

บทที่ 2

หลักการว่าด้วยการประกันหนี้ และสภาพปัญหาของการประกันหนี้ในอนาคต

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อบุคคลมีหนี้ผูกพันระหว่างกันแล้ว ด้วยฐานแห่งมูลหนี้ นั้น เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และสามารถบังคับชำระหนี้ของตนได้จากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง ตลอดจนเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรับรองสิทธิในมาตรา 214 อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วสิทธิดังกล่าวอาจไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เนื่องจากเพื่อให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อย การบังคับชำระหนี้ในลักษณะดังกล่าวนั้นต้องเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย ผ่านกระบวนการของศาลมากมาย ซึ่งย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย และอาจใช้เวลาในการดำเนินการค่อนข้างนาน และอาจทำให้เจ้าหนี้เสียประโยชน์ได้

นอกจากนี้ การบังคับชำระหนี้ตามสิทธิข้างต้นนั้น อาจเกิดกรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายคน โดยเจ้าหนี้ต่างๆ อาจมาขอเฉลี่ยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัวและศาลได้มีคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์สินเด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ก็ต้องไปยื่นขอรับชำระหนี้ ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็จะดำเนินการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่ละรายตามสัดส่วน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนยิ่งขึ้นว่าเจ้าหนี้อาจจะไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้โดยสิ้นเชิง

ด้วยเหตุนี้ จึงได้เกิดหลักเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ขึ้น เพื่อเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ว่าแม้ลูกหนี้จะมีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการบังคับชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ก็ยังสามารถใช้สิทธิบังคับเอาจากหลักประกันซึ่งอาจเป็นทรัพย์สินหรือเป็นตัวบุคคลเป็นการทดแทนได้

2.1 ความหมายของ “หลักประกัน”

คำว่า “หลักประกัน” (Security) นี้ได้มีการให้ความหมายต่างๆ กัน ดังต่อไปนี้

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน¹ ได้ให้ความหมายของคำว่า “หลักประกัน” ไว้ว่า “เงินสด หลักทรัพย์ หรือบุคคลที่นำมาประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือ

¹ พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : อรุณการพิมพ์, 2544

ประกันการชำระหนี้”

Black Law Dictionary² ได้ให้ความหมายของคำว่า “Security” ว่าเป็นพันธกรณี การจำนำ การจำนอง การวางทรัพย์ สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ซึ่งให้โดยลูกหนี้เพื่อให้ความมั่นใจในการชำระหนี้ของตน โดยจัดหาทรัพย์สินให้ไว้ Black Law Dictionary กันเจ้าหนี้ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ประธานได้ บางครั้งก็ใช้เรียกบุคคลซึ่งเอาตัวหรือตำแหน่งเป็นหลักประกันหรือเป็นผู้ค้ำประกันการชำระหนี้ของบุคคลที่สาม

Stroud's Judicial Dictionary³ ได้ให้ความหมายคำว่า “Security” ว่า “Security, speaking generally is anything that makes the money more assured in its payment or more readily recoverable; as distinguished from e'g' a mere I'O'U' which is only evidence of debt” ซึ่งสามารถแปลโดยสรุปความ ได้ดังนี้ว่า "หลักประกัน คือสิ่งใดก็ตามที่เพิ่มความแน่นอนในการได้รับชำระหนี้..."

ดังนั้น จึงอาจสรุปจากคำจำกัดความข้างต้นได้ว่า การประกันหนี้คือสิ่งที่จะทำให้เจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันมีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้ได้มากกว่าเจ้าหนี้รายอื่นๆ

2.2 หลักการและเหตุผลของกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้

จากการสืบค้น ได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามสรุปหลักการเบื้องหลังแนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันตลอดจนลักษณะของกฎหมายหลักประกันที่ดี ดังนี้

ตามความเห็นของท่านอาจารย์ผาสุก เจริญเกียรติ⁴ เห็นว่ากฎหมายหลักประกันนั้น ต้องสามารถรับรองสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้เต็มจำนวน โดยอาจสรุปได้ ดังนี้

