเป็นผู้ให้สินเชื่อที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รัฐกำกับดูแลเท่านั้น

### 3.1.7 บทบัญญัติเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของมลรัฐ

หลาย ๆ มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ มาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคมากขึ้นโดยบางมลรัฐก็ได้ออกกฎเกณฑ์ที่มีมาตรการสูงกว่าเกณฑ์ที่ Federal Housing Administration กำหนด<sup>72</sup> และบางมลรัฐก็ออกกฎเกณฑ์ในมาตรฐานที่เท่ากัน โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของมลรัฐที่ผู้เขียนได้ศึกษา มีดังนี้

#### 3.1.7.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

หลักการจำนองของมลรัฐนี้ใช้ทฤษฎีการระผูกพัน (Lien Theory)<sup>73</sup> โดยได้บัญญัติ Reverse Mortgage อยู่ในหมวดการกู้ยืมเงินในประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐแคลิฟอร์เนีย บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมายของ Reverse Mortgage ไว้ว่า Reverse Mortgage<sup>74</sup> หมายถึงหนี้เงินกู้ที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยหากผู้ขอสินเชื่อผิดนัด ผู้ให้สินเชื่อสามารถบังคับทรัพย์สินหลักประกันเพื่อชำระหนี้ได้ แต่ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายอื่นจากผู้ขอสินเชื่อได้

---

the mortgagee. (c) Certificate. The counselor will provide the mortgagor with a certificate stating that the mortgagor has received counseling. The mortgagor shall provide the mortgagee with a copy of the certificate.”

<sup>71</sup> Bhuyan, V., *Reverse Mortgages and Linked Securities*, p.26.

<sup>72</sup> Consumer Financial Protection Bureau, *Report to Congress on Reverse Mortgage*[Online].

<sup>73</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p. 361.

<sup>74</sup> Section 1923 of California Civil Code

แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ก็ตาม (Nonrecourse Loan) โดย Reverse Mortgage มีลักษณะเฉพาะ 3 ประการ คือ

1. เป็นหนี้เงินกู้ที่ผู้ให้สินเชื่อให้เงินล่วงหน้าแก่ผู้ขอสินเชื่อ โดยจำนวนเงินกู้เป็นไปตามมูลค่าของบ้านที่ผู้ขอสินเชื่ออยู่อาศัย
2. ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระเงินกู้สำหรับเงินต้นหรือดอกเบี้ยจนกว่าหนี้ทั้งหมดจะถึงกำหนดชำระ
3. ผู้ให้สินเชื่อต้องเป็นผู้ให้สินเชื่อที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของมลรัฐหรือรัฐกลาง

ก.) หลักการของการให้สินเชื่อ

การให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะต้องเป็นไปตามหลักการดังต่อไปนี้<sup>75</sup>

1. ผู้ให้สินเชื่ออาจคิดดอกเบี้ยด้วยอัตราดอกเบี้ยคงที่ (Fixed Rate) หรือ อัตราดอกเบี้ยที่สามารถปรับเปลี่ยนได้ (Adjustable Rate) และยังมีสิทธิคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ด้วย โดยผู้ให้สินเชื่อต้องแสดงอัตราดอกเบี้ยในสัญญาให้เห็นอย่างชัดเจน รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นใดที่อาจเกิดขึ้นจากการที่หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนจนกระทั่งผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ครบถ้วน ทั้งนี้ หากเป็นการส่งมอบเงินกู้ตามระยะเวลาที่กำหนด (Periodic Advance) ผู้ให้สินเชื่อจะต้องไม่ปรับลดเงินที่จะส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเนื่องด้วยเหตุการปรับอัตราดอกเบี้ยด้วย
2. ผู้ขอสินเชื่อย่อมมีสิทธิชำระคืนเงินกู้ก่อนกำหนดได้ โดยผู้ให้สินเชื่อจะต้องไม่เก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าปรับเพิ่ม ทั้งนี้ ค่าปรับ ไม่รวมรวมถึงค่าธรรมเนียม หนี้เงิน หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดที่เกิดขึ้นและถึงกำหนดชำระเมื่อหนี้ถึงจำนวนถึงกำหนดชำระ
3. หากผู้ให้สินเชื่อผิดนัดส่งมอบเงินกู้ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อตามที่กำหนดในสัญญาและไม่แก้ไขเยียวยาเหตุผิดนัดภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ให้สินเชื่อต้องชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นสามเท่าของต้นเงินที่ผิดนัดส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อพร้อมดอกเบี้ยในอัตราที่กฎหมายกำหนด<sup>76</sup>
4. หนี้ตามสัญญาจะถึงกำหนดชำระด้วยเหตุดังต่อไปนี้
  - 4.1 ผู้ขอสินเชื่อโอนขายทรัพย์สินหลักประกันหรือมีการโอนเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินหลักประกัน

<sup>75</sup> Section 1923.2 of California Civil Code

<sup>76</sup> California Civil Code Section 1923.2 “A lender who fails to make loan advances as required in the loan documents, and fails to cure an actual default after notice as specified in the loan documents, shall forfeit to the borrower treble the amount wrongfully withheld plus interest at the legal rate.”.

4.2 ผู้ขอสินเชื่อไม่พักอาศัยในบ้านที่เป็นหลักประกัน เว้นแต่เป็นการออกไปจากบ้านไม่เกิน 60 วันติดต่อกัน หรือออกไปเกิน 60 วันแต่ไม่เกิน 1 ปี โดยผู้ขอสินเชื่อทำให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ขอสินเชื่อในการดูแลรักษาบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันตามที่ระบุในสัญญา

4.3 กำหนดเวลาชำระหนี้ที่กำหนดโดยผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่อ

4.4 เหตุตามที่ระบุในสัญญาและผู้ให้สินเชื่อและเหตุดังกล่าวอาจทำให้มูลค่าหลักประกันลดลงหรือทำให้หลักประกันได้รับความเสียหาย

5. Deed of trust ซึ่งเป็นหลักฐานการจำนองต้องประกอบไปด้วยข้อความว่า “This Deed of Trust secures a reverse mortgage loan” ทั้งนี้ เนื่องด้วย ในทางปฏิบัติอาจมีการสื่อสารหรือโฆษณาสินเชื่อให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจไปว่า การได้เงินรายเดือนนั้นเป็นนโยบายการช่วยเหลือของรัฐบาล กฎหมายจึงกำหนดให้ระบุให้ชัดเจนว่าเป็นสินเชื่อมิใช่การได้รับเงินแบบให้เปล่า<sup>77</sup>

6. ผู้ให้สินเชื่อหรือบุคคลที่เข้าร่วมจัดหาเงินกู้เพื่อให้สินเชื่อจะต้องไม่มีส่วนร่วมในผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่น หรือผลิตภัณฑ์ประกันภัย เว้นแต่ ผู้ให้สินเชื่อมีกระบวนการขั้นตอนที่เพียงพอในการทำให้แน่ใจว่า ผู้ให้สินเชื่อหรือบุคคลที่เข้าร่วมจัดหาเงินกู้จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือได้รับผลประโยชน์จากการเสนอขายผลิตภัณฑ์ทางการเงินหรือประกันภัยอื่น

7. ก่อนที่ผู้ให้สินเชื่อจะรับคำขอสินเชื่อของผู้ขอสินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อต้องจัดเตรียมรายชื่อที่ปรึกษาให้ผู้ขอสินเชื่อก่อนอย่างน้อย 10 คน ซึ่งต้องเป็นบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development และที่ปรึกษาจะต้องไม่รับค่าตอบแทนจากผู้ให้สินเชื่อไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

8. ก่อนรับคำขอสินเชื่อจากผู้ขอสินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อจะต้องได้รับหนังสือรับรองจากที่ปรึกษาเพื่อยืนยันว่า ผู้ขอสินเชื่อได้เข้ามารับคำปรึกษาแล้ว โดยหนังสือรับรองนั้นจะต้องลงนามโดยผู้ขอสินเชื่อและหน่วยงานให้คำปรึกษา (Agency Counselor) และเอกสารจะต้องระบุวันที่ทำการปรึกษา ชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ของที่ปรึกษาและผู้ขอสินเชื่อด้วย

#### ข.) ลักษณะการจำนอง

กฎหมายกำหนดให้สิทธิในหลักประกันตามสัญญาสินเชื่อดังกล่าวมีภาระผูกพัน (Lien) ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกันตามจำนวนเงินกู้ที่ผู้ให้สินเชื่อได้จ่ายให้แก่ผู้ขอสินเชื่อทั้งหมดรวมถึงดอกเบี้ยของต้นเงินกู้ด้วย และภาระผูกพันในทรัพย์สินนี้ย่อมมีบุริมสิทธิเหนือภาระผูกพันอื่นที่จัดแจ้งภายหลังหนี้สินเชื่อ Reverse Mortgage<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Consumer Financial Protection Bureau, [Report to Congress on Reverse Mortgage](#)[Online].

<sup>78</sup> Section 1923.3 of California Civil Code

ค.) ลักษณะคำเตือนและแบบสอบถามที่ผู้ขอสินเชื่อต้องทำก่อนผู้ให้สินเชื่อรับคำขอสินเชื่อ  
 ผู้ให้สินเชื่อจะรับคำขอสินเชื่อได้ก็ต่อเมื่อ ผู้ให้สินเชื่อได้แนะนำผู้ขอสินเชื่อเกี่ยวกับที่ปรึกษาการเงินและผู้ขอสินเชื่อได้รับคำแถลงที่จัดพิมพ์ด้วยตัวอักษรขนาดตั้งแต่ 16 ขึ้นไปจากผู้ให้สินเชื่อ โดยมีเนื้อหาดังต่อไปนี้<sup>79</sup>

“**คำเตือนสำหรับผู้ขอสินเชื่อ Reverse Mortgage:** Reverse Mortgage เป็นธุรกรรมทางการเงินที่มีความซับซ้อน หากผู้ขอสินเชื่อตัดสินใจที่จะเข้าทำสัญญาสินเชื่อ Reverse Mortgage ผู้ขอสินเชื่อต้องลงนามในเอกสารทางกฎหมายที่จะมีผลผูกพันต่อตัวผู้ขอสินเชื่อและอสังหาริมทรัพย์ของผู้ขอสินเชื่อ ดังนั้น สำคัญอย่างยิ่งที่ผู้ขอสินเชื่อจะต้องเข้าใจข้อกำหนดและเงื่อนไขของ Reverse Mortgage และความผูกพันนี้ย่อมมีผลต่อความต้องการของผู้ขอสินเชื่อในอนาคต ก่อนที่จะตกลงเข้าทำสัญญา ผู้ขอสินเชื่อต้องเข้ารับการปรึกษากับที่ปรึกษาอิสระเกี่ยวกับ Reverse Mortgage ก่อนเพื่อพูดคุยว่าสินเชื่อ Reverse Mortgage เหมาะสมกับผู้ขอสินเชื่อหรือไม่ ทั้งนี้ ผู้ให้สินเชื่อจะเป็นผู้จัดรายชื่อที่ปรึกษาให้กับผู้ขอสินเชื่อ”<sup>80</sup>

นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อยังมีหน้าที่จัดเตรียมแบบสอบถามให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ โดยแบบสอบถามจะมีลักษณะในการให้ผู้ขอสินเชื่อตอบคำถามเพื่อทบทวนว่าตนเองมีความจำเป็นที่จะต้องขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) หรือไม่ ตัวอย่างคำถามได้แก่

1) จะเกิดเหตุการณ์อย่างไรกับบุคคลที่อยู่ในบ้านของผู้ขอสินเชื่อ เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือย้ายออกจากบ้าน เนื่องด้วยเงื่อนไขของสินเชื่อนี้ หนี้จะถึงกำหนดชำระเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือย้ายออกจากบ้านหรือไม่พักอาศัยอยู่ที่บ้านเป็นเวลา 12 เดือนติดต่อกัน ดังนั้น สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงส่งผลกระทบต่อบุคคลที่พักอาศัยอยู่ในบ้านของผู้ขอสินเชื่อในอนาคต หากผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทไม่สามารถชำระหนี้ได้ บ้านจะถูกนำไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ทั้งนี้ เพื่อประกอบการตัดสินใจ ให้พิจารณาว่าปัจจุบัน ใครอาศัยอยู่ในบ้านของผู้ขอสินเชื่อบ้าง พวกเขาจะทำอะไรเมื่อผู้ขอสินเชื่อตาย หรือย้าย

<sup>79</sup> Section 1923.5 of California Civil Code

<sup>80</sup> IMPORTANT NOTICE TO REVERSE MORTGAGE LOAN APPLICANT: A REVERSE MORTGAGE IS A COMPLEX FINANCIAL TRANSACTION. IF YOU DECIDE TO OBTAIN A REVERSE MORTGAGE LOAN, YOU WILL SIGN BINDING LEGAL DOCUMENTS THAT WILL HAVE IMPORTANT LEGAL AND FINANCIAL IMPLICATIONS FOR YOU AND YOUR ESTATE. IT IS THEREFORE IMPORTANT TO UNDERSTAND THE TERMS OF THE REVERSE MORTGAGE AND ITS EFFECT ON YOUR FUTURE NEEDS. BEFORE ENTERING INTO THIS TRANSACTION, YOU ARE REQUIRED TO CONSULT WITH AN INDEPENDENT REVERSE MORTGAGE LOAN COUNSELOR TO DISCUSS WHETHER OR NOT A REVERSE MORTGAGE IS RIGHT FOR YOU. A LIST OF APPROVED COUNSELORS WILL BE PROVIDED TO YOU BY THE LENDER



ออกจากบ้านถาวร ผู้ขอสินเชื่อได้มีการปรึกษาบุคคลที่อยู่ในบ้านหรือสมาชิกในครอบครัวหรือไม่ ใครจะเป็นผู้ชำระหนี้ให้ผู้ขอสินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อได้คุยกับพวกเขาก่อนหรือไม่

2) ผู้ขอสินเชื่อทราบหรือไม่ว่าผู้ขอสินเชื่ออาจผิดนัดสัญญาสินเชื่อได้ เนื่องด้วยมี 3 เงื่อนไขที่เกี่ยวกับหน้าที่ทางการเงินที่ผู้ขอสินเชื่อจะต้องปฏิบัติ คือ หน้าที่ในการชำระค่าเบี้ยประกันภัย ภาษีทรัพย์สิน หรือ ค่าบำรุงรักษาบ้าน หากผู้ขอสินเชื่อไม่ชำระจะเป็นเหตุผิดนัดตามสัญญา ดังนี้ ผู้ขอสินเชื่อจำเป็นต้องพิจารณาว่ามีแหล่งเงินหรือรายได้ที่เพียงพอสำหรับชำระค่าใช้จ่ายสำหรับความต้องการพื้นฐาน ค่ารักษาพยาบาล และค่าใช้จ่ายที่เกิดจากหน้าที่ตามสัญญาหรือไม่

3) ผู้ขอสินเชื่อได้พิจารณาผลิตภัณฑ์สินเชื่ออื่น ๆ แล้วใช่หรือไม่ เนื่องด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นผลิตภัณฑ์ที่มีการคำนวณดอกเบี้ยทบต้น และเมื่อเวลาผ่านไป หนี้จะมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ผู้ขอสินเชื่อมีสิทธิที่จะพิจารณาผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่นที่มีค่าใช้จ่ายน้อยกว่า หรือจัดหาทรัพย์สินอื่นมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อประเภทอื่น

4) ผู้ขอสินเชื่อมีความประสงค์ที่จะขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เพื่อซื้อผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่นหรือไม่ เนื่องด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสินเชื่อที่มีการคำนวณดอกเบี้ยทบต้น การที่ผู้ขอสินเชื่อขอสินเชื่อเพื่อนำไปลงทุนในผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่นจึงไม่เหมาะสมกับสินเชื่อนี้ เนื่องจากค่าใช้จ่ายและหนี้จะสูงขึ้นเรื่อย ๆ และค่าใช้จ่ายของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) อาจสูงกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุนผลิตภัณฑ์ประเภทอื่น

เมื่อผู้ขอสินเชื่อทำแบบสอบถามเรียบร้อยแล้ว แบบสอบถามดังกล่าวจะต้องลงนามโดยหน่วยงานให้คำปรึกษา (agency counselor) เพื่อยืนยันว่า ผู้ขอสินเชื่อได้รับคำปรึกษาก่อนที่จะตกลงทำสัญญาสินเชื่อแล้ว

### 3.1.7.2 มลรัฐเพนซิลเวเนีย

หลักการจำนองของมลรัฐนี้ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory)<sup>81</sup> บทบัญญัติ Reverse Mortgage ปรากฏอยู่ในบทที่ 49 ของ Pennsylvania Code มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2553

บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ความหมายของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นไปตามที่ระบุในมาตรา 226.33(a) ของ Code of

<sup>81</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p. 361.

Federal Regulations กล่าวคือ Reverse Mortgage เป็นหนี้ที่มีการจำนองที่อยู่อาศัยหลักของผู้ขอสินเชื่อเป็นประกันการชำระหนี้สินเชื่อ โดยหนี้จะถึงกำหนดชำระก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อตาย หรือ โอนทรัพย์สินหลักประกันไปยังบุคคลอื่นหรือไม่ได้พักอาศัยในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันเหมือนเป็นที่อยู่อาศัยหลัก ทั้งนี้ ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระเงินส่วนที่ขาด หากทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

ก.) ข้อปฏิบัติของผู้ให้สินเชื่อ<sup>82</sup>

ผู้ให้สินเชื่อจะต้องไม่เสนอสินเชื่อหากไม่มีความสามารถทางการเงินในการจัดให้เงินกู้หรือบริการดังกล่าว หากผู้ให้สินเชื่อเห็นว่า สถานะทางการเงินหรือความสามารถที่จะให้บริการให้สินเชื่อสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีความเสี่ยง ผู้ให้สินเชื่อต้องแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อหารือเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการหาทางแก้ปัญหา

ข.) การทำสัญญาสินเชื่อ<sup>83</sup>

1. ผู้ให้สินเชื่อต้องพิจารณาถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นหากผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถให้เงินกู้กับผู้ขอสินเชื่อได้ ทั้งนี้ ผู้ให้สินเชื่อควรพิจารณาถึงการกำหนดข้อสัญญาในการคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อที่จะให้ผู้ขอสินเชื่อหลุดพ้นหรือปลอดจากภาระหน้าที่ภายใต้สัญญาสินเชื่อ นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อควรเพิ่มเติมกระบวนการในการปลดหลักประกันกรณีที่ไม่สามารถให้สินเชื่อได้เพื่อที่ผู้ขอสินเชื่อจะได้หาผู้ให้สินเชื่อรายอื่นต่อไป และผู้ให้สินเชื่อควรกำหนดข้อสัญญาเพิ่มเติมที่ห้ามมิให้ผู้รับโอนสิทธิตามสัญญา ยกเลิกการจ่ายเงินกู้หรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขข้อสัญญากรณีที่ผู้รับโอนสิทธิไม่พอใจในมูลค่าของหลักประกัน

2. กรณีผู้ขอสินเชื่อไม่ชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินหลักประกัน ผู้ให้สินเชื่อกับผู้ขอสินเชื่อต้องเจรจาตกลงกันเพื่อหาแนวทางเลือกให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในการเยียวยาเหตุผิดสัญญาก่อนที่จะเริ่มกระบวนการบังคับจำนองและค้นหาทางเลือกบังคับจำนองที่จะอนุญาตให้ผู้ขอสินเชื่อยังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านหลังดังกล่าวต่อไปได้

ค.) การอนุมัติสินเชื่อ<sup>84</sup>

1. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องทำให้แน่ใจว่า ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจว่า ครอบครัวยุคของผู้ขอสินเชื่อหรือผู้รับประโยชน์คนอื่น ๆ อาจจะไม่ได้รับมรดกในทรัพย์สินที่เอามาเป็นประกันการชำระหนี้ หากผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต เว้นแต่ หนี้ที่ประกันนั้นจะได้รับการชำระเต็มจำนวน

2. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องสนับสนุนให้ผู้ขอสินเชื่อพูดคุยกับบุคคลในครอบครัวหรือผู้รับ

<sup>82</sup> Section 49.3 (a) of Pennsylvania Code

<sup>83</sup> Section 49.3 (b) of Pennsylvania Code

<sup>84</sup> Section 49.3 (c) of Pennsylvania Code

ประโยชน์ก่อนเข้าทำสัญญาสินเชื่อสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)

3. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องให้ผู้ขอสินเชื่อที่มีที่ปรึกษาซึ่งได้รับอนุญาตจากหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development

4. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องแจ้งทางเลือกอื่นที่อาจตอบสนองความต้องการและวัตถุประสงค์ของผู้ขอสินเชื่อมากกว่าสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ให้ผู้ขอสินเชื่อทราบ

5. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเท่าที่สมเหตุสมผลสำหรับสินเชื่อเท่านั้น

6. ในขณะที่เสนอผลิตภัณฑ์สินเชื่อสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ที่ไม่ใช่ประเภท HECM ผู้ให้สินเชื่อต้องอธิบายให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจว่าสินเชื่อดังกล่าว ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ที่รัฐเข้ามาประกันสินเชื่อให้ และต้องอธิบายความแตกต่างให้ผู้ขอสินเชื่อทราบ

7. เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ทั้งนี้ ผู้ให้สินเชื่อจะต้องทำให้แน่ใจว่า ผู้ขอสินเชื่อมีความเข้าใจครบถ้วน

ง.) การพิจารณาผู้ขอสินเชื่อที่ไม่เหมาะสมที่จะขอสินเชื่อ<sup>85</sup>

ผู้ให้สินเชื่อมีหน้าที่พูดคุยกับผู้ขอสินเชื่อเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการขอสินเชื่อด้วย หากพบว่า ผู้ขอสินเชื่อไม่เหมาะสมที่จะขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้ให้สินเชื่อไม่ควรเสนอผลิตภัณฑ์ดังกล่าวให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ และควรอธิบายว่าเหตุใดผู้ขอสินเชื่อจึงไม่เหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญา ซึ่งตัวอย่างเหตุที่สะท้อนให้เห็นว่าผู้ขอสินเชื่อไม่เหมาะสมที่จะขอสินเชื่อ ได้แก่

1. ผู้ขอสินเชื่อไม่มีเจตนาที่จะอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันในระยะยาว
2. ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องการให้ผู้ที่ย้ายออกจากบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันเมื่อถึงกำหนดชำระ ด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ทั้งหมดได้
3. ผู้ขอสินเชื่อจะใช้เงินที่ได้จากการขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไปซื้อผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่น หรือนำไปลงทุนในผลิตภัณฑ์ซึ่งไม่เหมาะสมกับผู้ขอสินเชื่อ

<sup>85</sup> Section 49.3 (f) of Pennsylvania Code

4. ผู้ขอสินเชื่อไม่มีความเข้าใจเกี่ยวกับเงื่อนไขข้อกำหนดของสินเชื่อและไม่เข้าใจว่า จะเกิดเหตุการณ์อย่างใดขึ้นบ้างเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ

5. ผู้ขอสินเชื่อต้องการใช้เงินที่ได้จากสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แต่เงินที่ได้ไม่เพียงพอกับความต้องการของผู้ขอสินเชื่อหรือผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถชำระค่าใช้จ่ายเบื้องต้นของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้

จ.) การพิจารณาความสามารถเกี่ยวกับจิตใจ<sup>86</sup>

ผู้ให้สินเชื่อต้องแน่ใจว่า ผู้ขอสินเชื่อมีความเข้าใจธุรกรรมและความสัมพันธ์ ข้อผูกพันทางกฎหมายของ สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เมื่อผู้ให้สินเชื่อมีเหตุผลหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถเข้าใจธุรกรรมของสินเชื่อได้ อันเนื่องมาจากความสามารถที่ลดลงด้วยความสูงอายุ ผู้ให้สินเชื่อจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อให้แน่ใจว่า ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจเงื่อนไขการทำสัญญา ซึ่งขั้นตอนในการดำเนินการนี้ ควรบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรโดยผู้ให้สินเชื่อ และควรสอบถามหรือติดต่อกับสมาชิกครอบครัวของผู้ขอสินเชื่อด้วย หรือ ขอใบรับรองแพทย์ของผู้ขอสินเชื่อ หากผู้ให้สินเชื่อเห็นว่า ผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถเข้าใจเงื่อนไขของธุรกรรมดังกล่าวได้ ผู้ให้สินเชื่อต้องไม่ดำเนินการเสนอหรือให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าทำสัญญาสินเชื่อกับผู้ให้สินเชื่อ

### 3.1.7.3 มลรัฐแมสซาชูเซตส์

หลักการจำนองของมลรัฐนี้ใช้หลักทฤษฎีผสม (Intermediate Theory)<sup>87</sup> บทบัญญัติเรื่อง Reverse Mortgage ปรากฏอยู่ใน Massachusetts General Law บทที่ 167E เรื่อง Mortgage and Loans มาตราที่ 7 โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหลักการของสินเชื่อ Reverse Mortgage ไว้ดังต่อไปนี้

1. ให้ความหมายของ Non-Recourse Reverse Mortgage ว่าเป็นสินเชื่อที่จำกัดสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในการเรียกร้องให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ได้เท่ามูลค่าของทรัพย์สินหลักประกัน ณ เวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระเท่านั้น<sup>88</sup>

2. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องส่งมอบเงินที่เบิกจ่ายจากสินเชื่อ Reverse Mortgage ให้แก่ผู้ให้

<sup>86</sup> Section 49.3 (h) of Pennsylvania Code

<sup>87</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p. 362.

<sup>88</sup> Section 7(h) of Massachusetts General Law

สินเชื่อตามโปรแกรมที่กำหนด และหนี้ต้องถึงกำหนดชำระเมื่อ 1) ครบระยะเวลาที่กำหนด (ถ้ามี) 2) ผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต 3) การโอนกรรมสิทธิ์ของบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกัน 4) เมื่อผู้ขอสินเชื่อไม่พักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก 5) หนี้ที่เกิดเหตุผิดนัดผิดสัญญาตามที่กำหนดในสัญญาสินเชื่อ<sup>89</sup>

3. ผู้ให้สินเชื่อจะต้องยื่นโปรแกรมสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ต่อคณะกรรมการการของมลรัฐ เพื่อขออนุญาตหรือขอความเห็นชอบในการให้สินเชื่อ โดยคณะกรรมการจะไม่อนุญาต หากธนาคารไม่นำเสนอข้อมูลดังต่อไปนี้<sup>90</sup>

- 1) ประเภทของสินเชื่อว่าเป็นประเภทที่กำหนดระยะเวลาหรือไม่กำหนดระยะเวลา และเป็นหนี้ประเภทที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเรียกวงเงินส่วนที่ขาดหลังจากการบังคับทรัพย์สินหลักประกันได้หรือไม่
  - 2) ผู้ให้สินเชื่อต้องได้รับเอกสารลงนามโดยผู้ขอสินเชื่อเกี่ยวกับการยินยอมรับทราบเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งอาจส่งผลให้ทรัพย์สินที่จำนองถูกบังคับขายได้
  - 3) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระได้โดยไม่ต้องชำระค่าปรับหรือค่าธรรมเนียมใด ๆ
  - 4) ประเภทอัตราดอกเบี้ยและวิธีการคำนวณดอกเบี้ย
  - 5) วิธีการเบิกจ่ายเงินกู้ ทั้งนี้ ผู้ขอสินเชื่ออาจกำหนดให้ส่งมอบเงินให้แก่บุคคลที่สามก็ได้
  - 6) สำเนาของแบบฟอร์มของตัวเงิน (Note) และสัญญาจำนอง
  - 7) รายละเอียดขั้นตอนการดำเนินการ
  - 8) ข้อมูลอื่น ๆ ที่คณะกรรมการจะร้องขอเพิ่มเติม
- ทั้งนี้ ก่อนที่จะให้สินเชื่อธนาคารผู้ให้สินเชื่อควรจัดเอกสารที่อธิบายให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ รวมถึงข้อมูลอื่น ๆ ด้วย เช่น ตารางการส่งมอบเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อ กำหนดการชำระเงินกรณีกำหนดเป็นกำหนดระยะเวลา (fixed Term) หรือ เงื่อนไขอื่นที่กำหนดให้หนี้ถึงกำหนดชำระ เงื่อนไขเรื่องการชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินหลักประกันที่หากผิดนัดแล้วอาจส่งผลให้หนี้ถึงกำหนดชำระหนี้ได้ อัตราดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายของการขอสินเชื่อ เป็นต้น

<sup>89</sup> Section 7(c) of Massachusetts General Law

<sup>90</sup> Section 7(d) of Massachusetts General Law

4. ผู้ให้สินเชื่อจะให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อได้ก็ต่อเมื่อได้รับเอกสารยืนยันว่า ผู้ขอสินเชื่อได้รับการปรึกษาจากที่ปรึกษาเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาสินเชื่อ Reverse Mortgage แล้ว<sup>91</sup>

5. หนี้สินเชื่อ Reverse Mortgage ย่อมสร้างภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินหลักประกัน ในขอบเขตวงเงินสินเชื่อที่ผู้ให้สินเชื่อได้จ่ายไป พร้อมดอกเบี้ยในยอดเงินต้นดังกล่าว และภาระผูกพันดังกล่าวย่อมมีบุริมสิทธิก่อนภาระผูกพันอื่นที่จดทะเบียนภายหลังภาระผูกพันของสินเชื่อ Reverse Mortgage<sup>92</sup>

### 3.1.8 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกา มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 3.1.8.1 มาตรา 2-302 ของ Uniform Commercial Code

เนื่องด้วยประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะสำหรับใช้ควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เดิมศาลแห่งสหรัฐอเมริกาจึงพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยใช้หลักสัญญาที่มีอยู่เดิมหรือหลักการตีความสัญญาเป็นรายกรณีไป (Case by Case) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเหมาะสมกับคดี ด้วยการยกเหตุผลต่าง ๆ เช่น เหตุข้อสัญญาขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy) หรือข้อสัญญาไม่ชอบด้วยเหตุผล(Unreasonableness)<sup>93</sup> หรือใช้หลักความไม่มีความยินยอมร่วมกัน (Lack of Mutual Assent) หรือหลักไม่มีการต่างตอบแทน (Lack of Mutuality) หรือมีข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (Defect in the Formation of Contract) หรือหลักสุจริต (Good Faith)<sup>94</sup> เป็นต้น

ต่อมาได้มีการรวบรวมกฎหมายพาณิชย์ไว้ด้วยกันเป็นประมวลกฎหมายพาณิชย์ Uniform Commercial Code หรือ UCC และหลักความไม่มีมโนธรรม (Doctrine of

<sup>91</sup> Section 7(e) of Massachusetts General Law

<sup>92</sup> Section 7(f) of Massachusetts General Law

<sup>93</sup> พอพันธ์ คิตจิตต์, แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://elib.coj.go.th/Article/d40\\_6\\_4.pdf](http://elib.coj.go.th/Article/d40_6_4.pdf) [1 พฤศจิกายน 2559]

<sup>94</sup> เกียรติศักดิ์ สุวรรณศรี, แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาในปัจจุบัน.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/702-6.doc](http://www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/702-6.doc) [1 พฤศจิกายน 2559 ]

Unconscionability) ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 2-302 ของ Uniform Commercial Code <sup>95</sup> เพื่อเสริมหลักเดิม โดยศาลอาจใช้ดุลพินิจตีความสัญญาตามกรณี ดังต่อไปนี้

1. หากศาลเห็นว่า สัญญาหรือข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในขณะที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญาโดยไม่ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น หรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่เป็นธรรม

2. เมื่อมีการร้องขอหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่ว่านั้นอาจไม่เป็นธรรม คู่สัญญาต้องได้รับโอกาสในการเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมวัตถุประสงค์และผลทางการค้าเพื่อช่วยให้ศาลวินิจฉัย

ศาลในสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลักดังกล่าวมาปรับใช้และเทียบเคียงกับสัญญาประเภทอื่นด้วยแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวใช้เฉพาะสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ก็ตาม โดยศาลได้ใช้ในลักษณะเป็นการเสริมหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิมที่ศาลใช้ดุลพินิจปรับแก้ข้อสัญญาได้อย่างเหมาะสมต่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ คือ<sup>96</sup>

1. เพื่อให้ศาลสามารถตัดสินได้ว่าสัญญาทั้งหมดหรือข้อสัญญาบางข้อไม่มีผลบังคับ

2. เป็นการรวมหลักการทาง Equity มาไว้ในกฎหมาย

3. เป็นการป้องกันการเอาเปรียบและเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในคดี

หลักสัญญาหรือหลักทางกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ข้อสัญญานั้นขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) โดยศาลใช้หลักนี้เพื่อให้ข้อกำหนดในสัญญาไม่มีผลบังคับ

2. ข้อสัญญาไม่ชอบด้วยเหตุผล(Unreasonableness)

<sup>95</sup> Uniform Commercial Code 2-302 Unconscionable Contract of Clause

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

<sup>96</sup> พอพันธ์ คิตจิตต์, แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.[ออนไลน์].

3. หลักความไม่มีความยินยอมร่วมกัน (Lack of Mutual Assent) สัญญาจะต้องเกิดขึ้นจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายร่วมกัน หากมีการจัดทำสัญญาสำเร็จรูป แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ลงนามในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้จัดเตรียมสัญญาก็อาจไม่ได้อ่านหรือเข้าใจข้อสัญญาอย่างถ่องแท้ อันถือเป็นความไม่มีความยินยอมร่วมกัน สัญญานั้นก็ไม่ควรมีผลบังคับ<sup>97</sup>
4. หลักไม่มีการต่างตอบแทน (Lack of Mutuality) ตามหลัก Common Law สัญญาจะมีผลบังคับเมื่อมีการตอบแทนกันระหว่างคู่สัญญา หลักนี้ จึงเป็นหลักหนึ่งที่ศาลนำมาพิจารณาแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป
5. มีข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (Defect in the Formation of Contract) กรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจัดเตรียมเอกสารขึ้น ให้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่เคยตกลงด้วยมาก่อน เช่น การกำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบไว้ในใบเสร็จรับเงิน เป็นต้น<sup>98</sup>
6. หลักสุจริต (Good Faith)

### 3.1.8.2 หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคของรัฐบาลกลาง (Federal Consumer Protection Regulation)

1. Truth in Lending Act (TILA)<sup>99</sup> กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อจะต้องเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ขอสินเชื่อทราบไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการขอสินเชื่อหรือสิทธิของผู้ขอสินเชื่อ โดยการเปิดเผยข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อ Reverse Mortgage จะต้องประกอบไปด้วยข้อมูลที่แจ้งให้ผู้ขอสินเชื่อทราบข้อสัญญาของสัญญา อายุของผู้ขอสินเชื่อ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ราคาประเมินของทรัพย์สินหลักประกัน รวมถึง สิทธิของผู้ขอสินเชื่อที่ไม่ต้องถูกผูกมัดหรือผูกพันกับการขอสินเชื่อแม้ว่าจะได้รับการเปิดเผยข้อมูลหรือลงนามในคำขอสินเชื่อ Reverse Mortgage แล้วก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้เวลาผู้ขอสินเชื่อที่จะเปลี่ยนใจหรือตัดสินใจใหม่อีกครั้ง นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อยังมีหน้าที่ที่จะต้องอธิบายค่าใช้จ่ายรายปีของสินเชื่อทั้งหมด (Total Annual Loan Cost) ให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจด้วย เนื่องด้วยสินเชื่อประเภทนี้ เป็นการให้เงินกู้โดยที่ผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ผ่อนชำระเงินรายเดือน ยอดเงินจึงจะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ พร้อมดอกเบี้ยจนกระทั่งถึงกำหนดชำระ จึงเป็นการสำคัญที่ผู้ให้สินเชื่อควรจะต้องเปิดเผยจำนวนเงินดังกล่าวให้ผู้ขอสินเชื่อทราบ เพราะยอดหนี้ค้างชำระย่อมมีการเปลี่ยนแปลง

<sup>97</sup> โชติศักดิ์ อาศกรวิริยะ, รายงานเอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง “สัญญาสำเร็จรูปของสถาบันการเงิน: ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://elib.coj.go.th/managecourt/data/e9\\_12.pdf](http://elib.coj.go.th/managecourt/data/e9_12.pdf) [1 พฤศจิกายน 2559]

<sup>98</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>99</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].



ตลอดเวลา และเป็นการให้ผู้ขอสินเชื่อทราบล่วงหน้าว่าหนี้จะมีจำนวนประมาณเท่าใด รวมถึงให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจว่า การขอสินเชื่อดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าการขอสินเชื่อกรณีทั่วไป

2. Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA) เป็นกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ขอสินเชื่อทราบก่อนเข้าทำสัญญาและเพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อมีข้อมูลที่เพียงพอในการตัดสินใจเลือกผู้ให้สินเชื่อที่ตนจะเข้าทำสัญญาด้วย<sup>100</sup> โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสินเชื่อ ค่าใช้จ่ายในการขอสินเชื่อภายใน 3 วันนับแต่วันที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับคำขอสินเชื่อ และจะต้องไม่เก็บค่าแนะนำหรือค่าใช้จ่ายอื่นใดที่มีลักษณะดังกล่าวจากการให้สินเชื่อ Reverse Mortgage<sup>101</sup>

### 3.1.8.3 หลักเกณฑ์ของหน่วยงาน Federal Housing Administration สำหรับ Reverse Mortgages ประเภท HECM

ด้วยเหตุที่ Reverse Mortgage ในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนใหญ่เป็นสินเชื่อ Reverse Mortgage ประเภท HECM ที่รัฐเข้ามาประกันการให้สินเชื่อ หน่วยงาน Federal Housing Administration จึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการออกกฎเกณฑ์มาตรการต่างๆ เกี่ยวกับสินเชื่อ Reverse Mortgage ด้วยการกำหนดลักษณะสำคัญ (requirement) ของ Reverse Mortgage ที่ FHA จะเข้ามาประกันการให้สินเชื่อ ซึ่งแนวทางการตีความ หลักการปฏิบัติจะกำหนดอยู่ในคู่มือของหน่วยงาน U.S. Department of Housing and Urban Development และ Mortgage Letter<sup>102</sup>

## 3.2 ประเทศญี่ปุ่น

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของประเทศญี่ปุ่น มีแนวคิดคล้ายคลึงกับแนวคิดสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของประเทศสหรัฐอเมริกาตามที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 โดยมาจากแนวคิดที่ว่า ผู้สูงอายุไม่มีเงินเพียงพอในการใช้จ่าย และหากจะไปขอสินเชื่อกรณีทั่วไปจากธนาคาร ผู้สูงอายุก็ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะขอสินเชื่อได้ หากจะนำบ้านไปขายเพื่อนำเงินมาใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน ผู้สูงอายุก็อาจจะไม่มีบ้านไว้พักอาศัย สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินประเภทหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้สูงอายุสามารถนำบ้านและที่ดินมาเป็น

<sup>100</sup> Frank Gibson, James Karp, and Elliot Klayman, Real Estate Law, p. 304.

<sup>101</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Report to Congress on Reverse Mortgage[Online].

<sup>102</sup> Ibid.

หลักประกันการชำระหนี้เพื่อขอสินเชื่อจากธนาคารได้ โดยจำนวนเงินสูงสุดที่ผู้ให้สินเชื่อจะให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุขึ้นอยู่กับราคาประเมินของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน และผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ต้องผ่อนชำระหนี้รายเดือน เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป<sup>103</sup>

สำหรับประเทศญี่ปุ่น ได้มีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในปี ค.ศ. 1981 โดยธุรกิจสวัสดิการการจัดการจัดหาเงินทุนเมือง Masushino (ย่านชานเมืองของกรุงโตเกียว) ต่อมา ได้มีการพัฒนาแนวทางการให้สินเชื่อเป็น 2 แนวทาง คือ 1) หน่วยงานรัฐท้องถิ่นเป็นผู้ให้สินเชื่อโดยตรง และ 2) หน่วยงานรัฐท้องถิ่นร่วมมือกับสถาบันการเงินในการให้สินเชื่อ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 2002 กระทรวงสาธารณสุข แรงงานและสวัสดิการของญี่ปุ่น ได้มีการออกโปรแกรมส่งเสริมทรัพย์สินสนับสนุนสินเชื่อเพื่อค่าครองชีพผ่านคณะกรรมการสวัสดิการสังคม โดยมีวัตถุประสงค์การให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุ มีรายได้น้อยและเป็นเจ้าของบ้าน<sup>104</sup> เพื่อช่วยให้ผู้ขอสินเชื่อมีเงินเพียงพอในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน และให้มีการเบิกเงินในระยะยาวอันคล้ายคลึงกับระบบเงินบำนาญ<sup>105</sup>

ส่วนภาคเอกชน มีธนาคารให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) หลายธนาคารด้วยกัน ได้แก่ ธนาคาร Shokusan (ในปัจจุบัน คือ ธนาคาร Kirayaka) ซึ่งเริ่มให้สินเชื่อดังกล่าวในเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ. 1999 ธนาคาร Tokyo Star ได้เริ่มให้สินเชื่อในปี ค.ศ. 2005 ธนาคาร Chuo Mitsui Trust (ในปัจจุบัน คือ ธนาคาร Sumitomo Mitsui Trust) ธนาคาร Gunma และธนาคาร Seibu Shinkin ซึ่งแต่ละธนาคารก็ได้กำหนดเงื่อนไขการให้สินเชื่อแตกต่างกันไป กล่าวคือ กำหนดอายุของผู้ขอสินเชื่อทั้งช่วงอายุ 50-80 ปี 60-83 ปี 60-85 ปี และ 65-80 ปี เงื่อนไขสำหรับบอสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกันอาจนำทรัพย์สินอื่นนอกจากบ้านมาเป็นหลักประกันได้ เช่น คอนโดมิเนียม เป็นต้น ทั้งนี้ บางธนาคารก็ลดเงื่อนไขเรื่องการเป็นที่ยู่อาศัยหลักลง โดยยินยอมให้ผู้สูงอายุสามารถเปลี่ยนที่อยู่ได้ เช่น หากผู้ขอสินเชื่อต้องการย้ายออกจากบ้านในระหว่างอายุสัญญา ผู้ขอสินเชื่อสามารถโอนทรัพย์สินหลักประกันไปยังบริษัทซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับผู้ให้

<sup>103</sup> Kojima, T., [How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan](#)[Online].

<sup>104</sup> John Doling and Richard Ronald, "Meeting the Income Needs of Older People in East Asia: Using Housing Equity," *Ageing & Society* 32( 2012). 471-479.

<sup>105</sup> Kojima, T., [How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan](#)[Online].

สินเชื่อได้ เพื่อให้บริษัทดังกล่าวดำเนินการปล่อยเช่าทรัพย์สิน และสร้างรายได้จากทรัพย์สินดังกล่าว ในระหว่างที่ผู้ขอสินเชื่อไม่อยู่ เป็นต้น<sup>106</sup>

ทั้งนี้ สำหรับภาคเอกชน ธนาคารผู้ให้สินเชื่อบางส่วนจะกำหนดให้มีการลงนามสัญญาทรัสต์ (Trust Agreement) โดยผู้ขอสินเชื่อจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันไปยังทรัสต์ แต่ผู้ขอสินเชื่อยังคงได้รับประโยชน์ในทรัสต์อยู่ โดยทรัพย์สินหลักประกันจะไม่รวมอยู่ในกองทรัพย์สินซึ่งจะช่วยให้ง่ายต่อการขายทรัพย์สินหลักประกันหลังผู้ขอสินเชื่อผิดนัด เพราะ เมื่อจะดำเนินการขายบ้านแล้ว อาจมีความเสี่ยงที่ทายาทจะคัดค้านได้ และการจัดการทรัพย์สินในทรัสต์โดยพินัยกรรมหรือให้ทรัสต์ดำเนินการขายทรัพย์สินจะช่วยลดความเสี่ยงจากการโต้แย้งของทายาทได้ นอกจากนี้ หากผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตลง และยังมีคู่สมรสอยู่ คู่สมรสสามารถพักอาศัยอยู่ในบ้านต่อไปได้ในฐานะผู้รับประโยชน์ของทรัสต์ ส่วนธนาคาร Tokyo Star ไม่มีการบังคับให้ผู้ขอสินเชื่อลงนามสัญญาทรัสต์ (Trust Agreement) เหมือนเช่นธนาคารอื่น โดยหากไม่มีการตั้งทรัสต์ ก็จะมีการกำหนดข้อตกลงให้ขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อชำระหนี้ตามสัญญา<sup>107</sup>

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของประเทศญี่ปุ่น ไม่เหมือนกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ของสหรัฐอเมริกา ใน 3 เดือนไขด้วยกัน<sup>108</sup> กล่าวคือ

1. สินเชื่อของประเทศญี่ปุ่นเป็นหนี้ที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ส่วนที่ขาดได้
2. ระหว่างอายุสัญญาผู้ขอสินเชื่ออาจมีหน้าที่ในการชำระเงิน กล่าวคือ อาจต้องชำระดอกเบี้ยทุก ๆ เดือนแม้ว่าจะยังอยู่อาศัยในบ้านทรัพย์สินหลักประกันก็ตาม โดยหากผิดนัดชำระดอกเบี้ย อาจเป็นเหตุให้หนี้เงินต้นถึงกำหนดชำระทันที ทั้งนี้ บางรูปแบบอาจมีการให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้เงินกู้กรณีหนี้เงินต้นค้างชำระเกินกว่ามูลค่าทรัพย์สินหลักประกัน หรือที่ดินมีมูลค่าลดลง ส่วนกรณีที่ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระดอกเบี้ย ดอกเบี้ยก็จะถูกคำนวณรวมกับหนี้เงินต้น
3. ผู้ขอสินเชื่อสามารถเบิกใช้เงินได้เพียง 2 รูปแบบเท่านั้น คือ 1) เบิกตามวงเงินสินเชื่อ และ 2) เบิกตามกำหนดระยะเวลา โดยไม่มีการให้เงินเป็นระยะยาวจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต เหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จึงมีโอกาที่อายุสัญญาและระยะเวลาการเบิกเงินจะครบกำหนดในขณะที่ผู้ขอสินเชื่อยังพักอาศัยอยู่ในบ้าน

<sup>106</sup> Sumitomo Mitsui Trust Bank, Sumitomo Mitsui Trust Bank's Annual Report [Online]. Available from: [http://www.smth.jp/en/ir/annual/2016/ir\\_06.pdf](http://www.smth.jp/en/ir/annual/2016/ir_06.pdf) [2016, March 12]

<sup>107</sup> Kojima, T., How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan[Online].

<sup>108</sup> Ibid.

