

### บทที่ 3

## การประกันหนี้ในอนาคต ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้เราจะศึกษาถึงระบบกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ, ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ตลอดจนมุมมองและการประยุกต์ใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันหนี้ในอนาคต เพื่อใช้เป็นแนวทางในการตีความและพัฒนาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศไทยต่อไป

### 3.1 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศอังกฤษ

#### 3.1.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล<sup>1</sup>

การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Suretyship) ตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้น หากจะตีความโดยเคร่งครัดแล้วอาจยังไม่ถือว่าเป็นการประกันหนี้ (Security Interest) โดยนักวิชาการบางท่านจะถือว่าการค้ำประกันนั้นเป็นลักษณะกึ่งการประกันหนี้ (Quasi-security หรือ Alternative to security)<sup>2</sup>

ทั้งนี้ สามารถแบ่งประเภทการประกันหนี้ด้วยบุคคลตามกฎหมายอังกฤษ ออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก<sup>3</sup> ได้แก่

##### (3.1.1.1) Contract of guarantee

Sir Wilfrid Greene MR ได้กล่าวไว้ใน Re Conley<sup>4</sup> ว่าปรากฏคำจำกัดความของ Contract of guarantee ตามหนังสือ Fell's Treatise on the Law of Mercantile Guaranties and of Principal and Surety in General ว่าหมายถึงสัญญาที่จะชำระหนี้เงิน หรือปฏิบัติตามหน้าที่อื่นใด ในกรณีที่ลูกหนี้

<sup>1</sup> Zoya Dronova, Trade and Project Finance Security Interest with particular reference to English and Russian Law. Master of Business Law, University of Geneva, 2009

<sup>2</sup> ADAMS DAVID, Banking and Capital Markets : The College of Law Publishing, 2009

<sup>3</sup> ANDREWS GERALDINE, MILLETT RICHARD, Law of Guarantees : Sweet & Maxwell, London 2005, p.2.

<sup>4</sup> Re Conley (trading as Caplan & Conley), Ex parte The Trustee v Barclays Bank Ltd [1938] 2 All E.R. 127, p. 130-131. "“A guarantee is a promise to answer for the payment of some debt, or the performance of some duty, in case of the failure of another person, who is, in the first instance, liable to such payment or performance”



ขั้นต้นไม่สามารถชำระหรือปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวได้ นอกจากนี้ Geraldine Andrews และ Richard Millet<sup>5</sup> ได้ให้คำจำกัดความว่าเป็นสัญญาซึ่งผู้ค้ำประกัน (Surety หรือ Guarantor) ตกลงกับเจ้าหนี้ว่าจะรับผิดชอบในหนี้ซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคตของลูกหนี้ หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า Contract of guarantee นั้นมีลักษณะของการเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ก่อหน้าที่แก่ผู้ค้ำประกันในหนี้ของอีกบุคคลหนึ่งในกรณีที่บุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

(3.1.1.2) Contract of Indemnity

Contract of Indemnity คือสัญญาที่ก่อหนี้ขั้นต้นให้แก่ Surety ในการที่จะชดเชยความเสียหายใดๆ ที่เป็นผลจากการที่เจ้าหนี้เข้าทำสัญญากับลูกหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ โดยหนี้ของ Surety นี้จะมีความเป็นอิสระแยกจากหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ดังปรากฏนิยามใน Black Law Dictionary<sup>6</sup> ว่า Indemnity คือการชดเชยให้กับการสูญเสีย เสียหาย หรือหน้าที่อื่นใดที่เกิดจากอีกบุคคลหนึ่ง

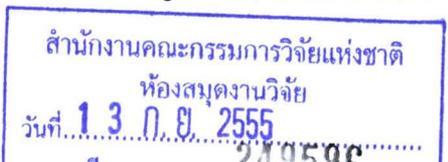
ทั้งนี้ ในส่วนของการเกิดสัญญานั้น ทั้ง Contract of guarantee และ Contract of indemnity นั้นต้องมีองค์ประกอบครบถ้วนของการทำสัญญาตามหลักทั่วไป เช่น ต้องมีการกำหนดค่าตอบแทน (Consideration)