(1) สิทธิในการบังคับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น (Right of Preference)

เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันนั้นควรมีช่องทาง หรือขั้นตอนตามกฎหมายในการบังคับกับทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน โดยเฉพาะ แยกต่างหากจากกระบวนการบังคับชำระหนี้โดยเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน เพื่อให้เจ้าหนี้ที่มีประกันนั้นสามารถได้รับชำระหนี้ได้รวดเร็วมากขึ้น โดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยลง เช่น สิทธิบังคับจำนำเพื่อเอาทรัพย์สินที่จำนำออกขายทอดตลาด (ประมวลกฎหมาย

² Black Law Dictionary. 4th ed. (St. Paul : west Publishing, 1968). หน้า 1622

³ Stroud's Judicial Dictionary. 7th ed. : Sweet & Maxwell Ltd.,2007

⁴ ผาสุก เจริญเกียรติ, “การนำวัตถุไม่มีรูปร่างมาเป็นประกันการชำระหนี้” บทบัญญัติ 61 (มีนาคม 2548): 171-188

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 764) เป็นต้น

(2) สิทธิในการติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน (Right of Pursuit)

เนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้น อาจเป็นไปได้ทั้งสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ และโดยหลักแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวย่อมยังอยู่กับผู้ให้ประกัน จึงอาจมีการซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้ หรือกระทำการนิติสัมพันธ์อื่นใดอันเป็นผลให้ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ดังนั้น เจ้าหนี้ที่มีประกันจึงควรสามารถติดตามที่จะบังคับชำระหนี้ได้ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะตกอยู่ในมือของใคร เช่น การรับรองสิทธิของผู้รับจำนองในการได้รับชำระหนี้ก่อน เจ้าหนี้สามัญอื่นแม้จะได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702)

(3) สิทธิในการแยกทรัพย์สินออกจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย (Right of Separation)

เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันนั้น ควรได้รับสิทธิอย่างเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งสามารถเลือกที่จะบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันได้ โดยไม่ต้องถูกนำเข้าไปร่วมเฉลี่ยกับเจ้าหนี้สามัญรายอื่นของลูกหนี้

ตามความเห็นของท่านรองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์⁵ เห็นว่ากฎหมายหลักประกันที่ดีและมีประสิทธิภาพนั้น ควรประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ไม่จำกัดชนิด หรือประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินของตนมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้สูงสุด

(2) ไม่ตัดสิทธิลูกหนี้ หรือผู้ให้หลักประกันในการใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นตามสมควร

(3) มีวิธีการบังคับหลักประกันที่สะดวก รวดเร็ว และประหยัด

(4) รับรองสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันเหนือเจ้าหนี้สามัญ

นอกจากนี้ ตามความเห็นของ Philip R Wood⁶ กล่าวว่ากฎหมายหลักประกันที่ดีจะช่วยส่งเสริมให้มีการลงทุนมากขึ้น เนื่องจากเจ้าหนี้จะมีความเสี่ยงภัยน้อยลง โดยสามารถสรุปหลักการ

⁵ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์. ศาสตราจารย์. สัมภพณ์, ธันวาคม 2551

⁶ Philip R Wood, Comparative Law of Security and Guarantees, ch 1 sec 1-2 at 3 (London Sweet & Maxwell, 1995)