กล่าวโดยสรุป ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้มีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ตามรูปแบบที่แท้จริงของสินเชื่อดังกล่าว อันทำให้การให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในประเทศญี่ปุ่นยังไม่เป็นที่นิยมเท่าที่ควร เนื่องด้วยผู้ขอสินเชื่ออาจมีหน้าที่ในการชำระดอกเบี้ย หรือชำระเงินระหว่างอายุสัญญา อันทำให้เป็นการช่วยแก้ปัญหาการขาดแคลนเงินในการใช้จ่ายของผู้สูงอายุในช่วงแรกเท่านั้น ซึ่งในอนาคตผู้สูงอายุก็ยังมีความเสี่ยงที่จะขาดแคลนเงินอีกครั้ง เนื่องด้วยไม่สามารถนำเงินมาชำระหนี้ตามที่สัญญากำหนดได้<sup>109</sup> นอกจากนี้ อสังหาริมทรัพย์ในประเทศญี่ปุ่นมีแนวโน้มที่ราคาจะลดลง<sup>110</sup> และสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ก็ไม่เป็นที่รู้จักในบุคคลวัยทำงานและผู้สูงอายุบางคน เนื่องด้วย บุคคลที่จะมีสิทธิขอสินเชื่อดังกล่าวนี้ มีคุณสมบัติจำกัด ตัวอย่างเช่น ในบางธนาคารกำหนดคุณสมบัติผู้ขอสินเชื่อได้นั้นจะต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าไม่น้อยกว่า 100 หรือ 200 ล้านบาท เป็นต้น อีกทั้งยังไม่มีสนับสนุนให้ธนาคารให้สินเชื่อดังกล่าวด้วย เนื่องจากธนาคารอาจประสบปัญหาเกี่ยวกับความเสี่ยงระยะยาวที่ไม่แน่นอนว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตเมื่อใด อันทำให้กำหนดที่จะได้รับเงินคืนไม่แน่นอน ทั้งนี้ ในประเทศญี่ปุ่นมีเพียงการทำสัญญา 300-400 สัญญาเท่านั้น เมื่อเทียบกับ สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM มีถึง 18,000 สัญญา<sup>111</sup>

จากการศึกษาไม่พบว่าประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แต่นำกฎหมายแพ่งทั่วไปมาปรับใช้กับสัญญาดังกล่าว ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

### 3.2.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสินเชื่ออันก่อให้เกิดหนี้ประธาน

การให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนอง โดยหลัก หนี้ที่มีจำนองเป็นประกันไม่มีการจำกัดประเภทของหนี้ จะเป็นหนี้ประเภทใดก็ได้ แต่ผลสุดท้ายควรจะเป็นหนี้ที่สามารถแปลงเป็นการชำระด้วยเงินได้ เพราะการจำนองคือการได้บุริมสิทธิในการชำระหนี้เอาจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกัน ตามหลักการของสินเชื่อนี้ ผู้กู้จะเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินกับธนาคาร

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Tomoko Kubo and Yoshimichi Yui, *Changes in the Condominium Market in Japan after the 1990s* [Online]. Available from: [https://www.unil.ch/igu-urban/files/live/sites/igu-urban/files/Young%20Scholars/Kubo%20T.%20and%20Yui%20Y.\\_2012.pdf](https://www.unil.ch/igu-urban/files/live/sites/igu-urban/files/Young%20Scholars/Kubo%20T.%20and%20Yui%20Y._2012.pdf) [2016, March 12]

<sup>111</sup> Shinobu Nakagawa, *Why Has Japan's Household Savings Rate Remained High Even During the 1990s ?* [Online]. Available from: [https://www.boj.or.jp/en/research/brp/ron\\_1999/data/ron9907a.pdf](https://www.boj.or.jp/en/research/brp/ron_1999/data/ron9907a.pdf) [2016, December 5]

ผู้ให้กู้และนำบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ โดยหลักการของการกู้ยืมเงินตามกฎหมายญี่ปุ่นจะกำหนดอยู่ในมาตรา 587-588 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น กล่าวคือ สัญญาืมใช้สິ้นเปลืองเป็นสัญญาฝ่ายเดียว<sup>112</sup> จะมีผลต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับเงินหรือสิ่งของจากคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยผู้ขอสินเชื่อได้ตกลงกับผู้ให้สินเชื่อก่อนที่จะคืนทรัพย์สินนั้นเป็นประเภท ชนิด หรือปริมาณเดียวกัน<sup>113</sup> ทั้งนี้ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบเงินให้แก่กัน สัญญาืมใช้สິ้นเปลืองก็ยังไม่ผลบังคับ ในบางครั้งผู้ยืมอาจมีหน้าที่ให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้ยืมด้วย โดยค่าตอบแทนอาจเป็นดอกเบี้ย ซึ่งสัญญาืมใช้สິ้นเปลืองดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน (onerous contract) กรณีไม่มีการกำหนดค่าตอบแทนจากการให้ยืม สัญญาดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน (gratuitous contract)<sup>114</sup>

อย่างไรก็ดี จากการที่ผู้ให้กู้ให้สัญญากับผู้กู้ว่าจะให้กู้ยืม ผลจากคำสัญญาดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ให้กู้มีความผูกพันที่จะต้องให้กู้ยืมเงินและผู้กู้ก็มีสิทธิที่จะยืมเงินดังกล่าว<sup>115</sup> โดยผู้ให้กู้จะปฏิเสธไม่ให้กู้ยืมไม่ได้ แต่หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถูกศาลสั่งให้เป็นบุคคลล้มละลาย กฎหมายกำหนดให้คำมั่นว่าจะให้ยืมนั้นย่อมสิ้นผลไป<sup>116</sup>

### 3.2.2 การนำทรัพย์สินของผู้สูงอายุมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบสัญญาจำนอง

สัญญาหลักประกันการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของกฎหมายญี่ปุ่น มี 2 ลักษณะ ได้แก่ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามแนวคำพิพากษาของศาล จากการศึกษา พบว่า การจำนองของไทยมีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศญี่ปุ่น เนื่องด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งของไทยยกร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น

<sup>112</sup> J.E. de Becker, *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan* (London: Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar., 1921), p. 404.

<sup>113</sup> Civil Code of Japan Article 587 “A loan for consumption shall become effective when one of the parties receives money or other things from the other party by promising that he/she will return by means of things that are the same in kind, quality and quantity.”

<sup>114</sup> Becker, J. E. d., *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan*, p. 404.

<sup>115</sup> J.E. De Becker, *Annotated Civil Code of Japan* (London: Butterworth, 1909-1910), p. 183.

<sup>116</sup> Civil Code of Japan Article 589 “The pre-contract of a loan for consumption shall lose its effect if a ruling for the commencement of bankruptcy procedures is subsequently made against one of the parties.”

### 3.2.2.1 การทำสัญญาจำนอง

การจำนองตามหลักกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นคล้ายคลึงกับหลักการของกฎหมายไทย กล่าวคือ เป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ลูกหนี้ตกลงนำทรัพย์สินของตนเองหรือบุคคลภายนอกตกลงนำทรัพย์สินมาตราไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้เอาทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ย่อมอยู่ในฐานะผู้จำนอง และผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้<sup>117</sup> และยังคงมีสิทธิใช้ทรัพย์สินและรับผลประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว<sup>118</sup> โดยหนี้ที่มีจำนองเป็นประกันนั้นไม่มีข้อจำกัดประเภทของหนี้ จะเป็นหนี้ประเภทใดก็ได้ แต่ผลสุดท้ายควรจะเป็นหนี้ที่สามารถแปลงเป็นการชำระด้วยเงินได้ เพราะการจำนองคือการได้บุริมสิทธิในการชำระหนี้เอาจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกัน<sup>119</sup> นอกจากนี้ ตามกฎหมายญี่ปุ่น ยังมีการจำนองแบบหมุนเวียน (Revolving Mortgage) ด้วย ซึ่งเป็นการจำนองประเภทหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อประกันหนี้ที่ไม่สามารถกำหนดได้แน่นอน ณ วันที่ก่อหนี้ขึ้น โดยหนี้จะมีการทบต้นไปเรื่อย ๆ ตามลักษณะของนิติกรรมนั้นๆ เช่น หนี้ตามตราสารเปลี่ยนมือหรือเช็ค ก็ถือเป็นหนี้ที่อาจประกันได้<sup>120</sup> และธนาคารผู้ให้สินเชื่อในประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำรูปแบบดังกล่าวมาใช้กับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)

จากการศึกษาไม่พบว่า กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดข้อความของสัญญาจำนองไว้เหมือนเช่นกฎหมายไทย แต่โดยธุรกิจการให้สินเชื่อสังหาริมทรัพย์แล้วมักจะมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งจำนวนหนี้ที่ทรัพย์สินจำนองเป็นประกันหนี้นั้น จะมีจำนวนจำกัดตามที่สัญญาจำนองกำหนดไว้<sup>121</sup> ส่วนการจำนองแบบหมุนเวียน (Revolving Mortgage) สัญญา

<sup>117</sup> Civil Code of Japan Article 369 (1) "A Mortgagee shall have the right to receive the performance of his/her claim prior to other obligees out of the immovable properties that the obligor or a third party provided to secure the obligation without transferring possession."

<sup>118</sup> Becker, J. E. d., *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan*, p. 486.

<sup>119</sup> Hisashi Tanikawa *et al.*, *Credit and Security in Japan* (St. Lucia: University of Queensland Press, 1973), p. 99.

<sup>120</sup> Civil Code of Japan Article Section 398-2 (1) Mortgages may be created, by an establishing act, in order to secure unspecified claims of a certain scope, up to the limit of a maximum amount. (2) The scope of the unspecified claims to be secured by the mortgage under the provisions of the preceding paragraph (hereinafter referred to as "Revolving Mortgage") must be prescribed by limiting the scope to claims arising from specific contracts with the obligor for continuous transactions or other claims arising from certain kinds of transactions with the obligor.

<sup>121</sup> International Comparative Legal Guides, *Real Estate 2017* [Online]. Available from: <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/real-estate/real-estate-2017/japan#chaptercontent1>. [2017, February 11]

จำนองจะต้องระบุขอบเขต ประเภทของหนี้ที่ประกัน ซึ่งโดยทั่วไปจะระบุประเภทของสัญญา และจะต้องระบุจำนวนเงินสูงสุดที่มีเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อจะมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันด้วย

ตามหลักกฎหมายของญี่ปุ่น ได้กำหนดให้ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกัน ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ที่เจ้าของสามารถครอบครองและถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินได้ ประเภทที่ดิน สิ่งปลูกสร้างบนที่ดิน และทรัพย์สินที่มีกฎหมายพิเศษกำหนดไว้ให้สามารถนำมาจำนองได้ นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึง ทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นส่วนสำคัญของทรัพย์สินที่เป็นประกันตามสัญญาจำนองด้วยเว้นแต่สิ่งปลูกสร้างบนที่ดินในกรณีที่มีการจำนองเฉพาะที่ดิน เนื่องด้วยหลักการจำนองของญี่ปุ่นแยกสิ่งปลูกสร้างและที่ดินออกจากกัน<sup>122</sup> ทั้งนี้ หลักดังกล่าวไม่ทำให้ใช้บังคับในกรณีที่สัญญาจำนองกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือ ในกรณีที่เจ้าหนี้สามารถเพิกถอนนิติกรรมเนื่องด้วยลูกหนี้กระทำการในลักษณะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้<sup>123</sup>

จากการศึกษาหลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของประเทศญี่ปุ่น พบว่า ในทางปฏิบัติ จะมีการรับทรัพย์สินเป็นหลักประกัน เฉพาะที่ดินที่มีบ้านสำหรับครอบครัวเดี่ยวเท่านั้น โดยจะไม่นำมูลค่าบ้านมาคำนวณเงินในการให้สินเชื่อ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา จะพิจารณาทั้งมูลค่าบ้านและที่ดิน ดังนั้น ยอดเงินสินเชื่อในประเทศญี่ปุ่นจึงมีจำนวนต่ำกว่ายอดเงินสินเชื่อของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อของประเทศญี่ปุ่นยังไม่มีกรรับห้องชุดคอนโดมิเนียมเป็นหลักประกันเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วย มีเพียงธนาคาร Tokyo Star เท่านั้นที่ยอมรับห้องชุดคอนโดมิเนียมเป็นหลักประกัน แต่ห้องชุดดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามเกณฑ์ที่ธนาคารกำหนด กล่าวคือ จะต้องอยู่ในพื้นที่ที่ธนาคารกำหนดก่อสร้างมาไม่เกิน 14 ปี ใช้เวลาเดินทางไปยังสถานีรถไฟไม่เกิน 10 นาที และมีพื้นที่ใช้สอยอย่างน้อย 50 ตารางเมตร ด้วยข้อจำกัดทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของธนาคารในประเทศญี่ปุ่นนี้เอง จึงทำให้สินเชื่อดังกล่าวไม่ได้รับความนิยมเท่าที่ควร<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Civil Code of Japan Article 370 “A mortgage shall extend to the Things that is an integral part of immovable properties that is the subject matter of the mortgage (hereinafter referred to as “Mortgaged Immovable Properties”) except for buildings on the mortgaged land; provided, however, that this shall not apply in cases where the act establishing the mortgage provides otherwise or the obligee can rescind the act of the obligor in accordance with the provisions of Article 424.”

<sup>124</sup> Kojima, T., *How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan*[Online].

### 3.2.2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาจำนอง

สัญญาจำนอง จะต้องเกิดจากการที่คู่สัญญาสองฝ่ายตกลงแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากัน จึงผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่ทั้งนี้ สัญญาจำนองจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ไม่ผูกพันถึงบุคคลภายนอกจนกว่าคู่สัญญาจะจดทะเบียนการจำนอง จึงจะมีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย<sup>125</sup> โดยจะต้องไปจดทะเบียนที่ Legal Affairs Bureau ในเขตที่มีอำนาจเหนือสถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่<sup>126</sup>

ตามสัญญาจำนองหมุนเวียน (Revolving Mortgage) คู่สัญญาจะสามารถเปลี่ยนแปลงวงเงินสูงสุดที่มีการจำนองเป็นประกันได้เมื่อได้รับความยินยอมจากบุคคลที่มีส่วนได้เสียเท่านั้น<sup>127</sup> และผู้ให้สินเชื่อจะสามารถโอนหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกันดังกล่าวไปยังบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อผู้ให้หลักประกันให้ความยินยอมต่อการโอนดังกล่าว และความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้น ณ เวลาโอน<sup>128</sup>

### 3.2.2.3 ลำดับบุริมสิทธิและสิทธิของผู้รับจำนอง

สัญญาจำนองย่อมก่อให้เกิดบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกัน อันทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องในการที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น ตามบทบัญญัติมาตรา 369 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น<sup>129</sup> โดยลำดับบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ซึ่งนำมาเป็นหลักประกันของเจ้าหนี้ ขึ้นอยู่กับการจดทะเบียนสิทธิ<sup>130</sup> ในกรณีที่มีการนำอสังหาริมทรัพย์เดียวกันเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หลายราย ผู้จดทะเบียนสิทธิก่อนย่อมมีบุริมสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่จดทะเบียนภายหลัง

ในกรณีที่นำทรัพย์สินหลายสิ่ง มาเป็นประกันการชำระหนี้รายเดียว กฎหมาย

<sup>125</sup> Hisashi Tanikawa *et al.*, *Credit and Security in Japan*, p. 100.

<sup>126</sup> International Comparative Legal Guides, *Real Estate 2017* [Online].

<sup>127</sup> Civil Code of Japan Article 398-5 “Alterations in the maximum amount of a Revolving Mortgage cannot be made unless the approval of the interested parties is obtained.”

<sup>128</sup> Azadeh Nassiri, *The Lending and Secured Finance Review* (London: Law Business Research Ltd, 2015), p. 100.

<sup>129</sup> Civil Code of Japan Article 369 (1) “A Mortgagee shall have the right to receive the performance of his/her claim prior to other obligees out of the immovable properties that the obligor or a third party provided to secure the obligation without transferring possession.”

<sup>130</sup> Hisashi Tanikawa *et al.*, *Credit and Security in Japan*, p. 59.



กำหนดให้อสังหาริมทรัพย์แต่ละสิ่ง รับภาระหนี้กระจายไปตามส่วนแห่งราคาทรัพย์สินนั้น หากมีการ บังคับทรัพย์สินหลักประกันพร้อมกัน<sup>131</sup> นอกจากนี้ กฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 373 ยังกำหนดให้ ลำดับแห่งสิทธิเป็นไปตามลำดับแห่งการจดทะเบียนหากนำทรัพย์สินสิ่งเดียวกันมาเป็นประกันการชำระหนี้ หลายราย<sup>132</sup> โดยเจ้าหนี้แต่ละรายอาจตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงลำดับบุริมสิทธิได้ ทั้งนี้ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีส่วนได้เสียก่อน และจะต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงด้วย จึงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย<sup>133</sup>

สำหรับเจ้าหนี้จำนองตามสัญญาจำนองหมุนเวียน (Revolving Mortgage) ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ได้ตามจำนวนเงินสูงสุดที่มีการจำนองเป็นประกันตามจำนวนเงินต้นที่กำหนดแน่นอนหรือจำนวนเงินที่มีการจ่ายตามระยะเวลา (Periodical Payments) และให้รวมถึง ดอกเบี้ย ค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาด้วย<sup>134</sup>

### 3.2.3 การบังคับทรัพย์สินหลักประกัน

#### 3.2.3.1 เงื่อนไขการบังคับหลักประกัน

สิทธิในการบังคับชำระหนี้ เกิดขึ้นเมื่อเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้ สามัญรายอื่นตามมาตรา 369 (1) โดยเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อสามารถบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สิน หลักประกันเท่านั้น หากเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้แล้วแต่ทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

<sup>131</sup> Civil Code of Japan Article 392 “(1) In cases where an obligee holds mortgages on several immovable properties to secure the same claim, if the proceeds of those immovable properties are to be distributed simultaneously, the obligee shall divide the burden of the claim in proportion to the value of each immovable property. (2) In cases where an obligee holds mortgages on several immovable properties to secure the same claim, if the proceeds from a particular immovable property alone are to be distributed, the mortgagee may receive the payment of his/her entire claim out of those proceeds. In such cases, subordinated mortgagees may exercise their mortgages in subrogation of that mortgagee, up to the amount that that mortgagee who receives payment would otherwise be entitled to receive from the proceeds of other immovable properties, in accordance with the provisions of the preceding paragraph.”

<sup>132</sup> Civil Code of Japan Article 373 “If more than one mortgage is created with respect to the same immovable properties, the order of priority of those mortgages shall follow the chronological order of their registration.”

<sup>133</sup> Civil Code of Japan Article 374 “(1) The order of priority of mortgages may be changed with the agreement of all mortgagees; provided, however, that, if there are interested persons, the consent of the same must be obtained. (2) The changes in order under the preceding paragraph shall not take effect unless registered.”

<sup>134</sup> Civil Code of Japan Article Section 397-3 (1) A revolving mortgagee may exercise his/her Revolving Mortgage up to the maximum amount with respect to all fixed payments of principal as well as periodical payments including interest and compensation for damages resulting from failure to perform obligations.

เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นนอกจากทรัพย์สินหลักประกันได้แต่จะต้องบังคับชำระหนี้ตามหนี้ส่วนที่ขาดที่ยังไม่ได้รับชำระหนี้จากการบังคับจากทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น<sup>135</sup> นอกจากนี้ เมื่อมีการผิดนัดเกิดขึ้น การจำนองย่อมรวมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินหลักประกันที่เกิดขึ้นหลังจากการผิดนัดด้วย เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อก็อาจใช้สิทธิบังคับชำระหนี้จากดอกผลของทรัพย์สินหลักประกันได้<sup>136</sup>

ในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันที่ผู้จำนองนำที่ดินมาเป็นหลักประกัน และต่อมามีการสร้างสิ่งปลูกสร้างในภายหลัง ผู้รับจำนองย่อมบังคับจำนองนำเงินที่ได้จากการขายเฉพาะที่ดินที่เป็นทรัพย์สินหลักประกันมาชำระหนี้เท่านั้น ผู้รับจำนองไม่มีสิทธิในบ้านที่สร้างขึ้นภายหลัง ดังนี้ ในกระบวนการศาล ผู้พิพากษาจะมีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไว้ก่อนที่จะดำเนินการขายทอดตลาดเพื่อประโยชน์ในการแบ่งจัดสรรเงินในภายหลัง กรณีผู้จำนองเป็นเจ้าของทั้งที่ดินและบ้าน ผู้จำนองก็สามารถจำนองทรัพย์สินแยกกันได้ เมื่อเวลาจะดำเนินการขายทรัพย์สินหลักประกัน หากบังคับจำนองที่ดินและมีผู้ซื้อที่ดินได้จากการขายทอดตลาด ผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของบ้านก็จำต้องย้ายออกหรือรื้อถอนบ้านออกไป เว้นแต่ จะตกลงเจรจาเรื่องการใช้สิทธิเหนือที่ดินกับเจ้าของที่ดินผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด<sup>137</sup> ในทางกลับกัน หากผู้จำนองนำบ้านไปจำนอง และมีผู้ซื้อบ้านทรัพย์สินหลักประกันได้จากการขายทอดตลาด โดยหลักแล้วผู้ซื้อไม่มีสิทธิเข้าไปใช้ที่ดินเช่นกัน แต่ผู้ซื้อทรัพย์สินอาจเจรจากับผู้จำนองเจ้าของที่ดินเพื่อขอสิทธิเหนือที่ดินและชำระค่าเช่าได้ (superficies) หากไม่สามารถตกลงกันได้ ศาลอาจเป็นผู้ตัดสินตามคำร้องขอของคู่กรณี ตามมาตรา 388 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น<sup>138</sup>

นอกจากนี้ หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ดอกเบี้ยหรือการชำระหนี้เป็นงวด เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับจำนองส่วนที่ถึงกำหนดชำระได้ภายใน 2 ปีเท่านั้น แต่หากมีการจดทะเบียนไว้เป็นพิเศษสำหรับหนี้ที่มีกำหนดชำระเป็นงวด ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิได้ตามกำหนดเวลาที่มีการจดทะเบียนไว้ หากผู้รับจำนองได้รับความเสียหายจากการผิดนัดของลูกหนี้ ผู้รับจำนองสามารถมาเรียกค่าเสียหายได้ภายในกำหนดเวลา 2 ปี แต่จะต้องไม่เกินกว่าจำนวนหนี้ซึ่งถึงกำหนดชำระภายใน 2 ปี<sup>139</sup>

<sup>135</sup> Civil Code of Japan Article 394 “(1) A mortgagee may receive payment from assets other than the Mortgaged Immovable Properties, limited to the extent of the portion of his/her claim not paid from the proceeds of that Mortgaged Immovable Properties.”

<sup>136</sup> Civil Code of Japan Article 371 “If there is a default with respect to a claim secured by a mortgage, the mortgage shall extend to the fruits of the Mortgaged Immovable Properties derived after the default.”

<sup>137</sup> Hisashi Tanikawa *et al.*, *Credit and Security in Japan*, p. 104.

<sup>138</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 166.

<sup>139</sup> Civil Code of Japan Article 375 “(1) If mortgagees have rights to demand periodic payments including interest, they may exercise their mortgages solely with respect to payments that have fallen due in the most

### 3.2.3.2 วิธีการบังคับหลักประกัน

การบังคับคดีของญี่ปุ่นเป็นไปตามกฎหมายบังคับคดีแพ่ง (Civil Execute Law (1980)) ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ หากเรื่องใดไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายบังคับคดีแพ่ง (Civil Execute Law (1980)) จะให้ใช้บังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code of Civil Procedure) และกฎข้อบังคับของศาลฎีกา ทั้งนี้ กฎหมายบังคับคดีแพ่ง (Civil Execute Law (1980)) ได้กำหนดให้การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันจะต้องดำเนินการ โดยมีรูปแบบการบังคับชำระหนี้ 2 แบบ ซึ่งต้องได้รับเลือกจากเจ้าหนี้ ดังนี้<sup>140</sup>

1) การบังคับขาย คือ การนำทรัพย์สินหลักประกันออกขายทอดตลาด หรือขายโดยวิธีอื่น เช่น การเปิดซองประมูลราคาผ่านไปรษณีย์ การขายทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งจะดำเนินการโดยพนักงานบังคับคดี การเปิดซองประมูลราคาแก่ผู้เสนอราคาซื้อสูงสุด โดยตามกฎหมายบังคับคดีแพ่ง (Civil Execute Law (1980)) กำหนดให้ ศาลที่พิจารณาคดีการบังคับคดีเป็นผู้เลือกรูปแบบวิธีการขายได้

2) การบังคับบริหารจัดการ คือ การบังคับคดีที่เจ้าหนี้เป็นผู้เริ่มร้องขอให้มีการบังคับคดี และศาลมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์ และเริ่มกระบวนการบริหารจัดการ โดยศาลจะมีคำสั่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สินเพื่อบริหารให้ทรัพย์สินหลักประกันที่ยึดก่อให้เกิดรายได้ด้วยวิธีที่เหมาะสม

กระบวนการบังคับคดีเริ่มต้นด้วยการที่เจ้าหนี้อื่นคำร้องโดยแสดงหลักฐานของการเป็นเจ้าหนี้มีประกันต่อศาล<sup>141</sup> ก่อนนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาด ศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งให้พนักงานศาลเข้าตรวจสอบทรัพย์สินที่ยึด พร้อมประเมินราคาทรัพย์สิน โดยศาลจะกำหนดราคาขั้นต่ำที่เหมาะสมและเป็นธรรมต่อฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ หากคู่ความไม่พอใจราคาประเมิน เจ้าหนี้หรือลูกหนี้สามารถยื่นคำร้อง เพื่อให้มีการพิจารณาใหม่ได้ นอกจากนี้ ญี่ปุ่นยังได้วางระเบียบเกี่ยวกับการ

---

recent two years; provided, however, that, if special registration is effected with respect to prior periodical payments that have fallen due, the mortgagees shall not be precluded from exercising their mortgages as from the time of that registration.

(2) In cases where mortgagees have rights to demand the compensation for damages resulting from defaults in obligations, the provisions of the preceding paragraph shall apply mutatis mutandis to the damages of the most recent two years; provided, however, that the aggregate period including the interest and other periodical payments may not exceed two years."

<sup>140</sup> พรพิศรา บุญชู, "ปัญหาการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยไม่ต้องฟ้องบังคับจำนองต่อศาลตามมาตรา 729/1 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 93-94.

<sup>141</sup> International Comparative Legal Guides, *Real Estate 2017* [Online].

เตรียมการขาย โดยยึดหลักสิทธิเรียกร้องใด ๆ เหนือทรัพย์สินที่ยึดต้องหมดไปก่อนที่ทรัพย์สินนั้นจะถูกบังคับขายด้วย ทั้งนี้ เพื่อช่วยให้ราคาขายทรัพย์สินนั้นมีราคาสูงขึ้น

### 3.2.3.3 การจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้

เมื่อมีการบังคับจำนองเกิดขึ้น ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนองเพื่อนำมาชำระหนี้ตามสัญญา ก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น อย่างไรก็ตาม หากมีบุคคลภายนอก ผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองได้เสียค่าใช้จ่ายอันจำเป็นหรือเป็นประโยชน์แก่ทรัพย์สินจำนอง บุคคลภายนอก ผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นย่อมมีสิทธิได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายที่เขาต้องเสียไปก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ตามมาตรา 196<sup>142</sup> หลังจากนั้น จะจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนองชำระหนี้แก่เจ้าหนี้จำนองตามลำดับการจดทะเบียนจำนองสังหาริมทรัพย์ และเจ้าหนี้สามัญต่อไป

### 3.2.3.4 การชำระหนี้ส่วนที่ขาด

ผู้รับจำนองสามารถฟ้องบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินหลักประกันที่นำมาจำนองได้เพียงเท่าหนี้ส่วนที่ขาดเท่าที่ยังไม่ได้รับการชำระหนี้จากการบังคับจำนองเท่านั้น ทั้งนี้ หลักดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับในกรณีที่มีการจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้เกิดขึ้นก่อนการจำหน่ายทรัพย์สินจำนองเพื่อการบังคับจำนอง อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้แต่ละรายอาจร้องขอให้มีการวางเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินไว้ที่สำนักงานวางทรัพย์สินเพื่อให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้ตามความในวรรคก่อนได้<sup>143</sup> จากการศึกษาพบว่า ธนาคารผู้ให้สินเชื่อมักจะกำหนดเงื่อนไขของสินเชื่อโดยออกแบบไม่ให้เกินมูลค่าทรัพย์สินหลักประกัน เพื่อไม่ต้องฟ้องเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ส่วนที่ขาดในภายหลัง

กรณีผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน ผู้รับจำนองมีสิทธิขอรับชำระ

<sup>142</sup> Civil Code of Japan Article 391 “If a third party acquirer of Mortgaged Immovable Properties has incurred necessary or beneficial expenses with respect to the Mortgaged Immovable Properties, he/she shall be entitled to obtain reimbursement of the same out of the proceeds of the Mortgaged Immovable Properties prior to other obligees, in accordance with the distinctions in Article 196.”

<sup>143</sup> Civil Code of Japan Article 394 “(1) A mortgagee may receive payment from assets other than the Mortgaged Immovable Properties, limited to the extent of the portion of his/her claim not paid from the proceeds of that Mortgaged Immovable Properties. (2) The provisions of the preceding paragraph shall not apply to cases where the proceeds of other assets are to be distributed prior to the proceeds of the Mortgaged Immovable Properties. In such cases, each other obligee may demand that the amount to be distributed to the mortgagee be deposited in order to have the mortgagee receive payment under the provisions of that paragraph.”

หนี้ของเจ้าหนี้สามัญสำหรับเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่นนอกเหนือจากทรัพย์สินหลักประกันได้

### 3.2.4 ความระงับของสัญญาจำนอง

ตามหลักการของกฎหมายญี่ปุ่น การจำนองย่อมระงับสิ้นไปด้วยเหตุดังต่อไปนี้

- 1) หนี้ประธานระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่น ซึ่งมีใช้เหตุอายุความอันเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้หรือผู้จำนอง<sup>144</sup>
- 2) บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองชำระราคาทรัพย์สินเป็นจำนวนเงินเท่ากับหนี้ที่มีการจำนองตามที่ได้รับจำนองกำหนด<sup>145</sup>
- 3) เจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนจำนองทั้งหมดยินยอมรับข้อเสนอราคาหรือจำนวนเงินโดยบุคคลภายนอกผู้ต้องการซื้อทรัพย์สินจำนอง และบุคคลภายนอกนั้นได้ชำระราคาหรือวางเงินไว้ที่สำนักงานวางทรัพย์สินแล้ว<sup>146</sup>
- 4) หากมีบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่ผู้จำนองและลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินจำนองจนได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์ จำนองนั้นย่อมสิ้นผลไป<sup>147</sup>

### 3.2.5 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

ประเทศญี่ปุ่นไม่มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมหรือคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) โดยเฉพาะ แต่จากการศึกษาพบว่า มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไป ดังนี้

1. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (Basic Consumer Act) ตราขึ้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1968 โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยและเป็นธรรมในการบริโภคสินค้าและบริการ ให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงข้อมูลของ

<sup>144</sup>Civil Code of Japan Article 396 “No mortgage shall be extinguished by prescription in relation to obligors and mortgagors unless it is extinguished simultaneously with the claim the mortgage secures.”

<sup>145</sup> Civil Code of Japan Article 378 “If a third party who purchases the ownership or superficies of Mortgaged Immovable Properties pay the price of the same to the relevant mortgagee at the request of the mortgagee, the mortgage shall be extinguished for the benefit of that third party.”

<sup>146</sup> Civil Code of Japan Article 386 “A mortgage shall be extinguished if all registered obligees approve the price or amount offered by the third party acquirer of the Mortgaged Immovable Properties, and the third party acquirer of the Mortgaged Immovable Properties has paid or deposited the price or amount approved.”

<sup>147</sup> Civil Code of Japan Article 397 “If a person who is neither an obligor nor a mortgagor has possessed the Mortgaged Immovable Properties in complete conformity with the requirements for acquisitive prescription, the mortgage shall be extinguished thereby.”

สินค้าและบริการอย่างมีคุณภาพ มีอำนาจในการต่อรองที่เท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจมากขึ้น โดยมีรัฐบาลและหน่วยงานท้องถิ่น เป็นผู้วางแผนและนโยบายและปฏิบัติการให้เป็นไปตามแผนและนโยบายดังกล่าว และผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการตามนโยบายที่ รัฐบาลกำหนดด้วย

ผู้บริโภคจะได้รับความสะดวกจากการบริโภคสินค้าและบริการตามกฎหมายฉบับนี้ โดยภาครัฐจะเป็นผู้หน้าที่หลักในการจัดให้มีมาตรการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- 1) กำหนดมาตรการที่สร้างความปลอดภัยในการบริโภค
- 2) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลและการดำเนินการที่เหมาะสมและเป็นธรรม ในการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภค
- 3) กำหนดมาตรการในการดูแลการดำเนินการทางการค้าเกี่ยวกับปริมาณและน้ำหนักที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค
- 4) จัดให้สินค้าและบริการมีมาตรฐานที่เหมาะสม
- 5) จัดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีฉลากสินค้า และโฆษณาที่เหมาะสม โดยไม่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิด
- 6) สนับสนุนให้มีการแข่งขันทางการค้าโดยอิสระและเป็นธรรม
- 7) สนับสนุนให้ผู้บริโภคมีความตระหนักรู้และมีการศึกษาที่เป็นประโยชน์ต่อการบริโภค
- 8) สนับสนุนให้ผู้บริโภคมีโอกาสในการแสดงความคิดเห็น
- 9) สนับสนุนให้มีการเยียวยาต่อข้อร้องเรียนและร้องทุกข์ของผู้บริโภค
- 10) ส่งเสริมให้มีความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมการป้องกันอันตรายจากการบริโภค
- 11) จัดให้มีสถานที่ในการทดสอบสินค้า ตรวจสอบผลิตภัณฑ์ และการวิจัย

นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจด้วยโดยในการขายสินค้าหรือบริการผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่เพียงพอและจำเป็นสำหรับการเข้าทำสัญญาของผู้บริโภค พิจารณาลักษณะความรู้ ประสบการณ์และสถานะทางการเงินของผู้บริโภค รวมถึงกำหนดให้มีมาตรการที่เพียงพอในการรับข้อร้องเรียนของผู้บริโภค และต้องปรับปรุงคุณภาพสินค้าและบริการ ให้เป็นที่ไว้วางใจของผู้บริโภคอย่างสม่ำเสมอ

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่

ก) ศูนย์กิจการเกี่ยวกับผู้บริโภคแห่งชาติ (the National Consumer Affairs Center) เป็นองค์กรของรัฐบาลซึ่งก่อตั้งขึ้นตามกฎหมาย หน้าที่สำคัญหลัก คือ เป็นศูนย์รับเรื่องราวร้องทุกข์เพื่อรับทราบสภาพปัญหาของผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้าและบริการ แล้วนำข้อมูลจากคำร้องเรียนดังกล่าวมารวบรวมเก็บเป็นสถิติเพื่อการวิเคราะห์ สรุปเป็นข้อมูลให้แก่คณะรัฐมนตรีสำหรับการวางนโยบายและทิศทางการคุ้มครองผู้บริโภคต่อไป รวมถึงการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคและการจัดการเกี่ยวกับการร้องทุกข์ของผู้บริโภค

ข) คณะกรรมการแผนคุ้มครองผู้บริโภค (The Consumer Policy Council) ทำหน้าที่วางแผนและกำหนดทิศทางด้านนโยบายและมาตรการการคุ้มครองผู้บริโภคของรัฐบาล โดยมีสำนักงานคณะรัฐมนตรี (Cabinet Office) กระทรวงและองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทำหน้าที่ประสานงาน รวบรวมมาตรการหรือนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคและหน่วยงานท้องถิ่นจะนำแผนดังกล่าวไปปฏิบัติ นโยบายของหน่วยงานท้องถิ่นจะต้องสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล นอกจากนี้ หน่วยงานท้องถิ่นจะทำหน้าที่ออกข้อบัญญัติของตนเองเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและจะต้องยุติข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจด้วย

จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดกรอบกว้างๆ ในการดำเนินแนวทางหรือปฏิบัติการเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

2.) พระราชบัญญัติสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract Act) ตราขึ้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เยียวยาความเสียหาย และสร้างมาตรฐานสวัสดิการและความเป็นอยู่ของผู้บริโภคให้ดีขึ้น โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ให้สิทธิผู้บริโภคที่จะยกเลิกการทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจได้ เมื่อผู้บริโภคถูกหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจลักษณะของธุรกรรมที่ทำกับผู้ประกอบธุรกิจผิดไป นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังกำหนดให้ข้อสัญญาบางข้อไม่มีผลบังคับด้วยหากเข้าลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด<sup>148</sup>

กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดคำนิยามของผู้ประกอบธุรกิจ ไว้ว่าหมายถึง นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ประกอบธุรกิจ ส่วนผู้บริโภคได้ให้คำนิยามไว้ว่าหมายถึง บุคคลธรรมดา แต่ไม่รวมถึงบุคคลธรรมดาที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ประกอบธุรกิจ และสัญญาผู้บริโภค

<sup>148</sup> International Affairs Office, Consumer Policy Regime in Japan [Online]. Available from: <http://www.consumer.go.jp/english/cprj> [2017, April 14]

หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค (แต่ไม่รวมสัญญาจ้างแรงงาน<sup>149</sup>) ผู้เขียนจึงเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวนำมาบังคับใช้กับสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ด้วยเนื่องจากเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ

เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคตกลงเข้าทำสัญญากันแล้ว กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องให้ข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอต่อผู้บริโภค โดยจะต้องอธิบายให้ผู้บริโภคเข้าใจ ซึ่งลักษณะข้อตกลง สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ให้ชัดเจน เมื่อใดก็ตามที่ข้อมูลนั้นจะมีความสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคก่อนที่จะเข้าทำสัญญา ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่อย่างเคร่งครัดที่จะต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบ<sup>150</sup> และผู้บริโภคเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องทำความเข้าใจลักษณะธุรกรรมที่ตนเองจะเข้าร่วมถึงสิทธิหน้าที่และข้อตกลงต่าง ๆ ตามสัญญาด้วย

ทั้งนี้ หากการเข้าทำสัญญาผู้บริโภคเกิดจากเหตุที่กฎหมายกำหนดดังต่อไปนี้ ผู้บริโภคก็อาจปฏิเสธที่จะเสนอหรือสนองรับสัญญาดังกล่าวได้

- 1) ผู้ประกอบการธุรกิจให้คำรับรองเท็จเกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญา
- 2) การแจ้งราคาหรือจำนวนเงินในอนาคตที่ผู้บริโภคจะได้รับซึ่งเป็นจำนวนที่ไม่แน่นอนหรือรายการอื่น ๆ ที่ไม่แน่นอนอันขึ้นอยู่กับการเปลี่ยนแปลงสินค้าและบริการตามสัญญาในอนาคต ให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่าเป็นจำนวนที่แน่นอน
- 3) ผู้ประกอบการธุรกิจแจ้งแค่ประโยชน์หรือข้อดีของสาระสำคัญของสัญญา โดยจงใจปกปิดข้อเสียไม่แจ้งให้ผู้บริโภคทราบ สาระสำคัญของสัญญา ได้แก่ คุณภาพ วัตถุประสงค์ในการใช้งานและรายละเอียดอื่น ๆ ของสินค้าและบริการตามสัญญา ราคาและเงื่อนไขอื่น ๆ ของธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาผู้บริโภค

ทั้งนี้ สิทธิในการยกเลิกสัญญาของผู้บริโภคย่อมสิ้นผลไปเมื่อพ้น 6 เดือนนับแต่เวลาที่ผู้บริโภคสามารถให้สัตยาบันได้ หรือ 5 ปีนับจากวันทำสัญญา

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ข้อสัญญาไม่มีผลบังคับ หากเข้ากรณีดังต่อไปนี้

- 1) ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบทั้งหมดของผู้ประกอบการธุรกิจในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคกรณีผู้ประกอบการธุรกิจผิดสัญญา

<sup>149</sup> Research Institute of Economy, *Japan's Consumer Policy* [Online]. Available from: <http://www.rieti.go.jp/en/special/policy-update/031.html> [2017, April 14]

<sup>150</sup> Kunihiro Nakata, *Recent Developments in Japanese Consumer Law* [Online]. Available from: <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1269&context=psilr> [2017, April 14]



- 2) ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจในการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคโดยจำกัดความรับผิดชอบอยู่ที่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทน หรือลูกจ้างเท่านั้น
- 3) ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจจากการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง
- 4) ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจจากการกระทำละเมิดโดยจำกัดความรับผิดชอบอยู่ที่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทน หรือลูกจ้างเท่านั้น
- 5) ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค ในกรณีที่สัญญาบริโภคเป็นสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินและทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญของสัญญามีความชำรุดบกพร่องอยู่ก่อนแล้ว
- 6) ข้อตกลงที่กำหนดค่าเสียหาย ค่าปรับ ในกรณีที่ผู้บริโภคยกเลิกสัญญา โดยค่าเสียหายหรือค่าปรับนั้นมีจำนวนสูงเกินกว่าค่าเสียหายตามปกติที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้บริโภคยกเลิกสัญญา โดยกฎหมายกำหนดให้จำนวนค่าเสียหายหรือค่าปรับที่สูงเกินกว่าค่าเสียหายปกติไม่มีผลบังคับ
- 7) ข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเพิ่มภาระหน้าที่ของผู้บริโภคมากกว่าที่กฎหมายกำหนดและขัดต่อหลักการพื้นฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งที่บุคคลจะต้องใช้สิทธิโดยสุจริต

นอกจากนี้ ตามกฎหมายดังกล่าวยังมีการให้อำนาจ Consumer Organization ที่จะรับเรื่องร้องทุกข์และเป็นผู้มีอำนาจแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดหรือป้องกันการกระทำที่อาจเข้าข่ายการให้ข้อมูลหรือลักษณะสัญญาตามที่กล่าวไปข้างต้นด้วย และหน่วยงานดังกล่าวยังมีอำนาจฟ้องเพื่อขอคำสั่งศาลให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดการกระทำดังกล่าวที่จะกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคด้วย<sup>151</sup>

ด้วยกฎหมายดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไป ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวนำมาใช้บังคับกับสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ด้วย

<sup>151</sup> Research Institute of Economy, Japan's Consumer Policy [Online].

## บทที่ 4

### หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับของประเทศไทย

ตามที่ได้กล่าวถึงลักษณะและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในต่างประเทศมาแล้ว สำหรับบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อดังกล่าวสำหรับประเทศไทย โดยจากการศึกษา พบว่า มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายเรื่องด้วยกันไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติกรรม หนังสือ การกู้ยืมเงิน จำนอง มรดก พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม โดยผู้เขียนจะกล่าวไปตามลำดับ ดังต่อไปนี้

#### 4.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสินเชื่ออันก่อให้เกิดหนี้ประฐาน

การให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยมีการจำนองอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ดังนั้น ในเบื้องต้น จึงนำหลักการและความสมบูรณ์ของการกู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณา ดังนี้

1. การกู้ยืมเงินเป็นสัญญาใช้สິนเปลืองชนิดหนึ่ง จำเป็นต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สິนเปลืองมาใช้กับสัญญากู้ยืมเงินด้วย โดยสัญญาใช้สິนเปลืองเป็นสัญญาที่จะต้องมีการตกลงคืนทรัพย์สินอื่นที่เป็นประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกันด้วย มิฉะนั้น อาจเข้าลักษณะสัญญาอื่น เช่น สัญญาให้ หรือ สัญญาซื้อขายที่ตกลงในลักษณะชำระราคาตอบแทน หรือสัญญาแลกเปลี่ยนที่ตกลงให้ของอื่นแทน ส่วนการกู้ยืมเงินเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์แห่งนี้เป็นเงินตรา มิใช่ทรัพย์สินชนิดที่ใช้ไป สิ้นไป หรือเสื่อมสลายไปเพราะการใช้ อันมีลักษณะแตกต่างจากลักษณะทรัพย์สินประเภทอื่นที่ใช้ไปสิ้นไปและต้องหาทรัพย์สินคืน ประเภทเดียวกันมาคืนผู้ให้ยืม ด้วยการกู้ยืมเงินมีลักษณะแตกต่างออกไป ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะเพื่อใช้กับการกู้ยืมเงินโดยเฉพาะ ได้แก่ มาตรา 653-656

2. สัญญากู้ยืมเงินจะบริบูรณ์เมื่อส่งมอบเงินที่ยืม ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 650 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“มาตรา 650 อันว่ายืมใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงนั้น คือสัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น

สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม”

การส่งมอบเงินกู้เป็นหัวใจสำคัญของการกู้ยืมเงิน หากไม่มีการส่งมอบเงินกู้ สัญญากู้ยืมนั้นก็ จะไม่บริบูรณ์และไม่สามารถเกิดสัญญาอุปกรณ์ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เนื่อง ด้วยแม้ทำสัญญาจำนองขึ้นมา หากหนี้ประธานหรือหนี้หลักตามสัญญากู้ยืมเงินไม่บริบูรณ์ สัญญา จำนองที่สมบูรณ์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาถึงสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะเห็นได้ว่า ผู้ขอสินเชื่อสามารถเลือกวิธีเบิกเงินกู้ได้หลายวิธีไม่ว่าจะเป็นเบิกก้อนเดียว หรือ วงเงิน สินเชื่อ หรือแบบรายเดือน การส่งมอบเงินกู้แบบวงเงินสินเชื่อและแบบรายเดือนจึงอาจทำให้เกิด ประเด็นปัญหาว่า การส่งมอบเงินกู้ลักษณะดังกล่าวเป็นการส่งมอบเงินในอนาคตซึ่งจะมีผลทาง กฎหมายเช่นไร เรื่องนี้อาจแบ่งได้ 2 ความเห็น คือ

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า การส่งมอบเป็นแบบของสัญญายืม สัญญายืมสมบูรณ์ได้ด้วยการ ส่งมอบทรัพย์สิน แม้คู่สัญญาจะได้ตกลงกันยืมทรัพย์สินและทำสัญญาลงลายมือชื่อสองฝ่ายแล้ว ตราบใด ที่ยังไม่มีการส่งมอบ สัญญายืมย่อมไม่สมบูรณ์ ตกเป็นโมฆะ<sup>1</sup> ดังนั้น หากพิจารณาตามความเห็นที่หนึ่ง ว่า การส่งมอบเงินกู้เป็นแบบของสัญญากู้ ถ้ามีการตกลงกู้ยืมเงินแล้ว จะต้องส่งมอบเงินกู้ให้กันทันทีที่ มีการตกลงกัน สัญญาจึงจะบริบูรณ์

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การส่งมอบในกรณีสัญญายืมนั้นหมายถึงความคิดของโรมัน คือ ถ้าไม่ ส่งมอบไม่ก่อให้เกิดสัญญายืมและไม่ก่อนที่ผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สิน เมื่อใดที่มีการส่งมอบ สัญญานั้นก็ย่อม บริบูรณ์ คือ มีผลบังคับกันได้<sup>2</sup> ดังนั้น การส่งมอบเงินกู้เป็นเพียงสิ่งที่ทำให้สัญญากู้ยืมบริบูรณ์เท่านั้น การส่งมอบเงินกู้ในภายหลังเล็กน้อยจึงไม่น่าจะทำให้สัญญากู้ยืมเงินเสียไป โดยไม่น่าจะตีความ เครื่องครัดเท่าความเห็นที่หนึ่ง<sup>3</sup> ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 246/2485 การกู้ยืมเงินนั้น การที่ผู้กู้ไม่ได้รับ เงินไปในวันทำสัญญาไม่หมายความเสมอไปว่า สัญญาจะไม่สมบูรณ์ คำพิพากษาฎีกาที่ 1579/2552 วินิจฉัยไว้ว่า “แม้การจดทะเบียนจำนองจะเกิดขึ้นก่อนเวลาที่โจทก์ส่งมอบเงินกู้แก่จำเลยที่ 1 ก็ตาม

<sup>1</sup> ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 96-97.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>3</sup> ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืม-ฝากทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 66.