อย่างไรก็ตาม ในเฉพาะส่วนของ Contract of guarantee นั้น จะต้องเป็นไปตาม Statute of Frauds 1677 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมด้วย กล่าวคือ (1) ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือระบุถึงสาระสำคัญของสัญญา (2) ลงนามโดยผู้ค้ำประกัน หรือตัวแทนของผู้ค้ำประกัน ทั้งนี้ หาก Contract of guarantee ใด ไม่เป็นไปตาม Statute of Frauds จะไม่ตกเป็นโมฆะ แต่จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับกันได้ แต่บทบัญญัติไม่ได้กำหนดว่าหนังสือดังกล่าวจะต้องมีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง แต่โดยทั่วไปแล้ว Contract of guarantee นั้นมักประกอบด้วยข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน เช่น วงเงิน, ระยะเวลา หรือลักษณะของหนี้ที่อยู่ในประกัน

<sup>5</sup> ANDREWS GERALDINE, MILLETT RICHARD, Law of Guarantees : Sweet & Maxwell, London 2005, p.3. “A contract of guarantee, in the true sense, is a contract whereby the surety (or guarantor) promises the creditor to be responsible, in addition to the principal, for the due performance by the principal of his existing or future obligations to the creditor, if the principal fails to perform those obligations.”

<sup>6</sup> Black’s Law Dictionary, 8th edition, Thomson West, 2007, p. 784. “An indemnity is a duty to make good any loss, damage, or liability incurred by another.”

<sup>7</sup> CALNAN RICHARD, Taking Security: Law and Practice, Jordans Publishing Limited, Bristol 2006, p. 394



### 3.1.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน<sup>8</sup>

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอังกฤษนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

#### (3.1.2.1) Pledge

ตามประวัติความเป็นมาแล้ว Pledge นั้นเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ส่งมอบสินค้า (goods) ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เงิน<sup>9</sup> แล้วจึงได้เกิดเป็นรูปแบบการประกันหนี้ โดยแยกการครอบครองในสินค้าออกจากกรรมสิทธิ์ในสินค้าด้วยเจตนาร่วมกันของกลุ่มสัญญาการประกันหนี้ในลักษณะนี้เป็นรูปแบบการประกันที่เก่าแก่และมีการใช้อย่างแพร่หลายในอดีต โดยเฉพาะระหว่างบุคคล เพื่อประกันหนี้ในวงเงินจำนวนน้อย หรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า "Pawn" อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมีการเอารัดเอาเปรียบเกิดขึ้นโดยกลุ่มเจ้าหนี้ จึงได้มีการจัดรูปแบบเพื่อกำจัด Pawnbroker ในช่วงศตวรรษที่ 19

ในปัจจุบัน รูปแบบการประกันหนี้ดังกล่าวยังคงมีใช้อยู่บ้าง และอยู่ภายใต้การกำกับของ Consumer Credit Act 1974 แต่ไม่ค่อยได้รับความนิยมสำหรับการประกันหนี้ในการประกอบธุรกิจมากนัก เนื่องจากโดยปกติแล้ว ลูกหนี้ผู้ประกอบการนั้น ย่อมจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินของตนในการประกอบธุรกิจ การส่งมอบทรัพย์สินนั้นจึงไม่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ

การ Pledge นั้น สามารถกระทำได้โดยการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ และความสมบูรณ์ของ Pledge นั้นจะขึ้นอยู่กับ การครอบครองของเจ้าหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือมีแบบอย่างอื่นแต่อย่างใด การทำสัญญา Pledge โดยลูกหนี้ในทางปฏิบัตินั้นเพียงแต่เพื่อเป็นหลักฐานในการทำสัญญาเท่านั้น