และเหตุผลที่สำคัญได้ ดังนี้

- (1) หลักประกันช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการหลงผิดในฐานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้
- (2) หลักประกันช่วยคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เนื่องจากตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
- (3) เจ้าหนี้ที่สนับสนุนเงินกู้เพื่อการซื้อสินทรัพย์ ควรมีสติธิได้เบี่ยงพิเศษเหนือทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดต้นทุนของเงินกู้ และส่งผลให้ภาระดอกเบี้ยของลูกหนี้ลดต่ำลง เนื่องจากเจ้าหนี้มีความเสี่ยงลดลง
- (4) หลักประกันจะช่วยป้องกันปัญหาการล้มละลายแบบลูกโซ่ เนื่องจากในการประกอบธุรกิจนั้น ธุรกิจทุกชนิดมีความสัมพันธ์กันไม่ทางหนึ่งก็ทางใด การที่บริษัท บริษัทหนึ่งล้มละลายย่อมมีผลกระทบต่อบริษัทอื่นๆ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ คู่ค้ากัน การมีหลักประกันที่ดีจะช่วยลดผลกระทบดังกล่าว อีกทั้ง การมีหลักประกันที่มั่นคงจะช่วยให้เจ้าหนี้เข้าช่วยเหลือหรือฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้ง่ายขึ้น

ตามความเห็นของ Professor Aubrey L. Diamond ได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับการมีหลักประกันในทางกฎหมายไว้ว่า การมีหลักประกันจะทำให้ลูกหนี้เกิดความกลัวที่จะถูกบังคับหลักประกันจะได้ไม่ผิดนัดชำระหนี้ เพราะสิ่งที่เจ้าหนี้ต้องการไม่ใช่หลักประกันแต่คือการได้รับชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม หากจะต้องมีการบังคับหลักประกันในที่สุด มูลค่าของหลักประกันนั้นก็จะต้องเพียงพอที่จะชำระหนี้ การยึดและการขายจะต้องไม่ชักช้าหรือก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย และในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะต้องได้รับความคุ้มครอง

Hisashi Tanikawa⁷ นั้น เห็นว่าหลักประกันที่ดีที่จะส่งเสริมการพัฒนาทางการเงินของประเทศได้นั้นต้องมีลักษณะ ดังนี้

- (1) สามารถตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตลอดจนจนสิทธิของเจ้าหนี้ผู้มีประกันเหนือทรัพย์สินนั้น ได้ด้วยความสะดวกรวดเร็ว
- (2) แบบของการทำสัญญาหลักประกันต้องง่าย ไม่เสียค่าใช้จ่ายสูง และเป็นลักษณะการบันทึกลด
- (3) มีการประกาศ หรือการจดทะเบียนหลักประกัน ที่ง่าย สะดวก และไม่เสีย

⁷ Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...[et.al.]*. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

ค่าใช้จ่ายสูง เพื่อให้บุคคลภายนอกทราบถึงความมีอยู่ของสัญญาหลักประกัน และสามารถประเมินฐานะทางการเงินที่แท้จริงของเจ้าของทรัพย์สินได้ โดยหากไม่มีการประกาศ หรือการจดทะเบียนแล้ว ให้คู่สัญญานั้นยังผูกพันตามสัญญา แต่ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้

(4) ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินเดียวกัน ไปประกันหนี้หลายมูลหนี้ ให้หนี้แต่ละมูลหนี้มีลำดับสิทธิตามลำดับการทำสัญญาหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงลักษณะหรือกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน การประกาศ หรือ คุณสมบัติลูกหนี้

(5) เจ้าของทรัพย์สินสามารถนำทรัพย์สินไปประกันหนี้อื่นต่อได้ สำหรับมูลค่าส่วนต่างระหว่างราคาทรัพย์สินกับวงเงินตามสัญญาหลักประกันเดิม

(6) สามารถทำสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคตได้

(7) สามารถทำสัญญาหลักประกันได้โดยไม่จำกัดเฉพาะหนี้หรือสัญญาที่แรกเริ่ม แต่ควรสามารถทำเพื่อหนี้ในอนาคตจำนวนใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญา หรือมีการจดทะเบียนใหม่ และต้องไม่เป็นการเสียลำดับสิทธิในหนี้เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกัน

(8) คู่ครองสิทธิบางประการของลูกหนี้ หรือเจ้าของทรัพย์สินประกัน เช่น สิทธิในดอกผล การห้ามไม่ให้เจ้าหนี้โอนทรัพย์สิน เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างคู่สัญญา

(9) ตราใบที่ลูกหนี้อยู่ยังไม่มีภาระค้ำประกัน ควรให้ลูกหนี้สามารถครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ตามสมควร