เมื่อต่อมาโจทก์มอบเงินกู้แก่จำเลยที่ 1 หนี้เงินกู้ในส่วนนั้นก็สมบูรณ์ การจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ดังกล่าวล่วงหน้าจึงบังคับกันได้”

3. การกู้ยืมเงินกว่า 2,000 บาทขึ้นไป จะต้องหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ โดยหลักฐานเป็นหนังสือนั้นจะต้องมีหลักฐานเพียงพอแสดงข้อความให้เห็นว่าผู้กู้ได้รับเงินไปและจะใช้เงินคืนให้ ในปัจจุบัน เมื่อธนาคารตกลงให้บุคคลกู้ยืมเงินย่อมมีการตกลงเงื่อนไขของสัญญาและทำสัญญากู้ยืมเพื่อให้คู่สัญญาลงนามเป็นปกติทางการค้าของธนาคารอยู่แล้ว เรื่องการมีหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญากู้ยืมเงินจึงไม่น่าจะเป็นปัญหาต่อการให้สินเชื่อกับธนาคารในปัจจุบัน ทั้งนี้ แม้ว่าผู้กู้จะลงนามในเอกสารไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะได้รับเงินกู้ หากผู้ให้กู้ได้ส่งเงินให้ผู้กู้จริง เอกสารที่ลงนามไว้ล่วงหน้านั้นก็ย่อมใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีได้

4. ดอกเบี้ย สัญญากู้ยืมเงินอาจเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนได้ โดยผู้ให้กู้จะกำหนดการคิดดอกเบี้ยเพื่อเป็นค่าตอบแทนให้แก่ตนเองในการที่ผู้กู้ได้ใช้เงิน ทั้งนี้ แม้กฎหมายไทยจะไม่ได้กำหนดว่าการตกลงดอกเบี้ยจะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง หรือต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ในทางปฏิบัติธนาคารผู้ให้กู้ก็มักจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยในหนังสือสัญญากู้เพื่อมิให้เกิดการโต้แย้งกันในภายหลัง การกำหนดอัตราดอกเบี้ยอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ 1) กรณีไม่ได้ตกลงกำหนดอัตราดอกเบี้ยกันไว้ กฎหมายกำหนดให้คิดในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามมาตรา 7 2) กรณีคู่สัญญาดอกเบี้ยกำหนดอัตราดอกเบี้ยกัน จะต้องกำหนดไม่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด คือ ร้อยละ 15 ต่อปีตามมาตรา 654 นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ที่วางบทลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดด้วย จากการที่พระราชบัญญัติมีสภาพบังคับทางอาญา ส่งผลให้พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การเรียกดอกเบี้ยในอัตราที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดจึงถือเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย อันทำให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้ และส่งผลให้ผู้ให้กู้ไม่สามารถเรียกร้องให้มีการชำระดอกเบี้ยได้<sup>4</sup>

อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้กู้เป็นสถาบันการเงิน กฎหมายที่จะบังคับเกี่ยวกับการเรียกดอกเบี้ยอัตราสูงสุดจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ที่ให้

<sup>4</sup> สุธีร์ ศุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, หน้า 117-119.

สถาบันการเงินสามารถคิดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้ ซึ่งนับว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654<sup>5</sup>

ส่วนการคิดดอกเบี้ยทบต้น มาตรา 655 ได้วางหลักการคิดดอกเบี้ยทบต้นไว้ ซึ่งโดยหลักจะไม่ให้คิดดอกเบี้ยทบต้น เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันหรือมีประเพณีการค้าขายให้คิดได้ เช่น สัญญาบัญชีเดินสะพัด เป็นต้น ทั้งนี้ หากคู่กรณีตกลงกันคิดดอกเบี้ยทบต้น ก็จะต้องทำตามเงื่อนไข 2 ประการ คือ 1) ต้องทำสัญญาเรียกดอกเบี้ยทบต้นเป็นหนังสือ 2) ผู้กู้ค้างชำระดอกเบี้ยมาเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันในขณะทำสัญญาก็ได้ ไม่จำเป็นต้องรอให้หนี้ดอกเบี้ยค้างชำระก่อน แต่หากในข้อสัญญาไม่มีการระบุเงื่อนไขดังกล่าว ข้อตกลงนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ดั่งนัยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1527/2517

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินตามข้อ 2. ข้างต้นอย่างลึกซึ้งแล้ว อาจมีความเห็นที่ต่างออกไปว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไม่เป็นสัญญากู้ยืมเงิน เนื่องด้วยไม่มีการส่งมอบเงิน ณ วันทำสัญญา อันส่งผลให้ไม่มีผลสมบูรณ์เป็นสัญญากู้ยืมเงินตามมาตรา 650 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ ตามที่สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอสินเชื่อ เงื่อนไขสัญญา สิทธิหน้าที่ และเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระแตกต่างจากสัญญากู้ยืมเงินกรณีทั่วไป ผู้เขียนจึงนำหลักการของลักษณะสัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญานอกบรรพ 3 มาพิจารณาด้วย ดังนี้

สัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญานอกบรรพ 3 เป็นสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุไว้ในบรรพ 3 และกฎหมายไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา<sup>6</sup> สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาอันเกิดเป็นสัญญาและก่อความผูกพันเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน โดยลักษณะนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาจะเป็นไปตามหลักการของนิติกรรม หนี้และสัญญา นอกจากนี้ คู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลง วัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและสัญญาดังกล่าวย่อมใช้บังคับกันได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาอันเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทั้งนี้ หากถือว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสัญญานอกบรรพ 3 แล้ว ผู้ให้สินเชื่อย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 653-656

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

<sup>6</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 307-308.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ให้สินเชื่อจึงมีสิทธิติดดอกเบี้ยยในอัตราที่เกินกว่าร้อยละ 15 และติดดอกเบี้ยทบต้นตามสัญญาได้ เพียงแต่ห้ามติดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดตามที่ มาตรา 224 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ รวมถึงไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานลงลายมือ ชื่อผู้ขอสินเชื่อในการฟ้องคดีต่อศาลด้วย

## 4.2 การนำทรัพย์สินของผู้สูงอายุมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบสัญญาจำนอง

เมื่อผู้ขอสินเชื่อขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จากธนาคาร ธนาคารย่อมต้องการให้ผู้ขอสินเชื่อนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันเพื่อสร้างความ มั่นใจว่าธนาคารจะได้รับชำระหนี้จากการบังคับทรัพย์สินหลักประกันกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต ธนาคาร และผู้ขอสินเชื่อจึงต้องตกลงทำสัญญาจำนองเพื่อให้ธนาคารสามารถบังคับจำนองกับที่ดินและบ้านซึ่ง เป็นหลักประกันและสามารถบังคับเอาากับตัวทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาได้ นอกจากนี้ ธนาคารยังมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญตามหลักกฎหมายจำนองด้วย

### 4.2.1 การทำสัญญาจำนอง

แม้ว่าผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่อจะมีอิสระที่ตกลงเงื่อนไขของสัญญาสินเชื่อและ สัญญาจำนองได้ แต่กฎหมายก็กำหนดให้การทำสัญญาจำนองต้องทำตามแบบและมีข้อความตามที่ กฎหมายกำหนด โดยสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากมิได้ ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ เมื่อกฎหมายกำหนดให้การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาหรือระงับการจำนองจึงจำเป็นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย มิฉะนั้นจะไม่สามารถยกเอาการเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือการระงับ ยันต่อบุคคลภายนอกได้ตามมาตรา 746 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเรื่องที่จะต้องนำไปจดทะเบียนจำนอง แบ่งได้ 3 กรณี คือ กรณีการชำระหนี้สิ้นเชิงหรือบางส่วน การระงับหนี้ การตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือ หนี้อื่นจำนองเป็นประกัน

นอกจากกฎหมายจะกำหนดให้ทำสัญญาจำนองเป็นหนังสือแล้ว ยังกำหนดให้ระบุ ข้อความในสัญญาจำนองด้วย มิฉะนั้น สัญญาจำนองย่อมมีผลไม่สมบูรณ์ ดังมีสาระดังต่อไปนี้

1. ต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง ตามมาตรา 704 ทั้งนี้ เพื่อให้รู้ว่า ทรัพย์สินที่นำมา เป็นหลักประกันและสามารถบังคับจำนองได้นั้นเป็นทรัพย์สินใด และผู้รับจำนองจะใช้สิทธิรับชำระหนี้

ก่อนเจ้าหน้าที่สามัญคนอื่นเหนือทรัพย์สินใด<sup>7</sup> เพื่อจะได้ใช้สิทธิได้ถูกต้องและเพื่อให้บุคคลภายนอกผู้ถึงสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้รับจำนองด้วย

สำหรับทรัพย์สินที่นำมาจำนอง มาตรา 703 กำหนดว่า อสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าประเภทใดๆ ย่อมนำมาจำนองได้ ไม่ว่าจะเป็นที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างที่ติดอยู่กับที่ดิน ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาจำนองได้นั้นจำเป็นต้องมีหลักฐานทางทะเบียนเพื่อให้สามารถนำมาจดทะเบียนเพื่อตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ได้ ส่วนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นก็อาจจำนองได้เนื่องจากอยู่ในความหมายของอสังหาริมทรัพย์ แต่โดยลักษณะของการบังคับจำนองนั้น จำเป็นต้องขายทอดตลาด หรือบังคับเอาหลุดเป็นสิทธิ ทรัพย์สินนั้นจึงต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้ เช่น สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน (หากสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลง จำนองย่อมสิ้นสุดไปด้วย<sup>8</sup>) เป็นต้น แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ทรัพย์สินแม้ว่าจะโอนกันได้ ก็ไม่สามารถมาจดทะเบียนจำนองได้ เพราะทรัพย์สินไม่ใช่กรรมสิทธิ์ แต่เป็นเพียงสิทธิที่จำกัดกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หากนำมาเป็นหลักประกันย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับจำนองซึ่งอาจมีผลกระทบต่อตัวอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นทรัพย์สินประธาน<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า กฎหมายจะเปิดช่องให้นำอสังหาริมทรัพย์ประเภทใดก็ตามมาจำนองได้ แต่สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้ มุ่งหมายให้ผู้สูงอายุนำที่ดินและบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักมาเป็นหลักประกันเท่านั้น อสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ เช่น บ้านพักตากอากาศ บ้านเช่า ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น จะนำมาเป็นหลักประกันไม่ได้ ธนาคารจะไม่รับเป็นหลักประกัน เพราะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อ

2. ต้องระบุนับจำนวนเงินที่จำนอง เพื่อให้ทราบว่าทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนี้เป็นประกันการชำระหนี้ในจำนวนเงินเท่าใด และผู้จำนองมีสิทธิที่จะนำทรัพย์สินไปจำนองเจ้าหน้าที่รายอื่นได้อีก การระบุนับเงินจึงทำให้รู้ว่าเจ้าหน้าที่จำนองแต่ละคนจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหน้าที่สามัญและบังคับชำระหนี้ได้จำกัดที่จำนวนเงินเท่าใด นอกจากนี้ ยังจำเป็นต้องระบุเป็นเงินไทย เพื่อให้เจ้าหน้าที่

<sup>7</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516 (กรุงเทพมหานคร แสงสุทธิการพิมพ์, 2525), หน้า 76.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

<sup>9</sup> อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำน่า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 101-102.

รายอื่นที่จะรับจ้างต่อไป รู้ว่า เครดิตมูลค่าของทรัพย์สินจะเหลืออยู่เท่าใด หากระบุเป็นเงินตราต่างประเทศก็อาจทำให้ผู้รับจ้างอื่นไม่ทราบจำนวนที่แน่ชัดว่าเป็นเงินจำนวนเท่าใด<sup>10</sup>

สำหรับสินเชื่อนี้ ผู้ขอสินเชื่ออาจเบิกเงินเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิต ทำให้อาจมีปัญหาในการระบุจำนวนเงินที่จ้างได้ว่าควรระบุจำนวนเท่าใดเนื่องด้วยเป็นจำนวนที่ไม่แน่นอน เพราะเป็นหนี้ที่จะเกิดขึ้นในช่วงเวลาข้างหน้าของผู้ขอสินเชื่อเบิกใช้เงินกู้ อันถือเป็นการประกันหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จากการศึกษาสัญญาสินเชื่อกรณีทั่วไปและทางปฏิบัติของธนาคารพบว่า ผู้ให้สินเชื่อจะระบุจำนวนเงินขั้นสูงสุดที่จ้างประกันได้<sup>11</sup> คือ ยอดวงเงินสินเชื่อทั้งหมดตามสัญญาสินเชื่อดังกล่าว

3. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 707 ได้กำหนดให้นำมาตรา 681 มาใช้กับการจ้างโดยอนุโลม ดังนี้ ในกรณีที่มีการจ้างเป็นประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข สัญญาจ้างจึงต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้ประธาน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่จ้างเป็นประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ประธาน ไว้ในสัญญาจ้างให้ครบถ้วน หากไม่ระบุหรือระบุไม่ครบถ้วน สัญญาจ้างย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 685/1 แต่จะโมฆะทั้งฉบับหรือโมฆะบางส่วนต้องพิจารณาตามมาตรา 173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>12</sup> โดยเหตุที่จะต้องระบุเนื้อหาข้างต้นในสัญญาจ้างก็เพื่อให้ผู้จ้าง สามารถรู้ขอบเขตความรับผิดชอบของตนได้อย่างชัดเจนว่าเมื่อลูกหนี้ก่อให้เกิดหนี้ที่มีวัตถุประสงค์หรือมูลหนี้ลักษณะใดบ้างที่จะทำให้ผู้จ้างเกิดความรับผิด และความรับผิดสูงสุดหรือระยะเวลาที่ตนต้องรับผิดมีเท่าใด เพื่อจะได้ประเมินได้ถูกต้องว่าควรจะทำสัญญาจ้างหรือไม่<sup>13</sup> เมื่อคู่สัญญากำหนดเนื้อหาตามที่บัญญัติดังกล่าว กำหนด ย่อมทำให้กรณีลูกหนี้ทำสัญญานอกเหนือขอบวัตถุประสงค์ของการก่อหนี้ หรือลักษณะมูลหนี้หรือระยะเวลาที่ตนได้กำหนดไว้ ย่อมถือว่า หนี้ตามสัญญาดังกล่าวอยู่นอกเหนือความรับผิดของผู้จ้าง หรือในกรณีที่สัญญาจ้างไม่ได้ระบุระยะเวลาในการจ้าง อาจถือเป็นกรณีที่ไม่ได้

<sup>10</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จ้าง จ้างนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516, หน้า 81.

<sup>11</sup> สุตา (วิชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์, หลักกฎหมาย ค้ำประกัน จ้าง จ้างนำ = Principle of Law : Suretyship, Mortgage & Pledge (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 85.

<sup>12</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 6.

<sup>13</sup> สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน และจ้าง : แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 (กรุงเทพมหานคร สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558), หน้า 2.



ตกลงกำหนดให้การจำนองเป็นการประกันหนี้ในอนาคต และมีผลเพียงเป็นการจำนองประกันหนี้เท่าที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาจำนอง<sup>14</sup>

#### 4.2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองถือเป็นสัญญาอุปกรณ์เนื่องด้วยเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน หากไม่มีหนี้ประธานแล้ว สัญญาจำนองซึ่งเป็นหนี้อุปกรณ์ย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยสมบูรณ์ นอกจากนี้ หนี้ประธานหรือหนี้ของสัญญาสินเชื่อที่หนี้จำนองเป็นประกันต้องเป็นหนี้อันสมบูรณ์ด้วย สัญญาจำนองจึงจะมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย เมื่อสัญญาจำนองเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อประกันการชำระหนี้ประธาน หนี้จำนองจึงอยู่ภายใต้ขอบเขตของหนี้ประธาน หากหนี้ประธานไม่มีผลผูกพัน สัญญาจำนองย่อมไม่มีผลผูกพันไปด้วย เมื่อพิจารณาความสมบูรณ์ของหนี้ประธานหรือหนี้ของสัญญาสินเชื่อ นอกจากจะพิจารณาถึงบทบัญญัติเฉพาะของลักษณะนิติกรรมนั้นแล้ว จำเป็นต้องพิจารณาบททั่วไปตามบรรพ 1 ด้วย คือ

1. หนี้ประธานต้องไม่เกิดจากการกระทำอันเป็นโมฆะกรรม กล่าวคือ หนี้ประธานหรือสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจะต้องไม่เป็นนิติกรรมที่เสียเปล่า ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย และไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ใด ๆ ระหว่างคู่สัญญา โดยสาเหตุที่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะนั้นต้องเป็นผลจากการที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ไม่ใช่เจตจำนงของคู่สัญญา<sup>15</sup> ทั้งนี้ เหตุที่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะนั้นมีหลายสาเหตุด้วยกัน ได้แก่ นิติกรรมมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาที่อยู่ในใจ เช่น นิติกรรมที่เกิดจากเจตนาลวงโดยคู่กรณีสมคบกันทำนิติกรรมขึ้นเพื่อลวงบุคคลอื่น นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ เป็นต้น

2. หนี้ประธานต้องไม่เกิดจากการกระทำอันเป็นโมฆียะกรรม กล่าวคือ นิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่ตกเป็นโมฆียะ จะมีผลบังคับได้ตามกฎหมายแต่มีข้อบกพร่องที่คู่สัญญาสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อบอกล้างและทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตั้งแต่แรกได้ โดยสาเหตุที่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะนั้น มีหลายสาเหตุด้วยกัน คือ เหตุเพราะความสามารถ ได้แก่ การที่ผู้เยาว์เข้าทำสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม คนเสมือนไร้ความสามารถเข้าทำนิติกรรมบางประเภทโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ คนไร้ความสามารถเข้าทำนิติกรรมใด ๆ ด้วยตนเอง เป็นต้น เหตุเพราะเจตนาในการทำนิติกรรมเกิดจากเจตนาวิปริต ได้แก่ ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน เจตนาทำนิติกรรมอันเกิดจากกลฉ้อฉล การข่มขู่ เป็นต้น

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

<sup>15</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 160.

อย่างไรก็ดี มาตรา 707 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้นำ มาตรา 681 ของบทบัญญัติค่าประกันมาใช้บังคับกับการจำนองโดยอนุโลม ดังนี้ หนี้ที่เกิดจากสัญญา สิ้นเชื่อที่ลูกหนี้ทำขึ้นโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน<sup>16</sup> หรือเกิดจากความบกพร่อง เรื่องความสามารถตามที่กล่าวไปข้างต้นซึ่งมีผลเป็นโมฆียะนั้น ก็อาจเป็นหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกัน ได้หากผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลที่สามได้รู้เหตุสำคัญผิดหรือบกพร่องเรื่องความสามารถนั้นในขณะที่ทำ สัญญาจำนอง แต่หากผู้จำนองและลูกหนี้เป็นบุคคลคนเดียวกันแล้ว เมื่อลูกหนี้ทำสัญญาสิ้นเชื่อด้วยความสำคัญผิดหรือบกพร่องในความสามารถ ผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ย่อมสำคัญผิดด้วย สัญญา สิ้นเชื่อและสัญญาจำนองย่อมตกเป็นโมฆียะอันเป็นเหตุให้ผู้จำนองสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อบอกล้างนิติ กรรมนั้นได้

สำหรับรูปแบบสัญญาจำนอง นอกจากจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว กฎหมายยังกำหนดถึงข้อตกลงที่ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ หากระบุชัดหรือแตกต่างที่กฎหมาย กำหนดตามมาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันสรุปหลักการได้ดังนี้

1. การกำหนดข้อสัญญาว่า หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองเป็นประการอื่นนอกจากบทบัญญัติว่าด้วยการ บังคับจำนองตามมาตรา 728-729/1 กล่าวคือ กำหนดให้สิทธิผู้รับจำนองในการบังคับเอากับตัวทรัพย์สิน ด้วยวิธีอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด คือ การบังคับจำนองออกขายทอดตลาด หรือ บังคับ จำนองหลุดเป็นสิทธิ หรือ การใช้สิทธิของผู้จำนองในการยินยอมให้ผู้รับจำนองนำทรัพย์สินที่เป็น ประกันขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล โดยหากกำหนดลักษณะข้อตกลงในการบังคับเอากับตัว ทรัพย์สินด้วยวิธีอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระ กล่าวคือ ตกลงขณะทำสัญญาจำนองหรือหลังจากทำสัญญาจำนองแต่ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ข้อตกลงดังกล่าว ย่อมไม่สมบูรณ์ แต่หากตกลงภายหลังหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ข้อตกลงนั้นย่อมสมบูรณ์<sup>17</sup>

2. มาตรา 711 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่ สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้

3. การตกลงข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นอันขัดกับมาตรา 711 ส่งผลให้ข้อสัญญานั้นไม่ สมบูรณ์ กล่าวคือ ข้อสัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้แต่สัญญาในส่วนอื่นๆยังใช้บังคับกันได้

4. หากจำนองได้ระงับเนื่องจากได้มีการแปลงหนี้ไปเป็นหนี้อื่นแล้ว ข้อตกลงที่

<sup>16</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค่าประกัน จำนอง จำน่า แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516, หน้า 17.

<sup>17</sup> สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย : ค่าประกัน จำนอง จำน่า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 98.

แตกต่างจากวิธีการบังคับจำนองย่อมสามารถใช้บังคับได้ ไม่อยู่ภายใต้มาตรา 711 เพราะข้อตกลงที่แตกต่างนั้นไม่ได้มีขึ้นภายใต้หนี้จำนองแล้ว จะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1018/2491 จำเลยทำสัญญาจำนองที่พิพาทไว้กับโจทก์ แต่จำเลยไม่มีความสามารถจะไถ่ จึงทำสัญญาจะขายที่พิพาทให้แก่โจทก์ ดังนี้ สัญญาจะซื้อขายเป็นนิติกรรมอีกอันหนึ่งต่างหากจากสัญญาจำนองไม่เกี่ยวกัน ย่อมสมบูรณ์ ใช้ได้ตามกฎหมาย และ คำพิพากษาฎีกาที่ 768/2534 สัญญาประนีประนอมยอมความที่คู่กรณีตกลงกันต่อหน้าศาล และศาลได้มีคำพิพากษาตามยอมแล้วนั้น มีผลทำให้หนี้เดิมระงับ เกิดหนี้ใหม่ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาประนีประนอมยอมความมีข้อตกลงว่า จะบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการให้โจทก์โอนที่ดินทั้งแปลงให้แก่จำเลยเพื่อชำระหนี้เงินกู้ ดังนี้ ข้อตกลงนั้นไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

#### 4.2.3 ลำดับบุริมสิทธิและสิทธิของผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองย่อมอยู่ในฐานะเจ้าหนี้จำนองที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้อันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญตามมาตรา 702 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า "ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญมีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่" กล่าวคือ แม้ว่าผู้จำนองจะโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอกแล้ว จำนองนั้นย่อมติดไปด้วย และเจ้าหนี้จำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันใดๆเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 6293/2545 วินิจฉัยว่า "โจทก์ขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดที่ดินของจำเลยเพื่อนำออกขายทอดตลาดปรากฏว่าโฉนดที่ดินของที่ดินที่ถูกยึดอยู่ในความครอบครองของผู้ร้องในฐานะผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องจากเจ้าหนี้เดิมของจำเลย ผู้ร้องยอมเข้าสวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้จำนองในที่ดินผู้ร้องในฐานะผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญโดยมีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคสอง เพราะการจำนองย่อมติดตามตัวที่ดินไปตลอดจนกว่าผู้ร้องจะได้รับชำระหนี้"

กรณีที่เจ้าหนี้จำนองมีหลายคน เจ้าหนี้จำนองที่จดทะเบียนสิทธิก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่จดทะเบียนภายหลัง ตามมาตรา 730 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้จดทะเบียนก่อนหรือหลังนั้นก็ดูจากวันที่และเวลาที่จดทะเบียน หากจดทะเบียนวันเดียวกันจะพิจารณาที่เวลาจดทะเบียน ส่วนในกรณีที่มีการจำนองครั้งที่หนึ่งและการจำนองครั้งที่สองโดยผู้จำนองรายอื่นแล้ว ต่อมาได้มีการเพิ่มวงเงินจำนองสำหรับการจำนองครั้งที่หนึ่งอีกภายหลังก็จะพิจารณาแยกกัน โดยจำนวนวงเงินที่มีการเพิ่มภายหลังนี้จะได้รับชำระหนี้ภายหลังการจำนองครั้ง

ที่หนึ่งและครั้งที่สอง ไม่สามารถนำวงเงินจำนวนที่เพิ่มภายหลังไปรวมกับวงเงินจำนวนครั้งแรกได้ หากมีผู้จำนองอื่นจดทะเบียนจำนองหลังจากการจดทะเบียนจำนองครั้งแรก<sup>18</sup>

จากการพิจารณาตามหลักกฎหมายข้างต้น ผู้ให้สินเชื่อตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ย่อมมีสิทธิพิเศษตามกฎหมายในฐานะผู้รับจำนอง ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นเจ้าหนี้ผู้มีทรัพย์สินสิทธิ สิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินที่ผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือทรัพย์สิน<sup>19</sup> โดยเป็นสิทธิในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองและสิทธิจำนองนั้นย่อมใช้ยันกับบุคคลทั่วไปได้และไม่สูญไปด้วยกาลเวลา
- 2) เป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิในทรัพย์สินและมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ดังรายละเอียดที่กล่าวไปแล้วข้างต้น
- 3) แม้หนี้ประธานขาดอายุความแล้ว เจ้าหนี้ผู้จำนองสามารถใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ตามสัญญาจำนองได้ ตามหลักทั่วไป เมื่อสิทธิเรียกร้องในหนี้ประธานระงับ สิทธิเรียกร้องในหนี้อุปกรณ์ย่อมระงับไปด้วย แต่การที่หนี้ประธานขาดอายุความไม่ทำให้หนี้จำนองระงับ เพราะจำนองยังคงติดตามทรัพย์สินไปจนกว่าจะเกิดเหตุที่ทำให้การจำนองระงับตามมาตรา 744 และมาตรา 193/27 ยังกำหนดให้สิทธิผู้รับจำนองยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองได้ แม้ว่าสิทธิเรียกร้องในหนี้ประธานจะขาดอายุความแล้วก็ตาม เพียงแต่ผู้รับจำนองจะมีสิทธิในการบังคับเรียกดอกเบี้ยที่ค้างชำระย้อนหลังได้เพียง 5 ปีเท่านั้น
- 4) เจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่อยู่ภายใต้มาตรา 1754 ที่จะต้องฟ้องเรียกร้องสิทธิต่อเจ้ามรดกผู้ตายภายในกำหนด 1 ปี นับแต่เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก เนื่องด้วยผู้รับจำนองเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามมาตรา 193/27 ซึ่งมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินเฉพาะที่ตนมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นได้ แม้ว่าจะเกินอายุความฟ้องคดีมรดกแล้วก็ตาม ดังนัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2474/2552 ป.พ.พ. มาตรา 1754 วรรคสามอยู่ใต้บังคับมาตรา 193/27 เป็นผลให้เจ้าหนี้จำนองยังคงมีสิทธิฟ้องบังคับชำระหนี้ แม้ว่าสิทธิเรียกร้องส่วนที่เป็นประธานจะขาดอายุความแล้ว แต่ก็ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหนี้จำนองฟ้องบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง อันเป็นการบังคับตามทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินนั้น แม้อาจทักกล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่า บ. ร่วมกับจำเลยที่ 1 จำนองที่ดินเพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ แต่โจทก์เพียงแต่ขอให้บังคับจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ในฐานะทายาทโดยธรรมของ บ. ชำระหนี้อันเป็นตัวเงินค้ำประกันเงินและดอกเบี้ย มิได้ขอให้บังคับชำระหนี้จากที่ดินที่จำนองจึงเป็นเรื่องที่

<sup>18</sup> ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง จำน่า (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 248.

โจทก์ใช้สิทธิฟ้องเรียกให้ชำระหนี้เงินกู้ยืมอย่างเจ้าหนี้สามัญ มิใช่ฟ้องบังคับจำนอง กรณีจึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 193/27 จึงต้องนำอายุความ 1 ปี ตามมาตรา 1754 วรรคสาม มาใช้บังคับแก่คดี

### 4.3 การบังคับทรัพย์หลักประกัน

เมื่อเกิดเหตุในการบังคับทรัพย์หลักประกันตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิได้ หากเจ้าหนี้เลือกฟ้องบังคับอย่างเจ้าหนี้สามัญตามหนี้ประธานตามมาตรา 213-214 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็จะไม่มีความเห็นชอบที่เป็นการประกัน หากศาลมีคำพิพากษาให้ชนะคดี ก็จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามหลักการบังคับคดีทั่วไป แต่หากเจ้าหนี้เลือกใช้สิทธิอย่างเจ้าหนี้จำนอง เจ้าหนี้นี้มีทางเลือกในการบังคับหลักประกันได้ 3 วิธี คือ

1) ผู้รับจำนองฟ้องศาลขอให้บังคับเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ เหตุที่ผู้รับจำนองต้องใช้สิทธิทางศาลในการบังคับทรัพย์หลักประกันก็เนื่องด้วย การจำนองเป็นการที่ลูกหนี้ผู้จำนองตราทรัพย์สินไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้แต่ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง โดยลูกหนี้ผู้จำนองยังคงมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินต่อไป หากจะให้เจ้าหนี้ใช้อำนาจเข้าไปยึดถือเอาทรัพย์สินออกมาขายทอดตลาดเลยก็ไม่ได้ จำเป็นต้องใช้อำนาจศาลในการบังคับเอาทรัพย์สินมาชำระหนี้<sup>20</sup>

2) ผู้รับจำนองฟ้องศาลเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด เป็นวิธีการที่นอกเหนือจากการฟ้องคดีเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามมาตรา 728 การที่กฎหมายระบุเงื่อนไขในการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้วันนั้นก็เพื่อไม่ให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเอาผิดเอาเปรียบลูกหนี้โดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตามมาตรา 729 นี้ถือเป็นการบังคับจำนองเช่นเดียวกับมาตรา 728 ก่อนเอาทรัพย์สินจำนองหลุดจึงต้องมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ทราบและจะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลเช่นเดียวกัน<sup>21</sup> ดังนั้นตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2500 “ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิตามประมวลแพ่งฯ มาตรา 729 ต้องบอกกล่าวให้ผู้จำนองทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 728 เพราะมาตรา 728 และ 729 เป็นบทบังคับจำนอง ต้องอ่านคู่กันไป ถ้าไม่บอกกล่าวก่อน จะบังคับเอาทรัพย์สินให้หลุดจำนองไม่ได้”

<sup>20</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516, หน้า 112.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-115.

3) ผู้รับจำนองเอาทรัพย์สินจำนองขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้โดยไม่ต้องฟ้องศาล กรณีผู้จำนองมีหนังสือแสดงเจตนาถึงผู้รับจำนอง ตามมาตรา 729/1 นี้เป็นวิธีการบังคับจำนองที่กำหนดเพิ่มเติมมาเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้จำนองตกลงยินยอมให้ผู้รับจำนองดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล เพื่อให้การบังคับจำนองดำเนินการได้รวดเร็วขึ้น ประหยัดค่าใช้จ่าย และทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองได้รับเงินไปชำระภายในระยะเวลาอันควร โดยการใช้สิทธิตามมาตรา 729/1 นั้นสามารถใช้ได้ทั้งผู้จำนองทรัพย์สินเพื่อประกันหนี้ของตนเอง และผู้จำนองทรัพย์สินเพื่อประกันหนี้ของบุคคลอื่น<sup>22</sup>

#### 4.3.1 เงื่อนไขการบังคับหลักประกัน

ตามหลักการสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับจำนองจะมีสิทธิบังคับชำระหนี้หรือสิทธิในการบังคับหลักประกัน ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต หรือโอนขายทรัพย์สินหลักประกัน ทั้งนี้ อาจมีเหตุอื่นเพิ่มเติมตามที่ผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดในข้อสัญญาด้วย แต่เนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มีรูปแบบข้อสัญญาของสินเชื่อดังกล่าวชัดเจนจึงยังไม่มีลักษณะข้อตกลงที่แสดงให้เห็นว่า ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดทิศทางการบังคับหลักประกันด้วยเงื่อนไขใดบ้างและด้วยเหตุที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขข้อตกลงไว้อย่างชัดเจน ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงอาจกำหนดเหตุเงื่อนไขในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันได้อย่างเสรี

อย่างไรก็ดี ด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) กำหนดเหตุที่จะทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนและผู้ให้สินเชื่อเกิดสิทธิในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต จึงต้องพิจารณาว่า การกำหนดเช่นนี้เข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขหรือเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ และผู้ให้สินเชื่อจะยกเอาเหตุตามที่มาตรา 193 กำหนดมาเป็นเหตุที่ถือว่าลูกหนี้ผู้ขอสินเชื่อสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขและบังคับชำระหนี้ได้หรือไม่ โดยจากการศึกษาพบว่า เงื่อนไขตามมาตรา 182 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นสิ่งที่คู่สัญญาแสดงเจตนากำหนดไว้เกี่ยวกับความเป็นผลหรือสิ้นผลของนิติกรรมเพื่อเหนี่ยวรั้งไม่ให้นิติกรรมนั้นๆ มีผลบังคับโดยทันที หรือต้องการให้นิติกรรมนั้นๆ สิ้นผลในอนาคตตามที่ตนกำหนด โดยหากเป็นข้อกำหนดที่เป็นผล เมื่อเงื่อนไขสำเร็จจะเรียกว่าเงื่อนไขบังคับก่อน หากเป็นข้อกำหนดให้นิติกรรมสิ้นผล เมื่อเงื่อนไขสำเร็จจะเรียกว่าเงื่อนไขบังคับหลัง ทั้งนี้ ข้อกำหนดในสัญญาจะมีลักษณะเป็นเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อ

<sup>22</sup> สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน และจำนอง : แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 หน้า 30.

- 1) เป็นข้อกำหนดที่บุคคลแสดงเจตนาที่กำหนดไว้ในสัญญา มิใช่ข้อบังคับของกฎหมายที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติ
- 2) เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความเป็นผลหรือสิ้นผลของนิติกรรม
- 3) เป็นการกำหนดเอาเหตุการณ์ที่อาจจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นในภายหน้ามา กำหนดเป็นเงื่อนไข กล่าวคือ เป็นเหตุการณ์ที่ยังไม่เกิดขึ้นในขณะที่ทำสัญญาซึ่งเป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ โดยความไม่แน่นอนของเงื่อนไข อาจจะอยู่ในอำนาจของคู่กรณี หรือนอกเหนืออำนาจของคู่กรณีก็ได้ เช่น เป็นเหตุการณ์ตามธรรมชาติ<sup>23</sup> ซึ่งคู่กรณีไม่สามารถจะไปบังคับให้เกิดหรือไม่เกิดขึ้นได้ กรณีกำหนดความตาย แม้ว่าจะจะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นแน่นอน แต่หากกำหนด โดยเอาเวลาตายในวันใดวันหนึ่ง หรือที่จะถึงเหตุแห่งความตายอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะตายในวันนั้น หรือจะเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้ตายหรือไม่ การกำหนดเช่นนี้ก็อาจเข้าเงื่อนไขได้<sup>24</sup>

กรณีเงื่อนไข กฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้เหมือนกับเงื่อนไข แต่สามารถสรุปได้ว่าเป็นข้อความที่กำหนดเพื่อมีให้ทวงถามให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในนิติกรรมหรือให้นิติกรรมนั้นสิ้นผลจนกว่าเวลาในอนาคตหรือเหตุการณ์ที่กำหนดในอนาคตและแน่นอนจะเกิดขึ้น โดยเวลาในอนาคต อาจจะเป็นวันแห่งปฏิทินหรือวันที่อาจคำนวณนับกันล่วงหน้าตามวันเวลาได้ ส่วนเหตุการณ์ในอนาคต อาจกำหนดเป็นความตายเพราะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแน่นอน<sup>25</sup> โดยความมุ่งหมายในการกำหนดเงื่อนไขนั้นอาจเป็นไปเพื่อการเหนี่ยวรั้งมิให้บังคับตามนิติกรรม ห้ามมิให้ทวงถามให้ปฏิบัติตามนิติกรรม หรือเป็นกำหนดเวลาสิ้นสุดให้นิติกรรมสิ้นผล

การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ โดยทั่วไป สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นการกำหนดไว้เพื่อประโยชน์ฝ่ายลูกหนี้ตามมาตรา 192 วรรค 1 โดยเจ้าหนี้จะเรียกทวงถามก่อนถึงเวลากำหนด หรือจะให้นิติกรรมสิ้นผลไปก่อนกำหนดเวลาไม่ได้ เว้นแต่จะเกิดเหตุที่ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับความมั่นใจว่า ลูกหนี้จะมีความสามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเหตุดังกล่าวไว้ตามมาตรา 193 หากลูกหนี้ทำการดังกล่าวลูกหนี้จะถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขต่อไปไม่ได้ ซึ่งเหตุดังกล่าวได้แก่

<sup>23</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 186.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน

- 1) ลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย เจ้าหนี้นยอมทวงถามให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ทันที แม้จะมีเงื่อนไขเริ่มต้นกำหนดไว้ก็ตาม และหากเป็นหนี้เงินที่กำหนดไว้แน่นอน เจ้าหนี้ก็อาจใช้สิทธิขอชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลายได้
- 2) ลูกหนี้ไม่ให้ประกันในเมื่อจำต้องให้ การให้หลักประกันการชำระหนี้เป็นการให้ความมั่นใจกับเจ้าหนี้ หากลูกหนี้ตกลงกับเจ้าหนี้ไว้และสุดท้ายไม่ให้หลักประกันตามที่ตกลงกัน ก็เป็นการทำลายความมั่นใจของเจ้าหนี้ ลูกหนี้จึงไม่อาจถือประโยชน์เงื่อนไขได้อีกต่อไป
- 3) ลูกหนี้ได้ทำลาย หรือทำให้ลดน้อยถอยลงซึ่งประกันอันได้ให้ไว้ หลักประกันเป็นสิ่งที่เจ้าหนี้ประเมินมาแล้วว่าเพียงพอ หรือเป็นประกันที่จะให้ได้รับชำระหนี้ หากลูกหนี้ทำลาย หรือทำให้ลดน้อยถอยลง ย่อมทำให้เจ้าหนี้ขาดความมั่นใจ ลูกหนี้จึงไม่ควรที่จะถือประโยชน์แห่งเงื่อนไขได้อีกต่อไป แต่หากการทำลายหรือทำให้ลดน้อยถอยลงของหลักประกันนั้นไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้ กรณีก็ไม่เข้ามาตรา 193
- 4) ลูกหนี้นำทรัพย์สินของบุคคลอื่นมาให้เป็นประกันโดยเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้ยินยอม ตามกรณีดังกล่าว อาจทำให้เจ้าหนี้เสียสิทธิในการบังคับหลักประกันได้และยอมนำมาซึ่งความไม่มั่นใจของเจ้าหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ครบถ้วน ลูกหนี้ก็ไม่สมควรที่จะอ้างประโยชน์เงื่อนไขได้อีกต่อไป

ทั้งนี้ การที่ลูกหนี้ถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขต่อไปไม่ได้ หมายความว่า หนี้ที่ยังมีเวลานั้นจนถึงกำหนดชำระทันที และเจ้าหนี้นยอมสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที<sup>26</sup>

เมื่อพิจารณาลักษณะสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้เหตุเสียชีวิตเป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระเป็นเงื่อนไข หากเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุในมาตรา 193 ย่อมถือว่าผู้ขอสินเชื่อสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขและผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิบังคับชำระหนี้กับทรัพย์หลักประกันได้ทันที

#### 4.3.2 วิธีการบังคับหลักประกัน

##### 4.3.2.1 กรณีผู้รับจำนองฟ้องศาลขอให้บังคับเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

- 1) กรณีผู้จำนองจำนองทรัพย์สินเพื่อประกันหนี้ของตนเอง  
ผู้รับจำนองต้องดำเนินการดังต่อไปนี้จึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนองตามมาตรา 728 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.1. ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวลูกหนี้ให้ชำระหนี้ก่อน

<sup>26</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 231.



การส่งหนังสือแจ้งบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบว่าจะมีการบังคับจำนองนั้นเป็นเงื่อนไขแห่งการบังคับจำนอง หากไม่มีการดำเนินการดังกล่าว เมื่อฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนองย่อมถูกยกฟ้องได้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้รับจำนองที่จะฟ้องเป็นคดีใหม่เมื่อผู้รับจำนองได้มีการบอกกล่าวผู้จำนองใหม่โดยชอบตามกฎหมายแล้ว

1.2. หนังสือบอกกล่าวต้องระบุเวลาให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร แต่ต้องไม่น้อยกว่า 60 วัน นับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ลูกหนี้มีเวลาที่จะหาเงินเพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้และยังกำหนดเพื่อให้เกิดความชัดเจนเรื่องการส่งหนังสือบอกกล่าวว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ ทั้งนี้ การบอกกล่าวตามมาตรา 728 นี้ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการแจ้งการผิดนัด แต่เป็นการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบถึงการชำระหนี้ที่ค้างชำระอยู่และเพื่อให้ผู้จำนองทราบว่าทรัพย์สินที่จำนองไว้กำลังจะถูกบังคับจำนองแล้วหากไม่นำเงินมาชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ในส่วนของการผิดนัด หรือการคิดดอกเบี้ยนั้นยังคงเป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องหนี้<sup>27</sup> และตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา

1.3. เมื่อครบกำหนดระยะเวลาอันสมควรตามที่เจ้าหนี้กำหนดแล้วลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ตามที่บอกกล่าว เจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนองได้

2) กรณีผู้จำนองจำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันหนี้ของบุคคลอื่น  
นอกจากผู้รับจำนองจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวลูกหนี้ให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร ระยะเวลาไม่น้อยกว่า 60 วัน นับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวแล้ว ผู้รับจำนองยังต้องมีหนังสือบอกกล่าวให้ผู้จำนองทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ส่งหนังสือแจ้งลูกหนี้ด้วย เพื่อให้ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินมีโอกาสที่จะรักษาทรัพย์สินของตนไม่ให้ถูกบังคับจำนองด้วยการนำเงินมาชำระหนี้แทนลูกหนี้ ในการบอกกล่าวนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบ เนื้อหาของหนังสือบอกกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น หากมีการบอกกล่าวโดยแจ้งให้ผู้จำนองทราบว่าผู้รับจำนองได้เริ่มกระบวนการบังคับจำนองแล้วก็ถือได้ว่าเป็นการบอกกล่าวตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว<sup>28</sup> หากผู้รับจำนองไม่มีหนังสือบอกกล่าวภายในกำหนด 15 วัน ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ที่เกิขึ้นนับแต่พ้นกำหนดระยะเวลา 15 วันดังกล่าว

<sup>27</sup> สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน และจำนอง : แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 หน้า 25.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

อย่างไรก็ดี สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะไม่นำหลักการที่ผู้จำนองจำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันหนี้ของบุคคลอื่นมาใช้เนื่องด้วยหลักการของการให้สินเชื่อมุ่งให้ผู้สูงอายุซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญานำบ้านของตนเองมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น

3) กรณีผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง  
เมื่อผู้รับจำนองจะบังคับจำนองกับผู้รับโอนทรัพย์สินจำนอง ผู้รับจำนองจะต้องดำเนินการ ส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่ลูกหนี้และให้เวลาในการชำระหนี้อย่างน้อย 60 วัน และผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวแก่ผู้รับโอนล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 60 วัน ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้โอกาสผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองมีโอกาสเตรียมตัวหาเงินเพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง หากผู้รับโอนไม่ไถ่ถอนจำนองภายใน 60 วัน นับแต่วันบอกกล่าว ผู้รับจำนองย่อมฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนองได้ โดยผู้รับจำนองต้องฟ้องผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองเป็นจำเลยร่วมในคดีด้วย มิฉะนั้น คำพิพากษาจะไม่ผูกพันผู้รับโอน

#### 4.3.2.2 กรณีผู้รับจำนองฟ้องศาลเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด

การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นการบังคับจำนองอย่างหนึ่งโดยเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิบังคับเอาทรัพย์สินจำนองโอนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง โดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดไว้อย่างเข้มงวดตามมาตรา 729 เพื่อไม่ให้เจ้าหนี้เอารัดเอาเปรียบลูกหนี้มากเกินไปและเพื่อรักษาหลักการจำนองที่เป็นเพียงการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้น มิใช่การให้เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้เป็นหนี้ลูกๆแล้วเอาทรัพย์สินของลูกหนี้มาเป็นสิทธิแพ่งๆ<sup>29</sup> และใช้ช่องทางกฎหมายบังคับเอาทรัพย์สินมาเป็นสิทธิตนโดยไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ ทั้งนี้กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขการบังคับจำนองไว้ ดังนี้

- 1) ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และเจ้าหนี้ได้บอกกล่าวเป็นหนังสือตามมาตรา 728 โดยชอบแล้ว
- 2) ทรัพย์สินจำนองนั้นไม่มีการจำนองของเจ้าหนี้รายอื่น หรือจดทะเบียนบุริมสิทธิใด ๆ ไว้

<sup>29</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516, หน้า 66.

3) ลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ยยมาแล้วเป็นเวลา 5 ปี แสดงให้เห็นว่า หนี้ประธานจะต้องมีการคิดดอกเบี้ยกัน<sup>30</sup> และตราใบใดที่ลูกหนี้ยังคงส่งดอกเบี้ยหรือไม่ได้ขาดส่งดอกเบี้ยถึง 5 ปี เจ้าหนี้จะบังคับเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิไม่ได้<sup>31</sup>

4) ผู้รับจำนองแสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ โดยเป็นหน้าที่ของผู้รับจำนองที่จะต้องนำสืบ

ทั้งนี้ การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดใช้ได้กับกรณีทรัพย์สินจำนองที่ประกันหนี้ของลูกหนี้เองและกรณีทรัพย์สินจำนองหนี้ของบุคคลอื่นเท่านั้น ไม่สามารถใช้กับกรณีผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งติดจำนองได้

#### 4.3.2.3 กรณีผู้รับจำนองเอาทรัพย์สินจำนองขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้โดยไม่ต้องฟ้องศาลกรณีผู้จำนองมีหนังสือแสดงเจตนาถึงผู้รับจำนอง

บทบัญญัติมาตรา 729/1 มีขึ้นเพื่อช่วยให้ผู้จำนองได้สิทธิเป็นฝ่ายเร่งรัดให้ผู้รับจำนองนำทรัพย์สินขายทอดตลาดกรณีผู้รับจำนองไม่ใช้สิทธิบังคับจำนองเพื่อให้ได้รับดอกเบี้ยจากลูกหนี้มากขึ้น<sup>32</sup> โดยผู้จำนองจะใช้สิทธิในการแจ้งให้ผู้รับจำนองขายทรัพย์สินโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้นั้น จำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) หนี้ตามสัญญาสินเชื่อที่มีการจำนองเป็นประกันการชำระหนี้จะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่า ผู้รับจำนองจะได้ส่งหนังสือบอกกล่าวแจ้งการบังคับจำนองตามมาตรา 728 หรือไม่ก็ตาม เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้จำนองย่อมมีสิทธิตามมาตราดังกล่าวทันที ทั้งนี้ หนี้ถึงกำหนดชำระตามกรณีนี้มีใช้หมายถึง กรณีหนี้ถึงกำหนดชำระเป็นงวดๆ ที่จะทำให้ผู้จำนองมีสิทธิตามมาตรา 729/1 ที่จะดำเนินการได้ เพื่อเงื่อนไขที่กำหนดไว้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของฝ่ายเจ้าหนี้เช่นเดียวกัน แต่หนี้ถึงกำหนดชำระในกรณีนี้ หมายถึง หนี้ถึงกำหนดชำระที่ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเกิดสิทธิในการบังคับจำนองเท่านั้น<sup>33</sup>

2) ทรัพย์สินจำนองนั้นไม่มีจำนองของเจ้าหนี้อื่น หรือไม่มีการจดทะเบียน

<sup>30</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2558), หน้า 3.

<sup>31</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า แก้อไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516, หน้า 114.

<sup>32</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, กฎหมายค้ำประกันและการจำนองที่แก้ไขเพิ่มเติม : ความเป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันและผู้จำนอง.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://library2.parliament.go.th/ejournal/content\\_af/.../aug2558-1.pdf](http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/.../aug2558-1.pdf) [1 เมษายน 2560]

<sup>33</sup> สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันและจำนอง : แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 หน้า 30.

บุริมสิทธิอื่น เพราะการให้สิทธิเจ้าหนี้ผู้รับจำนองรายเดียวในการบังคับจำนองเช่นนี้ย่อมกระทบกับสิทธิของเจ้าหนี้จำนอง หรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิรายอื่นได้

3) ผู้จำนองแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนอง เพื่อให้ผู้รับจำนองดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยกฎหมายให้ถือว่าหนังสือแจ้งของผู้จำนองนั้นเป็นหนังสือยินยอมให้ขายทอดตลาด ทั้งนี้ จึงถือได้ว่า การขายทรัพย์สินจำนองเป็นไปตามเจตนาของผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนอง และมีอำนาจในการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองจากการขายทอดตลาด

4) ผู้รับจำนองต้องดำเนินการขายทอดตลาดภายในเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้จำนอง หากได้รับหนังสือแล้วผู้รับจำนองไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าว ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระผูกพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้เจ้าหนี้จำนองรับความเสียหายและภาระหนี้ดังกล่าวด้วยตนเอง อันเป็นผลจากการไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่หากผู้รับจำนองได้ดำเนินการขายทรัพย์สินจำนองแล้วแต่ไม่สำเร็จ อันไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจำนอง เช่น ไม่มีผู้สนใจเข้าซื้อทรัพย์สิน ถอนทรัพย์สินออกจากการขายทอดตลาดเนื่องด้วยราคาที่เสนออย่างไม่เพียงพอ ผู้จำนองถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินหรือฟื้นฟูกิจการ เป็นต้น กรณีดังกล่าว แม้ผู้รับจำนองไม่สามารถขายทรัพย์สินได้ภายในระยะเวลา 1 ปี ก็ไม่น่าจะทำให้ผู้จำนองหลุดพ้นจากดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่ครบกำหนด 1 ปี<sup>34</sup>

ด้วยเหตุที่กฎหมายมาตรา 729/1 ไม่ได้กำหนดเรื่องขั้นตอนการขายทอดตลาดรวมถึงนิติสัมพันธ์ด้านต่างๆ ivo อย่างชัดเจน จึงต้องนำบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 509-517 มาปรับใช้

เมื่อผู้รับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินแล้วได้เงินสุทธิเท่าใด ผู้รับจำนองต้องจัดสรรชำระหนี้และหนี้อุปกรณ์ให้เสร็จสิ้น กล่าวคือ หากมีค่าใช้จ่ายใด ๆ เกิดขึ้นจากการขายทรัพย์สินทอดตลาด ผู้รับจำนองย่อมสามารถนำมาหักชำระหนี้ค่าใช้จ่ายได้ และนำไปหักชำระหนี้ตามสัญญาที่ลูกหนี้ค้างชำระต่อไป ด้วยเหตุที่การบังคับจำนองวิธีดังกล่าวไม่ใช่กระบวนการที่จะต้องผ่านการพิจารณาของศาล ผู้รับจำนองย่อมสามารถคิดคำนวณชำระหนี้ ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมต่างๆ ได้ตามข้อสัญญากำหนด ซึ่งแตกต่างจากการบังคับจำนองด้วยวิธีการทางศาล ที่ศาลมีดุลพินิจในการปรับลดเบี้ยปรับได้ หากศาลเห็นว่า ดอกเบี้ยในอัตราผิดนัดที่เจ้าหนี้คำนวณนั้นเป็นเบี้ยปรับที่มีจำนวนสูงเกินไป เมื่อจัดสรรนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ และหนี้อุปกรณ์ครบถ้วนแล้ว หากมี

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

เงินเหลือ ต้องส่งคืนแก่ผู้จำนองหรือบุคคลผู้ควรได้รับเงินนั้นต่อไป เช่น หากผู้จำนองตายก็อาจส่งเงินให้แก่ผู้จัดการมรดกของผู้จำนอง<sup>35</sup> เป็นต้น ในทางกลับกัน หากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดตามมาตรา 733 เว้นแต่จะผู้รับจำนองและผู้จำนองจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น

#### 4.3.3 การจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้

ในกรณีที่มิได้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเพียงคนเดียวขอร้องให้บังคับคดี และมีได้มีคำขอรับชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 289 เมื่อได้จัดการจำหน่ายทรัพย์สินเสร็จและได้หักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินตามจำนวนหนี้ในคำพิพากษาและค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องร้องให้แก่เจ้าหนี้ที่ตามคำพิพากษาต่อไปตามที่เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สิน ในกรณีที่มิได้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหลายคนร้องขอให้บังคับคดี หรือได้มีการแจ้งให้ทราบซึ่งการจำนองหรือบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำหน่ายได้มาตามมาตรา 289 เมื่อได้จัดการจำหน่ายทรัพย์สินเสร็จและได้หักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะทำบัญชีส่วนเฉลี่ยแสดงจำนวนเงินที่จ่ายให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิแต่ละคนจากเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้แต่ละคน โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจะส่งคำบอกกล่าวไปให้เจ้าหนี้ตรวจสอบ หากเจ้าหนี้เห็นว่าไม่ถูกต้องต้องยื่นคำแถลงคัดค้านภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ส่งคำบอกกล่าว หากไม่มีการคัดค้าน ให้ถือว่าบัญชีส่วนเฉลี่ยนั้นเป็นที่สุด และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินให้แก่เจ้าหนี้ตามบัญชีส่วนเฉลี่ยต่อไป

โดยหลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มุ่งให้ผู้ให้สินเชื่อได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายบ้านที่เป็นทรัพย์สินหลักประกัน ในการทำสัญญาสินเชื่อ จึงอาจมีข้อตกลง กำหนดให้ทรัพย์สินต้องปลอดจำนอง ทรัพย์สินหรือภาระใด ๆเหนือทรัพย์สิน หากมีภาระอื่นอยู่ก่อนสิทธิจำนองของเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อ ก็อาจมีผู้มาขอรับชำระหนี้ก่อน หรือขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่าลดน้อยถอยลงอันอาจทำให้ผู้ให้สินเชื่อไม่ได้รับชำระหนี้เงินเต็มตามจำนวนเงินที่ให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุไป

#### 4.3.4 การชำระหนี้ส่วนที่ขาด

ตามหลักทั่วไป เมื่อลูกหนี้มีหนี้ต่อเจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน หากเจ้าหนี้บังคับหลักประกันได้ไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ ลูกหนี้ก็มีความรับผิดชอบในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน แต่สำหรับบทบัญญัติจำนองได้กำหนดมาตรา 733 ให้

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

แตกต่างจากหลักทั่วไป กล่าวคือ ถ้าผู้จำนองได้อาทรัพย์จำนองหลุดและราคาทรัพย์สินมีราคาต่ำกว่าจำนวนหนี้ค้ำชำระ หรือ อาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหลังจากบังคับจำนองแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้ำชำระ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติมาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย คู่สัญญาจึงสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ แต่ต้องมีข้อความที่ชัดเจนพอ<sup>36</sup> หากกำหนดในสัญญา ประนีประนอมยอมความว่า หากจำเลยไม่ชำระหนี้ให้ศาลพิพากษาสั่งให้ยึดที่ดินพิพาทซึ่งจำนองไว้ และให้นำออกขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้ให้แก่โจทก์แทนเมื่อไม่มีข้อความให้จำเลยรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด โจทก์จึงไม่มีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของจำเลยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7007/2541 ส่วนผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดภายหลังจากโอนขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองแล้ว เพราะข้อตกลงตามสัญญาจำนองมีผลผูกพันและบังคับได้เฉพาะคู่สัญญา ในลักษณะบุริมสิทธิเท่านั้น มิใช่ทรัพย์สินติดทรัพย์สินตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1423/2558

#### 4.4 ความระงับของสัญญาหลักประกัน

สัญญาจำนองย่อมระงับสิ้นไปด้วยเหตุตามมาตรา 744 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่

##### 4.4.1. เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ

สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่นำอสังหาริมทรัพย์มาตราไว้เป็นประกันหนี้ประธาน เมื่อหนี้ประธานระงับสิ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบลบหนี้ หนี้เคลื่อนกลิ้งกัน หรือแปลงหนี้ใหม่ หนี้จำนองย่อมระงับสิ้นไปด้วย ซึ่งการระงับของหนี้ประธานนั้นจะต้องระงับไปทั้งหมด มิใช่บางส่วน<sup>37</sup>

สำหรับกรณีที่หนี้ประธานขาดอายุความไม่ทำให้หนี้การจำนองและหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกันระงับ เพราะจำนองยังคงติดตามตัวทรัพย์สินไปจนกว่าจะเกิดเหตุที่ทำให้การจำนองระงับตามบทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 744 ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดให้สิทธิผู้รับจำนองในการบังคับจำนองแต่จะบังคับเรียกดอกเบี้ยที่ค้ำชำระย้อนหลังเกินกว่า 5 ปีไม่ได้ ตามมาตรา 745 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีฟ้องบังคับจำนองหลังจากหนี้ประธานขาดอายุความแล้ว หากได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ประธาน ผู้รับจำนองจะฟ้องให้ผู้จำนองรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาด

<sup>36</sup> สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย : คำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 142.

<sup>37</sup> อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 178.

ไม่ได้ แม้ว่าจะมีข้อสัญญาจ้างขอให้ลูกหนี้ชำระหนี้ส่วนที่ขาด กรณีบังคับจ้างและได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ก็ตาม

#### 4.4.2. เมื่อปลดจ้างให้แก่ผู้จ้างด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

การปลดจ้างคือการสลະสิทธิที่จะบังคับจ้างเองเอาจากทรัพย์ที่จ้าง แต่ไม่ทำให้หนี้ประธานระงับไปด้วย ลูกหนี้ยังคงมีความรับผิดชอบตามมูลหนี้ประธาน โดยการปลดจ้างนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะใช้แย้งกับบุคคลภายนอกไม่ได้ ตามมาตรา 746

#### 4.4.3. เมื่อผู้จ้างหลุดพ้น

การที่ผู้จ้างหลุดพ้น หมายถึงหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างซึ่งการจะหลุดพ้นได้นี้ต้องเป็นกรณีตามมาตรา 727 คือ บุคคลคนเดียวจ้างทรัพย์สินของตนเพื่อประกันหนี้ของบุคคลอื่น โดยกฎหมายได้ให้นามตรา 697 700 และ 701 ในเรื่องค้ำประกันมาใช้ด้วย

#### 4.4.4. เมื่อถอนจ้าง

การถอนจ้างในที่นี้ หมายถึงการไถ่ถอนจ้างนั่นเอง ซึ่งสามารถกระทำได้โดยผู้จ้างและผู้รับโอนทรัพย์สินที่จ้าง

#### 4.4.5. เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจ้างตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจ้างหรือถอนจ้าง หรือเมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามมาตรา 729/1

การบังคับจ้าง หมายถึง การฟ้องบังคับจ้างแก่ผู้จ้างตามมาตรา 728, 735 และ 729/1<sup>38</sup> โดยเมื่อฟ้องบังคับจ้างและมีการขายทอดตลาดทรัพย์จ้างแล้ว ผู้ซื้อทรัพย์ยอมได้ทรัพย์สินไปโดยไม่มีจ้างติดไปด้วย ส่วนกรณีถอนจ้างนั้น เกิดเมื่อผู้รับโอนขอไถ่ถอนจ้างแล้วแต่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งไม่ยอมรับข้อเสนอ เจ้าหนี้คนนั้นต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งขายทอดตลาดทรัพย์ที่จ้าง และศาลได้สั่งขายทอดตลาดเนื่องจากการถอนจ้างตามมาตรา 739 ส่วนกรณีตามมาตรา 729/1 เป็นกรณีที่ผู้รับจ้างขายทอดตลาดโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลอันเนื่องมาจากผู้จ้างให้ความยินยอมเป็นหนังสือภายหลังหนี้ถึงกำหนดชำระ

#### 4.4.6. เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจ้างนั้นหลุด

ผู้รับจ้างฟ้องต่อศาลขอให้ทรัพย์สินซึ่งจ้างหลุดเป็นสิทธิ โดยพิสูจน์ให้ศาลเห็นตามเงื่อนไขตามที่มาตรา 729 กำหนด

<sup>38</sup> สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย : คำประกัน จ้างนำ, หน้า 165.

#### 4.5 การทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง

เมื่อบุคคลตกลงทำสัญญาเพื่อสร้างนิติสัมพันธ์กัน ย่อมกำหนดข้อตกลงอย่างไรก็ได้ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการตกลงกันนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักเสรีภาพของบุคคลในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Sanctity of Contract หรือ Autonomy of Will) ซึ่งเมื่อตกลงทำสัญญากันแล้ว คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันไว้

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน หากมิได้ตกลงไว้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อบทบัญญัตินั้นไม่ใช่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หากตกลงยกเว้นบทบัญญัตินั้นแล้วย่อมส่งผลให้ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ทำขึ้นมาเพื่อประกันการชำระหนี้ และเป็นสัญญาประเภทหนึ่งในบรรพ 3 ที่มีบทบัญญัติกำหนดสิทธิหน้าที่ลักษณะของสัญญาเพื่อคุ้มครองผู้จำนอง ผู้รับจำนอง และบุคคลภายนอกไว้ โดยบางบทบัญญัตินั้นก็เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ การตกลงทำข้อสัญญาจำนองจึงต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานของการประกันการชำระหนี้และบทบัญญัติกฎหมายอันมีผลต่อความสมบูรณ์ของข้อสัญญาด้วย

โดยปกติ เมื่อไปจดทะเบียนจำนองที่สำนักงานที่ดิน คู่สัญญาจะต้องจัดเตรียมสัญญาจำนองตามแบบฟอร์มที่ทางสำนักงานที่ดินกำหนด แต่แบบฟอร์มของทางกรมที่ดินอาจไม่เพียงพอที่จะระบุรายละเอียดข้อสัญญาที่ธนาคารต้องการกำหนดเพื่อจำกัดสิทธิหรือเพิ่มภาระหน้าที่ของผู้ขอสินเชื่อได้ คู่สัญญาจึงทำข้อตกลงเพิ่มเติม ซึ่งเรียกว่า “ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง” หรือ “สัญญาต่อท้ายสัญญาจำนอง” เพื่อกำหนดรายละเอียดข้อตกลงเพิ่มเติมในการสร้างความเชื่อมั่นให้ธนาคารว่าจะได้รับการชำระหนี้แน่นอนและเพื่อปกป้องสิทธิของธนาคาร ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ผู้จำนองมักจะไม่มีการยื่นอำนาจต่อรองในการกำหนดข้อสัญญาต่อท้ายจำนองมากนัก ด้วยเหตุที่ประเทศไทยยังไม่ได้มีการเริ่มให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองย้อนกลับ (Reverse Mortgage) อย่างเป็นทางการ จึงไม่มีตัวอย่างลักษณะข้อสัญญาต่อท้ายจำนองสินเชื่อดังกล่าว แต่ด้วยเหตุที่สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) อยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนเช่นสินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป ลักษณะข้อสัญญาอาจมีความคล้ายคลึงกัน และจากการศึกษาจากตัวอย่างสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเห็นว่า ลักษณะข้อสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในสัญญาต่อท้ายจำนอง มีดังนี้



#### 4.5.1 ข้อตกลงกำหนดเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระและผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที

ผู้ให้สินเชื่อมักจะกำหนดข้อสัญญาเพื่อให้สิทธิตนเองในการเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ทั้งจำนวนหรือให้เกิดสิทธิในการบังคับหลักประกันไว้หลายประการด้วยกัน โดยเหตุที่อาจกำหนดไว้ตามหลักการของสัญญาสินเชื่อดังกล่าว ได้แก่

- 1) เมื่อผู้จำนองเสียชีวิต
- 2) ผู้จำนองชายหรือโอนทรัพย์สินหลักประกันให้แก่บุคคลภายนอก
- 3) ผู้จำนองผิดหน้าที่หรือผิดสัญญาตามสัญญาประจําและสัญญาจำนอง
- 4) ผู้จำนองย้ายออกจากบ้านอย่างถาวร
- 5) ผู้จำนองไม่พักอาศัยอยู่ที่บ้านอย่างที่อยู่อาศัยหลัก
- 6) ผู้จำนองไม่ดูแลรักษาหรือซ่อมแซมบ้านตามที่วิญญูชนพึงกระทำ
- 7) ผู้จำนองไม่ชำระค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน

นอกจากนี้ เนื่องด้วยกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดขอบเขตจำกัดเหตุในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันไว้อย่างชัดเจน ผู้ให้สินเชื่อจึงอาจมีการกำหนดเหตุอื่นเพิ่มเติม ได้แก่

- 1) ผู้จำนองกระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้เจ้าหนี้รายอื่นได้เปรียบ หรือผิคนัดกับเจ้าหนี้รายอื่น หรือประนอมหนี้ หรือ กระทำการอันให้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ หรือ ถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย หรือทรัพย์สินจำนองถูกยึดในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่น
- 2) ทรัพย์สินหลักประกันถูกบังคับซื้อหรือเวนคืน
- 3) เกิดข้อบกพร่องในทรัพย์สินหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ ภาระติดพัน ข้อจำกัดสิทธิการใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยการกระทำของผู้จำนอง บุคคลภายนอกหรือโดยผลของกฎหมาย โดยในความเห็นของผู้ให้สินเชื่อแล้ว จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของการจำนอง และมูลค่าทรัพย์สินหลักประกัน
- 4) ผู้จำนองผิดคำรับรองที่ให้ไว้แก่ผู้รับจำนอง โดยคำรับรองที่ผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับจำนองกำหนด อาจเป็นคำรับรองที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินหลักประกัน ได้แก่ คำรับรองที่ผู้ขอสินเชื่อจะไม่ให้เช่า หรือก่อภาระใด ๆ เหนือทรัพย์สินหลักประกันโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้รับจำนอง คำรับรองที่ผู้ขอสินเชื่อจะรักษาทรัพย์สินหลักประกันให้อยู่ในสภาพดีและไม่กระทำการใด ๆ ที่จะเป็ผลให้ทรัพย์สินหลักประกันเสื่อมสภาพหรือลดมูลค่าลง คำรับรองที่ให้ผู้จำนองต้องทำประกันภัยทรัพย์สินจำนองในวงเงินไม่ต่ำกว่าราคาบ้านของทรัพย์สินหลักประกันและต้องชำระค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหลักประกันทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็เบี้ยประกันภัย ภาษี หรือค่าธรรมเนียมอื่นใด

รวมถึงผู้ขอสินเชื่อจะต้องไม่จดทะเบียนดวงเงินจำนอง หรือ เปลี่ยนแปลงการจดทะเบียนตามสัญญาจำนอง โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้สินเชื่อ เป็นต้น

#### 4.5.2 ข้อตกลงให้สิทธิผู้ให้สินเชื่อในการดำเนินการบังคับจำนองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาลตามมาตรา 729/1

กำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการขายทรัพย์สินทั้งหมด

#### 4.5.3 ข้อตกลงให้สิทธิธนาคารผู้ให้สินเชื่อในการขายทรัพย์สินจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ

จากการศึกษามาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุของคณะกรรมการส่งเสริมสังคมผู้สูงอายุ ตามแนวทางของกระทรวงการคลังได้กำหนด ให้อายุสัญญาสินเชื่อมี 2 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ กำหนดอายุสัญญาตามอายุขัยของผู้ขอสินเชื่อ และอายุสัญญาที่กำหนดช่วงเวลา หากกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตก่อนหมดอายุสัญญากรณีกำหนดอายุสัญญาเป็นช่วงเวลา ให้ธนาคารขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญา<sup>39</sup>

#### 4.5.4 ข้อตกลงให้หาทรัพย์สินอื่นมาทดแทนทรัพย์สินหลักประกัน

ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดในสัญญาทำยจำนองว่า กรณีที่ทรัพย์สินที่จำนอง บุปสลายเสียหาย พังทลาย หรือเสื่อมราคาไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ จนเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอต่อการประกันหนี้จำนอง ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองก็ได้ เว้นแต่ ผู้จำนองเสนอจะจำนองทรัพย์สินอื่นเป็นประกัน ให้มีราคาเพียงพอ หรือเสนอจะรับซ่อมแซมแก้ไขความบุปสลายหรือเสื่อมราคานั้น ภายในเวลาอันสมควร

#### 4.5.5 ข้อตกลงให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในส่วนที่ขาด

แม้ว่ามาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดให้ผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดนั้น บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ใช่ว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ เมื่อไม่มีกฎหมายใดห้ามเป็นพิเศษ เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อย่อมกำหนดข้อสัญญาให้ผู้ขอสินเชื่อรับผิดชอบชำระหนี้ในส่วนที่ขาด หากเจ้าหนี้บังคับจำนองและนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดแล้วได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินค้ำชำระหรือเอาทรัพย์สินจำนองหลุดแล้วราคาทรัพย์สินต่ำกว่าจำนวนเงินค้ำชำระ

<sup>39</sup> สำนักเลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์].

#### 4.6 หลักกฎหมายว่าด้วยมรดก

ด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) กำหนดให้ ความตายของผู้ขอสินเชื่อเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนและเกิดสิทธิของผู้ให้ สินเชื่อที่จะบังคับทรัพย์หลักประกัน หลักกฎหมายมรดกจึงเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีดังกล่าว

กฎหมายลักษณะมรดกเป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อจัดการทรัพย์สินของผู้ตายให้แก่บุคคลที่เป็นทายาทตามที่กฎหมายกำหนด หรือตามพินัยกรรมที่ผู้ตายได้แสดงเจตนาไว้ก่อนเสียชีวิต ทั้งนี้ ทรัพย์สินของผู้ตายจะตกทอดไปยังทายาทหรือบุคคลที่มีสิทธิตามพินัยกรรมได้ก็ต่อเมื่อเจ้าของ ทรัพย์สินนั้นเสียชีวิตแล้ว ตามมาตรา 1599 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ เมื่อผู้สูงอายุซึ่ง เป็นผู้ขอสินเชื่อตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เสียชีวิตลง ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ ย่อมตกทอดสู่ทายาทของ ผู้ตายตามกฎหมายมรดก และสถานะความเป็นทายาทย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้ขอสินเชื่อเจ้ามรดกถึงแก่ ความตาย ทายาทจึงเป็นผู้สืบสิทธิในสัญญาจากคู่สัญญาเดิม โดยเข้าไปสวมฐานะของคู่สัญญาเดิมโดย ผลของกฎหมาย อันจะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา<sup>40</sup> นอกจากนี้ เนื่องด้วยการจำนอง เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง การจำนองย่อมตกติดไปกับทรัพย์สินจำนองด้วย แม้ว่าทรัพย์สินจำนองจะตก ทอดไปยังทายาทแล้วก็ตาม

ในกรณีที่ทรัพย์สินของผู้ตายเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียน แม้ว่าทายาทจะยังไม่ได้ดำเนินการ เปลี่ยนแปลงชื่อทางทะเบียนจากชื่อของผู้ขอสินเชื่อซึ่งเสียชีวิตแล้วเป็นชื่อของทายาท ก็ถือว่าทายาท ได้รับทรัพย์สินของผู้ตายโดยทางมรดกตั้งแต่เวลาที่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสียชีวิตแล้ว หากมีทายาทหลายคนและยังไม่ได้แบ่งมรดก ทายาทก็จะมีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกร่วมกัน จนกว่าจะได้แบ่งมรดกกันแล้ว อย่างไรก็ตาม หากทายาทยังมีได้ดำเนินการจดทะเบียนการได้มาซึ่ง ทรัพย์สินมรดกอันเป็นอสังหาริมทรัพย์ ทายาทจะดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และไม่ สามารถยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนสิทธิโดย สุจริตได้<sup>41</sup>

ในกรณีที่ผู้สูงอายุได้ทำสัญญาสินเชื่อไว้กับธนาคาร และธนาคารมีสิทธิบังคับชำระหนี้จาก ทรัพย์หลักประกันจากเหตุผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต หากไม่มีการจำกัดสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในการบังคับ ชำระหนี้ไว้เพียงทรัพย์หลักประกันเท่านั้น ธนาคารผู้ให้สินเชื่อย่อมมีสิทธิเรียกให้ทายาทหรือผู้จัดการ

<sup>40</sup> ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 348.

<sup>41</sup> พินัย ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 42.

มรดกชดใช้หนี้ให้แก่ตนตามสัญญาสินเชื่อได้ ดั่งนัยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1939/2535 ป. กู้เงินไปจากโจทก์ เมื่อ ป. ตาย โจทก์ก็มีสิทธิฟ้องจำเลยในฐานะทายาทของ ป. ให้ชำระหนี้เงินกู้ได้ตามมาตรา 1737 โดยชั้นนี้ ไม่ต้องพิจารณาว่า จำเลยได้รับมรดกของ ป. หรือไม่ แม้ว่าทายาทย่อมรับไปซึ่งหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้กู้ และเจ้าหนี้มรดกจะบังคับสิทธิเรียกร้องต่อทายาทคนใดก็ได้ก็ตาม ทายาทก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตนได้รับหรือตกทอดให้แก่ตน ตามมาตรา 1601

ในกรณีผู้จำนองเสียชีวิตก่อนการบังคับทรัพย์สินหลักประกันตามสัญญาจำนอง เจ้าหนี้ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังทายาทในฐานะผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองตามหลักกฎหมายเรื่องมรดกตกทอด<sup>42</sup> ดั่งคำพิพากษาฎีกาที่ 5553/2542 วินิจฉัยว่า “ในกรณีเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับจำนองประสงค์จะฟ้องบังคับจำนอง กฎหมายบังคับให้เจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ และต้องกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อให้โอกาสผู้จำนองชำระหนี้จำนอง การบอกกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขที่ผู้รับจำนองจะต้องกระทำให้ถูกต้องก่อน จึงจะฟ้องบังคับจำนองได้ การบอกกล่าวดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ซึ่งกฎหมายกำหนดคือผู้จำนอง ฉะนั้นเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ส. ผู้จำนองถึงแก่กรรมก่อนโจทก์มีหนังสือบอกกล่าวแม้จะมีผู้อื่นรับหนังสือนั้นไว้ ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการบอกกล่าวบังคับจำนองที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อ ส. ผู้จำนองถึงแก่กรรม มรดกกรรมตลอดถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่อมรดกตกทอดแก่ทายาทของ ส. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599,1600 ถ้ามีผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองแล้ว หากโจทก์ประสงค์จะบังคับจำนองต้องมีเจตนาบอกกล่าวแก่ผู้รับโอนล่วงหน้า 1 เดือนก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 735 ถ้ายังไม่ปรากฏว่าผู้ใดเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง แต่ ส. ผู้จำนองมีทายาทหรือผู้จัดการมรดก โจทก์ต้องบอกกล่าวเป็นเจตนาหรือหนังสือล่วงหน้าอย่างน้อย 1 เดือน แก่บุคคลดังกล่าวซึ่งเป็นเสมือนผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนอง จึงจะฟ้องบังคับจำนองได้ เมื่อโจทก์มิได้บอกกล่าวบังคับจำนองแก่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ซึ่งเป็นทายาทผู้จำนองก่อนฟ้อง และการที่โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 3 และที่ 4 ถือไม่ได้ว่าเป็นการบอกกล่าวบังคับจำนองตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับจำนอง” จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่าผู้รับจำนองต้องส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังทายาทเสมือนทายาทเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนอง แม้ว่าทายาทจะเป็นผู้สืบสิทธิของผู้จำนองไม่ใช่บุคคลภายนอกก็ตาม

ทั้งนี้ ในการจัดการมรดก อาจมีการตั้งผู้จัดการมรดก เพื่อจัดการทรัพย์สินของผู้ตาย โดยผู้จัดการมรดกมีหน้าที่หลักในการรวบรวมทรัพย์สินมรดก ชำระหนี้กองมรดก และแบ่งทรัพย์สินมรดกให้แก่ทายาท และทายาทเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องช่วยเหลือผู้จัดการมรดกในการแจ้งทรัพย์สินมรดก และหนี้สินของผู้ตายตามที่ตนรู้ทั้งหมด ส่วนกรณีชำระหนี้กองมรดก ทายาทย่อมรับผิดชอบไม่เกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่

<sup>42</sup> สุพิศ ปราณีตพลกรัง, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (แก้ไขใหม่) คำประกัน จำนอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 62-63.

ตนได้รับ และเจ้าหน้าที่ย่อมมีสิทธิฟ้องทนายทคนใดก็ได้ เพื่อบังคับชำระหนี้ตามสัญญา และด้วยเหตุที่ผู้จัดการมรดกเป็นตัวแทนของทายาทและเป็นผู้รู้ถึงความเป็นไปของกองมรดกดีที่สุด ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ก็จะเลือกฟ้องผู้จัดการมรดกด้วย

## 4.7 บทบาทของหน่วยงานรัฐในการกำกับดูแล

### 4.7.1 กระทรวงการคลัง

ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 10 ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลัง ไว้ว่า “กระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเงินการคลัง แผ่นดิน การประเมินราคาทรัพย์สิน การบริหารพัสดุภาครัฐ กิจการเกี่ยวกับที่ราชพัสดุ ทรัพย์สินของแผ่นดิน ภาษีอากร การระงับการ กิจการหารายได้ของรัฐที่มีอำนาจดำเนินการได้แต่ผู้เดียวตามกฎหมาย และไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่น การบริหารหนี้สาธารณะ การบริหารและการพัฒนา รัฐวิสาหกิจและหลักทรัพย์ของรัฐ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลังหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงการคลัง” กระทรวงการคลังจึงมีบทบาทหน้าที่ในการดูแลควบคุมหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลังของประเทศอันเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลการให้สินเชื่อ

### 4.7.2 ธนาคารแห่งประเทศไทย<sup>43</sup>

ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2485 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 ได้กำหนดบทบาทหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทยไว้ ดังนี้

1. ออกและจัดการธนบัตรของรัฐบาลและบัตรธนาคารภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเงินตรา
2. กำหนดและดำเนินนโยบายการเงินตามที่คณะกรรมการนโยบายการเงินกำหนด ได้แก่ รับเงินฝาก กำหนดอัตราดอกเบี้ยในการให้กู้ยืมเงินแก่สถาบันการเงิน ซื้อขายเงินตราต่างประเทศและแลกเปลี่ยนกระแสเงินสดในอนาคต กู้ยืมเงินตราต่างประเทศเพื่อดำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพแห่งค่าของเงินตรา กู้ยืมเงินเพื่อการดำเนินนโยบายการเงิน เป็นต้น
3. บริหารจัดการสินทรัพย์ของธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยการนำสินทรัพย์ไปลงทุนหาประโยชน์

<sup>43</sup> ธนาคารแห่งประเทศไทย, บทบาทหน้าที่ ธปท. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.bot.or.th/Thai/AboutBOT/RolesAndHistory/Pages/RolesAndResponsibility.aspx> [25 กันยายน 2559]

4. เป็นนายธนาคารและนายทะเบียนหลักทรัพย์ของรัฐบาล โดยมีอำนาจหน้าที่ในการรับจ่ายเงินเพื่อบัญชีฝากของกระทรวงการคลัง การรับเก็บรักษาเงินหรือของมีค่าอย่างอื่นเพื่อประโยชน์ของรัฐบาล นอกจากนี้ อาจเป็นนายทะเบียนหลักทรัพย์ของรัฐบาล รัฐวิสาหกิจ สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

5. เป็นนายธนาคารของสถาบันการเงิน โดยมีอำนาจหน้าที่ในการให้กู้ยืมเงินหรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่สถาบันการเงิน การรับเก็บรักษาเงิน หลักทรัพย์ หรือของมีค่าอย่างอื่นของสถาบันการเงิน รวมถึงการสั่งให้สถาบันการเงินส่งรายงานหรือชี้แจงเพื่ออธิบายเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน หรือภาระผูกพันได้

6. จัดตั้งหรือสนับสนุนการจัดตั้งระบบการชำระเงินและบริหารจัดการระบบดังกล่าวให้เกิดความปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ

7. กำกับและตรวจสอบสถาบันการเงิน

8. บริหารจัดการอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราภายใต้ระบบการแลกเปลี่ยนเงินตราตามกฎหมายว่าด้วยเงินตรา

9. ควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน

สำหรับสินเชื่อกรณีทั่วไป ธนาคารแห่งประเทศไทยมีบทบาทในการกำหนดแนวทางหลักเกณฑ์ปฏิบัติการให้สินเชื่อของธนาคาร เช่น การกำหนดหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการให้ข้อมูลที่เพียงพอกับผู้ขอสินเชื่อ การห้ามเสนอผลิตภัณฑ์สินเชื่อพ่วงกับผลิตภัณฑ์การเงินอื่น เป็นต้น หากมีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ธนาคารแห่งประเทศไทยจะเป็นผู้มีบทบาทอย่างมากในการออกประกาศเพื่อกำหนดแนวทางของการให้สินเชื่อดังกล่าว กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการดำเนินการทำสัญญากับผู้สูงอายุ การผลักดันให้สถาบันการเงินให้บริการทางการเงินสำหรับผู้สูงอายุและการพัฒนาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse mortgage)<sup>44</sup>

#### 4.8 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

##### 4.8.1 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ก) แนวความคิดเรื่องหลักความไม่เสมอภาคของคู่สัญญา

<sup>44</sup> ธนาคารแห่งประเทศไทย, แผนพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ระยะที่ 3 (2559-2563).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/Highlights/FSMP3/FinancialSectorMasterPlanIII.pdf> [5 มกราคม 2560]

แนวความคิดเรื่องนี้เป็นแนวความคิดสืบเนื่องมาจากการมีเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา โดยที่ลักษณะในการทำสัญญาในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งส่งผลให้พื้นฐานแนวความคิดของทั้งสองเรื่องนั้นไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาในปัจจุบัน กล่าวคือ ความไม่เสมอภาคในการตกลงทำสัญญาและแบบของสัญญาที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปและซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้การยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาอันเสื่อมลงด้วย<sup>45</sup>

อย่างไรก็ตาม ความไม่เสมอภาคของคู่สัญญานี้ เป็นเรื่องที่มีมาตั้งแต่สมัยก่อน แต่ไม่มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันอย่างชัดเจน หรือกำหนดสัญญาโดยไม่เป็นธรรม แต่ในปัจจุบัน เกิดเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่า มีอำนาจในการกำหนดเนื้อหาและรูปแบบของสัญญาโดยมีสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) เกิดขึ้น ในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถเจรจาต่อรองเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาหรือข้อสัญญาในสัญญาดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ความไม่เสมอภาคในปัจจุบันที่ควรพิจารณามีอยู่ 2 ลักษณะ<sup>46</sup> กล่าวคือ

(1) ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยตนเอง ซึ่งมีขึ้นในระหว่างคู่สัญญาที่เป็นนายจ้างและลูกจ้าง หรือกรณีผู้ผลิตกับผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ โดยความไม่เสมอภาคในลักษณะนี้มักเกิดขึ้นในสังคมของประเทศที่มีการพัฒนาระบบอุตสาหกรรม จึงทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจ

(2) ความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบต่อผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพกล่าวคือทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย เป็นต้น ซึ่งผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพนี้มีความได้เปรียบมากกว่า เพราะย่อมรู้จักสินค้าและบริการของตนเองได้ดีที่สุด ทั้งยังสามารถกำหนดสัญญาทั้งในด้านราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการของตนเองได้ ในขณะที่ผู้บริโภคจะต้องถูกบังคับให้เข้าผูกพันตามสัญญาทั้งจำนวนราคาและคุณภาพของสินค้าที่เข้าสู่ตลาดตามที่ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพได้กำหนดไว้ตั้งแต่ตอนต้นแล้วนั่นเอง

#### ข) หลักความยุติธรรม<sup>47</sup>

หลักความยุติธรรมเป็นหลักที่ศาลใช้ในการตัดสินคดี โดยศาลจะพิจารณาเพียงกฎหมายอย่างเดียวไม่ได้ ในการตัดสินคดีจึงจำเป็นต้องยึดหลักความยุติธรรมด้วย โดยหลักความยุติธรรมนั้น ก็จะประยุกต์ใช้กับแต่ละคดีเป็นกรณี ๆ ไป อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักความยุติธรรมอาจ

<sup>45</sup> พอพันธ์ คิตจิตต์, แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. [ออนไลน์].

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>47</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 503.

ทำได้ไม่กว้างขวางหรือเป็นอิสระมากนัก เพราะประเทศไทยอยู่ในระบบ Civil Law การคำนึงถึงหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องคำนึงถึง และอาจก่อให้เกิดอันตรายได้หากปล่อยให้ศาลใช้หลักความยุติธรรมอย่างกว้างขวางตามอัธยาศัยของผู้พิพากษาแต่ละท่าน ดังนั้น สำหรับกฎหมายเอกชน การจะใช้หลักความยุติธรรมได้นั้นจึงจำเป็นต้องใช้ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้น และเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้หลักความยุติธรรมได้ เมื่อกฎหมายให้อำนาจผู้พิพากษาในการใช้หลักความยุติธรรมได้แล้ว ก็จะต้องใช้ภายในขอบเขตความคิดที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย พร้อมเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ มาประกอบการพิจารณา

### ค) หลักความแน่นอนของกฎหมาย

กฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับประชาชนได้นั้น ควรจะมีความแน่นอน และประชาชนควรรู้ว่า ผลของการปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามนั้น จะเหตุอย่างใดกับตน การมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องการบังคับใช้ หรือผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงควรมีขึ้นเพื่อสร้างความชัดเจนและความยุติธรรมให้กับประชาชนที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว

### ง) แนวความคิดในการตีความสัญญา

สำหรับแนวความคิดในการตีความสัญญานี้ มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ทฤษฎี

<sup>48</sup> คือ

(1) ทฤษฎีการแสดงออก (Expression Theory) เป็นแนวทางการตีความในด้านภาวะวิสัย (Objective) กล่าวคือ ทฤษฎีนี้ถือเอาการแสดงออกด้วยเจตนาที่มีความสำคัญมากกว่าเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ดังนั้น การค้นหาความหมายของสัญญาจึงมีความจำเป็นจะต้องค้นหาจากเจตนาของคู่สัญญาที่แสดงออก โดยถือว่าเจตนาที่แท้จริงปรากฏจากกิริยา วาจา ภายนอก หรืออาจกล่าวได้ว่ากรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญานั้นเอง

(2) ทฤษฎีเจตนา (Intention Theory) เป็นแนวทางการตีความในด้านอัตตวิสัย (Subjective) กล่าวคือ เจตนาของคู่สัญญามีความศักดิ์สิทธิ์และมีความอิสระ จึงต้องมีการค้นหาเจตนาที่แท้จริงโดยต้องมองข้ามกิริยา วาจา ที่แสดงออกมาเพื่อพิจารณาเจตนาที่แท้จริงภายใน ดังนั้น เครื่องมือพิสูจน์ในการค้นหาเจตนาที่แท้จริงจึงไม่จำกัดเฉพาะการกระทำที่แสดงออกมาภายนอก ยังอาจหาเครื่องมือเพื่อพิสูจน์ไม่ว่าโดยวิธีใดเพื่อให้ได้มาซึ่งเจตนาที่แท้จริงได้ ทั้งนี้ ทฤษฎีดังกล่าวมีการให้ความสำคัญและคำนึงถึงผลประโยชน์ได้เสียของผู้แสดงเจตนาประกอบด้วย

<sup>48</sup> โชติศักดิ์ อาศภวิริยะ, รายงานเอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง “สัญญาสำเร็จรูปของสถาบันการเงิน: ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. [ออนไลน์].



พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เกิดขึ้น เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถแก้ไขปัญหาการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยการกำหนดข้อสัญญาได้ เนื่องด้วยหลักกฎหมายดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐไม่เข้าสามารถเข้าไปแทรกแซงได้ เว้นแต่วัตถุประสงค์ของการทำสัญญาจะเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างไรก็ตาม ด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าอาศัยหลักดังกล่าว เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอันทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและเพื่อความคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจแล้ว จึงได้มีการออกพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้ศาลปรับใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรม ทั้งนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) บุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 คือ ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ที่เข้าทำสัญญาในฐานะต่าง ๆ เช่น ผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย เป็นต้น รวมถึงผู้ที่เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ผู้สูงอายุซึ่งเป็นผู้ขอสินเชื่อตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จึงอยู่ในฐานะผู้บริโภคตามกฎหมายนี้

(2) ลักษณะของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป สัญญาขายฝาก ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ทำได้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด<sup>49</sup>

(3) สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป การตกลงทำสัญญาในปัจจุบัน จะอยู่ในรูปแบบสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งอาจมีการกำหนดข้อสัญญาแตกต่างไปจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายจึงจำเป็นต้องเข้ามาจำกัดลักษณะของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปไว้ โดยสัญญา

<sup>49</sup> ศนันท์ภรณ์ โสถพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 508.

ประเภทนี้จะต้องมีลักษณะสัญญาหลายลักษณะรวมกันอยู่ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง และเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยทำสัญญาเตรียมไว้จำนวนมากเพื่อใช้กับบุคคลเป็นการทั่วไปและไม่จำกัดความแตกต่างของผู้ทำสัญญา นอกจากนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้เตรียมสัญญาไม่มีสิทธิขอแก้ไขสัญญาได้เลย มีเพียง 2 ทางเลือกคือ ยอมรับตามข้อตกลงหรือไม่เข้าทำสัญญาเลย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เนื้อหาสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย<sup>50</sup>

(4) ความเป็นผลของสัญญา<sup>51</sup> หากข้อสัญญาที่คู่สัญญาดกลงกันมีลักษณะไม่ยุติธรรม หรือเอาเปรียบอีกฝ่ายมากจนเกินสมควร กฎหมายนี้ให้อำนาจศาลในการพิจารณาให้ข้อสัญญาหรือสัญญาดังกล่าวสามารถมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งการพิจารณาเรื่องสัญญาเป็นธรรมหรือไม่นั้น ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณีๆ ไป โดยการใช้ดุลพินิจของศาลก็จะเป็นไปตามเกณฑ์ในมาตรา 10 กล่าวคือ ศาลต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันตจิตต์ชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง เป็นต้น

#### 4.8.2 แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านนิติกรรมสัญญา<sup>52</sup>

หลังจากการออกพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาภายหลังจากการทำสัญญาแล้ว ต่อมาก็ได้มีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาก่อนที่สัญญาเกิดเป็นสำคัญ โดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเป็นการเฉพาะในการทำสัญญาบางประเภทเท่านั้น ทั้งนี้ เนื้อหาของสัญญาที่จะมีการตรวจสอบ ได้แก่

1) สัญญาและเนื้อหาของสัญญา โดยจะตรวจสอบเฉพาะสัญญาของธุรกิจประเภทที่ถูกควบคุมสัญญาเท่านั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการสัญญาจะเป็นผู้กำหนดว่าธุรกิจใดที่จะถูกควบคุมสัญญาบ้าง โดยมีหลักการ คือ ธุรกิจนั้นมีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือผู้บริโภค

<sup>50</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 38.

<sup>51</sup> ศันนัทกรณธ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 524.

<sup>52</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 530, 532.