ลักษณะเด่นอีกประการของ Pledge คือ เจ้าหนี้จะมีสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Proprietary Right) แม้เจ้าหนี้จะไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าว กล่าวคือ หากลูกหนี้พยายามขายทรัพย์สินซึ่งได้นำมาเป็นประกัน โดยการ Pledge แล้ว แม้ผู้ซื้อจะได้ชำระราคา และเป็นผู้สุจริต ผู้ซื้อจะไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น Nemo dat Principle หรือก็คือข้อยกเว้นของหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน<sup>10</sup>

<sup>8</sup> เอกสารประกอบการสอนวิชา International and comparative secured transactions : University college London, 2009

<sup>9</sup> Cogga v Bernard (1703) 2 Ld. Raym. 909

<sup>10</sup> Re Hardwick, ex parte Hubbard (1886) 17 QBD 690

### (3.1.2.2) Mortgage

การ Mortgage นั้น คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Transfer of the title) เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ โดยลักษณะของการ Mortgage นั้น ได้มีการอธิบายไว้ในคดี Lindly MR in Santley v Wilde<sup>11</sup> โดยสามารถแปลโดยสรุปได้ความว่า "...การ Mortgage คือการโอนซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือเรือเพื่อเป็นประกันในการชำระหนี้ หรือเพื่อการปฏิบัติตามหนี้อื่นที่กำหนด และการประกันหนี้นั้นจะสิ้นสุดลงด้วยการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามหนี้ดังกล่าว"

ทั้งนี้ การ Mortgage นั้น ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

(1) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Transfer of title) ให้แก่เจ้าหนี้ หรือบุคคลอื่นในนามของเจ้าหนี้ โดยหากเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Title) จะเรียกว่า "Legal Mortgage" แต่หากเป็นเพียงการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สิน ดังกล่าว (Beneficial Title) จะเรียกว่า "Equitable Mortgage" อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดเจ้าหนี้จะได้รับสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Proprietary Right) ซึ่งทำให้เจ้าหนี้เป็นเจ้าหนี้มีประกันในกรณีที่ถูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย ทั้งนี้ เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินจริง

(2) การโอนกรรมสิทธิ์นั้น ต้องเป็นไปเพียงเพื่อประกันการชำระหนี้ ไม่ใช่การโอนกรรมสิทธิ์เด็ดขาด และเมื่อได้มีการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้โอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าวคืน หรือ Equity of Redemption

### (3.1.2.3) Charge

การ Charge นั้น แตกต่างจากการ Mortgage ตรงที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ใดๆ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย หรือสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้จะมีสิทธิเทียบเท่าสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Equitable Proprietary Right)

ที่ผ่านมาได้มีความพยายามในการจำกัดความหมายของ Charge ในคำพิพากษา แต่ครั้งล่าสุดคือในคดี Re Bank of Credit and Commerce International (No.8) (1998)<sup>12</sup> ซึ่ง Lord Hoffmann ได้อธิบายว่า "Charge คือสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนซึ่งได้มาโดยการให้ประกัน ที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง" นอกจากนี้ ยังได้มีการจำกัดความให้คำว่า Charge ว่าคือ การจัดสรรทรัพย์สินเพื่อการชำระหนี้ ดังปรากฏในคำพิพากษาคดี Carreras Rothmans v Freeman Mathews Treasure<sup>13</sup> ซึ่ง Peter Gibson J ได้กล่าวว่า "Charge เกิดขึ้นโดยการ

<sup>11</sup> Lindly MR in Santley v Wilde ((1899) 2 Ch 474, at p474)

<sup>12</sup> Re Bank of Credit and Commerce International (No.8) ((1998) AC 214, at p226)

<sup>13</sup> Carreras Rothmans v Freeman Mathews Treasure ((1985) 1 Ch 207, at p227)