(10) การบังคับหลักประกันต้องมีกระบวนการพิเศษที่สะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลอีก

2.3 ประเภทของสัญญาประกันหนี้

การประกันหนี้นั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่⁸ ดังนี้

2.3.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล

การประกันหนี้ด้วยบุคคล หมายถึงการมีบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้ว่า หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระหนี้แทน เป็นกรณีที่เจ้าหนี้มีบุคคลสิทธิในการที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันร่วมรับผิดชอบในหนี้ประธาน

⁸ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายค้ำประกัน จำนวน 3 เล่ม, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2545

2.3.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน คือการที่เจ้าหนี้อาจมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของคนอื่นก็ได้ เจ้าหนี้ธรรมดาของเจ้าของทรัพย์สินที่ประกันนั้นจะเข้ามาแย่งขอแบ่งชำระหนี้ด้วยไม่ได้ โดยอาจแบ่งรูปแบบของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินออกได้เป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

(2.3.2.1) การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็น

ประกัน

การทำสัญญาหลักประกันรูปแบบนี้ ได้แก่ การจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747 โดยผู้จำนำต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างให้แก่ผู้รับจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ การส่งมอบอาจกระทำโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ มีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวกันจริงๆ หรืออาจส่งมอบโดยปริยาย เช่น ส่งมอบกุญแจของสถานที่เก็บรักษาทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันก็ได้

(2.3.2.2) การประกันหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง

ทรัพย์สิน

การทำสัญญาหลักประกันในรูปแบบนี้ หมายถึงการจดทะเบียนตราทรัพย์สินไว้เป็นประกัน ได้แก่ การจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 โดยผู้จำนอง และผู้รับจำนอง จะต้องดำเนินการตามแบบ คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตราทรัพย์สินเป็นประกันหนี้โดยเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้ถึงสถานะของทรัพย์สินนั้น แทนการส่งมอบทรัพย์สิน

(2.3.2.3) การให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันหนี้

เนื่องจากรูปแบบของการส่งมอบการครอบครองและจดทะเบียน มีข้อจำกัดสำหรับทรัพย์สินบางประเภทที่นำมาเป็นหลักประกัน ดังนั้น จึงได้มีการนำเอากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันด้วย โดยลูกหนี้ยังสามารถครอบครองและใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ โดยอาจแยกออกได้หลายลักษณะ เช่น การให้ลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ก่อนเพื่อยึดหน่วง โดยมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์คือให้ลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ได้แก่ สัญญาขายฝาก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 หรือการที่เจ้าหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก่อน แต่โอนเฉพาะการครอบครองให้ลูกหนี้ โดยมี

เงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ให้เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ได้แก่ สัญญาเช่าซื้อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินข้างต้นแล้ว จะพบว่ามี ความหมายแตกต่างกันหลายประการ แต่ความแตกต่างที่สำคัญที่สุด คือสิทธิในการบังคับชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ที่ทำสัญญาประกันด้วยบุคคลจะมีเพียงบุคคลสิทธิ หรือสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกันรับผิดชอบ แต่ในกรณีของเจ้าหนี้ที่ทำสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สิน ย่อมมีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินดังกล่าวในการที่จะบังคับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น โดยผลของการเป็น "บุคคลสิทธิ" และ "ทรัพย์สิน" นั้น ทำให้เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิหน้าที่ที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

(1) ทรัพย์สินนั้น มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินโดยตรง ผู้มีทรัพย์สินจะมีสิทธิในตัวทรัพย์สินนี้ตามแต่กรณีว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใด เช่น อาจมีสิทธิในการใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผล ติดตามเอาทรัพย์สิน และขัดขวางไม่ให้มีผู้ใดสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในเรื่องของสัญญาหลักประกันนั้น จะเห็นได้จากการที่ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิบังคับจำนองเอาจากตัวทรัพย์สินได้เสมอ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะได้มีการโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่