โดยเมื่อเป็นธุรกิจควบคุมแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจก็ต้องออกสัญญาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก็มีข้อจำกัดอำนาจว่าจะสามารถกำหนดหลักเกณฑ์สัญญาได้ภายในขอบเขต ดังนี้

- ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดยชัดเจนตามควรแก่กรณี
  - ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยไม่มีเหตุผลที่สมควรเพียงพอ
  - ต้องคำนึงถึงความสุจริตในการประกอบธุรกิจ
  - ให้เยียวยาความเสียหายในเวลาอันควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา
  - จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค
  - ต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่การประกอบธุรกิจ
- 2) รายการในหลักฐานการชำระเงิน
- 3) แบบในสัญญารับประกัน

กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่กำหนดข้อสัญญาให้เป็นไปตามประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา สัญญานั้นยังคงมีผลสมบูรณ์สามารถบังคับระหว่างคู่สัญญาได้เช่นเดิม เพียงแต่ข้อตกลงที่ไม่กำหนดนั้น หรือข้อตกลงที่กำหนดแล้วแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด ให้ถือว่า สัญญาดังกล่าวใช้ข้อตกลงนั้น หรือใช้ข้อตกลงโดยมีเงื่อนไขตามที่ประกาศคณะกรรมการกำหนด แต่ถ้าผู้ประกอบธุรกิจใช้ข้อสัญญาที่ถูกห้ามไม่ให้ใช้แล้ว ให้ถือว่า ข้อสัญญานั้นไม่มีอยู่ในสัญญาดังกล่าว<sup>53</sup>

เมื่อพิจารณาลักษณะสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ขอสินเชื่อย่อมอยู่ในฐานะผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องด้วยเป็นผู้ได้รับบริการจากธนาคารผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น ผู้ขอสินเชื่อจึงได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และหากมีการออกประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเกี่ยวกับสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารผู้ให้สินเชื่อก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว

<sup>53</sup> ศันนท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 537.

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

ในบทก่อนได้ศึกษาถึงหลักการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทยมาแล้ว ในบทนี้จะวิเคราะห์ถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการให้สินเชื่อดังกล่าว ตามที่ประเทศไทยจะเริ่มดำเนินการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ซึ่งเป็นหลักการแนวคิดของต่างประเทศที่ได้มีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว แต่ด้วยสินเชื่อดังกล่าวมีลักษณะเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากการกู้ยืมเงินกรณีทั่วไปและเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย หากธนาคารให้สินเชื่อดังกล่าวแล้ว อาจเกิดปัญหาและข้อขัดข้องที่ทำให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเพียงพอ ประกอบกับกฎหมาย ลักษณะข้อสัญญาและแนวทางที่ธนาคารจะกำหนดในการให้สินเชื่อดังกล่าวยังไม่ชัดเจน จากการศึกษา วิเคราะห์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้ ดังต่อไปนี้

#### 5.1 ปัญหาข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

ด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะเงื่อนไขพิเศษที่แตกต่างจากลักษณะสัญญากู้ยืมทั่วไป จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า แท้จริงแล้วสัญญาสินเชื่อนี้มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใด

เมื่อพิจารณาหลักการของสัญญาจะซื้อจะขาย อาจมีมุมมองว่าธนาคารมีฐานะเป็นผู้จะซื้อเนื่องด้วยตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ให้สินเชื่อต้องส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อและมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น โดยผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ในการผ่อนชำระหนี้รายเดือน อันทำให้เกิดการตีความได้ว่า การที่ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันโดยตรง มีลักษณะคล้ายกับการที่ผู้ขอสินเชื่อจะโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อภายหลังจากที่ธนาคารผู้ให้สินเชื่อชำระเงินด้วยด้วยการส่งมอบเงินก้อนเดียว หรือรายเดือนให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเรียบร้อยแล้ว

สำหรับประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาจะซื้อจะขายทำขึ้นเพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้จะซื้อและผู้จะขาย โดยเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายผู้จะซื้อว่าต้องการจะซื้ออสังหาริมทรัพย์ของผู้จะ

ขาย วางเงินมัดจำไว้เป็นประกันว่าจะมีการทำสัญญาซื้อขายระหว่างกัน และจะดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กันภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนด ขณะเดียวกันผู้จะขายก็แสดงเจตนาที่จะไม่ขาย อสังหาริมทรัพย์ให้บุคคลอื่นในช่วงเวลาที่กำหนดในสัญญาจะซื้อจะขาย เมื่อพิจารณาตามหลักการดังกล่าวแล้ว สัญญาสินเชื่ออายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไม่เข้าข่ายลักษณะของสัญญาดังกล่าว เนื่องด้วยแท้จริงแล้ว คู่สัญญาไม่มีเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กัน และการที่ธนาคารจะได้สิทธิในทรัพย์สินนั้นก็มิใช่เพียงการจดทะเบียนรับโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น แต่เป็นการที่ธนาคารจะต้องใช้สิทธิบังคับจำนองผ่านขั้นตอนกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนดก่อน หากผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่อมีเจตนาที่จะทำสัญญาจะซื้อจะขายคงไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนเพื่อเอาทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้

นอกจากนี้ ตลอดอายุสัญญาสินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อก็ยังคงมีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินดังกล่าว หรือไถ่ถอนจำนองเพื่อรับทรัพย์สินดังกล่าวคืนด้วยการนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมดได้ หากถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจะซื้อจะขายแล้ว การที่ผู้ขอสินเชื่อ นำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาอาจทำให้ผู้ขอสินเชื่อกลายเป็นฝ่ายผิดสัญญาได้ จึงเห็นว่า ไม่น่าจะตีความเจตนาของคู่สัญญาไปถึงขนาดเป็นสัญญาจะซื้อจะขายได้

เมื่อพิจารณาหลักการของสัญญาขายฝากตามมาตรา 491 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจมีมุมมองว่า ผู้ขอสินเชื่อโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ธนาคารโดยได้รับเงินรายเดือนเป็นค่าทรัพย์สิน และผู้ขอสินเชื่อมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินคืนจากธนาคารได้ในภายหลัง ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาสินเชื่อดังกล่าวไม่เข้าลักษณะของสัญญาขายฝากเช่นกัน เนื่องด้วยสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้ แต่สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้ ผู้ขอสินเชื่อตกลงนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ มิใช่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ประกอบกับหากถือว่าสัญญาสินเชื่อเป็นสัญญาขายฝากแล้ว ผู้ขอสินเชื่อก็ต้องถูกผูกมัดว่าจะต้องนำเงินมาไถ่ทรัพย์สินภายในระยะเวลาสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดคือ 10 ปีนับแต่เวลาที่ทำการซื้อขายกัน ตามมาตรา 494 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่ตามหลักการของสินเชื่อดังกล่าวผู้ขอสินเชื่อมีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินหลักประกันได้จนกระทั่งเสียชีวิต ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อพิจารณาเจตนาและวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้ว ไม่น่าจะตีความว่าสัญญาสินเชื่อดังกล่าวเป็นสัญญาขายฝาก

เมื่อพิจารณาหลักการของสัญญายืมใช้สลับเปลืองซึ่งเป็นสัญญาที่ผู้ให้ยืมตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม โดยผู้ยืมตกลงคืนทรัพย์สินอื่นที่เป็นประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกันให้แก่ผู้ให้ยืม ซึ่งสัญญายืมเงินถือเป็นสัญญายืมใช้สลับเปลืองประเภทหนึ่งเพียงแต่มีวัตถุประสงค์เป็นเงินตรา

โดยผู้กู้ตกลงจะชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ให้กู้เมื่อครบระยะเวลาที่กำหนด ดังนี้ จึงอาจมีความเห็นว่า สัญญาสินเชื่อดังกล่าวเป็นสัญญากู้ยืมเงิน โดยธนาคารตกลงให้ผู้ขอสินเชื่อกู้ยืมเงินและผู้ขอสินเชื่อตกลงชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตแล้ว ในกรณีดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อจึงอาจได้รับชำระหนี้คืนด้วยเงินจากกองมรดกหรือทายาทของผู้ขอสินเชื่อเอง หรือด้วยเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันของผู้ขอสินเชื่อ แล้วแต่กรณี อันมิใช่ว่า ผู้ขอสินเชื่อไม่มีเจตนาชำระหนี้คืนเสียเลย และกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันของผู้ขอสินเชื่อนั้นก็เป็นที่ไปตามหลักการการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอยู่แล้ว

นอกจากนี้ ตามสัญญาสินเชื่อยังมีการกำหนดให้หนี้ถึงกำหนดชำระทันทีด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตด้วย เช่น ผู้ขอสินเชื่อขายทรัพย์สินหลักประกัน หรือย้ายออกจากบ้าน เป็นต้น โดยผู้ขอสินเชื่ออาจเลือกที่จะนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาได้หากไม่ประสงค์ให้ผู้ให้สินเชื่อบังคับทรัพย์สินหลักประกัน อันแสดงให้เห็นว่า ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ที่ขี้มและผู้ให้สินเชื่อก็ประสงค์ต้องการได้รับชำระหนี้คืนด้วยเช่นกันอันเป็นที่ไปตามหลักการของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในลักษณะที่ธนาคารผู้ให้สินเชื่อมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อตามรูปแบบการเบิกใช้เงินที่ผู้ขอสินเชื่อเลือก ไม่ว่าจะเป็นเงินก้อนเดียว หรือรายเดือน หรือวงเงินสินเชื่อ โดยกรณีการส่งมอบเงินเป็นวงเงินสินเชื่อ หรือรายเดือนตามระยะเวลาที่กำหนด หรือจนกว่าผู้กู้จะเสียชีวิต ย่อมเป็นการส่งมอบเงินในอนาคตภายหลังวันทำสัญญา ส่งผลให้เกิดข้อโต้แย้งได้ว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไม่มีผลสมบูรณ์เป็นสัญญากู้ยืมเงินและไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามกฎหมาย ด้วยสินเชื่อดังกล่าวมีลักษณะเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากสัญญากู้ยืมเงินกรณีทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้กู้เป็นการเฉพาะเจาะจง สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา เหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระจึงอาจมีความเห็นว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญานอกบรรพ 3 ซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยข้อตกลงของคู่สัญญา ก่อความผูกพันและมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย โดยหากตีความว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญานอกบรรพ 3 แล้ว สัญญาสินเชื่อดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติกฎหมายลักษณะกู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้ว่าสัญญาสินเชื่อดังกล่าวจะมีลักษณะเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากสัญญากู้ยืมเงินกรณีทั่วไป ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงนำมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ของคู่สัญญาได้ จึงยังไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายใหม่เพื่อรองรับนิติสัมพันธ์ของสินเชื่อ

ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในอนาคต ประเทศไทยมีการออกหลักเกณฑ์หรือมาตรการมากำกับดูแลการให้สินเชื่อดังกล่าว อาจกำหนดระบุนิยามของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไว้เพื่อความชัดเจนและให้เป็นที่เข้าใจในรูปแบบเดียวกันได้ ดังเช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่ได้กำหนดความหมายและลักษณะของสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไว้ใน Section 1923<sup>1</sup> ของ California Civil Code ว่า Reverse Mortgage หมายถึง สินเชื่อที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยหากผู้ขอสินเชื่อผิดนัด ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิบังคับทรัพย์หลักประกันเพื่อชำระหนี้แต่ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายอื่นจากผู้ขอสินเชื่อได้ แม้ว่าทรัพย์นั้นจะไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ก็ตาม (Nonrecourse Loan) โดย Reverse Mortgage มีลักษณะเฉพาะ 3 ประการ คือ 1) เป็นหนี้เงินกู้ที่ผู้ให้สินเชื่อให้เงินล่วงหน้าแก่ผู้ขอสินเชื่อ โดยจำนวนเงินกู้เป็นไปตามมูลค่าของบ้านที่ผู้ขอสินเชื่อมีกรรมสิทธิ์และพักอาศัยอย่างที่อยู่อาศัยหลัก 2) ผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระเงินกู้สำหรับเงินต้นหรือดอกเบี้ยจนกว่าหนี้ทั้งหมดจะถึงกำหนดชำระ 3) ผู้ให้สินเชื่อต้องเป็นผู้ให้สินเชื่อที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของมลรัฐหรือรัฐกลาง

ผู้เขียนเห็นว่า หากจะระบุความหมายและลักษณะสินเชื่อดังกล่าวสำหรับประเทศไทย ก็อาจกำหนดได้ว่า “สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) หมายถึง สินเชื่อที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระเงินสำหรับเงินต้นหรือดอกเบี้ยจนกว่าหนี้ทั้งหมดจะถึงกำหนดชำระ และผู้ให้สินเชื่อสามารถบังคับทรัพย์หลักประกันเพื่อชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อตาย ขายทรัพย์หลักประกัน ย้ายออกจากบ้าน หรือเป็นไปตามเงื่อนไขอื่นใดที่กำหนดในสัญญา”

## 5.2 ปัญหาผู้ให้สินเชื่อเปลี่ยนแปลงวงเงินหรือยุติการส่งมอบเงินตามข้อตกลง

จากการศึกษาหลักการของต่างประเทศ ตามลักษณะของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามรูปแบบที่ผู้ขอสินเชื่อเลือกไม่ว่าจะเป็นเงินก้อนเดียว หรือรายเดือน หรือวงเงินสินเชื่อ ทั้งนี้ หากมีการ

<sup>1</sup> California Civil Code Sections 1923 “For purposes of this chapter, "reverse mortgage" means a nonrecourse loan secured by real property that meets all of the following criteria:

- (a) The loan provides cash advances to a borrower based on the equity or the value in a borrower's owner-occupied principal residence.
- (b) The loan requires no payment of principal or interest until the entire loan becomes due and payable.
- (c) The loan is made by a lender licensed or chartered pursuant to the laws of this state or the United States.”

ให้ผู้สินเชื่อดังกล่าวในประเทศไทยแล้ว รัฐจะสนับสนุนให้ผู้ให้สินเชื่อให้ผู้สูงอายุเป็นเงินก้อนเดียวหรือเป็นรายเดือนจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต<sup>2</sup> เพื่อเป็นมาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุที่จะให้ความช่วยเหลือผู้สูงอายุและช่วยแบ่งเบาภาระของรัฐ ดังนี้ ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อเป็นเงินก้อนเดียวหรือรายเดือนจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตอันแตกต่างจากเงื่อนไขการชำระเงินตามสัญญาสินเชื่อกรณีทั่วไปที่ผู้ให้สินเชื่อไม่ได้มีหน้าที่ในการส่งมอบเงินกู้เป็นกำหนดระยะเวลายาวนานเหมือนสินเชื่ออื่น นอกจากนี้ ผู้ขอสินเชื่อตามสัญญาสินเชื่อประเภทนี้ยังไม่มีหน้าที่ชำระคืนเงินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเป็นรายเดือนด้วย จากการทำงานในทิศทางตรงกันข้ามที่ต่างจากการกู้ยืมเงินกรณีทั่วไปนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ กล่าวคือ หากธนาคารเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามที่ตกลงกันหรือเปลี่ยนแปลงวงเงินตามอำเภอใจ ผู้ขอสินเชื่อจะต้องดำเนินการอย่างไร เพื่อให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินหรือเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนเอง นอกจากนี้ หากผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินให้แก่ตนเองหรือบังคับตามสิทธิของตนตามสัญญาย่อมเป็นการสร้างภาระและความยากลำบากให้แก่ผู้สูงอายุมากยิ่งขึ้นไปอีกที่จะต้องไปดำเนินคดีที่ศาลในขณะที่เป็นผู้สูงวัย ซึ่งปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการรองรับหรือคุ้มครองผู้สูงอายุในประเด็นดังกล่าว

หากพิจารณาว่าสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินซึ่งเป็นสัญญาใช้สินเปลืองประเภทหนึ่ง เมื่อศึกษาในเชิงทฤษฎีแล้วจะพบว่า ความสมบูรณ์แห่งสัญญาโดยอาศัยการส่งมอบวัตถุแห่งสัญญาตามมาตรา 650 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีแนวคิดมาจากหลักกฎหมายโรมันเรียกว่า Real Contract โดยถือว่าสัญญาใช้สินเปลืองเป็นสัญญาที่มีความผูกพันทางทรัพย์สินที่ผู้ยืมจะมีหน้าที่คืนทรัพย์สินก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน หากตกลงกันโดยไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้ว ย่อมไม่เกิดความผูกพันตามกฎหมาย<sup>3</sup> เมื่อพิจารณาตามบริบทกฎหมายไทยที่รับเอาแนวความคิดมาจากกฎหมายโรมัน ผู้ให้สินเชื่อย่อมไม่มีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ แต่การส่งมอบเงินนั้น เป็นสิ่งที่ทำให้สัญญาสมบูรณ์ จากการที่ผู้ให้สินเชื่อตกลงให้ผู้ขอสินเชื่อ โดยยังไม่มี การส่งมอบเงิน จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การตกลงเช่นนั้นก่อให้เกิดสัญญาจะให้ยืมและสามารถฟ้องบังคับกันได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยแบ่งได้เป็น 3 ฝ่าย คือ

<sup>2</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์].

<sup>3</sup> สุธีร์ ศุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, หน้า 10.



ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า สัญญาจะให้ยืมไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเพราะสัญญาให้ยืมจะเกิดผลสมบูรณ์และบังคับกันได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน โดยตราบไต่ที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน จะนำสัญญานี้มาฟ้องต่อศาลบังคับให้ส่งมอบไม่ได้<sup>4</sup>

ความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่า สัญญาจะให้ยืมเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ไม่จำเป็นต้องสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ เพียงแต่คู่สัญญาแสดงเจตนาต่อกันก็ถือว่า สัญญาสมบูรณ์แล้ว จึงบังคับให้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมได้<sup>5</sup>

ประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า แม้จะไม่มี การส่งมอบเงินตามสัญญาให้ยืมเงิน ก็สามารถใช้สิทธิฟ้องให้ส่งมอบเงินได้โดยอาศัยมูลหนี้อันเป็นหลักทั่วไปตามมาตรา 213 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการฟ้องร้องให้ส่งมอบเพื่อจะทำให้สัญญาให้ยืมสมบูรณ์<sup>6</sup>

ความเห็นฝ่ายที่สาม เห็นว่า พิจารณาเรื่องค่าตอบแทนเป็นหลัก โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายจะบังคับให้ส่งมอบตามสัญญาให้ยืมได้ก็ต่อเมื่อมีการเรียกค่าตอบแทนในการใช้ทรัพย์สินนั้น อย่างเช่น สัญญาให้ยืมเงินที่มีการเรียกดอกเบี้ย หากผู้ให้สินเชื่อไม่ยอมให้ยืมตามที่ได้สัญญาไว้ ผู้ขอสินเชื่อย่อมมีสิทธิบังคับให้ให้ยืมได้<sup>7</sup>

จากการตีความเรื่องสัญญาจะให้ยืมและการบังคับให้ส่งมอบเงินในหลายความเห็นนี้เอง ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่า หากผู้ให้สินเชื่อไม่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามสัญญาสินเชื่อแล้ว ผู้ขอสินเชื่อจะใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อได้หรือไม่ จากแนวคิดที่จะใช้สิทธิเรียกให้ส่งมอบเงินตามความเห็นที่สองและความเห็นที่สามย่อมสะท้อนให้เห็นว่า มีหนี้เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาแล้ว อนุโลมอย่างไรก็ดี จากการศึกษานวคัมพิพากษาศาลฎีกา ศาลไม่เคยมีการตัดสินคดี

<sup>4</sup> ประเวติ บัตตพงศ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผักกาดทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประณีประนอมยอมความ, (คำสอนปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487) หน้า 4. อ้างอิงใน สุธีร์ ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558). หน้า 18

<sup>5</sup> หลวงวิเศษจรรยาภักษ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผักกาดทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า การพินันและชั้นต่อ, (คำสอนปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493) หน้า 4. อ้างอิงใน สุธีร์ ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558). หน้า 18

<sup>6</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, "คำมั่นสัญญา ตอนที่ 7 การฟ้องบังคับให้ส่งมอบกรณีสัญญาไม่สมบูรณ์หรือบริบูรณ์," อุลพาท 56(พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 19-22.

<sup>7</sup> จีต เศรษฐบุต, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผักกาดทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภัทย์ และ สุธีร์ ศุภนิตย์ (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 5-6.

บังคับให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อหรือบังคับตามสัญญาจะให้ยืมเลย แต่ศาลจะบังคับให้ตามข้อสัญญาที่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงผลของการที่คู่สัญญาไม่ส่งมอบเงิน เช่น ให้ผู้ผิดสัญญาตกเป็นผู้ผิดนัด ให้ผู้ผิดสัญญาชำระค่าปรับ เป็นต้น กรณีดังกล่าวจะสอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 213 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีหลักว่า หากเจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยตรงได้ เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทนการไม่ชำระหนี้ได้ หรือลูกหนี้ชำระแล้วแต่ไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้เสียหายก็อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากการรับชำระหนี้ได้<sup>8</sup> หรือการไม่ชำระหนี้ทำให้เจ้าหนี้เสียหายเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหากจากมูลหนี้เดิม แม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายไว้ในสัญญา เจ้าหนี้ก็สามารถใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 213 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ ผู้เขียนได้พิจารณาไปถึงกรณีสัญญาต่างตอบแทนด้วย ซึ่งตามแนวคำตัดสินของศาลไทย คำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 ได้ตัดสินเกี่ยวกับสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาคู่ธรรมดาไว้ กล่าวคือ จำเลยมีที่ดินและได้เสนอให้โจทก์ร่วมทำโครงการจัดสรรที่ดินพร้อมบ้านกับจำเลย โดยขอโจทก์อนุมัติเงินกู้เพื่อลงทุนตามโครงการดังกล่าว ทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญากัน 2 ฉบับ คือ 1) สัญญากู้เงินของจำเลย และ 2) สัญญาให้ผู้ซื้อที่ดินไปซื้อที่ดินและบ้านตามโครงการ ดังนั้น สัญญาฉบับหลังเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาฉบับแรก ข้อความในสัญญาแต่ละฉบับมีผลผูกพันบังคับกันได้ ดังนั้น การตีความเจตนาของคู่สัญญาจึงต้องแปลจากสัญญาทั้ง 2 ฉบับรวมกัน ไม่ใช่ยกเอาเฉพาะข้อความตอนใดตอนหนึ่งหรือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งหรือข้อใดข้อหนึ่งมาแปล สัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนกันเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญาคู่ธรรมดา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่จะต้องปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกันตามข้อความที่ระบุไว้ในสัญญา การที่โจทก์ยอมให้จำเลยกู้เงินสูงกว่าจำนวนที่ขอกู้ในการเสนอโครงการครั้งแรกแสดงว่าได้ตกลงเปลี่ยนแปลงวงเงินกันแล้วเท่ากับเป็นการยืนยันตามข้อตกลงนั้น ข้อตกลงนี้จึงผูกพันโจทก์ โจทก์จะปฏิเสธไม่ให้จำเลยและผู้ซื้อที่ดินกับบ้านกู้เงินในจำนวนดังกล่าวไม่ได้ เป็นการผิดสัญญา

จากคำพิพากษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกายอมรับหลักที่ว่า หากมีข้อตกลงในสัญญาเพิ่มเติมนอกเหนือจากหน้าที่ทั่วไปตามสัญญาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันแล้ว ก็ย่อมเกิดลักษณะสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาคู่ธรรมดาได้ ไม่ว่าจะทำสัญญาฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็ตาม

<sup>8</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 577.

เมื่อพิจารณาหลักสัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายไทยมาตรา 369 ที่บัญญัติว่า “ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระ หนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่งยังไม่ถึงกำหนด” พบว่า สัญญาต่างตอบแทนเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการตอบแทนกันในทางทรัพย์สิน คือ ต่างฝ่ายต่างต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนต่อกัน โดยคู่สัญญาต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ให้ค้ำประกันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะชำระหนี้ และในการใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ คู่สัญญาต่างมีสิทธิในการปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งตรงข้ามกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน ที่ภาระหนี้ตกลงแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว ไม่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน<sup>9</sup> ทั้งนี้ สัญญาต่างตอบแทนอาจเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อนอกบรรพ 3 อาจต้องทำตามแบบหรือไม่ต้องทำตามแบบก็ได้ โดยหนี้ที่ฝ่ายหนึ่งมียอมเป็นมูลฐานการชำระหนี้ของอีกฝ่าย ซึ่งมีผลดังนี้<sup>10</sup> คือ

1) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิปฏิเสธไม่ชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะขอปฏิบัติการชำระหนี้ กล่าวคือ จะต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน อันเป็นผลของสัญญาต่างตอบแทน ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติ การชำระหนี้ต่อกันต้องมีความสัมพันธ์และขึ้นอยู่กับกัน โดยหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้หรือไม่เสนอที่จะชำระหนี้ตอบแทน คู่สัญญาอีกฝ่ายก็มีสิทธิปฏิเสธที่จะชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาที่มีได้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้<sup>11</sup>

2) ถ้าการชำระหนี้ของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ตกเป็นพ้นวิสัย จะเป็นโดยความผิดของฝ่ายนั้นหรือไม่ก็ตาม ผลแห่งภัยพิบัตินั้น ตกเป็นบาปเคราะห์ของคู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องชำระหนี้นั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทน

3) หนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนถือเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกัน หากหนี้ของฝ่ายหนึ่งระงับไป หนี้อีกฝ่ายย่อมระงับด้วย<sup>12</sup>

นอกจากนี้ หนี้ของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิไม่ชำระหนี้จะต้องเป็นข้อสัญญาที่ชำระหนี้ตอบแทนกันเท่านั้น โดยต้องมีความสำคัญเท่า ๆ กันหรือหนี้หนึ่งนั้นต้องมีความสำคัญขนาดเดียวกับหนี้ของอีกฝ่าย

<sup>9</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุรินทร์ พงศปาน, หน้า 339-340.

<sup>10</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), หน้า 413.

<sup>11</sup> ศันนัทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, หน้า 309.

<sup>12</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 577.

หนึ่ง<sup>13</sup> หากหนี้ที่ไม่ชำระเป็นหนี้เล็กน้อยเมื่อเทียบกับหนี้ที่ต้องชำระแล้ว การที่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นหนี้เล็กน้อยนั้น ไม่ชำระหนี้ของตน อีกฝ่ายจะปฏิเสธการชำระหนี้ไม่ได้ เช่น สัญญาเช่าทรัพย์ หากผู้ให้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์ ผู้เช่ามีสิทธิปฏิเสธชำระค่าเช่า เพราะการชำระหนี้มีความสำคัญเท่าเทียมกัน แต่ผู้ให้เช่าไม่ชำระหนี้ โดยไม่ซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ผู้เช่าจะเลือกไม่ชำระค่าเช่าไม่ได้ เพราะไม่ใช่หนี้ที่มีความสำคัญเท่ากับหนี้ที่ผู้เช่าต้องชำระค่าเช่า ประกอบกับ ผู้ให้เช่าได้ปฏิบัติตามสัญญาเช่าด้วยการส่งมอบทรัพย์ที่เช่าให้แล้ว<sup>14</sup> นอกจากนี้ ถ้ามิใช่การชำระหนี้ที่ต้องกระทำเพื่อตอบแทนการชำระหนี้ของอีกฝ่ายแล้ว อีกฝ่ายจะยกเป็นข้อกล่าวอ้างในการไม่ชำระหนี้ไม่ได้ เช่น เมื่อเกิดเหตุวินาศภัย ผู้เอาประกันภัยไม่แจ้งให้ผู้รับประกันภัยทราบโดยไม่ชักช้า ดังนี้ ผู้รับประกันภัยจะปฏิเสธไม่จ่ายค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1002/2501

ดังนั้น หากธนาคารผู้ให้สินเชื่อและผู้สูงอายุผู้ขอสินเชื่อมีการตกลงข้อสัญญาที่นอกเหนือจากหลักทั่วไปตามกฎหมายลักษณะกู้ยืมเงินและจำนองและก่อให้เกิดหนี้ต่างตอบแทนขึ้นระหว่างธนาคารและผู้สูงอายุในลักษณะที่มีความสำคัญเท่ากัน สัญญาดังกล่าวก็อาจมีลักษณะต่างตอบแทนได้ และข้อตกลงดังกล่าวย่อมผูกพันให้ธนาคารและผู้สูงอายุต้องปฏิบัติตามสัญญา หากคู่สัญญาได้กำหนดหน้าที่ของแต่ละฝ่ายในสัญญาไว้อย่างใด คู่สัญญาก็จำต้องปฏิบัติตามหน้าที่นั้น หากไม่ปฏิบัติตามแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิปฏิเสธการชำระหนี้และย่อมถือคู่สัญญาที่ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาเป็นฝ่ายผิดสัญญา และเมื่ออีกฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาที่ไม่ได้ผิดสัญญาย่อมฟ้องให้คู่สัญญาที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายจากอีกฝ่ายได้ เทียบเคียงได้กับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2923/2525 ที่ข้อตกลงผูกพันใจทักผู้ให้สินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อจะเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเงินหรือเปลี่ยนแปลงวงเงินตามดุลพินิจของตนเองโดยฝ่ายเดียวไม่ได้ จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่จำเลยผู้ขอสินเชื่อ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า คดีนี้ ผู้ขอสินเชื่อไม่ได้ขอให้ศาลบังคับให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินให้แก่ตน แต่ฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ยังไม่มีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในประเทศไทยอย่างเป็นทางการ จึงยังไม่แน่นอนว่า สัญญาสินเชื่อดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือไม่

<sup>13</sup> จีดี เศรษฐบุตตร หน้า 451 อ้างถึงใน คัดคดี สองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ.2544, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), หน้า 415.

<sup>14</sup> อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 269-270.

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า หากไม่มีการส่งมอบเงินตามสัญญาสินเชื่อหรือผู้ให้สินเชื่อเปลี่ยนแปลงวงเงินตามอำเภอใจ ผู้ขอสินเชื่อก็อาจมีทางเลือกโดยการใช้สิทธิเรียกร้องฟ้องบังคับให้ผู้ให้สินเชื่อปฏิบัติตามสัญญาฉบับบรรพ 3 ตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ และผู้ขอสินเชื่อยังมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ให้สินเชื่อชดเชยค่าเสียหายให้แก่ตนจากการผิดสัญญาของผู้ให้สินเชื่อได้

จากการศึกษาหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า หากผู้ให้สินเชื่อไม่ส่งมอบเงินตามสัญญา หรือผู้ขอสินเชื่อไม่เบิกใช้เงินตามสัญญา ผู้ให้สินเชื่อและผู้ขอสินเชื่อสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ กล่าวคือ เมื่อผู้ขอสินเชื่อจะขอสินเชื่อจากธนาคาร ผู้ขอสินเชื่อจะต้องลงนามในคำขอสินเชื่อ (Application) ซึ่งจัดเตรียมโดยธนาคาร คำขอสินเชื่อ (Application) ดังกล่าวจะเปรียบเสมือนคำเสนอของผู้ขอสินเชื่อ และประกอบไปด้วยข้อมูลที่ธนาคารจะใช้ในการพิจารณาการให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อ<sup>15</sup> หากธนาคารพึงพอใจเครดิตของผู้ขอสินเชื่อ ธนาคารจะส่งข้อตกลงหรือคำอนุมัติสินเชื่อให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ (Commitment) ซึ่งมีรายละเอียดข้อตกลงของการกู้ยืม และเงื่อนไขที่ผู้ขอสินเชื่อจะต้องดำเนินการให้เสร็จก่อนทำสัญญา เมื่อพิจารณาคำขอสินเชื่อของผู้ขอสินเชื่อเป็นเหมือนเป็นคำเสนอแล้ว ข้อตกลงที่ธนาคารจะเตรียมเงินกู้ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ (Commitment) ของธนาคารก็เปรียบเสมือนคำสนอง ซึ่งส่งผลให้ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ในการชำระค่าธรรมเนียมในการเตรียมวงเงินกู้ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ (Commitment Fee)

ในทางกลับกัน หากคำขอสินเชื่อของผู้ขอสินเชื่อพิจารณาเหมือนเป็นคำชี้ชวนให้ทำคำเสนอ ข้อตกลงที่ธนาคารจะเตรียมเงินกู้ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ (Commitment) ที่ธนาคารส่งให้ผู้ขอสินเชื่อก็เปรียบเสมือนคำเสนอที่ผู้ขอสินเชื่อต้องตอบรับเป็นคำสนองภายในระยะเวลาที่กำหนด<sup>16</sup> ข้อตกลงที่เกิดขึ้นนี้ จะเป็นข้อตกลงอย่างกว้าง ๆ ที่ผู้ขอสินเชื่อและธนาคารไม่มีหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติเป็นการเฉพาะเจาะจง หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง อีกฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนได้ โดยหากธนาคารผู้ให้สินเชื่อปฏิเสธที่จะให้สินเชื่อตามข้อตกลง ค่าเสียหายของผู้ขอสินเชื่อจะเป็นค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการขอสินเชื่อจากผู้ให้สินเชื่อรายใหม่ กรณีผู้ขอสินเชื่อไม่เบิกใช้เงินตามข้อตกลง ค่าเสียหายของธนาคารจะเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรง เช่น ค่าธรรมเนียมในการจัดหาเงินกู้ของธนาคาร โดยในทางปฏิบัติ ธนาคารมักจะกำหนดไม่ให้มีการคืนเงิน

<sup>15</sup> Frank Gibson, James Karp, and Elliot Klayman, *Real Estate Law*, p. 382.

<sup>16</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, p. 309.

ค่าธรรมเนียมดังกล่าวกรณีผู้ขอสินเชื่อไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ซึ่งศาลอเมริกันก็ยอมรับให้ค่าธรรมเนียมจัดหาเงินกู้เป็นความเสียหายของผู้ให้สินเชื่อ<sup>17</sup>

สำหรับหลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้มีบทบัญญัติมาตรา 206.25 (f) ของ Code of Federal Regulations กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อจะต้องชำระค่าปรับให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นจำนวน 10 เปอร์เซ็นต์ของยอดเงินที่ผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ส่วนมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อชำระค่าปรับเป็นจำนวนสามเท่าของยอดเงินที่ไม่ได้ส่งมอบรวมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ขอสินเชื่อไว้ในมาตรา 1923.2<sup>18</sup>

สำหรับกรณีผู้ให้สินเชื่อกำหนดให้สิทธิตนเองในการปรับเปลี่ยนวงเงิน ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลไทย ตัดสินว่า หากมีการกำหนดข้อตกลงให้ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิในการปรับเปลี่ยนวงเงินหากมีเงื่อนไขบางประการเกิดขึ้น ข้อตกลงดังกล่าวสามารถบังคับได้ไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อตกลงนั้นมีหลักการและเหตุผลที่ไม่ได้เป็นการเอาเปรียบผู้ขอสินเชื่อเกินไป ดังนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12190/2557 “โจทก์และจำเลยตกลงกันให้บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม เข้าค่าประกันวงเงินสินเชื่อของจำเลยที่มีต่อโจทก์ และหากบริษัทดังกล่าวไม่ค่าประกัน โจทก์ตกลงให้จำเลยมีสิทธิในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงจำนวนเงินกู้ เนื่องจากหลักประกันไม่ครอบคลุมวงเงินทั้งหมดที่โจทก์ได้รับอนุมัติให้กู้ อันเป็นการลดภาระความเสี่ยงจากการที่หลักประกันไม่คุ้มจำนวนหนี้ การกำหนดให้เป็นสิทธิของจำเลยผู้ให้กู้ฝ่ายเดียวในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงจำนวนเงินกู้ จึงไม่ใช่เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้โจทก์ปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ หรือเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้จำเลยได้เปรียบโจทก์ ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 (3)”

เมื่อพิจารณาตามหลักการของสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ทริพย์หลักประกันถือเป็นสาระสำคัญที่ผู้ให้สินเชื่อใช้ประกอบการพิจารณาให้สินเชื่อและเป็นทริพย์ที่ผู้ให้สินเชื่อจะได้บังคับชำระหนี้ในอนาคต ผู้เขียนเห็นว่า หากทริพย์หลักประกันซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อเปลี่ยนแปลงไป ผู้ให้สินเชื่อก็น่าจะมีดุลพินิจที่จะปรับเปลี่ยนวงเงินได้ตามที่เงื่อนไขสาระสำคัญที่ทริพย์หลักประกันนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการเปลี่ยนแปลงวงเงินนี้ ควรจะใช้อย่างมีขอบเขตมิใช่ใช้ตามอำเภอใจของผู้ให้สินเชื่อ หากธนาคารผู้ให้สินเชื่อกำหนดให้มีสิทธิปรับเปลี่ยนวงเงินตามอำเภอใจแล้ว ก็อาจเข้าลักษณะ

<sup>17</sup> Frank Gibson, James Karp, and Elliot Klayman, *Real Estate Law*, p. 383.

<sup>18</sup> California Civil Code Section 1923.2 “A lender who fails to make loan advances as required in the loan documents, and fails to cure an actual default after notice as specified in the loan documents, shall forfeit to the borrower treble the amount wrongfully withheld plus interest at the legal rate.”

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ กล่าวโดยสรุป ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อรองรับปัญหาเรื่องการใช้ดุลพินิจของผู้ให้สินเชื่อในยุติการส่งมอบเงินกู้หรือผิดนัดหรือเปลี่ยนแปลงวงเงินกู้ไว้ดังนี้

1. กำหนดให้หน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐเข้ามารับรองต่อผู้ขอสินเชื่อว่าผู้ขอสินเชื่อจะได้รับเงินตามที่ตกลงกับผู้ให้สินเชื่อ หากผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ชำระเงินตามข้อตกลง หน่วยงาน Federal Housing Administration (FHA) จะเป็นผู้ชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อแทนผู้ให้สินเชื่อ<sup>19</sup>

2. กำหนดให้มีบทบัญญัติระบุเกี่ยวกับค่าปรับ หากผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ส่งมอบเงินกู้ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามที่กำหนดในสัญญาและไม่แก้ไขเหตุผิดนัดดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อต้องชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเท่ากับ 10 เปอร์เซ็นต์ของยอดเงินที่ผู้ให้สินเชื่อไม่ได้ส่งมอบ<sup>20</sup> หรือเป็นสามเท่าของต้นเงินที่ผิดนัดส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อพร้อมดอกเบี้ยในกรณีมลรัฐแคลิฟอร์เนีย<sup>21</sup>

3. กำหนดให้มีบทบัญญัติระบุเกี่ยวกับระยะเวลาในการส่งมอบเงินกู้ โดยสำหรับกรณีกำหนดวิธีการจ่ายเงินระยะยาว เช่น เบิกเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิต ให้ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในวันทำการแรกของเดือนหลังจากวันที่ผู้ขอสินเชื่อลงนามสัญญาสินเชื่อ หากผู้ขอสินเชื่อขอสินเชื่อในรูปแบบวงเงินสินเชื่อ (Line of Credit) ผู้ให้สินเชื่อต้องส่งเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อภายใน 5 วันทำการนับจากวันที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับหนังสือคำร้องขอเบิกเงินจากผู้ขอสินเชื่อ<sup>22</sup>

4. กำหนดให้มีบทบัญญัติระบุให้ผู้ให้สินเชื่อต้องพิจารณาถึงผลเสียที่อาจจะเกิดขึ้นหากผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถให้เงินกู้กับผู้ขอสินเชื่อได้ ทั้งนี้ ผู้ให้สินเชื่อต้องพิจารณาถึงการกำหนดข้อสัญญา

<sup>19</sup> Consumer Financial Protection Bureau, *Report to Congress on Reverse Mortgage*[Online].

<sup>20</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.25 (f) “The mortgagee shall pay a late charge to the mortgagor for any late payment. If the mortgagee does not mail or electronically transfer a scheduled monthly payment to the mortgagor on the first business day of the month or make a line of credit payment within 5 business days of the date the mortgagee received the request, the late charge shall be 10 percent of the entire amount that should have been paid to the mortgagor for that month or as a result of that request.”

<sup>21</sup> California Civil Code Section 1923.2 “A lender who fails to make loan advances as required in the loan documents, and fails to cure an actual default after notice as specified in the loan documents, shall forfeit to the borrower treble the amount wrongfully withheld plus interest at the legal rate.”.

<sup>22</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(1) “Payments by the mortgagee under the term or tenure payment options shall be mailed to the mortgagor or electronically transferred to an account of the mortgagor on the first business day of each month beginning with the first month after closing. Payments under the line of credit payment option shall be mailed to the mortgagor or electronically transferred to an account of the mortgagor within five business days after the mortgagee has received a written request for payment by the mortgagor.”

ในการคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อที่จะให้ผู้ขอสินเชื่อหลุดพ้นหรือปลอดจากภาระหน้าที่ภายใต้สัญญาสินเชื่อ นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อควรเพิ่มเติมกระบวนการในการปลดหลักประกันกรณีที่ไม่สามารถให้สินเชื่อได้ เพื่อที่ผู้ขอสินเชื่อจะได้หาผู้ให้สินเชื่อรายอื่นต่อไป และ ผู้ให้สินเชื่อควรกำหนดข้อสัญญาเพิ่มเติมที่ห้ามมิให้ผู้รับโอนสิทธิตามสัญญาจากผู้ให้สินเชื่อ ยกเลิกการจ่ายเงินกู้หรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขข้อสัญญากรณีที่ผู้รับโอนสิทธิไม่พอใจในมูลค่าของหลักประกัน<sup>23</sup>

5. กำหนดให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามปรับลดเงิน โดยหากเป็นการส่งมอบเงินกู้ตามระยะเวลาที่กำหนด (Periodic Advance) ผู้ให้สินเชื่อจะต้องไม่ปรับลดเงินที่จะส่งมอบให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วยเหตุการณ์ปรับอัตราดอกเบี้ย<sup>24</sup>

6. มีบทบัญญัติระบุ ผู้ให้สินเชื่อจะต้องไม่เสนอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) หากไม่มีความสามารถทางการเงินในการจัดให้เงินกู้หรือบริการดังกล่าว หากผู้ให้สินเชื่อเห็นว่า สถานะทางการเงินหรือความสามารถที่จะให้บริการให้สินเชื่อมีความเสี่ยง ผู้ให้สินเชื่อต้องแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อหารือเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการหาทางแก้ปัญหา

ตามแนวทางการคุ้มครองบริโภคของประเทศสหรัฐอเมริกาตามที่กล่าวมานั้น เป็นแนวทางหนึ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อการออกหลักเกณฑ์สำหรับประเทศไทยได้ โดยผู้เขียนเห็นว่า อาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. กำหนดหน้าที่และระยะเวลาการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ
2. กำหนดค่าปรับกรณีผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามระยะเวลาที่กำหนดไว้
3. กรณีผู้ให้สินเชื่อมีหน้าที่ส่งเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นรายเดือน ห้ามผู้ให้สินเชื่อปรับเปลี่ยนจำนวนเงินรายเดือนตามอำเภอใจ
4. ห้ามผู้ให้สินเชื่อปรับเปลี่ยนวงเงินตามสัญญาโดยดุลพินิจของตนเองฝ่ายเดียว เว้นแต่มีเหตุอันสมควร เช่น มูลค่าของทรัพย์สินหลักประกันซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อเปลี่ยนแปลงไป ผู้ขอสินเชื่อประสบภาวะทางการเงิน เป็นต้น

<sup>23</sup> Section 49.3 (b) of Pennsylvania Code

<sup>24</sup> Section 1923.2 of California Civil Code



เนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือมาตรการที่ชัดเจนสำหรับประเด็นที่เป็นปัญหาอยู่ ผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น น่าจะช่วยคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุและลดปัญหาดังกล่าวข้างต้นได้

### 5.3 ปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาและเงื่อนไขในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดหรือควบคุมข้อตกลงในสัญญาสินเชื่อและสัญญาจำนองของผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการเฉพาะ ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงสามารถกำหนดข้อสัญญาอย่างไรก็ได้ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น จากสิทธิในการกำหนดข้อสัญญาโดยเสรีนี้เอง จึงอาจทำให้ผู้ให้สินเชื่อกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ขอสินเชื่อ สร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเกินควร หรือกำหนดข้อสัญญาในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันอย่างกว้างจนทำให้เกิดสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในการบังคับจำนองได้โดยง่าย อันทำให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุมีความเสี่ยงที่จะสูญเสียบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักไปก่อนกำหนดเวลาตามสัญญา อีกทั้งยังอาจส่งผลให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้ ซึ่งแทนที่จะเป็นการช่วยเหลือผู้สูงอายุ แต่กลับเป็นการสร้างความเสี่ยงและภาระให้กับผู้ขอสินเชื่อมากขึ้น

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยยังไม่มีกรให้สินเชื่อดังกล่าวอย่างเป็นทางการ ผู้เขียนจึงศึกษาตัวอย่างสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM ของประเทศสหรัฐอเมริกาและพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย เพื่อวิเคราะห์ถึงลักษณะของข้อสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ที่อาจจะกำหนดในสัญญาสินเชื่อและข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองของประเทศไทย โดยพิจารณาได้ดังนี้

#### 5.3.1 ข้อตกลงพิเศษตามลักษณะสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage)

##### 5.3.1.1 ข้อตกลงให้ผู้ขอสินเชื่อพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก

ด้วยเงื่อนไขของการให้สินเชื่อมุ่งให้ความสำคัญกับหลักที่ว่า บ้านที่นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะต้องเป็นที่อยู่อาศัยหลักของผู้ขอสินเชื่อ หลังจากลงนามสัญญาแล้ว ผู้ขอสินเชื่อจึงต้องพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก ดังนี้ จึงอาจเกิด

ประเด็นว่า การกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อพักอยู่ในบ้านหลังดังกล่าวอย่างที่อยู่อาศัยหลักเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ขอสินเชื่อเกินไปหรือไม่ และแค่นั้นเพียงใดที่จะเป็นการพิสูจน์ว่า ผู้ขอสินเชื่อพักอาศัยอยู่ที่บ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลักแล้ว หากผู้ขอสินเชื่อมีความจำเป็นที่จะต้องย้ายบ้านเพื่อไปอยู่กับลูกหลานจะต้องทำเช่นไร เพื่อให้ทรัพย์สินหลักประกันไม่ถูกบังคับชำระหนี้ จากการศึกษา พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดหลักการเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ตาม มาตรา 206.27 (c)(2) ของ Code of Federal Regulations ไว้ว่า หนี้ยอมถึงกำหนดชำระเมื่อผู้จำนองไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินหลักประกันเป็นเวลา 12 เดือนติดต่อกันอันเนื่องมาจากเหตุป่วยทางกายหรือทางใจ<sup>25</sup> หรือตามมาตรา 1923.2 ของ California Civil Code ที่กำหนดให้หนี้ถึงกำหนดชำระเมื่อ ผู้ขอสินเชื่อไม่พักอาศัยในบ้านที่เป็นหลักประกัน เว้นแต่ การออกไปจากบ้านไม่เกิน 60 วัน ติดต่อกัน หรือออกไปเกิน 60 วันแต่ไม่เกิน 1 ปี โดยผู้ขอสินเชื่อทำให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ให้สินเชื่อในการดูแลรักษาบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันตามที่ระบุในสัญญา<sup>26</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อทราบกฎเกณฑ์และสามารถปฏิบัติได้ถูกต้อง นอกจากนี้ ก่อนที่จะให้ผู้ขอสินเชื่อตกลงทำสัญญา กฎหมายยังกำหนดแนวทางให้ผู้ให้สินเชื่อจัดให้ผู้ขอสินเชื่อทำแบบสอบถามเกี่ยวกับความตั้งใจที่จะอยู่ในบ้านที่นำมาเป็นหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลักด้วยเพื่อไม่ให้เกิดเหตุผิดนัดตามสัญญาในภายหลัง

ส่วนประเทศญี่ปุ่น ในช่วงแรกของการให้สินเชื่อดังกล่าวได้มีการกำหนดว่า ทรัพย์สินหลักประกันจะต้องเป็นที่อยู่อาศัยหลักเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อธนาคารผู้ให้สินเชื่อมีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มากขึ้น แต่

<sup>25</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27 “ (c) Date the mortgage comes due and payable.