จัดสรรทรัพย์สินเฉพาะอย่างเพื่อชำระหนี้หรือปฏิบัติตามหนี้อื่น โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงในกรรมสิทธิ์ทั้งโดยกฎหมายและโดยธรรม (Equity)"

ทั้งนี้ การ Charge นั้น ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

(1) เจ้าหนี้ได้สิทธิเทียบเท่าสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน (Equitable Proprietary Right) แต่ไม่ได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย หรือสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินอื่นใด และเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

(2) เจ้าหนี้จะได้รับดอกเบี้ยต่อเมื่อได้มีการชำระหนี้และ Charge ได้สิ้นสุดลง

หลักการเรื่องการ Charge นั้น เป็นหลักการที่เกิดจากคำพิพากษาโดยหลักแห่งความเป็นธรรม (Equitable Concept) เจ้าหนี้จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ใดๆ ตามกฎหมายจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่สิทธิของเจ้าหนี้ในฐานะ Chargor นั้นเป็นทรัพย์สินสิทธิ (Proprietary) และสามารถใช้อย่างคับคั่งต่อลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้ ได้แม้ลูกหนี้จะตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

โดยปกติแล้วการทำ Charge จะทำในสินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจ โดยจะครอบคลุมสินทรัพย์ที่ไม่ได้มีไว้เพื่อการค้าทั้งหมดของบริษัท เช่น อสังหาริมทรัพย์ โรงงาน อุปกรณ์ ทรัพย์สินทางปัญญา และสัญญาต่างๆ ของบริษัท แต่ทั้งนี้ลูกหนี้จะยังสามารถใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ดังกล่าวได้ตามประเพณีทางการค้าโดยไม่พักต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ หรือที่เรียกว่า "Floating Charge" อย่างไรก็ตาม หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ หรือกระทำการอื่นใดตามแต่ที่ได้ตกลงกันว่าให้ถือเป็นการผิดสัญญา เจ้าหนี้จะเกิดสิทธิในการกำกับดูแลทรัพย์สินภายใต้ข้อตกลง Charge และอาจห้ามการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ หรือก็คือ ได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบเป็น "Fixed Charge" ซึ่งเราเรียกกระบวนการที่เจ้าหนี้ได้รับสิทธินี้ว่า "Crystallization"

### 3.1.3 สัญญาประกันหนี้ในขนาดตามกฎหมายประเทศอังกฤษ<sup>14</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันหนี้ในขนาดนั้น มีปฏิบัติกันมานาน เช่น ในสินเชื่อเพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์ (Home equity loan) หรือสินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจต่างๆ ที่สถาบันการเงินเป็นผู้ให้สินเชื่อ ซึ่งมักเป็นการเข้าทำสัญญาประกันหนี้ก่อนที่จะได้มีการส่งมอบเงินตามวงเงินสินเชื่อจริง ทั้งนี้ เป็นผลมาจากการบัญญัติกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่กำหนดเงื่อนไขของการได้รับสิทธิประโยชน์ว่าต้องเป็นกรณีที่มีการประกันหนี้ เช่น the Tax Reform Act 1986 ซึ่งกำหนดให้ดอกเบี้ยผู้บริโภค (Deduction of consumer interest) ที่จะสามารถถือเป็น

<sup>14</sup> Dale A. Whitman, Mortgage drafting: Lessons from the restatement of mortgages, *Real property, Probate and Trust Journal*, Fall 1998 issue

ค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการคำนวณภาษีได้ จะต้องเป็นดอกเบี้ยจากหนี้ประธานซึ่งมีการประกันหนี้โดย  
 เภสสถานของผู้กู้ อย่างไรก็ตาม แม้รูปแบบของสัญญาดังกล่าวจะมีการใช้กันมานาน แต่ก็ยังมี  
 ปัญหาอยู่มาก เนื่องด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศอังกฤษนั้น ประกอบด้วย  
 กฎหมายหลายฉบับและหลักตามแนวคำพิพากษา ซึ่งหลักการหลายประการจะเปลี่ยนแปลงไปตาม  
 ประเภทและลักษณะของสินทรัพย์ที่เป็นประกัน และวิธีการประกัน เช่น ในส่วนเกี่ยวกับลำดับสิทธิ  
 ของเจ้าหนี้ (Priority) เป็นต้น