(2) ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลโดยทั่วไปที่จะต้องควั่นไม่ขัดขวางต่อการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน เช่น ตามมาตรา 702 ที่บัญญัติให้จำนองตกติดตามตัวทรัพย์สิน ผู้รับโอนทรัพย์สินจะปฏิเสธไม่รับทราบถึงการมีอยู่ของทรัพย์สินไม่ได้ และจะขัดขวางหรือไม่ยินยอมให้ผู้รับจำนองบังคับสิทธิไม่ได้

ในขณะที่หากเป็นกรณีบุคคลสิทธินั้น จะก่อให้เกิดหน้าที่ในการกระทำควั่นกระทำการตามสัญญาแก่บุคคลโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ไม่สามารถบังคับต่อบุคคลภายนอกได้ ทั้งนี้เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ให้มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(3) ทรัพย์สินนั้นมีลักษณะคงทนถาวรและไม่หมดสิ้นไปโดยการไม่ใช้ เช่น จำนองยอมตกติดตามตัวทรัพย์สินเสมอ แต่บุคคลสิทธินั้นมีลักษณะไม่ถาวร และย่อมสิ้นไป ถ้ามิได้มีการใช้สิทธิเรียกร้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีสัญญาค้ำประกันหนี้ หากเจ้าหนี้ไม่ฟ้องร้องภายใน 10 ปี ก็เป็นอันขาดอายุความ

2.4 สภาพปัญหาของหลักประกันเพื่อหนีในอนาคต

เนื่องจากในปัจจุบันได้มีการพัฒนาระบบในส่วนของการทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการเงินอย่างสถาบันการเงินและไม่ใช่สถาบันการเงิน รวมตลอดถึงสัญญาที่จะมีการก่อหนี้ขึ้นในอนาคตประการอื่นๆ หากจะกล่าวถึงหนี้ที่ยังไม่มีการระบุจำนวนหนี้ลงได้อย่างแน่ชัดในทางกฎหมาย กล่าวคือ ยังไม่มีการก่อหนี้ที่สามารถบังคับกันได้ในขณะที่ทำสัญญา หรือที่ถูกเรียกกัน ในทางกฎหมายว่า “หนีในอนาคต” นั้นเอง

จากการที่สภาพของการเข้าทำสัญญา และกฎหมายกำหนดให้มีการเข้าทำสัญญาที่มีลักษณะข้างต้นได้นั้น ผลที่ตามมาจากการเข้าทำสัญญา คือ การให้หลักประกันภายใต้สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นเงื่อนไขในการเข้าทำสัญญาประเภทดังกล่าว โดยทั่วไป ปัญหาของการดำเนินวิธีการเข้าทำสัญญาโดยให้หลักประกันไม่ว่าจะเป็นวิธีการใด ในทางปฏิบัติมักจะเป็นการที่กำหนดให้สอดคล้องและเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดให้สิทธิไว้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการบังคับที่จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามผลที่กำหนดไว้ในเงื่อนไขนั้น

อย่างไรก็ตาม สำหรับในประเด็นของการให้หลักประกันเพื่อหนีในอนาคตนั้น กฎหมายได้มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของค้ำประกัน และจำนอง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 681 และ 707 ตามลำดับ⁹ แต่สำหรับกรณีการให้หลักประกันในประเด็นของการจำนำนั้นกฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับการกรณีก้ำประกันและการจำนอง ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในการจำนำเพื่อหนีในอนาคต ประเด็นดังกล่าวจึงได้กลับกลายมาเป็นประเด็นการบังคับใช้กฎหมายอันจะต้องมีการวิเคราะห์และพิจารณากันต่อไป

⁹ มาตรา 681 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนีในอนาคตหรือหนีที่มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้”

มาตรา 707 บัญญัติว่า “บทบัญญัติ มาตรา 681 ว่าด้วยค้ำประกันนั้น ท่าน ให้ใช้ได้ในการจำนอง อนุโลมตามควร”