(2) The mortgage shall state that the mortgage balance shall be due and payable in full, upon approval of the Secretary, if any of the following occur:

(i) The property ceases to be the principal residence of a mortgagor for reasons other than death and the property is not the principal residence of at least one other mortgagor;

(ii) For a period of longer than 12 consecutive months, a mortgagor fails to occupy the property because of physical or mental illness and the property is not the principal residence of at least one other mortgagor; or

(iii) An obligation of the mortgagor under the mortgage is not performed.”.

<sup>26</sup>California Code Section 1923.2 “(g) Repayment of the reverse mortgage loan shall be subject to the following additional conditions: (1) Temporary absences from the home not exceeding 60 consecutive days shall not cause the mortgage to become due and payable. (2) Extended absences from the home exceeding 60 consecutive days, but less than one year, shall not cause the mortgage to become due and payable if the borrower has taken prior action which secures and protects the home in a manner satisfactory to the lender, as specified in the loan documents.”

ละธนาการก็เริ่มออกแบบผลิตภัณฑ์ของสินเชื่อที่หลากหลายมากขึ้นโดยลดความสำคัญของเงื่อนไขดังกล่าวลง

สำหรับแนวทางของประเทศไทย พบว่ามีแนวนโยบายที่จะกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเช่นกัน<sup>27</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สามารถกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ เนื่องด้วยไม่ขัดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า อสังหาริมทรัพย์ประเภทอื่นนอกจากทรัพย์สินที่เป็นที่อยู่อาศัยหลักสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้หรือไม่ และผู้ขอสินเชื่อสามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวออกให้เช่า หรือจ้างคนมาดูแลบ้านแทนการพักอาศัยได้หรือไม่ ในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขให้เป็นที่อยู่อาศัยหลักน่าจะเป็นไปด้วยเหตุผลที่ต้องการให้มีผู้ดูแลรักษาทรัพย์สินหลักประกันที่ผู้ให้สินเชื่ออาจต้องบังคับชำระหนี้ในอนาคต หากไม่มีผู้ดูแลบ้านแล้ว บ้านก็อาจทรุดโทรมและมีมูลค่าลดน้อยถอยลงไปได้ นอกจากนี้ หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ขอสินเชื่อก็สามารถแก้ไขเยียวยาได้ทันที และมีความเต็มใจที่จะซ่อมแซมบ้านทรัพย์สินหลักประกัน เพราะเป็นที่ที่ตนต้องพักอาศัย ด้วยวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อนี้เป็นไปเพื่อให้ผู้สูงอายุมีเงินในการใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน หากไม่มีการระบุจำกัดขอบเขตของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วอาจทำให้มีการนำทรัพย์สินอื่นมาขอสินเชื่อเพื่อวัตถุประสงค์อื่นอันขัดกับวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อได้ ทั้งนี้ จะมีการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับข้อตกลงของผู้ให้สินเชื่อและผู้ขอสินเชื่อเป็นสำคัญตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

### 5.3.1.2 ข้อตกลงกำหนดให้บ้านที่นำมาเป็นหลักประกันจะต้องเป็นของผู้ขอสินเชื่อเท่านั้นและปลอดจากทรัพย์สินหรือภาระเหนือทรัพย์สิน

ในการจำนองนั้น ผู้มีสิทธินำทรัพย์สินไปจำนองได้จะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น ตามที่มาตรา 705 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด โดยเจ้าของทรัพย์สินนั้นหมายความรวมถึง ผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เจ้าของสิทธิเหนือพื้นดินด้วย หากผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริง การจำนองนั้นย่อมไม่ผูกพันเจ้าของที่แท้จริง<sup>28</sup> การกำหนดเงื่อนไขให้ทรัพย์สินจำนองที่จะเอามาเป็นหลักประกันต้องเป็นทรัพย์สินที่ผู้สูงอายุมีกรรมสิทธิ์เท่านั้นจึงเป็นไปตามหลักที่กฎหมายกำหนด แม้ว่ากฎหมายไทยจะกำหนดให้ผู้จำนองสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ของตนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นได้ตามมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่หลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนอง

<sup>27</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์].

<sup>28</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 14.

แบบย้อนกลับ(Reverse Mortgage) กำหนดเพียงให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุเท่านั้นที่จะสามารถนำทรัพย์สินของตนเองมาประกันการชำระหนี้ได้ ผู้สูงอายุจะนำทรัพย์สินของบุคคลอื่นมาเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญาไม่ได้ แม้ว่าข้อตกลงจะไม่สอดคล้องกับมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้” ก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวก็สามารถใช้บังคับได้เนื่องจากมาตรา 709 ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ดี หากอสังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามสัญญาสินเชื่อเป็นสินสมรส คู่สมรสต้องขอความยินยอมของสามีหรือภริยาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยก่อนเข้าทำสัญญาจำนองกับธนาคารตามมาตรา 1746 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิฉะนั้น คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องให้เพิกถอนสัญญาจำนองที่ได้กระทำไปโดยปราศจากความยินยอมได้ตามมาตรา 1480 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ คู่สมรสของผู้จำนองอาจจะต้องรับผิดชอบเป็นลูกหนี้ร่วมกับผู้จำนองในกรณีที่หนี้ตามสัญญาเกิดขึ้นในระหว่างสมรสและเกี่ยวข้องกับหนี้อันเกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นในครอบครัวหรือเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินสมรสกรณีที่คุณสมรสนำสินสมรสมาเป็นทรัพย์สินหลักประกันตามสัญญาจำนองด้วย โดยคู่สมรสของผู้จำนองอาจจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับภาษีทรัพย์สิน หรือค่าประกันภัยด้วย ดังนี้ หากผู้ขอสินเชื่อจะนำสินสมรสมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ก็ต้องขอความยินยอมจากคู่สมรสด้วยก่อนทำการขอสินเชื่อจากธนาคารผู้ให้สินเชื่อ

เนื่องด้วยทรัพย์สินจำนองที่นำมาเป็นหลักประกันตามสัญญาสินเชื่อนี้ ผู้ให้สินเชื่ออาจได้รับชำระหนี้ตามสัญญาจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สิน ผู้ให้สินเชื่อจึงกำหนดเงื่อนไขให้ทรัพย์สินจำนองต้องปลอดจากทรัพย์สินหรือภาระอื่น เช่น จำนอง ภาระจำยอม สิทธิเหนือพื้นดิน เป็นต้น หากมีทรัพย์สินอื่นเหนือทรัพย์สินจำนองอยู่ก่อน ผู้ให้สินเชื่ออาจไม่ยอมรับทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันตามสัญญา หรืออาจกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อนำเงินไปชำระหนี้เพื่อปลดจำนองหรือทรัพย์สินอื่นที่มีอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ไม่ขัดต่อกฎหมาย

### 5.3.1.3 ข้อตกลงกำหนดหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการส่งเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามแผนการจ่ายเงิน

ตามสัญญาสินเชื่อกรณีทั่วไป ผู้ให้สินเชื่อจะไม่จัดเตรียมหรือร่างสัญญาไปในแนวทางที่สร้างภาระหน้าที่ให้แก่ตนเอง แต่จะกำหนดให้เป็นสิทธิของผู้ขอสินเชื่อที่จะเบิกใช้เงินได้โดยผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจปรับลด หรืองดการให้วงเงินสินเชื่อของผู้ขอสินเชื่อได้ ผู้เขียนเห็น

ว่า ตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้ ผู้ให้สินเชื่อควรที่จะกำหนดข้อตกลงที่สร้างหน้าที่แก่ตนเองในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามเงื่อนไขและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ให้สินเชื่อใช้อำนาจที่เหนือกว่าในทางเศรษฐกิจจัดเตรียมสัญญาไปในแนวทางที่เอาเปรียบผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ นอกจากนี้ สัญญาควรกำหนดรายละเอียดแผนการจ่ายเงินให้ชัดเจน รวมถึง แสดงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นและผู้ขอสินเชื่อต้องชำระ หรือผู้ให้สินเชื่อจะหักออกจากเงินที่จะให้ผู้ขอสินเชื่อเบิกด้วย โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหน้าที่และระยะเวลาส่งมอบเงินของผู้ให้สินเชื่อในมาตรา 206.27(b)(1)<sup>29</sup> ของ Code of Federal Regulations ส่วนในการเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ แก่ผู้ขอสินเชื่อไว้ในกฎหมาย Truth in Lending Act

### 5.3.2 ข้อตกลงที่ถือว่าหนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวน (Acceleration Clause) และทำให้เกิดสิทธิในการบังคับจำนองเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อ

จากการศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ให้อำนาจแก่ผู้รับจำนองที่จะแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่าหนี้ที่มีการจำนองเป็นประกันถึงกำหนดชำระแล้ว และเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบังคับหลักประกัน ตามวันที่ระบุในหนังสือทวงถามที่ส่งให้แก่ผู้จำนอง หากเปรียบเทียบกับกรณีการจำนองแบบทั่วไป เมื่อผู้ขอสินเชื่อผิดนัดงวดใดงวดหนึ่ง หนี้ทั้งหมดตามสัญญาจะถึงกำหนดชำระทันทีตามที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนด หากไม่มีข้อสัญญานี้แล้ว ผู้ให้สินเชื่อจะไม่สามารถบังคับจำนองหนี้จำนวนทั้งจำนวนได้ จนกว่าจะครบกำหนดชำระหนี้ตามที่ระบุในตัวเงิน (Note)

ทั้งนี้ การใช้สิทธิตามข้อตกลงที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้รับจำนองปฏิบัติตามเป็นธรรมต่อผู้จำนอง ซึ่งเทียบเคียงได้จาก Arkansas Case (Harrell v. Perkins) ที่มีข้อเท็จจริงว่า ผู้รับจำนองและผู้จำนองได้มีหนี้ตามสัญญาสินเชื่อต่อกัน ต่อมาผู้จำนองจะขอสินเชื่อตามสัญญาใหม่ ผู้รับจำนองจึงได้แจ้งกับผู้จำนองว่า ในระหว่างที่อยู่ในขั้นตอนการขอสินเชื่อ FHA (สินเชื่อประเภทหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการจำนองเป็นประกันการชำระหนี้) ผู้จำนองไม่ต้องชำระเงินค่างวดรายเดือนตามสัญญาเดิมให้แก่ผู้รับจำนองจนกว่าจะได้รับการอนุมัติสินเชื่อ

<sup>29</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.27(b)(1) "Payments by the mortgagee under the term or tenure payment options shall be mailed to the mortgagor or electronically transferred to an account of the mortgagor on the first business day of each month beginning with the first month after closing. Payments under the line of credit payment option shall be mailed to the mortgagor or electronically transferred to an account of the mortgagor within five business days after the mortgagee has received a written request for payment by the mortgagor."

FHA ตามสัญญาใหม่ จากการแจ้งของผู้รับจำนองนี้เอง ผู้จำนองจึงไม่ได้ชำระเงินค่างวดตามสัญญาเดิมและส่งผลให้ผู้จำนองเป็นผู้ผิดนัดตามสัญญา โดยต่อมา ภายหลังจากผู้จำนองนำเงินมาชำระหนี้ ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองกลับปฏิเสธที่จะรับค่างวดหลังการผิดนัดและดำเนินการบังคับจำนองตามสัญญาเดิมในที่สุด ซึ่งต่อมาศาลได้ยกฟ้องและให้เหตุผลว่า หลักความยุติธรรมจะนำมาใช้ลดทอนสิทธิในการเรียกให้บังคับชำระหนี้ทั้งจำนวนเมื่อเจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบต่อเหตุผิดนัดของลูกหนี้ หรือ “Equity will relieve against acceleration when the creditor's conduct has been responsible for debtor's default”<sup>30</sup>

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย ผู้เขียนเห็นว่า หลักการใช้สิทธิบังคับจำนองหรือเรียกให้ชำระหนี้ทั้งจำนวนตามสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ที่จะมีการให้สินเชื่อในประเทศไทย ผู้รับจำนองต้องปฏิบัติอย่างเป็นธรรมต่อผู้จำนองด้วยเช่นกัน โดยในการบังคับจำนองหรือเรียกให้ชำระหนี้ทั้งจำนวน ผู้รับจำนองต้องใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเหตุที่ผู้ให้สินเชื่อจะระบุเพื่อให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนและก่อสร้างให้ผู้ให้สินเชื่อในการบังคับทรัพย์หลักประกันก็ควรเป็นเหตุที่กำหนดขึ้นอย่างเป็นธรรม ไม่เอาเปรียบหรือสร้างภาระให้ผู้ขอสินเชื่อจนเกินไป

เนื่องด้วยแนวคิดที่จะนำสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มาใช้ในประเทศไทยนั้นเป็นไปเพื่อต้องการให้ผู้สูงอายุมีโอกาสที่จะแปลงบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนตัวมาเป็นเงินทุนในการดำเนินชีวิตประจำวันได้ และธนาคารย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากบ้านซึ่งเป็นทรัพย์หลักประกันเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือโอนขายบ้านไปยังบุคคลภายนอก แต่ในขณะเดียวกันก็มีความเสี่ยงสูงที่ผู้สูงอายุจะถูกยึดบ้านเพื่อบังคับชำระหนี้ได้ เพราะในการทำสัญญา ธนาคารผู้ให้สินเชื่อมักจะกำหนดเหตุผิดนัดที่ทำให้หนี้ทั้งหมดถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนทันทีไว้อย่างกว้างเพื่อลดความเสี่ยงให้กับตนเอง ซึ่งบางเหตุก็เป็นเหตุที่เหมาะสมที่ธนาคารสมควรกำหนดไว้เพื่อให้มีสิทธิบังคับชำระหนี้จากบ้านซึ่งเป็นหลักประกันได้ เช่น กรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือขายทรัพย์สินหลักประกัน แต่บางเหตุก็เป็นเพียงเหตุเล็กน้อยหรือเหตุผิดสัญญาที่กำหนดไว้อย่างกว้างจนอาจทำให้เกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระหรือบังคับจำนองทรัพย์ได้ง่ายอันไม่เป็นผลดีต่อผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุและยังพักอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งเป็นทรัพย์หลักประกัน

โดยเหตุที่กำหนดให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนและก่อสร้างให้ผู้ให้สินเชื่อในการบังคับจำนอง มีดังนี้

<sup>30</sup> Aalberts, R. J., *Real Estate Law*, pp. 325-326.

1) เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต การกำหนดเหตุเช่นนี้ เป็นเหตุที่เกิดขึ้นแน่นอนในอนาคตเพียงแต่ทั้งฝ่ายผู้ให้สินเชื่อและผู้ขอสินเชื่อเองไม่สามารถคาดหมายได้ว่า เหตุดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อใด หากผู้ขอสินเชื่อมีอายุยืนและปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่ผิดหน้าที่ตามสัญญา เจ้าหนี้ย่อมไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินหลักประกันได้จนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต ผู้เขียนเห็นด้วยที่กำหนดเหตุนี้เป็นเหตุในการบังคับชำระหนี้ของผู้ให้สินเชื่อ เพราะตรงตามหลักการของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประกอบกับ กฎหมายไทยไม่ได้ห้ามมิให้มีการกำหนดระยะเวลาครบกำหนดชำระหนี้ด้วยเหตุเสียชีวิต คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา นอกจากนี้ หากพิจารณาลักษณะสัญญาทั่วไป การเสียชีวิตของลูกหนี้ย่อมเป็นเหตุบังคับให้เจ้าหนี้จะต้องใช้สิทธิเรียกร้องของตนที่มีต่อลูกหนี้ผู้ตายภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ว่าลูกหนี้เสียชีวิต ประกอบกับ เจ้าหนี้ยำนอง ที่มีสิทธิบังคับทรัพย์สินหลักประกันได้ แม้ว่า สัญญาประธานจะหมดอายุความแล้วก็ตาม การกำหนดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระเนื่องด้วยผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต จึงไม่ทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเปรียบผู้ให้สินเชื่อแต่อย่างใดและเป็นไปตามหลักการของสินเชื่อดังกล่าว โดยสัญญาสินเชื่อของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเหตุนี้เช่นกัน ทั้งนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเหตุดังกล่าวไว้ในมาตรา 206.27 ของ Code of Federal Regulations อย่างชัดเจนแต่สำหรับประเทศญี่ปุ่นไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย เนื่องด้วยไม่มีกฎหมายว่าด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการเฉพาะ

2) เมื่อผู้ขอสินเชื่อขายหรือโอนทรัพย์สินหลักประกันให้แก่บุคคลภายนอก ด้วยทรัพย์สินหลักประกันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อและเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้สินเชื่อคาดหมายว่าจะนำมาบังคับชำระหนี้ในอนาคตกรณีที่ผู้ขอสินเชื่อไม่ผิดหน้าที่ตามสัญญาและเสียชีวิต หากผู้ขอสินเชื่อดำเนินการขายทรัพย์สินหลักประกันไปในระหว่างที่ผู้ขอสินเชื่อยังมีสัญญาอยู่กับผู้ให้สินเชื่อ และผู้ให้สินเชื่อยังคงมีหน้าที่ชำระเงินตามสัญญาให้แก่ผู้ขอสินเชื่ออยู่ ความเสี่ยงที่ทรัพย์สินหลักประกันจะมีมูลค่าลดน้อยถอยลงก็อาจเกิดขึ้นได้เนื่องด้วยผู้ซื้อทรัพย์สินอาจไม่พักอาศัยในทรัพย์สินดังกล่าว ไม่ดูแลรักษาทรัพย์สินเหมือนเช่นผู้ขอสินเชื่อ หรือนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันต่อเจ้าหนี้รายอื่นซึ่งข้อตกลงตามสัญญาสินเชื่อหรือสัญญาจำนองนั้นมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิผูกพันและบังคับได้เฉพาะผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่อเท่านั้น ผู้ซื้อทรัพย์สินจึงอาจกระทำการใด ๆ อันอาจทำให้เป็นการเสื่อมสิทธิของผู้ให้สินเชื่อได้ ประกอบกับ ผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ผ่อนชำระหนี้รายเดือนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ยอดหนี้เงินต้นที่ผู้ขอสินเชื่อต้องชำระก็มีเต็มจำนวนรวมถึงดอกเบี้ยที่ทบต้นด้วย หากผู้ขอสินเชื่อใช้สิทธิขายบ้านและไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาแล้ว ผู้ให้สินเชื่อที่ให้ผู้สูงอายุนี้ย่อมมีความขัดข้องในการให้สินเชื่อดังกล่าว

ตามหลักกฎหมายไทย เมื่อผู้ขอสินเชื่อนำอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นก็ยังคงเป็นของผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นลูกหนี้อยู่ ดังนั้น ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวจึงมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนได้ตามมาตรา 1336 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ผู้ขอสินเชื่อก็สามารถตกลงกับผู้ให้สินเชื่อกำหนดให้การขายหรือโอนทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลภายนอกเป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระและเกิดสิทธิแก่ผู้ให้สินเชื่อในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันได้ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติของการให้สินเชื่อทั่วไป เมื่อผู้ขอสินเชื่อนำอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ ธนาคารผู้ให้สินเชื่อมักจะเก็บโฉนดที่ดินของผู้ขอสินเชื่อไว้ ผู้ขอสินเชื่อจึงแทบไม่มีโอกาสที่จะขายทรัพย์สินหลักประกันได้เลย ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดเหตุดังกล่าวไม่น่าจะทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเปรียบหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมแต่อย่างใด

3) ผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้านอย่างถาวร ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้เหตุตามข้อนี้เป็นเหตุผิดสัญญา ก็เนื่องด้วยทรัพย์สินหลักประกันเป็นเสมือนสิ่งที่จะนำมาชำระหนี้ตามสัญญาแก่ผู้ให้สินเชื่อ หากผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้านไม่พักอาศัยอยู่ที่บ้านแล้ว ย่อมไม่มีผู้ดูแลทรัพย์สินหลักประกัน อันอาจทำให้บ้านทรุดโทรมและเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดอาจไม่พอที่จะนำมาชำระหนี้ตามสัญญาได้

อย่างไรก็ดี หากกำหนดให้เหตุดังกล่าวเป็นเหตุในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันแล้ว การกระทำแค่นั้นจึงจะถือว่าเป็นการย้ายออกจากบ้านอย่างถาวร หากย้ายออกไปเป็นระยะเวลา 1 ปี แล้วย้ายกลับเข้ามาที่บ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันอีกครั้ง เหตุผิดนัดดังกล่าวก็จะตกอยู่ในดุลพินิจของผู้ให้สินเชื่อที่จะพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว อันอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ขอสินเชื่อได้ จึงสมควรมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อปฏิบัติได้ถูกต้อง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย ผู้ขอสินเชื่อที่นำอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะใช้สอยทรัพย์สินหลักประกันได้อย่างเสรี การกำหนดเงื่อนไขการครอบครองทรัพย์สินหลักประกันเช่นนี้จึงเป็นการตกลงที่แตกต่างจากกฎหมายกำหนด อันสามารถกระทำได้หากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย

4) ผู้ขอสินเชื่อไม่พักอาศัยอยู่ที่บ้านอย่างที่อยู่อาศัยหลัก ลักษณะเหตุผิดนัดของข้อนี้ ก็คล้ายคลึงกับหลักเหตุผิดนัดที่กล่าวไปในข้อ 3) ลักษณะแค่นั้นเพียงไรที่จะถือว่าเป็นการพักอาศัยที่อยู่อาศัยหลัก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดระยะเวลาที่ออกไปจากบ้านไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อปฏิบัติได้ถูกต้อง

5) ผู้ขอสินเชื่อไม่ดูแลรักษาหรือซ่อมแซมบ้านตามที่วิญญูชนพึงกระทำ ตามที่กล่าวไปแล้วว่าทรัพย์สินหลักประกันเปรียบเสมือนสิ่งที่มีผู้ให้สินเชื่อคาดหวังว่าจะได้มาเพื่อนำมาชำระหนี้ตามสัญญา หากไม่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ขอสินเชื่อดูแลทรัพย์สินหลักประกันแล้ว ก็อาจทำให้ทรัพย์สินมี



ความเสื่อมโทรมอันทำให้มีมูลค่าลดลงได้ อย่างไรก็ตาม หากนำเหตุดังกล่าวมากำหนดเป็นเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทันทีนั้นอาจไม่เป็นธรรมแก่ผู้ขอสินเชื่อเพราะเป็นเหตุที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเตือนให้ผู้ขอสินเชื่อแก้ไขเยียวยาให้เป็นที่พอใจตามที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนดได้

นอกจากนี้ มีบทบัญญัติกฎหมายบางประการที่ช่วยคุ้มครองสิทธิของผู้ให้สินเชื่อซึ่งน่าจะเพียงพอต่อการช่วยลดความเสียหายของผู้รับจำนองบ้างแล้ว กล่าวคือ หากผู้จำนองทำลายทรัพย์สินหลักประกัน หรือทำให้มูลค่าของทรัพย์สินหลักประกันลดน้อยถอยลง ในระหว่างที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ผู้จำนองย่อมไม่สามารถอ้างประโยชน์แห่งเงื่อนไขได้ตามมาตรา 193(3) อันทำให้ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองได้ทันที ประกอบกับมาตรา 723 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ระบุ ให้สิทธิผู้รับจำนองที่จะบังคับจำนองได้ทันทีหากทรัพย์สินจำนองบุบสลายหรือสูญหายเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอต่อการประกันการชำระหนี้ อันถือเป็นการให้สิทธิผู้รับจำนองและอาจถือได้ว่าเป็นการบังคับให้ผู้จำนองดูแลรักษาทรัพย์สินหลักประกันโดยทางอ้อมแล้ว ทั้งนี้ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 723 จะกำหนดให้สิทธิผู้จำนองในการหาทรัพย์สินมาทดแทนทรัพย์สินเดิม หรือซ่อมแซมทรัพย์สินดังกล่าวกรณีความเสียหายหรือบุบสลายนั้นเกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดของผู้จำนองก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ได้ทำให้ผู้รับจำนองเสื่อมสิทธิในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันแต่อย่างใด ดังนั้น การไม่ระบุเหตุผู้ขอสินเชื่อไม่ดูแลรักษาหรือซ่อมแซมบ้านเป็นเหตุในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน ไม่ทำให้ผู้รับจำนองได้รับความเสียหายหรือเสียสิทธิจนเกินควร

6) ผู้ขอสินเชื่อไม่ชำระค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ได้แก่ ภาษีโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง เบี้ยประกันภัย หรือหนี้อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบ้าน เป็นต้น ทั้งนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เกิดปัญหาว่า ผู้สูงอายุมีโอกาสที่จะผิมนัดการชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าวและเป็นเหตุให้หนี้ทั้งจำนวนถึงกำหนดชำระและถูกบังคับจำนองได้ง่าย ด้วยเหตุการไม่ชำระเบี้ยประกันหรือภาษี เนื่องด้วยลักษณะของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้คืนเป็นรายเดือน จึงมีความเป็นไปได้ที่ผู้ขอสินเชื่ออาจจะลืมชำระค่าภาษี ค่าเบี้ยประกัน หรือค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น หรือในทางกลับกัน ผู้ขอสินเชื่ออาจไม่มีความเข้าใจเพียงพอว่า การชำระค่าใช้จ่ายนั้นมีความสำคัญเพียงใด หากผิมนัดชำระหนี้ดังกล่าวแล้วยอมส่งให้เกิดเหตุผิมนัดและหนี้ตามสัญญาทั้งหมดถึงกำหนดชำระทันทีอันสร้างสิทธิเจ้าหนี้ในการบังคับจำนองได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ขอสินเชื่อส่วนใหญ่มีความสับสนกับความสำคัญของการชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ จริง<sup>31</sup> ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ตามสัญญา สำหรับประเทศไทย เนื่องด้วยยังไม่

<sup>31</sup> Ibid., p.130.

มีหน่วยงานเข้ามามีบทบาทเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากจะกำหนดเหตุดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อควรเตือนให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเวลาแก้ไขเหตุผิดนัดก่อน

7) ผู้ขอสินเชื่อผิดหน้าที่หรือผิดสัญญาด้วยเหตุอื่นตามสัญญาประธานและสัญญาจ้าง ลักษณะการกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้ เป็นลักษณะที่กำหนดไว้กว้างมาก หากมีการให้สินเชื่อดังกล่าวในประเทศไทยและกำหนดข้อสัญญาเปิดกว้างให้สิทธิผู้ให้สินเชื่อในการบังคับหลักประกันเช่นนี้ ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุก็อาจอยู่ในความเสี่ยงที่บ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักของตนจะถูกบังคับจำนองเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาได้ง่าย โดยในการเข้าทำสัญญานี้ ธนาคารย่อมเป็นผู้กำหนดและร่างสัญญา โดยผู้ขอสินเชื่ออาจลงนามในสัญญาไปโดยที่ไม่ทราบว่ามีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดตามสัญญาอย่างไรบ้าง เพราะหลักการของสินเชื่อนี้ต่างจากการขอสินเชื่อกรณีปกติที่ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่หลักที่จะต้องชำระหนี้ทุกเดือนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ และหากเกิดการผิดนัดชำระเงินขึ้นผู้ขอสินเชื่อก็จะรู้ได้อย่างชัดเจนว่าตนผิดสัญญาแล้ว แต่สำหรับผู้ขอสินเชื่อประเภทนี้ ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ อาจเข้าใจว่าการขอสินเชื่อตามสัญญานี้ ผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ใดเพิ่มเติม ดังนั้นการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้เป็นเหตุในการบังคับหลักประกันก็ควรมีขอบเขตที่ชัดเจน มีการอธิบายและสื่อสารให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจ อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว สำหรับเหตุผิดนัดผิดหน้าที่ไม่ใช่สาระสำคัญตามสัญญา เช่น หน้าที่ในการส่งมอบเอกสารแสดงการอยู่อาศัยในบ้านทรัพย์สินหลักประกันหรือหลักฐานแสดงการชำระเงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของทรัพย์สินหลักประกัน หน้าที่ในการชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หน้าที่ในการซ่อมแซมทรัพย์สิน เป็นต้น ผู้ให้สินเชื่อก็ควรกำหนดให้ระยะเวลาในการให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเวลาแก้ไขเหตุผิดนัดนั้นก่อนที่จะบังคับจำนองเพื่อชำระหนี้

ส่วนกรณีผู้จำนองผิดข้อตกลง ก่อสิทธิหรือภาระเหนือทรัพย์สินหลักประกัน การก่อให้เกิดภาระจำยอมหรือทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่จำนองไว้ ไม่อยู่ในความหมายของมาตรา 193(3) ที่จะถือว่าลูกหนี้ไม่สามารถถือประโยชน์แห่งเงื่อนไขได้ เนื่องด้วยผู้รับจำนองไม่เสียหายและผู้รับจำนองมีสิทธิขอให้ลบทรัพย์สินหรือภาระจำยอมจากทะเบียนได้ตามมาตรา 722 หากภาระจำยอมหรือทรัพย์สินจะให้เป็นที่เสื่อมสิทธิของผู้รับจำนอง<sup>32</sup> เมื่อพิจารณาเหตุในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน ผู้ให้สินเชื่อก็ไม่ควรกำหนดเหตุดังกล่าวเป็นเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทันที หรือหากจะกำหนดก็ควรให้โอกาสผู้ขอสินเชื่อที่จะเสียเวลาแก้ไขเหตุผิดนัดก่อน

ดังนั้น จากปัญหาที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ก็อาจสะท้อนให้เห็นได้ว่า หากประเทศไทยกำหนดเหตุผิดนัดในการบังคับจำนองเพียงเล็กน้อยเหมือนเช่นที่สหรัฐอเมริกาคำหนด ก็อาจเกิดปัญหาได้ว่า ผู้ขอสินเชื่อจะไม่มีสมาธิที่เพียงพอ และอาจเกิดเหตุผิดนัดที่จะบังคับทรัพย์สิน

<sup>32</sup> เสถียร ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 186.

หลักประกันได้ง่าย อันทำให้ผู้ขอสินเชื่อมีความเสี่ยงมากขึ้นและอาจสูญเสียบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินของตนเองไปได้

นอกจากนี้ การกำหนดเหตุการณ์ต่างๆในอนาคตเป็นเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนย่อมเป็นเงื่อนไขเวลาตามมาตรา 192 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากเข้ากรณีที่กำหนดในมาตรา 193 ลูกหนี้ก็ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขได้ กล่าวคือ หากลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย หรือลูกหนี้ไม่ให้ประกันในเมื่อจำต้องให้ หรือลูกหนี้ได้ทำลาย หรือทำให้ลดน้อยถอยลงซึ่งทรัพย์สินหลักประกันที่ได้ให้ไว้ หรือลูกหนี้นำทรัพย์สินของบุคคลอื่นมาให้เป็นประกันโดยเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้ยินยอม ดังนี้ ลูกหนี้อย่อมไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขและเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินหลักประกันได้ ผู้เขียนเห็นว่า หากธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดเหตุดังกล่าวมาเพิ่มเติมในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันก็ไม่ได้สร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเกินควร

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดขอบเขตของเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระและเกิดสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน ดังนี้

1. เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต
2. เมื่อผู้ขอสินเชื่อขายหรือโอนทรัพย์สินหลักประกันให้แก่บุคคลภายนอก
3. เมื่อผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้าน หรือไม่พักอาศัยอยู่ในบ้านทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก กรณีมีความจำเป็นต้องไปพักอาศัยที่อื่นเป็นระยะเวลาานาน ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่แจ้งผู้ให้สินเชื่อทราบเป็นหนังสือและ/หรือกระทำการอื่นใดอันเป็นที่พอใจแก่ผู้ให้สินเชื่อ
4. ผู้ขอสินเชื่อถูกพิทักษ์ทรัพย์สินเด็ดขาดหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย

ทั้งนี้ กรณีผู้ให้สินเชื่อกำหนดเหตุอื่นหรือเหตุเล็กน้อยที่มีโชหน้าทีอันเป็นสาระสำคัญตามสัญญา เช่น หน้าที่ในการส่งมอบเอกสารแสดงการอยู่อาศัยในบ้านทรัพย์สินหลักประกันหรือหลักฐานแสดงการชำระเงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของทรัพย์สินหลักประกัน หน้าที่ในการชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สิน หน้าที่ในการซ่อมแซมทรัพย์สิน เป็นต้น ผู้ให้สินเชื่อจะต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ขอสินเชื่อได้แก้ไขเยียวยาเหตุผิดนัดก่อน มิใช่ใช้สิทธิบังคับจำนองในทันที

### 5.3.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับการบังคับจำนองหรือนำทรัพย์สินหลักประกันมาชำระหนี้ตามสัญญา

#### 5.3.3.1 ข้อตกลงให้สิทธิเจ้าหนี้บังคับจำนองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาลตามมาตรา 729/1

ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดข้อตกลง โดยเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ และไม่มี การ จำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันนั้น และผู้จำนองแจ้งความประสงค์ให้ผู้รับจำนอง นำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลตามมาตรา 729/1 ผู้จำนองตกลงปฏิบัติตาม เงื่อนไขของประกาศของธนาคารและรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดเงื่อนไขในข้อตกลงโดยไม่ขัดต่อมาตรา 729/1 ก็สามารถกำหนดได้ ส่วนกรณีจะให้ถือ ข้อตกลงในสัญญาจำนองนี้เป็นหนังสือแจ้งความประสงค์ของผู้ขอสินเชื่อตามมาตรา 729/1 โดยถือ เป็นการตกลงไว้ล่วงหน้านี้จะทำได้หรือไม่ ผู้เขียนจะนำไปกล่าวในข้อ 5.4 ปัญหาการบังคับทรัพย์สิน หลักประกันในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับต่อไป

### 5.3.3.2 ข้อตกลงให้สิทธิธนาคารในการขายทรัพย์สินจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ โดยไม่ใช้มาตรา 729/1

จากการศึกษามาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุของคณะรัฐมนตรีตาม แนวทางของกระทรวงการคลังได้กำหนดไว้ว่า หากกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตก่อนหมดอายุสัญญากรณี กำหนดอายุสัญญาเป็นช่วงเวลา ให้ธนาคารขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญา<sup>33</sup> จากหลักดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะไม่สอดคล้องกับมาตรา 711 ของประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย เนื่องจากเป็นการตกลงก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระโดยให้สิทธิเจ้าหนี้ที่จะจัดการทรัพย์สิน เป็นอย่างอื่นได้ การที่ผู้จำนองและผู้รับจำนองตกลงจัดการทรัพย์สินจำนองเป็นอย่างอื่นนอกจาก บทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนองก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระอาจเข้าข่ายข้อตกลงที่ไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 711 ได้ กรณีผู้จำนองตกลงให้ผู้รับจำนองขายทรัพย์สินที่จำนองได้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ย่อมเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 711 ทำให้ข้อสัญญานั้นมีผลไม่สมบูรณ์กล่าวคือ ใช้บังคับไม่ได้และคู่สัญญา อีกฝ่ายจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้เช่นกัน<sup>34</sup> อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 707/2506 วินิจฉัยไว้ว่า “ถ้าผู้รับจำนองเอาทรัพย์สินนั้นขายให้แก่บุคคลอื่นตามข้อตกลง โดยผู้จำนองรู้ เห็นด้วย และมีได้หักทวงอย่างใดทั้งผู้ซื้อก็ได้ครอบครองอย่างเป็นเจ้าของ โดยสงบและเปิดเผยเป็น เวลา 20 ปีแล้วดังนี้ ผู้ซื้อก็ได้กรรมสิทธิ์ ผู้จำนองจะร้องฟื้นเอาความไม่สมบูรณ์นั้นมาว่ากล่าวขอไถ่ถอน จำนองอีกหาได้ไม่” อันแสดงให้เห็นว่า หากผู้รับจำนองดำเนินการขายทรัพย์สินจำนองโดยผู้จำนองรู้เห็น ด้วย และไม่ได้โต้แย้งอันใด ผู้รับจำนองย่อมสามารถขายทรัพย์สินจำนองได้โดยผู้จำนองไม่สามารถยกมา กล่าวอ้างเพื่อลบล้างสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินในภายหลังได้ ดังนี้ แม้ว่าศาลจะไม่ได้กล่าวถึงว่า ข้อตกลง ดังกล่าวขัดกับมาตรา 711 และมีผลไม่สมบูรณ์หรือไม่ แต่จากการตัดสิทธิผู้จำนองที่จะยกขึ้นกล่าว อ้างภายหลังนี้ ย่อมมีนัยยะให้เข้าใจได้ว่า ผู้รับจำนองสามารถดำเนินการขายทรัพย์สินได้ หากผู้

<sup>33</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์].

<sup>34</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 9, หน้า 14.

จำนองเห็นด้วยกับการขายดังกล่าว และต่อมาผู้จำนองจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้หากผู้ซื้อทรัพย์สินได้ครอบครองทรัพย์สินมาเป็นระยะเวลา 10 ปีแล้ว

### 5.3.3.3 ข้อตกลงให้ผู้จำนองดำเนินการอื่นใดก่อนเริ่มกระบวนการบังคับจำนอง เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ

ตามตัวอย่างสัญญาจำนองของสหรัฐอเมริกา ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการบังคับจำนอง ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดให้ผู้จำนองดำเนินการขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญา หรืออาจให้ผู้จำนองดำเนินการโอนทรัพย์สินนี้ตามสัญญาสินเชื่อ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับจำนองที่จะต้องไปดำเนินการที่ศาล และอาจสร้างภาระและค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้รับจำนองมากขึ้น อันอาจทำให้หนี้ที่ยังไม่ได้รับชำระเพิ่มจำนวนมากขึ้นจนเกินมูลค่าทรัพย์สินหลักประกัน จึงเกิดประเด็นว่า การกำหนดสิทธิผู้ขอสินเชื่อในการขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้สามารถทำได้มากน้อยเพียงไร และการให้ผู้จำนองโอนทรัพย์สินนี้ตามสัญญาจะขัดต่อบทบัญญัติของหลักกฎหมายจำนองหรือไม่

กรณีหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว อาจมีข้อตกลงที่ผู้จำนองแสดงเจตนาโอนทรัพย์สินนี้ที่ค้ำชำระตามสัญญาสินเชื่อ หากเจ้าหนี้ยอมรับการโอนทรัพย์สินนี้ ย่อมถือเป็นการยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ตามสัญญา หนี้ประธานย่อมระงับสิ้นไปตามมาตรา 321 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหนี้จำนองย่อมระงับสิ้นไปตามมาตรา 744 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการโอนทรัพย์สินนี้นั้น ไม่ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตามมาตรา 729 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>35</sup> ประกอบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 69/2511 ที่วินิจฉัยในทางที่อาจตีความได้ว่าการตกลงโอนทรัพย์สินจำนองที่ใช้นี้ภายหลังหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วสามารถกระทำได้ เพียงแต่จะมีผลบังคับต่อบุคคลภายนอกก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนไถ่ถอนการจำนองแล้ว โดยหากไม่ได้จดทะเบียนไถ่ถอนการจำนอง บุคคลภายนอกย่อมสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างและขอไถ่ถอนการจำนองได้ ตามมาตรา 746 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังคำตัดสินที่ว่า “การที่ พ. ยอมให้ ส. เอาที่พิพาทที่ ส. จำนองไว้กับ พ. ติใช้นี้ แม้จะมีได้ทำเป็นหนังสือจดทะเบียนเมื่อ พ. กับโจทก์ซึ่งเป็นทายาทได้ครอบครองมาเกิน 10 ปี ฝ่ายโจทก์ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในที่พิพาทตามมาตรา 1382 สิทธิไถ่ถอนจำนองของจำเลยซึ่งเป็นทายาทของ ส. จึงระงับไป จำเลยจะเถียงกันว่าเมื่อไม่มีการจดทะเบียนไถ่ถอนจำนอง การจำนองก็ยังมีอยู่หาได้ไม่ เพราะกรณีเป็นการที่ฝ่ายจำเลยยกที่พิพาทที่ใช้นี้และฝ่ายโจทก์ได้ครอบครองที่พิพาทจนได้กรรมสิทธิ์แล้ว หนี้จำนองย่อมระงับไปตาม

<sup>35</sup> สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน และจำนอง : แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 ประกอบมาตรา 744 (1) ทั้งจำเลยไม่ใช่บุคคลภายนอกซึ่งจะถือได้ว่า เมื่อไม่จดทะเบียนไถ่ถอนจำนองตามมาตรา 746 การจำนองก็ไม่ระงับไป”

อย่างไรก็ดี ในการตัดสินคดีนี้ มีเรื่องการครอบครองปรปักษ์เข้ามาเกี่ยวข้อง และเป็นปัจจัยหนึ่งที่ศาลใช้ประกอบการตัดสินคดีด้วย หากเกิดคดีพิพาทใหม่และผู้รับโอนทรัพย์สินใช้หนี้ที่ยังครอบครองทรัพย์สินไม่ถึง 10 ปี ก็อาจมีประเด็นว่า ผู้รับโอนได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากการตีใช้หนี้หรือไม่ ซึ่งโดยความเห็นของผู้เขียนแล้ว เห็นว่า ผู้รับโอนทรัพย์สินใช้หนี้ น่าจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว เพียงแต่ต้องดำเนินการจดทะเบียนให้ถูกต้อง ส่วนหลักการตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดให้สิทธิลูกหนี้ที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองด้วย Deed in lieu of foreclosure อยู่แล้ว จึงไม่มีประเด็นปัญหาเรื่องการโอนทรัพย์สินใช้หนี้เหมือนเช่นกฎหมายไทย

อย่างไรก็ดี ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะต้องอยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 80 ด้วย โดยบทบัญญัติดังกล่าวห้ามมิให้ธนาคารซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่ 1) เป็นไปเพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับการประกอบธุรกิจ หรือเป็นที่พักหรือเพื่อสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างของธนาคารนั้นตามสมควร โดยได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย หรือ 2) เป็นการได้มาจากการชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ การซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่ธนาคารนั้นรับจำนองไว้จากการขายทอดตลาดโดยคำสั่งศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ โดยธนาคารจะต้องจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวภายในห้าปีนับแต่วันที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตกเป็นของธนาคาร เว้นแต่ ธนาคารแห่งประเทศไทยจะขยายเวลาการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวในกรณีที่มีเหตุจำเป็น

#### 5.3.3.4 ข้อตกลงให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในส่วนที่ขาด

แม้วัตถุประสงค์ของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) จะไม่ต้องการให้ผู้ขอสินเชื่อมีภาระในการผ่อนชำระหนี้รายเดือนและต้องการช่วยเหลือผู้สูงอายุก็ตาม แต่เมื่อไม่มีกฎหมายใดห้ามเป็นพิเศษและกฎหมายจำนองของไทยก็อนุญาตให้กำหนดยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แล้ว เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อย่อมกำหนดข้อสัญญาให้ผู้ขอสินเชื่อรับผิดชำระหนี้ในส่วนที่ขาดได้ หากเจ้าหนี้บังคับจำนองและนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดแล้วได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินค้ำชำระหรือเอาทรัพย์สินจำนองหลุดแล้วราคาทรัพย์สินต่ำกว่าจำนวนเงินค้ำชำระ

จากการศึกษาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้หนี้ตามสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นหนี้

ที่ไม่สามารถไถ่เบี่ยได้<sup>36</sup> โดยหากผู้ให้สินเชื่อบังคับจำนองและได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้แล้ว ผู้ให้สินเชื่อจะฟ้องให้ผู้จำนองหรือทายาทชำระหนี้ในส่วนที่ขาดไม่ได้ ซึ่งประเทศไทยยังไม่มี การกำหนดลักษณะสินเชื่อเช่นนี้ ดังนั้น เมื่อมีการให้สินเชื่อดังกล่าวแล้ว และผู้ให้สินเชื่อได้ให้เงินแก่ผู้ขอ สินเชื่อจนเกินกว่ามูลค่าทรัพย์สินหลักประกัน เมื่อถึงเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระ ผู้ขอสินเชื่อหรือ ทายาทของผู้ขอสินเชื่อย่อมมีภาระหน้าที่ในการชำระเงินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ อันเข้าลักษณะคล้ายคลึง กับการให้สินเชื่อที่อยู่อาศัยกรณีทั่วไป

### 5.3.3.5 ข้อตกลงให้ทายาทร่วมรับผิดชอบตามสัญญาสินเชื่อ

จากการศึกษาพบว่า ธนาคารของรัฐมีความตั้งใจที่จะให้ทายาทเข้ามารับรู้ การที่ผู้สูงอายุนำบ้านมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้และรับเงินจากธนาคารด้วย โดยเมื่อผู้ขอสินเชื่อ เสียชีวิตและธนาคารบังคับจำนองได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ จะกำหนดในสัญญาให้ทายาทร่วม รับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดด้วย ผู้เขียนจึงเข้าใจว่า เมื่อมีการขอสินเชื่อดังกล่าว ธนาคารอาจ กำหนดให้ทายาทลงนามในสัญญาเพื่อร่วมรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด หรืออาจให้ทายาทลงนามใน สัญญาค้ำประกัน โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ขอสินเชื่อในการจัดหาทายาทมาเป็นบุคคลผู้ค้ำประกันหนี้ ดังกล่าว อย่างไรก็ตามแนวคิดและหลักการของสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุนั้น เกิดขึ้นเพื่อรองรับสังคม ผู้สูงอายุ หากการขอสินเชื่อดังกล่าวจะต้องอาศัยความร่วมมือของทายาทในการเข้ามาค้ำประกันหรือ เข้าเป็นผู้ขอสินเชื่อร่วม ก็ย่อมไม่ส่งเสริมให้ผู้สูงอายุสามารถอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพึ่งทายาท อัน ขัดกับมาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ นอกจากนี้ การกำหนดให้ทายาทเข้ามาเป็นผู้ขอสินเชื่อร่วมตาม สัญญาก็อาจทำให้นิติกรรมไม่มีผลบังคับได้ หากทายาทไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมเป็นผู้ขอสินเชื่อ ร่วมกับผู้สูงอายุผู้ขอสินเชื่อจริง ๆ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวมาเป็นส่วน สำคัญในการพิจารณาการให้สินเชื่อหรือบังคับผู้ขอสินเชื่อ

ทั้งนี้ หากไม่มีการกำหนดให้ทายาทต้องเข้ามารับผิดร่วมกับผู้ขอสินเชื่อหรือเป็นผู้ค้ำ ประกันหนี้ตามสัญญาสินเชื่อแล้ว หลักการชำระหนี้ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายมรดกมาตรา 1601 เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตอันเป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระ ทายาทไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ ตกทอดได้แก่ตน และธนาคารสามารถฟ้องบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินมรดกของผู้ขอสินเชื่อ เท่านั้น กรณีหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุเสียชีวิต ผู้ขอสินเชื่อย่อมเป็น ผู้รับผิดชอบหนี้ค้ำชำระทั้งหมดด้วยตนเอง

<sup>36</sup> 12 Code of Federal Regulations Section 226.33 - Requirements for reverse mortgages “reverse mortgage transaction means a nonrecourse consumer credit obligation”

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ไม่มีการกำหนดให้ทายาทเข้ามาร่วมรับผิดชอบหรือเป็นผู้ค้ำประกันตามสัญญา เนื่องด้วยประเทศสหรัฐอเมริกา มีหน่วยงานของรัฐเข้ามาประกันการชำระหนี้ส่วนที่ขาดให้ ส่วนประเทศญี่ปุ่น ไม่มีแนวทางการให้เงินจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต วงเงินที่ธนาคารให้แก่ผู้ขอสินเชื่อจึงมักไม่เกินมูลค่าของทรัพย์สินหลักประกัน

### 5.3.4 ข้อตกลงอื่นๆ ที่อาจมีเพิ่มเติม

#### 5.3.4.1 ข้อตกลงให้หาทรัพย์สินอื่นมาทดแทนทรัพย์สินหลักประกัน

ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดในสัญญาท้ายจำนองว่า กรณีที่ทรัพย์สินที่จำนอง บุกสลายเสียหาย พังทลาย หรือเสื่อมราคาไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ จนเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอต่อการประกันหนี้จำนอง ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองก็ได้ เว้นแต่ ผู้จำนองเสนอจะจำนองทรัพย์สินอื่นเป็นประกัน ให้มีราคาเพียงพอ หรือเสนอจะรับซ่อมแซมแก้ไขความบกพร่องหรือเสื่อมราคานั้น ภายในเวลาอันสมควร การกำหนดให้สิทธิผู้รับจำนองในการบังคับจำนองทรัพย์สินกรณีทรัพย์สินจำนองสูญหาย บุกสลายเช่นนี้เป็นไปตามมาตรา 723 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การให้สิทธิผู้ขอสินเชื่อที่จะนำทรัพย์สินอื่นมาทดแทนทรัพย์สินหลักประกันเพื่อไม่ให้ผู้ให้สินเชื่อเริ่มกระบวนการบังคับจำนองเป็นดุลพินิจของผู้ให้สินเชื่อที่จะพิจารณาว่าทรัพย์สินที่จะนำมาทดแทนนั้นมีมูลค่าเพียงพอต่อหนี้ที่ค้างชำระหรือไม่ และอาจจะต้องดำเนินการจดทะเบียนจำนองใหม่ ผู้เขียนเห็นว่า แม้เป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายไทยตามที่คู่สัญญาตกลงกัน การกำหนดข้อตกลงดังกล่าว ก็อาจสร้างภาระหรือความลำบากให้แก่ผู้ขอสินเชื่อได้เนื่องด้วยผู้ขอสินเชื่อเป็นผู้สูงอายุแล้ว

#### 5.3.4.2 ข้อตกลงไม่นำทรัพย์สินไปจำนองเพื่อประกันหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่นหรือไม่ก่อให้เกิดภาระหรือสิทธิใด ๆ เหนือทรัพย์สินหลักประกัน

ด้วยทรัพย์สินที่นำมาจำนองย่อมเป็นทรัพย์สินที่เจ้าหนี้คาดหมายว่าจะได้รับชำระหนี้ตามสัญญาจากทรัพย์สินดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อจึงอาจกำหนดข้อตกลงที่ผู้ขอสินเชื่อจะไม่สร้างภาระหรือสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนองหรือนำทรัพย์สินไปจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามมาตรา 712 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่าได้บัญญัติให้สิทธิผู้จำนองที่จะเอาทรัพย์สินของตนไปจำนองได้หลายครั้ง เนื่องด้วยการที่ผู้รับจำนองเอาทรัพย์สินไปจำนองได้หลายครั้งไม่ทำให้ผู้รับจำนองรายแรกเสียหาย เพราะผู้รับจำนองรายแรกย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองรายหลังตามมาตรา 730 ดังนั้น แม้มีข้อสัญญากำหนดไว้เช่นนี้ ผู้จำนองก็สามารถนำทรัพย์สินไปจำนองต่อได้<sup>37</sup>

<sup>37</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 8.