ทั้งนี้ ในส่วนเกี่ยวกับลำดับสิทธิของเจ้าหนี้นั้น โดยหลักแล้วเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิใน  
 กรรมสิทธิ์ (Absolute title) จะมีลำดับสิทธิที่ดีที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด ส่วน  
 ลำดับสิทธิระหว่างการประกันโดยการ Charge ซึ่งไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์นั้น พิจารณาโดยหลักการ  
 3 ประการ คือ (1) ในกรณีที่เป็น Charge ที่อาจมีการจดทะเบียนได้ หากไม่มีการจดทะเบียนแล้ว  
 เมื่อลูกหนี้ตกเป็นบุคคลมีหนี้สินส่วนตัว เจ้าหนี้จะมีลำดับสิทธิเสมอเจ้าหนี้สามัญ ไม่ถือเป็น  
 เจ้าหนี้มีประกันแต่อย่างใด (2) หากพิจารณาระหว่าง Fixed Charge ที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว  
 Fixed Charge ที่เกิดขึ้นก่อนจะมีลำดับสิทธิสูงกว่า (3) ให้ Fixed Charge มีลำดับสิทธิสูงกว่า  
 Floating Charge

อนึ่ง ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น สัญญาประกันหนี้ในอนาคตนั้นย่อมสามารถ  
 ผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ได้ หากได้มีการตกลงไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ในทางธุรกิจการค้า  
 จะพบเห็นถึงความในสัญญาต่างๆ โดยระบุให้หลักประกันเป็นประกันหนี้อื่นๆซึ่งได้มีขึ้นระหว่าง  
 เจ้าหนี้กับลูกหนี้ในอนาคตด้วย หรือที่รู้จักกันในชื่อของ "Dragnet Clause" หรือ "Cross-  
 Collateralization" ไม่ว่าในสัญญาจะได้กำหนดหน้าที่ให้เจ้าหนี้อุบัติสินเชื่อเพิ่มเติมในอนาคต  
 หรือไม่ โดยข้อตกลงดังกล่าวอาจมีลักษณะดังนี้<sup>15</sup>

“This mortgage is given to secure the payment of a promissory note [described  
 in detail], and also payment of any additional sums and interest thereon now or hereafter due or  
 owing from mortgagor to mortgagee.”

อย่างไรก็ตาม หากในกรณีที่หนี้ดังกล่าวมีการทำสัญญาประกันหนี้หลายสัญญา  
 หรือกรณีที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินเป็นหลักประกันในหนี้หลายมูลหนี้ ย่อมเกิดปัญหาว่าสัญญาใด  
 ครอบคลุมยอดหนี้เท่าใด หรือสามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้จำนวนเท่าใด ซึ่ง  
 เดิมทีแล้วจะใช้หลักของการเป็นหนี้บังคับ (Obligatory advance) กับ หนี้ทางเลือก (Optional  
 advance) เป็นตัวแบ่งแยกขอบเขต แต่หลักการดังกล่าวก็ยังมีข้อบกพร่องเนื่องจากการแยกแยะว่า  
 กรณีใดเป็นหนี้บังคับ กรณีใดเป็นหนี้ทางเลือกนั้นกระทำได้ยาก จึงได้มีความพยายามพัฒนา

<sup>15</sup> See Union Bank v. Wendland, 54 Cal. App. 3d 393, 398 (1976)

กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหากรณีนี้ในอนาคต อาทิเช่น การใช้หลัก Statutory Cutoff Notice ภายใต้ Uniform Land Security Interest Act (ULSIA) โดย National Conference of Commissioner โดยสามารถกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

(3.1.3.1) หลักการหนี้บังคับและหนี้ทางเลือก (The Optional/ Obligatory Advance Doctrine)

หลักการนี้เริ่มมีการใช้ครั้งแรกโดย The English House of Lords ในปี ค.ศ. 1861 โดยศาลจะพิจารณาว่าเจ้าหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม (Obligation to make advances) หรือไม่ หากเจ้าหนี้ใดมีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม เจ้าหนี้ย่อมมีลำดับสิทธิในการทรัพย์ประกันสำหรับหนี้ที่อนุมัติเพิ่มเติมเช่นเดียวกับลำดับสิทธิเพื่อหนี้ในคราวแรก อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้ไม่มีหน้าที่ตามสัญญาในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม และเจ้าหนี้ได้ทราบถึงการนำทรัพย์ไปประกันหนี้อื่นในขณะทำสัญญาแล้ว เจ้าหนี้นั้นจะมีลำดับสิทธิรองจากเจ้าหนี้ในหนี้อื่นที่มีการประกันด้วยทรัพย์ชิ้นเดียวกันนั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการให้สินเชื่อเพิ่มเติม เนื่องจากหากให้เจ้าหนี้ซึ่งได้ทำสัญญาก่อนมีลำดับสิทธิที่สูงกว่าเสมอ ย่อมเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้แก่เจ้าหนี้ที่จะเข้าทำสัญญาในภายหลัง อีกทั้งจะเป็นการยากในการคำนวณมูลค่าของหลักประกันที่เหลืออยู่ ด้วยเหตุนี้หลักการนี้จึงจะให้ความคุ้มครองเฉพาะเจ้าหนี้ที่มีหน้าที่ตามสัญญาฉบับแรกในการอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม ทั้งนี้ ด้วยถือว่ามีความเป็นไปได้มากที่เจ้าหนี้จะให้สินเชื่อเพิ่มเติมแก่ลูกหนี้ อีกทั้ง เมื่อเป็นหน้าที่ตามสัญญากันอยู่แล้ว เจ้าหนีรายหลังย่อมสามารถคาดการณ์ได้ว่าทรัพย์ซึ่งลูกหนี้จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นอาจถูกบังคับได้น้อยลง

อย่างไรก็ตามหลักการนี้ยังมีข้อบกพร่องในทางปฏิบัติ เนื่องจากอาจเกิดกรณีที่เจ้าหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องอนุมัติสินเชื่อเพิ่มเติม แต่ก็เป็นที่ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขอื่นหลายประการ ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะแบ่งแยกหนี้บังคับออกจากหนี้ทางเลือกได้อย่างชัดเจน

(3.1.3.2) หลักการตาม Uniform Land Security Interest Act (ULSIA)

กฎหมายดังกล่าวกำหนดหลักการที่ใช้สำหรับการ Mortgage โดยเฉพาะ โดยกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนยิ่งขึ้นของคำว่า Obligatory Advance<sup>16</sup> โดยให้ หมายถึง "pursuant to commitment, .. whether or not a default ... has relieved or may relieve [the mortgagee] from its

<sup>16</sup> Unif. Land Security Interest Act Section 111(19) (1985)

obligation." ซึ่งได้ร่างบทพื้นฐานของ U.C.C. Section 9-105 (1)(k)<sup>17</sup> ซึ่งสามารถแปลโดยสรุปได้ว่าหนี้บังคับ หมายถึง "หนี้ตามข้อตกลงแล้วนั้น... ไม่ว่าการผิดนัดจะทำให้เจ้าหนี้พ้นหรืออาจพ้นจากหน้าที่หรือหนี้หนี้หรือไม่"

การกำหนดดังนี้ช่วยลดปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการหนี้บังคับและหนี้ทางเลือก (The Optional/ Obligatory Advance Doctrine) ดังกล่าวข้างต้น โดยกำหนดให้เจ้าหนี้รายแรกมีประกันในหนี้ในอนาคตเสมอ อย่างไรก็ตาม หลักการข้อนี้อาจให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้รายอื่นได้ไม่เพียงพอ และอาจทำให้เกิดการให้สินเชื่อเพิ่มเติมน้อยลง