ส่วนข้อตกลงที่ไม่ก่อให้เกิดภาระหรือสิทธิใด ๆเหนือทรัพย์สินหลักประกัน เมื่อพิจารณาตามมาตรา 722 พบว่าหากมีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพย์สินอื่นในภายหลัง สิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภาระจำยอมหรือทรัพย์สินที่จดทะเบียนภายหลังนั้น และกฎหมายยังกำหนดให้สิทธิดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน ซึ่งเป็นสิทธิที่ตัดทอนอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ถูกลบล้างไป หากสิทธิดังกล่าวทำให้เสื่อมสิทธิของผู้รับจำนองเมื่อจะบังคับจำนองด้วย การกำหนดข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่ทำให้ผู้จำนองเสียเปรียบหรือสร้างภาระให้แก่ผู้จำนองเกินควร เนื่องจากผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะขอให้ลบสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายอยู่แล้ว ส่วนสิทธิการเช่าเป็นบุคคลสิทธิ ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้รับจำนองจะขอให้ลบสิทธิตามกฎหมายได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าการก่อให้เกิดสิทธิการเช่าอาจทำให้ผู้รับจำนองได้รับความเสียหายได้ หากผู้จำนองนำทรัพย์สินจำนองออกให้เช่าเป็นระยะเวลายาวนาน เมื่อมีการบังคับจำนองและผู้ซื้อทรัพย์สินได้จากการขายทอดตลาดก็ไม่ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเนื่องจากมีสัญญาเช่าอยู่ ทรัพย์สินจำนองก็อาจเสื่อมราคาได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากผู้รับจำนองจะกำหนดข้อตกลงจำกัดสิทธิของผู้จำนองในการก่อสิทธิหรือภาระใดๆเหนือทรัพย์สินก็เป็นเรื่องที่เหมาะสมผลสามารถกระทำได้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ ธนาคารมักจะเก็บต้นฉบับโฉนดของทรัพย์สินหลักประกันไว้ ผู้จำนองจึงแทบไม่มีโอกาสที่จะนำทรัพย์สินจำนองไปก่อภาระหรือจำนองต่อได้เลย ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงไม่ได้ใช้สิทธิตามสัญญาทำให้ผู้ขอสินเชื่อตกเป็นผู้ผิดสัญญาตามข้อกำหนดดังกล่าว

#### 5.3.4.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิผู้ให้สินเชื่อในการเก็บค่าธรรมเนียมชำระคืนเงินก่อนกำหนดชำระ (Prepayment Fee)

หากผู้ขอสินเชื่อนำเงินมาชำระหนี้ก่อนที่จะถึงเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระตามสัญญา ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากการชำระคืนเงินก่อนกำหนดชำระ จากการศึกษา พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดห้ามมิให้ผู้ให้สินเชื่อคิดค่าธรรมเนียมหรือค่าปรับกรณีผู้ขอสินเชื่อชำระคืนเงินก่อนครบกำหนด<sup>38</sup>

สำหรับกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการชำระหนี้คืนก่อนกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกัน ผู้เขียนเห็นว่า การนำเหตุกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตซึ่งเป็นเหตุการณ์ในอนาคตมากำหนดเป็นเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวนย่อมเป็น

<sup>38</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.209 (a) “(a) No charge or penalty. The mortgagor may prepay a mortgage in full or in part without charge or penalty at any time, regardless of any limitations on prepayment stated in a mortgage.”

เงื่อนไขเวลาตามมาตรา 192 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ลูกหนี้อาจสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขเวลาได้ ดังนี้ หากลูกหนี้ต้องการชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้ผู้ขอสินเชื่อย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องด้วยเงื่อนไขเวลานั้น กำหนดเพื่อประโยชน์ของผู้ขอสินเชื่อ ในขณะที่เดียวกัน เงื่อนไขเวลานั้นก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ให้สินเชื่อด้วยเช่นกัน เมื่อผู้ขอสินเชื่อนำเงินมาชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ผู้ให้สินเชื่อก็มีสิทธิที่จะคิดค่าธรรมเนียมจากผู้ขอสินเชื่อได้ โดยนัยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 17432/2555 ที่ตีความว่า การเรียกให้ชำระค่าธรรมเนียมก่อนกำหนดชำระคืนเงินกู้ไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจาก ไม่ได้สร้างภาระให้ผู้ขอสินเชื่อต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด และหลักเกณฑ์ของธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดให้สิทธิธนาคารพาณิชย์ที่จะเก็บค่าธรรมเนียมและค่าปรับกรณีไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาได้

เมื่อพิจารณาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แล้ว ผู้ให้สินเชื่ออาจตกลงคิดค่าธรรมเนียมการชำระเงินคืนก่อนกำหนดจากผู้ขอสินเชื่อได้ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยสมควรที่จะนำหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ เนื่องด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีหลักการแนวคิดที่ต้องการช่วยเหลือผู้สูงอายุและมีขึ้นเพื่อเป็นมาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ และทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นก็เป็นที่อยู่อาศัยหลักของผู้สูงอายุ หากผู้สูงอายุมีเงินที่จะนำมาชำระหนี้คืนธนาคาร ผู้ให้สินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อก็ไม่สมควรที่จะถูกปรับค่าธรรมเนียม เพราะการที่ผู้ขอสินเชื่อนำเงินมาชำระหนี้ธนาคารก่อนกำหนดย่อมช่วยลดความเสี่ยงของธนาคารจากความยืนยาวในอายุของผู้ขอสินเชื่อ (Longevity Risk) ที่จะต้องรอรับชำระหนี้ในระยะยาวด้วย เนื่องด้วย กฎหมายไทยยังไม่มีภาระบัญญัติขบเขตเรื่องการคำนวณค่าธรรมเนียมการชำระเงินคืนเงินก่อนกำหนด ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการกำหนดขบเขตของเรื่องดังกล่าวไว้เพื่อไม่ให้เป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ

#### 5.3.4.4 ข้อตกลงในการกำหนดอัตราดอกเบี้ยและคิดดอกเบี้ยทบต้น

ด้วยผู้ให้สินเชื่อยอมเป็นธนาคารซึ่งประกอบธุรกิจในการหาทำไร ดังนั้น เมื่อให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารย่อมต้องการค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากการให้สินเชื่อดังกล่าว การกำหนดดอกเบี้ยจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่ธนาคารจะใช้เพื่อเป็นค่าตอบแทนจากการให้สินเชื่อ หากไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดควบคุมเรื่องการกำหนดอัตราดอกเบี้ย ผู้ให้สินเชื่อก็อาจหาผลประโยชน์เพื่อชดเชยกับเงินที่ไม่ได้รับเป็นรายเดือนจากผู้ขอสินเชื่อ โดยการคิดค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทน หรือเงินค่าใช้จ่ายในรูปแบบอื่น ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแผนกำหนดแน่นอนว่าดอกเบี้ยจะอยู่ที่อัตราเท่าใด ควรมีอัตราพิเศษสำหรับสินเชื่อนี้โดยเฉพาะหรือไม่

จากการศึกษาหลักการสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยทบต้นเป็นรายเดือนจากการให้สินเชื่อ ซึ่งการคิดดอกเบี้ยทบต้นนี้เป็นแรงจูงใจอย่างหนึ่งที่ทำให้ธนาคารให้สินเชื่อดังกล่าว สำหรับประเทศไทย หากพิจารณาว่า สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสัญญากู้ยืมเงิน ย่อมอยู่ภายใต้หลักการตามมาตรา 655 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>39</sup>ที่ผู้ให้สินเชื่อจะสามารถคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ก็ต่อเมื่อมีดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่า 1 ปี ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับของประเทศญี่ปุ่นตามมาตรา 405 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่หากพิจารณาว่า สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นสัญญาไม่มีชื่อนอกบรรพ 3 ผู้ให้สินเชื่อย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวและมีสิทธิคิดดอกเบี้ยทบต้นได้แต่จะคิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยระหว่างผิคนัดไม่ได้ตามมาตรา 224 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะต้องไม่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้ขอสินเชื่อต้องรับภาระสูงเกินควร มิฉะนั้น ข้อตกลงดังกล่าวอาจเข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 (9) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 ได้

จากที่กล่าวมาทั้งหมด หากมีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในประเทศไทยแล้ว สมควรกำหนดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทันทีทั้งจำนวนและบังคับหลักประกัน รวมถึงข้อสัญญาอื่น ๆ ในขอบเขตที่เหมาะสม หากให้ธนาคารผู้ให้สินเชื่อกำหนดเหตุผิคนัดและข้อสัญญาได้อย่างเสรีแล้ว ผู้สูงอายุอาจจะไม่ได้รับประโยชน์จากการขอสินเชื่อดังกล่าวตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) และอาจจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการขอสินเชื่อดังกล่าว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

#### 5.4 ปัญหาการบังคับทรัพย์หลักประกันในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

ตามหลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ธนาคารจะได้รับชำระหนี้เงินคืนก็ต่อเมื่อเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระตามสัญญา เช่น ผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตหรือขายทรัพย์สินหลักประกัน โดยตามหลักการของกฎหมายจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 728 เมื่อผู้ขอสินเชื่อผิคนัดชำระหนี้ธนาคารมีสิทธิที่จะบังคับจำนองได้โดยดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะข้อสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะแตกต่างจากข้อสัญญาสินเชื่อทั่วไป

<sup>39</sup> Asian Development Bank, "Reverse Mortgages for Thailand Feasibility, Risks, Benefits, and Implementation 19 August 2016," (2016): 31.

เพราะผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเป็นรายเดือน และยอดเงินจะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ธนาคารจะได้รับชำระหนี้ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตซึ่งไม่ทราบเวลาที่แน่ชัด การจะให้ธนาคารรอรับเงินจากการบังคับหลักประกันตามหลักการจำนองก็อาจทำให้ธนาคารมีข้อขัดข้องในการดำเนินการ และกระบวนการบังคับจำนองของประเทศไทยก็มีหลายขั้นตอน ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายและต้องเสียเวลาในการดำเนินคดีที่ศาล ด้วยวิธีการบังคับจำนองที่ไม่เอื้ออำนวยกับหลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้เอง ธนาคารก็อาจไม่ต้องการให้ผู้สินเชื่อดังกล่าวเพราะเกรงว่าจะไม่คุ้มค่ากับการดำเนินการ อันส่งผลให้การให้ผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ไม่ได้ได้รับความนิยมและไม่เกิดผลตามตามนโยบายของรัฐ

จากการศึกษา พบว่า ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้สิทธิผู้รับจำนองที่จะบังคับทรัพย์สินหลักประกันขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องดำเนินกระบวนการทางศาล (Power of Sale) โดยผู้จำนองสามารถทำความตกลงกับผู้รับจำนองยินยอมให้ศาลหรือทนายทนายดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินหลักประกันหลังจากการผัดนัดได้ ทั้งนี้ การขายทรัพย์สินนี้จะต้องทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนโฆษณาและเปิดให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมประมูลซื้อทรัพย์สินอย่างเท่าเทียม และเจ้าหน้าที่จะใช้วิธีการนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญาจำนองไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ส่วนประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อทำสัญญาทรัสต์ โดยโอนทรัพย์สินหลักประกันไปยังทรัสต์เพื่อความคล่องตัวในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต หรือหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุอื่น โดยทรัสต์มีอำนาจเต็มที่จะขายหรือจำนองทรัพย์สินหลักประกันได้ สำหรับประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเหมือนเช่นสิทธิในการขายทรัพย์สิน (Power of Sale) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายไทยก็ยังไม่รองรับการทำสัญญาทรัสต์ตามแนวทางของประเทศญี่ปุ่น จึงไม่สามารถดำเนินการบังคับทรัพย์สินหลักประกันตามหลักการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยได้เปิดช่องในการให้สิทธิผู้จำนองที่จะยินยอมให้มีการบังคับจำนองโดยไม่ต้องผ่านศาลได้ตามมาตรา 729/1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้สิทธิผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาทรัพย์สินออกขายได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลแต่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้จำนองเป็นหนังสือ ผู้เขียนจึงพิจารณาหลักการดังกล่าวเป็นแนวทางหนึ่งในการให้ผู้ให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) บังคับจำนองหรือดำเนินการบังคับทรัพย์สินหลักประกันเพื่อชำระหนี้ได้รวดเร็วขึ้น

กรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตและเป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้งจำนวน ผู้ให้สินเชื่อจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องบังคับชำระหนี้ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อรู้หรือควรจะได้รู้ถึงเหตุเสียชีวิตของลูกหนี้ ตามมาตรา 1754 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าทายาทของผู้ขอสินเชื่อสามารถยื่นหนังสือยินยอมแทนผู้ขอสินเชื่อที่เสียชีวิตไปแล้วได้ในฐานะทายาทที่ยอมรับมาทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้ขอสินเชื่อตามหลักกฎหมายมรดก เมื่อธนาคารผู้ให้สินเชื่อได้รับ

หนังสือยินยอมดังกล่าวแล้ว ธนาคารต้องเริ่มดำเนินการขายทรัพย์สินทอดตลาดภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ ได้รับหนังสือยินยอมดังกล่าว มิฉะนั้น ผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากดอกเบีย และค่าสินไหมทดแทนที่ ลูกหนี้ค้างชำระ จะเห็นได้ว่า มาตรา 729/1 เป็นบทบัญญัติที่จะช่วยให้สินเชื่อให้สามารถดำเนินการ บังคับจำนองได้เร็วขึ้น แต่ทายาทของผู้ขอสินเชื่อจะต้องให้ความร่วมมือกับธนาคาร ผู้เขียนจึง พิจารณาต่อไปว่า ผู้ขอสินเชื่อสามารถตกลงให้ความยินยอมล่วงหน้าในการให้ผู้ให้สินเชื่อขายทรัพย์สิน หลักประกันโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลได้หรือไม่ จากการตีความบทบัญญัติมาตรา 729/1 ที่ว่า “เวลา ใด ๆ หลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระ ถ้าไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนไว้ เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้ ผู้จำนองมีสิทธิแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนองเพื่อให้ผู้รับจำนอง ดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยผู้รับจำนอง ต้องดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งนั้น ทั้งนี้ ให้ถือว่าหนังสือแจ้งของผู้จำนองเป็นหนังสือยินยอมให้ขายทอดตลาด”

ผู้เขียนเห็นว่า หากคู่สัญญาตกลงกันในสัญญา ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระโดยกำหนดเงื่อนไขว่า หากหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตและไม่มี การจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้ จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกัน ผู้จำนองตกลงยินยอมให้ผู้รับจำนองดำเนินการขายทรัพย์สิน ทอดตลาดได้ โดยให้ถือสัญญาจำนองเป็นหนังสือแสดงเจตนายินยอมของผู้จำนอง ข้อตกลงดังกล่าว ย่อมไม่สมบูรณ์และไม่สามารถบังคับกันได้ตามมาตรา 711 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่อง ด้วยเป็นการตกลงให้จัดการทรัพย์สินเป็นประการอื่นนอกจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนอง ประกอบกับเจตนาที่ผู้ขอสินเชื่อแสดงไว้ตอนทำสัญญาก็เกิดขึ้นก่อนเสียชีวิต อันเกิดก่อนหนี้ถึงกำหนด ชำระ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 729/1 กำหนด

อย่างไรก็ดี หากกำหนดข้อตกลงเป็นอย่างอื่น เช่น ข้อตกลงที่จะให้ผู้ขอสินเชื่อออกค่าใช้จ่าย ทั้งหมดเกี่ยวกับการขายทอดตลาด หรือข้อตกลงที่ให้ผู้ขอสินเชื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ ประกาศธนาคารกำหนดเพื่อให้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินหลักประกันได้เร็วขึ้น เช่น ไม่คัดค้าน การขายทอดตลาด เป็นต้น เห็นว่า น่าจะกำหนดได้ เนื่องด้วยไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องขั้นตอนในการให้ ความยินยอมตามที่มาตรา 729/1 กำหนด

กรณีธนาคารดำเนินการขายทรัพย์สินได้ล่าช้ากว่า 1 ปี และได้เงินจากการขายทรัพย์สินไม่เพียงพอ ต่อการชำระหนี้ ก็อาจเกิดปัญหาต่ออำนาจฟ้องของธนาคารที่จะเรียกให้ชำระหนี้ส่วนที่ขาดตาม สัญญาสินเชื่อ เนื่องด้วยเลยกำหนดอายุความมรดกแล้ว หากผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตและธนาคารเลือก ดำเนินการตามแนวทางดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อมีความจำเป็นที่จะต้องวางแผนเรื่องการฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ทราบว่าผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตส่วนกรณีธนาคารเลือกใช้แนวทางนี้สำหรับเหตุผู้ขอสินเชื่อ ผิดสัญญาเนื่องจากการขายทรัพย์สินหลักประกัน ย้ายออกจากบ้านหรือเหตุอื่นนั้นไม่มีความเสี่ยงเรื่อง

อายุความมรดกเหมือนเช่นกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต เนื่องด้วยอายุความที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้อง เป็นระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่เกิดเหตุดังกล่าว

จากการพิจารณาหลักตามมาตรา 729/1 หากผู้ขอสินเชื่อและทายาทของผู้ขอสินเชื่อให้ความร่วมมือในการแจ้งเป็นหนังสือยินยอมให้ผู้ให้สินเชื่อดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามมาตรา 729/1 ก็ไม่น่าจะเป็นปัญหาต่อผู้ให้สินเชื่อมากนัก แต่หากผู้ขอสินเชื่อหรือทายาทไม่ให้ความร่วมมือในการ ดำเนินการดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่อก็ไม่มีทางเลือกแต่จะต้องไปใช้สิทธิบังคับจำนองตามมาตรา 728 และ มาตรา 729 แทน แต่กระบวนการดังกล่าวก็ต้องดำเนินการผ่านศาล อันทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่าย มากขึ้น

สำหรับสิทธิในการบังคับทรัพย์สินจำนองหลุดตามมาตรา 729 ผู้เขียนเห็นว่า อาจมีปัญหาที่ จะต้องตีความว่า เงื่อนไขกรณีผู้ขอสินเชื่อขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นระยะเวลา 5 ปีนั้น จะเริ่มนับ ระยะเวลา 5 ปี ได้เมื่อใด ตั้งแต่ กรณี 1) เวลาที่มีการคิดดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบเงิน ให้กับผู้ขอสินเชื่อ หรือ กรณี 2) นับตั้งแต่วันที่ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ชำระดอกเบี้ยเมื่อหนี้ทั้งหมดถึง กำหนดชำระ หากตีความตามกรณีหนึ่ง หมายความว่า หากสัญญาอายุครบ 5 ปี และหนี้ค้างชำระมี จำนวนสูงกว่าราคาทรัพย์สิน ผู้ให้สินเชื่อจะมีสิทธิบังคับจำนองหลุดได้ทันที ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณี ดังกล่าวอาจจะไม่เป็นธรรมกับผู้ขอสินเชื่อเพราะโดยหลักการของสินเชื่อดังกล่าว หนี้ค้างชำระอาจจะ มีจำนวนสูงกว่าราคาทรัพย์สินได้และหนี้ทั้งหมดยังไม่ถึงกำหนดชำระ หากตีความตามกรณี 2) ผู้ให้ สินเชื่อจะเกิดสิทธิในการบังคับทรัพย์สินจำนองหลุดภายหลังระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่หนี้ทั้งหมดถึง กำหนดชำระหากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 729 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณี 2) น่าจะเป็นธรรมกับผู้ขอ สินเชื่อ แต่ก็สร้างข้อขัดข้องให้กับผู้ให้สินเชื่อที่ไม่สามารถดำเนินการบังคับทรัพย์สินจำนองหลุดได้แม้ หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

ด้วยกระบวนการบังคับจำนองตามกฎหมายไทยที่ล่าช้าและมีข้อจำกัด ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควร มีมาตรการหรือหลักเกณฑ์ที่ช่วยให้ธนาคารผู้ให้สินเชื่อดังกล่าวสามารถใช้สิทธิบังคับทรัพย์สิน หลักประกันมาชำระหนี้ในขั้นตอนที่รวดเร็วขึ้น หรือมีขั้นตอนที่เข้ามาเสริมให้ผู้ให้สินเชื่อได้รับชำระ หนี้เร็วขึ้น โดยขั้นตอนดังกล่าวจะต้องไม่สร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อจนเกินไป

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า สำหรับสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบ จำนองย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ประเภท HECM เมื่อเกิดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระทั้ง จำนวนด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากกรณีผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อจะต้องส่ง

หนังสือบอกกล่าวทวงถามไปยังผู้ขอสินเชื่อก่อนที่จะเริ่มกระบวนการบังคับจำนอง โดยผู้ให้สินเชื่อต้องกำหนดระยะเวลาอย่างน้อย 30 วัน เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อดำเนินการ ดังต่อไปนี้<sup>40</sup> คือ

- 1) แก้ไขเหตุผิดนัด หรือชำระหนี้ค้ำชำระทั้งหมดตามสัญญา รวมถึงดอกเบี้ยทบต้นและเบี้ยประกันสินเชื่อ
- 2) ดำเนินการขายบ้านซึ่งเป็นทรัพย์สินหลักประกันด้วยราคาขายอย่างน้อย 95 เปอร์เซ็นต์ของราคาประเมิน และนำเงินที่ได้จากการขายบ้านมาชำระหนี้ค้ำชำระตามสัญญา
- 3) โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วย Deed in lieu of foreclosure เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับจำนอง และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากขั้นตอนดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางดังกล่าว อาจนำมาใช้กับแนวทางของประเทศไทยได้ โดยหากหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตแล้ว ผู้ขอสินเชื่อและผู้ให้สินเชื่ออาจตกลงกันให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันเพื่อชำระหนี้ตามสัญญา หรือธนาคารผู้ให้สินเชื่อยินยอมให้ผู้ขอสินเชื่อดำเนินการขายทรัพย์สินหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญา ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับจำนองที่จะต้องไปดำเนินการที่ศาล และอาจสร้างภาระและค่าใช้จ่ายให้แก่ทั้งสองฝ่ายมากขึ้น อันจะช่วยให้ประหยัดดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายจากการบังคับจำนอง ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความจากการฟ้องคดีที่ศาลได้

## 5.5 ข้อขัดข้องจากการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

### 5.5.1 การกำหนดเนื้อหาในสัญญาจำนองกรณีหนี้ในอนาคต

ตามหลักการของกฎหมายจำนอง มาตรา 707 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดให้นำมาตรา 681 ของบทบัญญัติค้ำประกันมาใช้ในการจำนองโดยอนุโลม ดังนั้น เมื่อมีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แล้ว สำหรับกรณีที่มีการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นวงเงินสินเชื่อหรือรายเดือนตามระยะเวลาที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนด

<sup>40</sup> 24 Code of Federal Regulations Section 206.125(a)(2) After notifying the Secretary, and receiving approval of the Secretary when needed, the mortgagee shall notify the mortgagor that the mortgage is due and payable, unless the mortgage is due and payable by reason of the mortgagor's death. The mortgagee shall require the mortgagor to (i) pay the mortgage balance, including any accrued interest and MIP, in full; (ii) sell the property for at least 95% of the appraised value as determined under § 206.125(b), with the net proceeds of the sale to be applied towards the mortgage balance; or (iii) provide the mortgagee with a deed in lieu of foreclosure. The mortgagor shall have 30 days in which to comply with the preceding sentence, or correct the matter which resulted in the mortgage coming due and payable, before a foreclosure proceeding is begun.

หรือจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต หนี้นั้นย่อมถือเป็นหนี้ในอนาคตที่สัญญาจำนองจะต้องมีการระบุนวัตกรรมประสงค้ในการก่อหนี้ประธาน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่จำนองเป็นประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ประธานไว้ในสัญญาจำนองให้ครบถ้วนด้วย หากฝ่าฝืนไม่ระบุนหรือระบุนไม่ครบถ้วน สัญญาจำนองย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 685/1<sup>41</sup>

กรณีที่จะต้องพิจารณาคือ หากธนาคารผู้ให้สินเชื่อตกลงให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุโดยตกลงส่งมอบเงินเป็นวงเงินสินเชื่อหรือรายเดือนแล้ว ผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดจำนวนเงินสูงสุดที่การจำนองเป็นประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ประธานในสัญญาจำนองอย่างไร จากการศึกษาตามหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะประเมินมูลค่าทรัพย์สินหลักประกันและอายุของผู้สูงอายุ และนำมาเป็นฐานในการคำนวณเงินที่จะให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุ โดยกำหนดเป็นวงเงินสูงสุดที่ผู้ขอสินเชื่อสามารถใช้ได้ และเมื่อต้องระบุนจำนวนเงินสูงสุดตามตัวเงิน (Note) ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงหนี้ประธาน ผู้ให้สินเชื่อก็จะกำหนดเป็นจำนวนเงินสูงสุดที่จะมีการให้สินเชื่อ

เมื่อเทียบกับหลักการของไทย ผู้เขียนเห็นว่าสามารถเทียบเคียงได้เช่นกัน กล่าวคือ ผู้ให้สินเชื่อควรกำหนดวงเงินสูงสุดที่จะให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อ และนำมากำหนดเป็นจำนวนเงินสูงสุดที่จะมีการจำนอง ส่วนกรณีส่งมอบเงินเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิตอาจมีปัญหาในกำหนดวงเงินเนื่องด้วยยอดวงเงินอาจยังไม่ชัดเจน ผู้ให้สินเชื่อจำเป็นต้องกำหนดเป็นวงเงินสูงสุดที่ครอบคลุมยอดเงินที่จะส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ หากยอดเงินที่ผู้ให้สินเชื่อส่งมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเกินวงเงินสูงสุดที่กำหนดไว้ ส่วนระยะเวลาในการก่อหนี้ประธานตามกฎหมายไทยนั้น ยังไม่มีความแน่ชัดว่าหมายถึงระยะเวลาของอายุสัญญาสินเชื่อคือกำหนดชำระหนี้ทั้งหมดตามสัญญาหรือรวมระยะเวลาการบังคับคดีเข้าไปด้วย ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายน่าจะประสงค้ให้ระบุนถึงระยะเวลาที่ผู้จำนองต้องรับผิดชอบหนี้ที่น่าอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นประกัน คือ ระยะเวลาเริ่มก่อหนี้จนถึงกำหนดชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมด ดังนี้ การกำหนดระยะเวลาก่อหนี้ตามสัญญาน่าจะมีข้อขัดข้อง เนื่องด้วยหนี้ถึงกำหนดชำระทั้งหมดเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตและไม่แน่นอนว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตเมื่อใด เมื่อศึกษาหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า นิยมกำหนดระยะเวลาหนี้ถึงกำหนดชำระเป็นระยะเวลา 50 ปีนับต่อจากปีที่ผู้ขอสินเชื่อมีอายุ 100 ปี<sup>42</sup> อันเป็นการคาดประมาณเวลาที่ผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตสำหรับประเทศไทย เมื่อยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องการระบุนระยะเวลาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดระยะเวลาคาดประมาณไว้ เหมือนเช่นของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ อย่างไรก็ตามก็ตี

<sup>41</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 11 หน้า 6.

<sup>42</sup> Tammy Kraemer and Tyler Kraemer, *The Complete Guide to Reverse Mortgage*, p.147.



หากมีการออกกฎหมายหรือหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดหลักดังกล่าวให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นก็น่าจะช่วยให้ผู้ให้สินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อหรือพนักงานที่ดินผู้รับจดทะเบียนปฏิบัติได้ถูกต้อง

### 5.5.2 ทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

ด้วยตามหลักการของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ชำระหนี้รายเดือนให้แก่ธนาคารและธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตแล้ว ดังนั้น จึงมีความเสี่ยงที่ธนาคารจะบังคับทรัพย์สินหลักประกันเพื่อชำระหนี้แต่ได้เงินไม่เพียงพอชำระหนี้ตามสัญญา จนอาจทำให้ธนาคารไม่มีแรงจูงใจในการให้สินเชื่อประเภทนี้ นอกจากนี้ กองมรดกหรือทายาทของผู้ขอสินเชื่ออาจต้องรับภาระในการชดเชยหนี้ส่วนที่ขาดให้แก่ธนาคารด้วย โดยสิทธิของเจ้าหนี้จำนองในการฟ้องเรียกหนี้ส่วนที่ขาดย่อมเป็นไปตามมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ถ้าผู้รับจำนองได้อาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินมีราคาต่ำกว่าจำนวนหนี้ค้างชำระ หรือ เอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดหลังจากบังคับจำนองแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น อันแสดงให้เห็นว่า เจ้าหนี้อาจกำหนดให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้สูงอายุชำระหนี้ในส่วนที่ขาดได้ และสามารถเลือกฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้จำนองก็ได้ตามสิทธิที่มีตามกฎหมาย อันย่อมทำให้ผู้สูงอายุอาจมีภาระในการชำระหนี้เพิ่มขึ้น และอาจจะขัดแย้งกับนโยบายที่ต้องการจะให้สินเชื่อดังกล่าวเป็นมาตรการในการรองรับผู้สูงอายุในอนาคต

ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา มีหน่วยงาน Federal Housing Administration เข้ามาประกันสินเชื่อและชำระหนี้ส่วนที่ขาดให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ อันเป็นการช่วยลดความเสี่ยงกรณีบ้านมีมูลค่าน้อยกว่าหนี้ค้างชำระ (Crossover Risk) โดยกฎหมายได้ระบุจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อที่จะบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินจำนองเท่านั้น เจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องผู้ขอสินเชื่อในส่วนที่ขาดได้หากขายทรัพย์สินและได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีมาตรการหรือหลักเกณฑ์มากำหนดขอบเขตเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อไม่ให้เป็นภาระสร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุจนเกินไป และให้สมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการกำหนดให้เป็นมาตรการรองรับผู้สูงอายุ โดยหากประเทศไทยนำหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ อาจต้องมีการตั้งหน่วยงานที่มาประกันสินเชื่อหรือรับผิดชอบในการชำระหนี้ส่วนที่ขาดโดยอาจเป็นหน่วยงานรัฐเอง หรือเป็นบริษัทเอกชนที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐก็ได้ ทั้งนี้ จากการศึกษา พบว่า ประเทศไทยมีแผนที่จะให้มีการจัดตั้งบริษัทค้ำประกันสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เพื่อลดความเสี่ยงให้กับธนาคารผู้ให้สินเชื่อ<sup>43</sup>

<sup>43</sup> สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ.[ออนไลน์].

และคาดว่าผู้ขอสินเชื่อจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าธรรมเนียมการประกันสินเชื่อดังกล่าว แต่ยังไม่มีการเรื่องการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกหนี้ส่วนที่ขาดเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม หากมีการจำกัดสิทธิในการเรียกหนี้ส่วนที่ขาดแล้ว เจ้าหนี้จำนองจะถูกจำกัดสิทธิที่จะใช้สิทธิฟ้องลูกหนี้จำนองอย่างเจ้าหนี้สามัญตามมาตรา 214 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะตามรูปแบบสินเชื่อดังกล่าวกำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อได้รับการชำระหนี้จากการบังคับทรัพย์หลักประกันหรือขายทรัพย์หลักประกันเท่านั้น

ส่วนประเทศญี่ปุ่น หน่วยงานรัฐไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการสนับสนุนหรือประกันการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ส่งผลให้การให้สินเชื่อดังกล่าวก็ไม่น่าเป็นที่นิยมเท่าที่ควร<sup>44</sup>

ด้วยประเทศไทย ไม่มีการจำกัดความรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดเหมือนกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ภาระในหนี้สินจึงตกอยู่ที่ลูกหนี้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ เมื่อพิจารณาถึงแนวทางอื่นเพื่อลดความเสี่ยงให้กับธนาคารและลดภาระของผู้ให้สินเชื่อ การทำสัญญาประกันชีวิตโดยกำหนดให้นำเงินประกันที่ได้จากการเสียชีวิตของผู้ขอสินเชื่อมาชำระหนี้ตามสัญญาจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่อาจนำมาเป็นแนวทางได้ โดยพิจารณาดังต่อไปนี้

ตามหลักมาตรา 863 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่า “อันสัญญาประกันภัยนั้น ถ้าผู้เอาประกันภัยมิได้มีส่วนได้เสียในเหตุที่ประกันภัยไว้ ท่านว่าย่อมไม่ผูกพันคู่สัญญาแต่อย่างหนึ่งอย่างใด” อันแสดงให้เห็นว่า ผู้เอาประกันภัยจะต้องมีส่วนได้เสียหรือมีความสัมพันธ์กับชีวิตของผู้ที่ตนเอาประกันไว้ ถ้าความตายเกิดขึ้นจะมีผลกระทบมาถึงผู้เอาประกัน โดยบทบัญญัตินี้เพิ่มขึ้นเพื่อเป็นป้องกันไม่ให้เกิดการจงใจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้เอาประกันชีวิต เพื่อให้เกิดสิทธิในการรับเงินเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ตามสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แม้ความตายของลูกหนี้จะเป็นเหตุให้หนี้ถึงกำหนดชำระและอาจเป็นประโยชน์กับเจ้าหนี้ก็ตาม ความตายของลูกหนี้ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายทางการเงินแก่เจ้าหนี้ได้ หากเจ้าหนี้บังคับทรัพย์หลักประกัน และได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ประกอบกับทายาทของลูกหนี้ อาจไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้ตามสัญญาให้แก่เจ้าหนี้ได้ และหลักกฎหมายมรดกกำหนดให้ทายาทต้องรับผิดชอบเพียงไม่เกินกว่าทรัพย์มรดกที่ตกทอดได้แก่ตนเท่านั้น เจ้าหนี้จึงมีความเสี่ยงที่จะได้รับการชำระหนี้ไม่ครบถ้วนอันถือว่ามีส่วนได้เสียที่อาจเอาประกันชีวิตลูกหนี้ได้ ดังนี้

<sup>44</sup> Kojima, T., *How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan*[Online].

หากเจ้าหน้าที่ให้สินเชื่อจะทำสัญญาประกันชีวิตของลูกหนี้ โดยเป็นผู้เอาประกันภัยและผู้รับประโยชน์ ย่อมสามารถกระทำได้<sup>45</sup>

อย่างไรก็ดี การทำสัญญาประกันชีวิตย่อมมีการะในการจ่ายเบี้ยประกันภัย ในทางปฏิบัติ ผู้ให้สินเชื่อจึงมักมีหลักการโดยกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นลูกหนี้เป็นผู้ทำสัญญาประกันชีวิตเอง และกำหนดให้ธนาคารผู้ให้สินเชื่อเป็นผู้รับประโยชน์เท่ากับวงเงินหนี้ส่วนที่ไม่ได้รับชำระหนี้หรือยอดเงินสำหรับยกเลิกสัญญาสินเชื่อระหว่างผู้ให้สินเชื่อและผู้ขอสินเชื่อ โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2447/2516 วินิจฉัยว่า “ไม่มีกฎหมายบทใดจำกัดสิทธิผู้เอาประกันภัยว่าจะระบุใครเป็นผู้รับประโยชน์ไม่ได้บ้าง แม้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ญาติของผู้เอาประกันภัยก็อาจถูกระบุเป็นผู้รับประโยชน์ได้” ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อก็อาจเลือกที่จะกำหนดให้ตนเป็นผู้รับประโยชน์ในสัญญาประกันชีวิตของผู้ขอสินเชื่อได้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ สนส. 17/2551 ได้กำหนดห้ามธนาคารพาณิชย์มิให้กำหนดการทำประกันภัยกับบริษัทในเครือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาสินเชื่อ และธนาคารจะบังคับให้ลูกค้ำทำประกันภัยกับบริษัทใดบริษัทหนึ่งไม่ได้ โดยจะต้องให้ลูกค้ำมีสิทธิเลือกเข้าทำประกันภัยด้วยความสมัครใจ โดยการขายประกันภัยจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้บริโภคด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง สิทธิที่จะเลือกซื้อผลิตภัณฑ์และบริการทางการเงินได้อย่างอิสระ เป็นต้น นอกจากนี้ ตามหนังสือเวียนที่ ธพท.ผคง.ว 3/2560 ของธนาคารแห่งประเทศไทย ก็ได้ระบุชี้แจงห้ามธนาคารพาณิชย์บังคับให้ลูกหนี้ซื้อประกันชีวิตเท่ากับวงเงินสินเชื่อ ดังนี้ ผู้ให้สินเชื่อจึงไม่สามารถบังคับให้ผู้ขอสินเชื่อทำสัญญาประกันชีวิตควบคู่กับการทำสัญญาสินเชื่อได้ อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติ ธนาคารผู้ให้สินเชื่อกำหนดนโยบายเพื่อสร้างแรงจูงใจในการทำสัญญาประกันชีวิตแทนด้วยการให้สิทธิพิเศษในดอกเบี้ยที่ต่ำกว่า หากลูกหนี้ตกลงทำสัญญาประกันชีวิตตามเงื่อนไขที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนด ผู้เขียนเห็นว่า การทำสัญญาประกันชีวิต อาจเป็นแนวทางหนึ่งที่จะกำหนดขึ้นเพื่อช่วยลดความเสี่ยงให้กับผู้ให้สินเชื่อได้ แต่ผู้ให้สินเชื่อต้องให้ผู้ขอสินเชื่อทำสัญญาดังกล่าวด้วยความสมัครใจ และการชำระค่าเบี้ยประกันนั้น ก็ไม่ควรสร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเกินสมควร

สำหรับการทำสัญญาประกันภัยอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกัน ตามมาตรา 231 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าทรัพย์สินที่จำนอง จำน่า หรืออยู่ในบังคับบุริมสิทธิ ประการอื่นนั้นเป็นทรัพย์สินอันได้เอาประกันภัยไว้แล้ว ท่านว่าสิทธิจำนอง จำน่า หรือบุริมสิทธิอย่างอื่นนั้นย่อมครอบไปถึงสิทธิที่จะเรียกร้องเอาแก่ผู้รับประกันภัยด้วย ในกรณีที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ ถ้าผู้รับ

<sup>45</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย, กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าประกันชีวิต [ออนไลน์].