นอกจากนี้ ยังได้มีการนำหลักการของ Cutoff Notice มาใช้ โดย Cutoff Notice นั้น คือเอกสารยืนยันระหว่างเจ้าหนี้รายแรกและลูกหนี้ว่าจะไม่มีการขอสินเชื่อหรือก่อหนี้เพิ่มเติมตาม Advance Clause อีก ทั้งนี้ เอกสารดังกล่าว อาจอยู่ในรูปของหนังสือลงนามโดยเจ้าหนี้รายแรก

### 3.2 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐและเขตการปกครองต่างๆ ซึ่งต่างก็สามารถออกกฎหมายใช้ในมลรัฐของตนเอง จึงมีกฎหมายหลากหลายรูปแบบ อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามปรับแก้กฎหมายเพื่อให้กฎหมายของทุกมลรัฐมีความสอดคล้องกัน และประกาศใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code) โดยในส่วนของสัญญาหลักประกัน (Secured Transaction) นั้น ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว

มาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปนี้มุ่งหมายให้มีหลักกฎหมายหลักประกันสำหรับทรัพย์สินส่วนบุคคลทุกชนิด ยกเว้นที่ดิน ภายใต้โครงสร้างเดียวกัน ครอบคลุมสังหาริมทรัพย์ทุกชนิด เช่น ภาระผูกพัน หุ่น ตราสารเปลี่ยนมือ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความสับสนของทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

<sup>17</sup> § 9-105. Definitions and Index of Definitions

(1) In this Article unless the context otherwise requires:

(k) An advance is made "pursuant to commitment" if the secured party has bound himself to make it, whether or not a subsequent event of default or other event not within his control has relieved or may relieve him from his obligation;

### 3.2.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล<sup>18</sup>

การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Guaranty family) นั้นอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบของสัญญาหลายประเภท เช่น Guarantee, Warranty, surety เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะร่วมกันคือ การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงรับผิดชอบในหนี้ของบุคคลอื่น โดยผู้ค้ำประกันนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบคุ้มครอง กล่าวคือ เจ้าหนี้จะยังไม่สามารถบังคับตามสัญญาประกันหนี้ด้วยบุคคลนั้นได้จนกว่าลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้ โดยสัญญาการประกันหนี้นั้นจะมีความสมบูรณ์และแยกออกจากสัญญาก่อนนี้ประธาน

### 3.2.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

#### (3.2.2.1) ลักษณะของสัญญาประกันหนี้

สัญญาประกันหนี้ตามมาตรา 9 นั้น กฎหมายให้หมายความถึงสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ ไม่ว่าในรูปแบบใดๆ ที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อประโยชน์ในทางประกันการชำระหนี้ให้กับบุคคลหนึ่งเหนือทรัพย์สินของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น การจำนำ, การโอนสิทธิเรียกร้อง, การจำนอง หรือ การตั้งทรัสต์ (trust) เป็นต้น โดยสัญญาประกันหนี้ดังกล่าวจะได้ก่อภาระผูกพัน (lien) ในหนี้ประธานขึ้นเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น กล่าวคือ ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ผู้มีประกันพึงเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเพื่อเป็นการชำระหนี้ได้ อนึ่ง หากปรากฏว่ามีเจ้าหนี้อื่นใดแสดงความประสงค์ว่าจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ผู้มีประกันอาจอ้างบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นต่อเจ้าหนี้อื่นๆ นั้นได้

ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่อาจเอามาเป็นประกันได้ตามมาตรานี้นั้นมีอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภททั้งที่จับต้องได้ และจับต้องไม่ได้ เช่น สินค้า ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร อุปกรณ์ต่างๆ ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ บัญชีสิทธิเรียกร้องต่างๆ ตราสาร บัตรเงินฝาก หุ่น เป็นต้น