แหล่งที่มา: <http://www.oic.or.th/sites/default/files/content/85938/bth2.pdf> [2 มีนาคม 2560]

ประกันภัยได้รู้ หรือควรจะได้รู้ว่ามิจํานอง หรือบุริมสิทธิอย่างอื่นไซ้ ท่านยังมีให้ผู้รับประกันภัยใช้เงินให้แก่ผู้เอาประกันภัย จนกว่าจะได้บอกกล่าวเจตนาเช่นนั้นไปยังผู้รับจํานอง หรือเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิคนอื่นแล้ว และมีได้รับคำคัดค้านการที่จะใช้เงินนั้นมาภายในเดือนหนึ่งนับแต่วันบอกกล่าว แต่สิทธิอย่างใด ๆ ที่ได้ไปจดทะเบียน ณ หอทะเบียนที่ดินนั้น ท่านให้ถือว่าป็นอันรู้ถึงผู้รับประกันภัย วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้ตลอดถึงการจํานองสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้นั้นด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า เจ้าหนี้จํานองย่อมมีสิทธิเรียกให้ผู้รับประกันภัยจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้ นอกจากนี้ การระบุให้ธนาคารเป็นผู้รับประโยชน์ตามกรรมธรรม์ประกันภัยก็สามารถกระทำได้ เพียงแต่ธนาคารผู้ให้สินเชื่ออาจต้องแสดงเจตนาเข้ารับหรือถือเอาประโยชน์จากสัญญาตามมาตรา 374 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ดังนัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6612/2558 “สัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกจะมีหรือเกิดขึ้นในฐานะเป็นผู้รับประโยชน์ตั้งแต่วันที่ผู้รับประโยชน์ได้แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ขอเข้าถือเอาหรือรับประโยชน์จากสัญญาตามมาตรา 374 มิใช่เพียงแต่มีชื่อเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาแล้วจะทำให้มีสิทธิได้รับประโยชน์ตามสัญญาได้ทันที และตราบไต่ที่ผู้รับประโยชน์ยังมิได้แสดงเจตนาเข้ารับหรือถือเอาประโยชน์จากสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังคงผูกพันมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาตามปกติทั่วไป โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ตามกรรมธรรม์ประกันภัยได้แสดงเจตนาเพื่อรับประโยชน์ตามกรรมธรรม์ประกันภัยครั้งแรกโดยการทวงถามให้จำเลยผู้รับประกันภัยซึ่งเป็นลูกหนี้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์หลังจากเกิดเหตุเพลิงไหม้ทรัพย์สินจํานองและสินค้ํามันสำปะหลังได้รับความเสียหายเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2544 อันเป็นวันเริ่มสิทธิของโจทก์ในฐานะผู้รับประโยชน์ที่จะเรียกให้จำเลยผู้รับประกันภัยลูกหนี้ให้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ได้ แต่เป็นเวลาภายหลังจากที่ผู้เอาประกันภัยและจำเลยผู้รับประกันภัยได้ตกลงชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยการซ่อมแซมและหาทรัพย์สินมาทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งการตกลงของผู้เอาประกันภัยกับจำเลยผู้รับประกันภัยเป็นการกระทำไปตามสัญญาประกันภัยที่ระบุไว้ ให้จำเลยในฐานะผู้รับประกันภัยเลือกทำการสร้างใหม่ หรือจัดหาทรัพย์สินมาแทนทรัพย์สินที่เสียหายทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใดแทนการจ่ายเงินชดใช้ก็สามารถทำได้ ซึ่งในขณะที่ตกลงกันดังกล่าวโจทก์ยังไม่ได้เข้าถือเอาประโยชน์จากสัญญาประกันภัยจึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้จำเลยผู้รับประกันภัยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับสินค้ํามันสำปะหลังเป็นกรณีจำเลยผู้รับประกันภัยจัดหาทดแทนแก่ผู้เอาประกันภัย จึงไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิของโจทก์ตามสัญญาประกันภัย ส่วนโกดังทรัพย์สินจํานองตามสัญญาจํานองซึ่งจำเลยจัดการซ่อมแซมให้ ไม่ใช่กรณีที่จำเลยผู้รับประกันภัยใช้เงินให้แก่ผู้เอาประกันภัยตาม ป.พ.พ. มาตรา 231 จึงไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวหรือได้รับอนุญาตจากโจทก์ผู้รับจํานองก่อน”

ด้วยการประกันภัยทรัพย์สินหลักประกันถือเป็นการประกันภัยรูปแบบหนึ่งยอมใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการประกันชีวิตตามที่ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดและได้กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การทำสัญญาประกันภัยทรัพย์สินหลักประกันจะช่วยลดความเสี่ยงให้กับผู้ให้สินเชื่อกฎทรัพย์สินหลักประกันเสียหายหรือถูกทำลาย แต่การทำสัญญาประกันภัยไม่ตอบสนองต่อการลดความเสี่ยงให้กับผู้ให้สินเชื่อกฎเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

## 5.6 ปัญหาการขาดหน่วยงานโดยตรงในการกำกับดูแลสัญญาและคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่มีความซับซ้อนและเป็นการยากต่อผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุที่จะทำความเข้าใจ ลักษณะเงื่อนไขข้อสัญญาของสินเชื่อดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ด้วยผู้ที่จะขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้ต้องเป็นผู้สูงอายุเท่านั้น หากมีการปล่อยให้ผู้สูงอายุเข้าทำสัญญากับธนาคารได้อย่างอิสระตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาแล้ว ก็อาจจะไม่เป็นผลดีต่อตัวผู้สูงอายุเอง และด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะซับซ้อนอันมีหลักการแตกต่างจากสินเชื่อกรณีปกติ ผู้สูงอายุก็อาจถูกชักนำให้เข้าใจวัตถุประสงค์ของสินเชื่อและผลจากการผิดสัญญาคลาดเคลื่อนไปจากหลักการของสินเชื่อดังกล่าวได้ด้วยเหตุที่ลักษณะของสินเชื่อดังกล่าวเป็นการที่ธนาคารจ่ายเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นรายเดือนทุกเดือนจนกว่าจะเสียชีวิต โดยผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ผ่อนชำระเงินคืนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ในการชักชวนให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าทำสัญญากับธนาคารจึงอาจนำจุดเด่นของสินเชื่อดังกล่าวมาเป็นจุดที่ทำให้ผู้สูงอายุสนใจ และโฆษณาชักชวนให้เข้าทำสัญญาโดยไม่ได้มีการเปิดเผยข้อมูลอื่น ๆ ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุทราบ เช่น ค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยที่สูงกว่าสินเชื่อกรณีทั่วไป การบังคับจำนองบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ เป็นต้น

การไม่มีหน่วยงานมากำกับดูแลการทำสัญญา กำหนดหลักเกณฑ์ มาตรฐานทางปฏิบัติของธนาคารผู้ให้สินเชื่อในกระบวนการก่อนการให้สินเชื่อหรือการเข้าทำสัญญาก็อาจทำให้ผู้สูงอายุไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือได้รับความเสียหายจากการขอสินเชื่อผู้สูงอายุด้วยความอ่อนด้อยทางร่างกายและจิตใจได้ นอกจากนี้ ผู้ให้สินเชื่อก็อาจมีการกำหนดดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ เพิ่มเติมอันอาจสร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเกินควรได้ ประกอบกับ ในปัจจุบันนี้ ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับให้การขอผลิตภัณฑ์สินเชื่อทางการเงินจะต้องได้รับคำปรึกษาจากที่ปรึกษา ก่อน ผู้สูงอายุจึงอาจเข้าทำสัญญาโดยไม่ได้รับคำแนะนำที่เพียงพอได้

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ปัจจุบันของไทย สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีแนวโน้มที่จะอยู่ภายใต้กฎของสินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภคตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย กล่าวคือ เป็นเงินให้สินเชื่อแก่บุคคลธรรมดาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจ โดยธนาคารผู้ให้สินเชื่อมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่ชัดเจนแก่ผู้ขอสินเชื่อ เช่น การชำระดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ และการโฆษณาใดๆเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ทางการเงินจะต้องระบุข้อมูลที่ถูกต้อง ความเสี่ยงจากการขอสินเชื่อ เป็นต้น

นอกจากนี้ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยยังกำหนดควบคุมมิให้มีการขายผลิตภัณฑ์สินเชื่อพ่วงกับผลิตภัณฑ์อื่น จำพวกผลิตภัณฑ์หลักทรัพย์และผลิตภัณฑ์ประกันภัยด้วย เช่น ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะบังคับให้ผู้ขอสินเชื่อที่อยู่อาศัยทำประกันชีวิตพร้อมกับการทำสัญญาสินเชื่อไม่ได้ ผู้ให้สินเชื่อจะต้องให้สิทธิผู้ขอสินเชื่อในการตัดสินใจด้วยตนเองตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ สนส. 17/2551 อย่างไรก็ดี หากผู้ให้สินเชื่อไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยแล้ว ผู้ให้สินเชื่อดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลหรือหลักเกณฑ์ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุก็อาจจะไม่ได้รับการคุ้มครองที่เหมาะสม ด้วยเหตุที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลหรือควบคุมการให้สินเชื่อดังกล่าวเป็นการเฉพาะ

ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า หน่วยงานของรัฐอาจเข้ามาให้การสนับสนุน ควบคุม ดูแลการให้สินเชื่อผู้สูงอายุ ได้ดังนี้

1. การเข้ามาประกันสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ในกรณีที่ธนาคารบังคับจำนองหลักทรัพย์หลักประกัน และขายหลักทรัพย์แต่ได้เงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ รัฐจะเข้ามาชดใช้เงินส่วนที่ขาดให้แก่ธนาคาร เพื่อส่งเสริมและให้ธนาคารมีความเชื่อมั่นที่จะให้สินเชื่อดังกล่าว โดยไม่ต้องกังวลว่าจะได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน หากไม่มีรัฐเข้ามาประกันสินเชื่อ ธนาคารย่อมต้องคิดคำนวณค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้น เพื่อลดความเสี่ยงทางความเสียหายทางการเงิน
2. การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรการต่าง ๆ ในการคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อ
3. กำหนดคุณสมบัติผู้ให้สินเชื่อ โดยผู้ให้สินเชื่อที่จะให้สินเชื่อนี้ได้จะต้องได้รับการอนุมัติจากหน่วยงานรัฐที่กำกับดูแล

ตามแนวทางบทบาทหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาตามที่กล่าวมานั้น เป็นแนวทางหนึ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อการออกมาตรการสำหรับประเทศไทยเท่านั้น หากประเทศไทยไม่มีหน่วยงานที่

เข้ามากำหนดหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลสัญญาหรือมาตรการกฎหมายที่คุ้มครองผู้ขอสินเชื่อแล้ว การให้สินเชื่อดังกล่าวก็อาจเกิดปัญหาขึ้นได้

ส่วนประเทศญี่ปุ่น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำกับดูแลเรื่องการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการ จำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นการเฉพาะ แต่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครอง ผู้บริโภคมาควบคุมสัญญาและคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคตามที่ได้เสนอไปแล้วในบทที่ 3



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาหลักการให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น พบว่า ทั้งสองประเทศมีแนวทางการให้สินเชื่อที่คล้ายคลึงกันในการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้ภายใต้บทบัญญัติจำนอง อย่างไรก็ตาม ทั้งสองประเทศมีหลักการที่แตกต่างกันในเรื่องการเข้ามามีส่วนร่วมหรือกำกับการให้สินเชื่อโดยรัฐ กล่าวคือ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐได้เข้ามาสนับสนุนการให้สินเชื่อและประกันสินเชื่อด้วยการชดเชยหนี้ส่วนที่ขาดหลังจากการบังคับทรัพย์หลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่ออันเป็นการช่วยลดความเสี่ยงของการให้สินเชื่อดังกล่าวให้แก่ผู้ให้สินเชื่อมากขึ้น โดยรัฐจะกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้น เพื่อให้ผู้ให้สินเชื่อปฏิบัติตาม หากผู้ให้สินเชื่อไม่ปฏิบัติตาม รัฐจะไม่ประกันสินเชื่อดังกล่าวและผู้ให้สินเชื่อจะต้องรับความเสี่ยงจากการให้สินเชื่อเอง โดยเงื่อนไขหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดขึ้นนั้น ได้มีการออกเป็นบทบัญญัติกฎหมาย

สำหรับประเทศญี่ปุ่น รัฐไม่ได้เข้ามาสนับสนุนการให้สินเชื่อเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ธนาคารผู้ให้สินเชื่อในประเทศญี่ปุ่นจึงเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขการให้สินเชื่อด้วยตนเอง ส่งผลให้เงื่อนไขของแต่ละธนาคารแตกต่างกันไปและมีเงื่อนไขที่ไม่เป็นไปตามหลักการของสินเชื่อดังกล่าว กล่าวคือ ธนาคารในประเทศญี่ปุ่นไม่นิยมให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ด้วยการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นรายเดือนจนกว่าผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต เนื่องด้วยผู้ให้สินเชื่อไม่ต้องการที่จะรับความเสี่ยงจากการที่ผู้สูงอายุมีอายุยืนยาวกว่าที่ผู้ให้สินเชื่อได้คาดการณ์ไว้และอาจทำให้ได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน บางธนาคารกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ชำระดอกเบี้ยในระหว่างอายุสัญญาด้วย ทำให้สินเชื่อดังกล่าวไม่ได้รับความนิยมนเท่าที่ควร

ตามที่ประเทศไทยกำลังเข้าสู่การเป็นสังคมผู้สูงอายุ และรัฐเริ่มหันมาให้ความสนใจในการดูแลผู้สูงอายุและเตรียมมาตรการในการรองรับสังคมผู้สูงอายุมากขึ้น โดยการกำหนดให้สินเชื่อแก่ผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นหนึ่งในมาตรการรองรับสังคม



ผู้สูงอายุตามมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 8 พฤศจิกายน 2559<sup>1</sup> เมื่อพิจารณาหลักการของสินเชื่อ ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการให้สินเชื่อดังกล่าวอาจเกิดปัญหาได้ ดังนี้

### 1. ปัญหาข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

ด้วยสินเชื่อดังกล่าว มีลักษณะเงื่อนไขพิเศษที่แตกต่างจากลักษณะสัญญากู้ยืมเงินกรณีทั่วไป จึงอาจเกิดข้อถกเถียงได้ว่า สัญญาสินเชื่อดังกล่าวเป็นสัญญากู้ยืมเงินหรือเป็นสัญญาอนุกรมพรพ 3 ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักการของสัญญาใช้สินเปลืองตามมาตรา 650 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว อาจไม่สามารถกล่าวได้ชัดเจนว่า สัญญาสินเชื่อดังกล่าวเป็นสัญญากู้ยืมเงิน เนื่องจากผู้ให้สินเชื่อตกลงส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นวงเงินสินเชื่อหรือเงินรายเดือน ซึ่งเป็นการส่งมอบเงินภายหลังวันทำสัญญา อันส่งผลให้สัญญาสินเชื่อไม่บริบูรณ์เป็นสัญญากู้ยืมเงิน นอกจากนี้ การที่ธนาคารตกลงให้ผู้ขอสินเชื่อชำระคืนเงินก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตแล้ว อาจตีความได้ว่า ผู้ขอสินเชื่อไม่มีเจตนาที่คืนเงินให้แก่ผู้ให้สินเชื่อตั้งแต่วันที่ทำสัญญากัน อันทำให้ไม่เข้าลักษณะสำคัญของสัญญาใช้สินเปลือง

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญาอนุกรมพรพ 3 ซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยข้อตกลงของคู่สัญญา ก่อความผูกพันและมีผลบังคับได้ตามกฎหมายแล้ว สัญญาสินเชื่อดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติกฎหมายลักษณะกู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

### 2. ปัญหาผู้ให้สินเชื่อเปลี่ยนแปลงวงเงินหรือยุติการส่งมอบเงินกู้ตามข้อตกลง

ด้วยธนาคารมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้กับผู้ขอสินเชื่อตามรูปแบบที่ผู้ขอสินเชื่อเลือกไม่ว่าจะเป็นเงินก้อนเดียว หรือรายเดือน หรือวงเงินสินเชื่อ จากการที่ธนาคารผู้ให้สินเชื่อมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในอนาคตนี้เอง อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ กล่าวคือ หากธนาคารเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามที่ตกลงกันหรือเปลี่ยนแปลงวงเงินตามอำเภอใจ ผู้ขอสินเชื่อจะต้องดำเนินการอย่างไร และผู้สูงอายุจะใช้สิทธิเรียกร้องของตนตามมูลหนี้หรือสัญญาประเภทใด เนื่องด้วยประเภทของสัญญาสินเชื่อดังกล่าวยังไม่ชัดเจน

หากพิจารณาว่าเป็นสัญญากู้ยืมเงินหรือสัญญาจะให้ยืม ก็อาจมีปัญหากับการ

<sup>1</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์].

ตีความผลบังคับของสัญญา โดยเมื่อศึกษาในเชิงทฤษฎีแล้วพบว่า ความสมบูรณ์แห่งสัญญาย่อมใช้ สิ้นเปลืองโดยอาศัยการส่งมอบวัตถุแห่งสัญญาตามมาตรา 650 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีแนวคิดมาจากหลักกฎหมายโรมันเรียกว่า Real Contract โดยถือว่า สัญญาย่อมใช้สิ้นเปลืองเป็น สัญญาที่มีความผูกพันทางทรัพย์สินที่ผู้ยืมจะมีหน้าที่คืนทรัพย์สินก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน หากตกลงกัน โดยไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้ว ย่อมไม่เกิดความผูกพันตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาว่า สัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบ ย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญานอกบรรพ 3 ผู้ขอสินเชื่อ ย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกร้องฟ้องให้ผู้ให้สินเชื่อปฏิบัติตามสัญญาได้ตามมาตรา 213 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดค่าปรับและดอกเบี้ยที่ผู้ให้สินเชื่อจะต้อง ชำระกรณีผิดนัดไม่ส่งมอบเงินตามสัญญาให้แก่ผู้ขอสินเชื่อตามที่กำหนด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนำมา กำหนดเป็นแนวทางเพื่อช่วยลดปัญหาดังกล่าวได้

### 3. ปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาและเงื่อนไขในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดหรือควบคุมข้อตกลงในสัญญาสินเชื่อ และสัญญาจำนองของสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็น การเฉพาะ ธนาคารผู้ให้สินเชื่อจึงสามารถกำหนดข้อสัญญาอย่างไรก็ได้ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น จากสิทธิในการกำหนดข้อสัญญาโดยเสรีนี้เอง จึงอาจทำให้ผู้ให้สินเชื่อกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กับผู้ขอสินเชื่อ สร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเกินควร หรือกำหนดข้อสัญญาในการบังคับทรัพย์สิน หลักประกันอย่างกว้างจนทำให้เกิดสิทธิของผู้ให้สินเชื่อในการบังคับจำนองได้โดยง่าย อันทำให้มีความ เสี่ยงที่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุจะสูญเสียบ้านซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหลักไปก่อนเสียชีวิตได้ และอาจ ส่งผลให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดรูปแบบลักษณะข้อสัญญาและเงื่อนไขการ บังคับทรัพย์สินหลักประกันให้ชัดเจน ดังนี้

- 1) ข้อตกลงกำหนดหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ตามกำหนดและแผนการจ่ายเงิน
- 2) ข้อตกลงกำหนดเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระและเกิดสิทธิของผู้ให้สินเชื่อ ในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน ได้แก่ เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต เมื่อผู้ขอสินเชื่อขายหรือโอนทรัพย์สิน หลักประกันให้แก่บุคคลภายนอก เมื่อผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้าน หรือไม่พักอาศัยอยู่ในบ้านทรัพย์สิน หลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก หรือกรณีมีความจำเป็นต้องไปพักอาศัยที่อื่นเป็นระยะเวลาานาน อาจ

แจ้งผู้ให้สินเชื่อให้ทราบเป็นหนังสือและ/หรือกระทำการอื่นใดให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ให้สินเชื่อ หรือ กำหนดเหตุเมื่อผู้ขอสินเชื่อถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย

กรณีผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุตามวรรคก่อนหรือเหตุเล็กน้อย ที่มีโชหน้าที่อื่นเป็นสาระสำคัญตามสัญญา ผู้ให้สินเชื่อจะต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ขอสินเชื่อได้แก้ไข เยียวยาเหตุผิดนัดก่อน มิใช่ใช้สิทธิบังคับจำนองในทันที

#### 4. ปัญหาการบังคับทรัพย์หลักประกันในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

ด้วยลักษณะข้อสัญญาสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีลักษณะแตกต่างจากการจำนองรูปแบบทั่วไปเพราะผู้ขอสินเชื่อไม่มีหน้าที่ชำระหนี้ให้แก่ ธนาคารเป็นรายเดือน และยอดเงินค้างชำระจะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ธนาคารจะได้รับชำระหนี้ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิตซึ่งไม่ทราบเวลาที่แน่ชัด การจะให้ธนาคารรอรับเงินจากการบังคับหลักประกันตาม หลักการจำนองก็อาจทำให้ธนาคารมีข้อขัดข้องในการดำเนินการ และกระบวนการบังคับจำนองของ ประเทศไทยก็มีหลายขั้นตอน ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายและต้องเสียเวลาในการดำเนินคดีที่ศาล ธนาคารก็ อาจไม่ต้องการให้สินเชื่อดังกล่าวเพราะอาจจะไม่คุ้มค่ากับการดำเนินการ เนื่องด้วยวิธีการบังคับ จำนองที่ไม่เอื้ออำนวยกับหลักการของสินเชื่อ

ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการบังคับจำนอง ผู้ให้ สินเชื่อต้องให้สิทธิผู้จำนองนำเงินมาชำระหนี้ หรือดำเนินการขายทรัพย์หลักประกันเพื่อนำเงินมา ชำระหนี้ตามสัญญา หรือให้ผู้จำนองดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อชำระหนี้ ด้วย Deed in lieu of foreclosure หรือแก้ไขเยียวยาเหตุผิดนัดก่อน ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยง กระบวนการบังคับจำนองที่จะต้องไปดำเนินการที่ศาล และอาจสร้างภาระและค่าใช้จ่ายให้แก่ทั้งสอง ฝ่ายมากขึ้น หากนำแนวทางดังกล่าวมาใช้กับไทยอาจเกิดประเด็นปัญหาว่า การให้ผู้จำนองโอนทรัพย์ ติใช้หนี้ตามสัญญาจะขัดต่อบทบัญญัติของหลักกฎหมายจำนองหรือไม่ จากการศึกษา พบว่ากรณีนี้ ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้จำนองอาจแสดงเจตนาโอนทรัพย์ติใช้หนี้ที่ค้างชำระตามสัญญาสินเชื่อได้ หาก เจ้าหนี้ยอมรับการโอนทรัพย์ติใช้หนี้ ย่อมถือเป็นการยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ ตามสัญญา หนี้ประธานย่อมระงับสิ้นไปตามมาตรา 321 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหนี้ จำนองย่อมระงับสิ้นไปตามมาตรา 744 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่ต้องคำนึงถึง หลักเกณฑ์การเอาทรัพย์จำนองหลุดตามมาตรา 729 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนเห็น ว่า ผู้รับโอนทรัพย์ติใช้หนี้ มีสิทธิได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ เพียงแต่ต้องดำเนินการจดทะเบียนให้ถูกต้อง

นอกจากนี้ หลังจากการบังคับทรัพย์หลักประกันแล้วสิทธิของเจ้าหนี้จำนองในการ

ฟ้องเรียกหนี้ส่วนที่ขาดยอมเป็นไปตามมาตรา 733 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากได้เงินจากการขายทรัพย์สินหลักประกันน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาดเว้นแต่เจ้าหนี้จะตกลงกับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ในส่วนที่ขาด กรณีดังกล่าวยอมเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุมากขึ้นและไม่สมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการกำหนดให้การให้สินเชื่อดังกล่าวเป็นมาตรการรองรับผู้สูงอายุ ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยนำหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้เกี่ยวกับการประกันสินเชื่อน่าจะช่วยผู้สูงอายุได้มากขึ้นโดยอาจต้องมีการตั้งหน่วยงานที่มาประกันสินเชื่อหรือรับผิดชอบในการชำระหนี้ส่วนที่ขาดให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานรัฐเอง หรือเป็นบริษัทเอกชนที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐก็ได้

## 5. ข้อขัดข้องจากการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ

### 5.1 การกำหนดเนื้อหาในสัญญาจำนองกรณีหนี้ในอนาคต

เมื่อมีการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) แล้ว สำหรับกรณีที่มีการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อเป็นวงเงินสินเชื่อหรือรายเดือนตามระยะเวลาที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนดหรือจนกว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิต หนี้ที่ยอมถือเป็นหนี้ในอนาคตที่สัญญาจำนองจะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้ประธาน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่จำนองเป็นประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ประธานไว้ในสัญญาจำนองให้ครบถ้วน ด้วยจำนวนเงินสูงสุดที่การจำนองเป็นประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ประธานในสัญญาจำนองยังไม่ชัดเจนจึงอาจเกิดปัญหาว่า คู่สัญญาจะต้องกำหนดข้อมูลดังกล่าวอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ให้สินเชื่อต้องกำหนดวงเงินสูงสุดที่จะให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อ และนำมากำหนดเป็นจำนวนเงินสูงสุดที่มีการจำนองเป็นประกัน ส่วนระยะเวลาในการก่อหนี้ประธานตามกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะมีข้อขัดข้องสำหรับกรณีการระบุดระยะเวลาก่อหนี้ที่ส่งมอบเงินให้ผู้ขอสินเชื่อจนกว่าจะเสียชีวิต เนื่องจากไม่แน่นอนว่าผู้ขอสินเชื่อจะเสียชีวิตเมื่อใด เมื่อยังไม่มีคามชัดเจนในเรื่องการระบุดระยะเวลาดังกล่าว ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดระยะเวลาคาดประมาณไว้ เหมือนเช่นของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมก็น่าจะช่วยให้ผู้ให้สินเชื่อ ผู้ขอสินเชื่อหรือพนักงานที่ดินผู้รับจดทะเบียนปฏิบัติได้ถูกต้อง

### 5.2 ทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

ด้วยปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มี การจำกัดความรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด เหมือนกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ภาระในหนี้สินจึงตกอยู่ที่ลูกหนี้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ เมื่อพิจารณาถึงแนวทางอื่นเพื่อลดความเสี่ยงให้กับธนาคารและลดภาระของผู้ขอสินเชื่อ การทำสัญญาประกันชีวิต โดยระบุให้ธนาคารผู้ให้สินเชื่อเป็นผู้รับประโยชน์และกำหนดให้นำเงินประกันที่

ได้จากการเสียชีวิตของผู้ขอสินเชื่อมาชำระหนี้ตามสัญญาจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถนำมาเป็นแนวทางได้ โดยผู้ให้สินเชื่อต้องให้ผู้ขอสินเชื่อเลือกเข้าทำประกันชีวิตด้วยความสมัครใจ

สำหรับการทำสัญญาประกันภัยอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกันสามารถช่วยลดความเสี่ยงให้ผู้ให้สินเชื่อได้ในกรณีที่ทรัพย์สินจำนองสูญหายหรือเสียหาย ประกอบกับการระบุให้ธนาคารเป็นผู้รับประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัยเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ เพียงแต่ธนาคารผู้ให้สินเชื่ออาจต้องแสดงเจตนาเข้ารับหรือถือเอาประโยชน์จากสัญญาตามมาตรา 374 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาประกันภัยอาจยังไม่ตอบสนองต่อการลดความเสี่ยงให้กับผู้ให้สินเชื่อกรณีเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินหลักประกันไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้

## 6. ปัญหาการขาดหน่วยงานโดยตรงในการกำกับดูแลสัญญาและคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ

สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่มีความซับซ้อนและเป็นการยากต่อผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุที่จะทำความเข้าใจลักษณะเงื่อนไขข้อสัญญาของสินเชื่อดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ด้วยผู้ที่จะขอสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) นี้ต้องเป็นผู้สูงอายุเท่านั้น หากมีการปล่อยให้ผู้สูงอายุเข้าทำสัญญากับธนาคารได้อย่างอิสระตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาแล้ว ก็อาจจะไม่เป็นผลดีต่อตัวผู้สูงอายุเอง ผู้สูงอายุก็อาจถูกชักนำให้เข้าใจวัตถุประสงค์ของสินเชื่อและผลจากการผิดสัญญาคลาดเคลื่อนไปจากหลักการของสินเชื่อดังกล่าวได้ การไม่มีหน่วยงานมากำกับดูแลการทำสัญญา กำหนดหลักเกณฑ์ มาตรฐานทางปฏิบัติของธนาคารผู้ให้สินเชื่อในกระบวนการก่อนการให้สินเชื่อหรือการเข้าทำสัญญาก็อาจทำให้ผู้สูงอายุไม่ได้รับความเป็นธรรมได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีหน่วยงานเข้ามาดูแลหรือกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมและกำกับดูแลการให้สินเชื่อให้เกิดความเป็นธรรมและคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุ

### 6.2 ข้อเสนอแนะ

1. เนื่องด้วยสินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รองรับสัญญาสินเชื่อดังกล่าวแล้ว ปัจจุบันจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเพื่อรองรับสินเชื่อดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยผลิตภัณฑ์ทางการเงินดังกล่าวมีความซับซ้อนและเป็นการยากต่อผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุที่จะทำความเข้าใจ ประกอบกับธนาคารผู้ให้สินเชื่อเป็นผู้มีอำนาจ

ต่อรองเหนือผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุจึงอาจทำให้เกิดการทำสัญญาสำเร็จรูปและเกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ขอสินเชื่อได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ฉบับที่ 2 พ.ศ.2541 ควรออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. .... และกำหนดรูปแบบลักษณะข้อสัญญาและลักษณะของสินเชื่อดังกล่าวให้ชัดเจน โดยควรกำหนดประเด็น ดังต่อไปนี้

1.1 กำหนดคำนิยามของสินเชื่อ “สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) หมายถึง สินเชื่อที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยผู้ขอสินเชื่อไม่ต้องชำระเงินสำหรับเงินต้นหรือดอกเบี้ยจนกว่าหนี้ทั้งหมดจะถึงกำหนดชำระ และผู้ให้สินเชื่อสามารถบังคับทรัพย์สินหลักประกันเพื่อชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อตาย ขายทรัพย์สินหลักประกัน ย้ายออกจากบ้าน หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา”

1.2 กำหนดขอบเขตเหตุที่ทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระและเกิดสิทธิในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันให้ชัดเจน ได้แก่

- 1) เมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต
- 2) เมื่อผู้ขอสินเชื่อขายหรือโอนทรัพย์สินหลักประกันให้แก่

บุคคลภายนอก

3) เมื่อผู้ขอสินเชื่อย้ายออกจากบ้าน หรือไม่พักอาศัยอยู่ในบ้านทรัพย์สินหลักประกันอย่างที่อยู่อาศัยหลัก กรณีมีความจำเป็นต้องไปพักอาศัยที่อื่นเป็นระยะเวลาานาน ผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่แจ้งให้ผู้ให้สินเชื่อทราบเป็นหนังสือและ/หรือกระทำการอื่นใดอันเป็นที่พอใจแก่ผู้ให้สินเชื่อ

4) เมื่อผู้ขอสินเชื่อถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย

ทั้งนี้ กรณีผู้ให้สินเชื่อกำหนดเหตุอื่นหรือเหตุเล็กน้อยที่มีใช้หน้าที่อันเป็นสาระสำคัญตามสัญญา เช่น หน้าที่ในการชำระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สิน หน้าที่ในการซ่อมแซมทรัพย์สิน เป็นต้น ผู้ให้สินเชื่อจะต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ขอสินเชื่อได้แก้ไขเยียวยาเหตุผิดนัดก่อน มิใช่ใช้สิทธิบังคับจำนองในทันที

1.3 กำหนดข้อสัญญาระบุหน้าที่ที่ผู้ให้สินเชื่อจะต้องดำเนินการตามสัญญาได้แก่

1) กำหนดให้มีการระบุเกี่ยวกับระยะเวลาในการส่งมอบเงินไว้ในสัญญา เช่น กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อจะต้องส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในวันทำการแรกของเดือนสำหรับการส่งมอบเงินเป็นรายเดือน หรือภายใน 5 วันทำการนับจากวันที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับหนังสือคำร้องขอเบิกเงินจากผู้ขอสินเชื่อกรณีผู้ขอสินเชื่อขอสินเชื่อในรูปแบบวงเงินสินเชื่อ (Line of Credit) เป็นต้น

2) กำหนดให้มีการกำหนดค่าปรับหรือดอกเบี้ยในสัญญา ในกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้

3) กำหนดให้มีข้อสัญญาในการคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อที่จะให้ผู้ขอสินเชื่อหลุดพ้นหรือปลอดจากภาระหน้าที่ภายใต้สัญญาสินเชื่อ หรือปลดหลักประกันกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถให้สินเชื่อได้

4) กำหนดให้มีข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามผู้ให้สินเชื่อปรับเปลี่ยนวงเงินตามสัญญาหรือเงินรายเดือนตามอำเภอใจของตนเองฝ่ายเดียว เว้นแต่มีเหตุอันสมควร

2. กำหนดให้มีหน่วยงานกำกับดูแลการให้สินเชื่อผู้สูงอายุในรูปแบบการจำนองแบบย้อนกลับ (Reverse Mortgage) ซึ่งการให้สินเชื่อดังกล่าว ควรอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นว่า ธนาคารแห่งประเทศไทย ควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สินเชื่อของธนาคารเพิ่มเติม ดังนี้

2.1 กำหนดให้ธนาคารมีหน้าที่ดำเนินการให้ผู้ขอสินเชื่อที่จะขอสินเชื่อดังกล่าว ได้รับคำปรึกษาหรือคำแนะนำ รวมทั้งได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนเกี่ยวกับสินเชื่อ เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อมีข้อมูลในการตัดสินใจที่เพียงพอก่อนเข้าทำสัญญาสินเชื่อ

2.2 กำหนดให้ธนาคารตรวจสอบคุณสมบัติในการรับรู้ และสติสัมปชัญญะของผู้สูงอายุก่อนเข้าทำสัญญาสินเชื่อ เพื่อให้แน่ใจว่า ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจลักษณะของสินเชื่อดังกล่าว โดยอาจสอบถามข้อมูลจากบุคคลในครอบครัวของผู้ขอสินเชื่อ หรือขอใบรับรองแพทย์จากผู้ขอสินเชื่อประกอบการให้สินเชื่อ เป็นต้น

2.3 กำหนดให้ธนาคารต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสินเชื่อดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นลักษณะของสัญญา หน้าที่ หรือค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นให้ผู้ขอสินเชื่อได้ทราบโดยครบถ้วน

2.4 กำหนดห้ามมิให้ธนาคารสื่อสารหรือการโฆษณาสินเชื่อที่ทำให้ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับสินเชื่อ

2.5 กำหนดให้ธนาคารแจ้งให้ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการบังคับทรัพย์หลักประกัน เช่น ทายาท และคู่สมรสของผู้ขอสินเชื่อ เป็นต้น ได้ทราบการทำสัญญาของผู้สูงอายุและผลกระทบที่อาจจะได้รับจากการบังคับหลักประกัน

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีหน่วยงานของรัฐที่ให้คำปรึกษากับผู้ขอสินเชื่อโดยตรง เพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับสินเชื่อดังกล่าวแก่ผู้ขอสินเชื่อ โดยหน่วยงานดังกล่าวควรเป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระและไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ให้สินเชื่อ

3. ประเทศไทยควรกำหนดแนวทางให้มีหน่วยงานหรือบริษัทเข้าประกันสินเชื่อดังกล่าว โดยให้หน่วยงานรัฐหรือบริษัทเอกชน (ที่จะมีขึ้นในอนาคต) เข้ามารับรองต่อผู้ขอสินเชื่อว่า ผู้ขอสินเชื่อจะได้รับเงินตามที่ตกลงไว้กับผู้ให้สินเชื่อ หากผู้ให้สินเชื่อผิดนัดไม่ชำระเงินตามข้อตกลง หน่วยงานหรือบริษัทดังกล่าวจะเป็นผู้ชำระเงินให้แก่ผู้ขอสินเชื่อแทนผู้ให้สินเชื่อ รวมถึงจะขอใช้หนี้ส่วนที่ขาดให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ โดยควรมีหลักเกณฑ์กำหนดขอบเขตเรื่องการเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ส่วนที่ขาดหลังจากการบังคับทรัพย์หลักประกันเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อไม่ให้เป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้สูงอายุจนเกินไป และให้สมกับวัตถุประสงค์ที่จะต้องการกำหนดให้เป็นมาตรการรองรับผู้สูงอายุ





## รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

จิต เศรษฐบุตร์. ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติม

โดย จิตติ ติงศภักดิ์ และ สุธีร์ ศุภนิตย์. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2535.

ณัฐพร ยอดมโนธรรม. การปรับปรุงกฎหมายและวิธีการเพื่อประสิทธิภาพการบังคับจำนอง.  
วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.  
2549.

ดารารพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็น  
ธรรม. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ปัญญา ถนอมรอด. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง  
จำนำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา, 2558.

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบาย ยืม-ฝากทรัพย์ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

พรพิตรา บุญชู. ปัญหาการขายทอดตลาดทรัพย์จำนองโดยไม่ต้องฟ้องบังคับจำนองต่อศาลตาม  
มาตรา 729/1 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่  
20) พ.ศ. 2557. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย. 2557.

พิเชษฐ เจียรณินทวิสิน. วางแผนก่อนแก่ ดูแลชีวิตก่อนตาย ด้วย Reverse Mortgage. วารสาร  
สมาคมประกันชีวิตไทย (2558): 8-11.

พินัย ณ นคร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ไพจิตร บุญญพันธ์. คำมั่นสัญญา ตอนที่ 7 การฟ้องบังคับให้ส่งมอบกรณีสัญญาไม่สมบูรณ์หรือ  
บริบูรณ์. ตุลพาห 56 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 19-22.

ภิเชก ชัยนิรันดร์. การบริหารสินเชื่อ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สายธาร, 2553.

มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน  
, 2552.

ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

- ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ.2544. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557.
- สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันและจำนอง : แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 กรุงเทพมหานคร สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- . หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- . หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 11 กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- . หนังสือรวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2558 เล่มที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2558.
- สุดา (วัชรวัฒน์นากุล) วิศรุตพิชญ์. หลักกฎหมาย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ = Principle of Law : Suretyship, Mortgage & Pledge. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- สุพิศ ปราณีตพลกรัง. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (แก้ไขใหม่) ค้ำประกัน จำนอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558.
- สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล. คำอธิบาย : ค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- สุวิทย์ สุวรรณ. การประกันด้วยทรัพย์ตามหลักกฎหมายอเมริกัน. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 28, 1 (2553): 50.
- เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516. กรุงเทพมหานคร แสงสุทธิการพิมพ์, 2525.

- . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553.
- อัศววิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- อานนท์ ศรีบุญโรจน์. กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

#### ภาษาต่างประเทศ

- Aalberts, R. J. Real Estate Law Ohio: Cengage Learning, 2012.
- Asian Development Bank. "Reverse Mortgages for Thailand Feasibility, Risks, Benefits, and Implementation 19 August 2016." 31, 2016.
- Becker, J. E. D. Annotated Civil Code of Japan. London: Butterworth, 1909-1910.
- . The Principles and Practice of the Civil Code of Japan London: Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar., 1921.
- Bhuyan, V. Reverse Mortgages and Linked Securities New Jersey: John Wiley&Sons, Inc, 2011.
- Dov Solomon, and Odelia Minnes. Non-Recourse, No Down Payment and the Mortgage Meltdown : Lessons from Undercapitalization Fordham Journal of Corporate & Finance Law 16 (2011).
- Frank Gibson, James Karp, and Elliot Klayman. Real Estate Law. Chicago, Illinois: Real Estate Education, 1992.
- Friedman, J. P. The Dictionary of Real Estate Terms New York Barron's Educational Series, 2013.
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary West: St. Paul, MN 2009.
- Hammond, C. M. Reverse Mortgages: A Financial Planning Device for the Elderly. The Elder Law Journal 1 (1993).
- Hisashi Tanikawa, David E. Allan, Mary E. Hiscock, and Roebuck, D. Credit and Security in Japan. St. Lucia: University of Queensland Press, 1973.
- Jacobus, C. J. Real Estate Principles. Ohio: Thomson/South-Western, 2006.

- Jakubowicz, B. What the Hecm Is a Reverse Mortgage: The Importance of the Home Equity Conversion Mortgage in an Aging America. University Louisville Law Review 54 (2016): 190.
- John Doling, and Richard Ronald. Meeting the Income Needs of Older People in East Asia: Using Housing Equity. Ageing & Society 32 ( 2012).
- Nassiri, A. The Lending and Secured Finance Review. London: Law Business Research Ltd, 2015.
- Oda, H. Japanese Law Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Roussin, S. The Reverse Mortgage: For an Optimum Control Research Project. Final Report Submitted to Industry Canada's Office of Consumer Affairs (2007): 7.
- Tammy Kraemer, and Tyler Kraemer. The Complete Guide to Reverse Mortgage. Massachusetts: Adam Media, 2008.
- Werner, R. J. Real Estate Law Cincinnati, Ohio: South-Western/Thomson Learning, 2002.
- เอกสารอิเล็กทรอนิกส์
- American Advisors Group. The History of Reverse Mortgage [Online]. Available from: <https://www.aag.com/news/history-reverse-mortgage> [2016, September 13]
- . What Is Reverse Mortgage [Online]. Available from: <https://www.aag.com/news/what-is-a-reverse-mortgage> [2016, September 12]
- Congress Government. Reverse Mortgage Stabilization Act of 2013 [Online]. Available from: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/2167> [2016, March 12]
- Consumer Financial Protection Bureau. Report to Congress on Reverse Mortgage [Online]. Available from: [http://files.consumerfinance.gov/a/assets/documents/201206\\_cfpb\\_Reverse\\_Mortgage\\_Report.pdf](http://files.consumerfinance.gov/a/assets/documents/201206_cfpb_Reverse_Mortgage_Report.pdf) [2016, September 20]
- . What Is a Reverse Mortgage? [Online]. Available from: <https://www.consumerfinance.gov/askcfpb/224/what-is-a-reverse-mortgage.html> [2016, February 23]

- International Affairs Office. Consumer Policy Regime in Japan [Online]. Available from: <http://www.consumer.go.jp/english/cprj> [2017, April 14]
- International Comparative Legal Guides. Real Estate 2017 [Online]. Available from: <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/real-estate/real-estate-2017/japan#chaptercontent1>. [2017, February 11]
- Kojima, T. How to Make Reverse Mortgage More Common in Japan [Online]. Available from: <http://www.nicmr.com/nicmr/english/report/repo/2013/2013spr02.pdf> [2016, September 20]
- Korea Housing Finance Corporation. Reverse Mortgage (Jootaekyeonkeum) [Online]. Available from: [http://new.hf.go.kr/ehf/sub03/sub01\\_01.do#jwxe\\_main\\_content](http://new.hf.go.kr/ehf/sub03/sub01_01.do#jwxe_main_content) [2017, February 20]
- Nakagawa, S. Why Has Japan's Household Savings Rate Remained High Even During the 1990s ? [Online]. Available from: [https://www.boj.or.jp/en/research/brp/ron\\_1999/data/ron9907a.pdf](https://www.boj.or.jp/en/research/brp/ron_1999/data/ron9907a.pdf) [2016, December 5]
- Nakata, K. Recent Developments in Japanese Consumer Law [Online]. Available from: <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1269&context=psilr> [2017, April 14]
- Olivia S. Mitchell, and Piggott, J. Unlocking Housing Equity in Japan [Online]. Available from: <http://www.nber.org/papers/w10340.pdf> [2016, September 20]
- Research Institute of Economy. Japan's Consumer Policy [Online]. Available from: <http://www.rieti.go.jp/en/special/policy-update/031.html> [2017, April 14]
- Sumitomo Mitsui Trust Bank. Sumitomo Mitsui Trust Bank's Annual Report [Online]. Available from: [http://www.smth.jp/en/ir/annual/2016/ir\\_06.pdf](http://www.smth.jp/en/ir/annual/2016/ir_06.pdf) [2016, March 12]
- The American Association of Retired Persons (AARP). Reverse Mortgage Loans Borrowing against Your Home [Online]. Available from:

<https://www.greenpath.com/sites/default/files/AARP%20Reverse%20Mortgage%20Loans.pdf>. [2016, September 20]

The National Reverse Mortgage Lenders Association. [Hecm Payment Options](#) [Online]. Available from: <http://www.reversemortgage.org/About/Types-of-Reverse-Mortgages/HECM-Payment-Options> [2016 October, 8]

———. [Types of Reverse Mortgages](#) [Online]. Available from: <http://www.reversemortgage.org/About/Types-of-Reverse-Mortgages> [2016, April 25]

———. [What Is a Reverse Mortgage?](#) [Online]. Available from: <http://www.reversemortgage.org/About>. [2016, February 23]

The Origin Mortgages DLC brokers. [Canadian Home Income Plan \(Chip\) Reverse Mortgages in Canada](#) [Online]. Available from: <http://seniorslendingcentre.com/home-equity-plan-reverse-mortgage-canada> [2017, February 20]

Tomoko Kubo and Yoshimichi Yui. [Changes in the Condominium Market in Japan after the 1990s](#) [Online]. Available from: [https://www.unil.ch/igu-urban/files/live/sites/igu-urban/files/Young%20Scholars/Kubo%20T.%20and%20Yui%20Y.\\_2012.pdf](https://www.unil.ch/igu-urban/files/live/sites/igu-urban/files/Young%20Scholars/Kubo%20T.%20and%20Yui%20Y._2012.pdf) [2016, March 12]

U.S. Department of Housing and Urban Development. [About Hud](#) [Online]. Available from: <https://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/about> [2015, December 16]

———. [How to Become an Fha-Approved Lender](#) [Online]. Available from: [https://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program\\_offices/housing/sfh/lender/lendappr](https://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/sfh/lender/lendappr) [2017, March 11]

———. [Interim Report to Congress on the Home Equity Conversion Mortgage Insurance Demonstration October 1990](#) [Online]. Available from: <https://www.huduser.gov/portal/Publications/pdf/HUD%20-%205657.pdf> [2017, July 4]

เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี, แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาในปัจจุบัน.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

[www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/702-6.doc](http://www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/702-6.doc) [1 พฤศจิกายน 2559]

โชติศักดิ์ อาสภวิริยะ, รายงานเอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง “สัญญาสำเร็จรูปของสถาบันการเงิน:

ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.[ออนไลน์].

แหล่งที่มา: [http://elib.coj.go.th/managecourt/data/e9\\_12.pdf](http://elib.coj.go.th/managecourt/data/e9_12.pdf) [1 พฤศจิกายน 2559]

ธนาคารแห่งประเทศไทย, บทบาทหน้าที่ ธปท..[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.bot.or.th/Thai/AboutBOT/RolesAndHistory/Pages/RolesAndResponsibility.aspx> [25 กันยายน 2559]

————, แผนพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ระยะที่ 3 (2559-2563).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/Highlights/FSMP3/FinancialSectorMasterPlanIII.pdf> [5 มกราคม 2560]

พอพันธ์ คิตจิตต์, แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.[ออนไลน์].

แหล่งที่มา: [http://elib.coj.go.th/Article/d40\\_6\\_4.pdf](http://elib.coj.go.th/Article/d40_6_4.pdf) [1 พฤศจิกายน 2559]

พินัย ณ นคร, หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งตอบแทน.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-6.pdf> [12 กุมภาพันธ์ 2560]

สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย, กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ

นายหน้าประกันชีวิต [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.oic.or.th/sites/default/files/content/85938/bth2.pdf> [2 มีนาคม 2560]

สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

[www.mof.go.th/home/eco/181159.pdf](http://www.mof.go.th/home/eco/181159.pdf) [17 ธันวาคม 2559]

สำนักงานปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, ศ., เอกสารประมวลสถิติด้าน

สังคม 1/2558 พิมพ์ครั้งที่ 1 พฤศจิกายน 2557 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.m-](https://www.m-society.go.th/article_attach/13225/17347.pdf)

[society.go.th/article\\_attach/13225/17347.pdf](https://www.m-society.go.th/article_attach/13225/17347.pdf) [10 กันยายน 2559]

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, กฎหมายค้ำประกันและการจำนองที่แก้ไขเพิ่มเติม :ความเป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันและผู้จำนอง.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

[http://library2.parliament.go.th/ejournal/content\\_af/.../aug2558-1.pdf](http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/.../aug2558-1.pdf) [1

เมษายน 2560]

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, Reverse Mortgage ทางเลือกของผู้สูงอายุ.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=10984>

[15 กันยายน 2559]

สำนักงานสถิติแห่งชาติ, เตรียมตัวให้พร้อมไว้...ในวัยผู้สูงอายุ (ตอนที่ 1) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

[http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/citizen/news/poll\\_elderly-1.jsp](http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/citizen/news/poll_elderly-1.jsp) [10

กันยายน 2559]

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มาตรการรองรับสังคมผู้สูงอายุ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

[https://cabinet.soc.go.th/doc\\_image/2559/9932198645.pdf](https://cabinet.soc.go.th/doc_image/2559/9932198645.pdf) [22 พฤศจิกายน

2559]







ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวทิชากร อร่ามรัตน์ เกิดเมื่อวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2531 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2554 ได้รับประกาศนียบัตรวิชาว่าความ จากสำนักฝึกอบรบวิชาว่าความแห่งสภานายความ เมื่อปี พ.ศ. 2553 ได้รับประกาศนียบัตรเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อปี พ.ศ. 2555 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2558 ปัจจุบันเป็นที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท ทีสโก้ไฟแนนเชียลกรุ๊ป จำกัด (มหาชน)