#### (3.2.2.2) ขั้นตอนและวิธีการทำสัญญาประกันหนี้

ในกรณีที่เป็นการประกันหนี้ที่ไม่ต้องมีการครอบครองทรัพย์สินนั้น สัญญาจะเกิดขึ้นได้นั้นต่อเมื่อผู้ให้ประกันซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้นได้ลงลายมือชื่อในสัญญาประกันหนี้โดยระบุถึงทรัพย์สินและขอบเขตความรับผิด ทั้งนี้โดยต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของการทำสัญญาด้วย

<sup>18</sup> Gregory G. Gosfield, Esq., Manual on Guaranties and sureties : เอกสารประกอบการสอน Philadelphia Cle Seminar, 2009

(3.2.2.3) สิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ให้ประกัน

เจ้าหนี้สามารถบังคับหลักประกันได้ต่อเมื่อลูกหนี้ประณามผิดนัดชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 9 ไม่ได้บัญญัติว่า “การผิดนัด” ให้หมายความถึงอะไรบ้าง ดังนั้นจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปและตามข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

(3.2.2.4) การบังคับหลักประกัน

เจ้าหนี้มีประกันอาจเลือกบังคับชำระหนี้ได้หลายวิธีการ เจ้าหนี้มีประกันอาจบังคับหลักประกันผ่านกระบวนการทางศาล หรือบังคับด้วยวิธีอื่นตามที่คู่สัญญาตกลงกัน เช่น ตีใช้หนี้ เป็นต้น

**3.2.3 สัญญาหลักประกันเพื่อหนีในอนาคตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>19</sup>**

ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันหนีในอนาคตนั้น มาตรา 9-201<sup>20</sup> แห่ง UCC ได้กำหนดหลักการทั่วไปของสัญญาประกันต่างๆ ว่าให้สัญญาประกันมีผลบังคับใช้ได้ตามข้อกำหนดในสัญญานั้นระหว่างคู่สัญญา ต่อผู้ซื้อหลักประกัน หรือต่อเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้มีการบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในกฎหมายนี้ ประกอบกับมาตรา 9-204<sup>21</sup> แห่ง UCC ยังได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประกันเหนือทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคต และต่อหนี้ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

<sup>19</sup> Ryan A. Hackney, RIPPING HOLES IN THE DRAGNET: THE FAILINGS OF U.C.C. § 9-204(C) AS APPLIED TO CONSUMER TRANSACTIONS, *Texas Law Review*, May 2009

<sup>20</sup> § 9-201. General Validity of Security Agreement.

Except as otherwise provided by this Act a security agreement is effective according to its terms between the parties, against purchasers of the collateral and against creditors. Nothing in this Article validates any charge or practice illegal under any statute or regulation thereunder governing usury, small loans, retail installment sales, or the like, or extends the application of any such statute or regulation to any transaction not otherwise subject thereto.

<sup>21</sup> § 9-204. After-Acquired Property; Future Advances.

(1) Except as provided in subsection (2), a security agreement may provide that any or all obligations covered by the security agreement are to be secured by after-acquired collateral.

(2) No security interest attaches under an after-acquired property clause to consumer goods other than accessions (Section 9-314) when given as additional security unless the debtor acquires rights in them within ten days after the secured party gives value.

(3) Obligations covered by a security agreement may include future advances or other value whether or not the advances or value are given pursuant to commitment (subsection (1) of Section 9-105).

ตามหลักกฎหมายใน UCC มาตรา 9-204 ให้อำนาจให้สามารถนำหลักประกันที่ประกันหนึ่งอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่แล้วเพื่อประกันหนึ่งอื่นที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต หรือหนี้ที่มีเพิ่มมากขึ้นภายหลังจากการทำสัญญาประกันหนี้ได้ เช่น หลักประกันที่วางไว้ตามสัญญาการกู้ยืมเพื่อปรับปรุงอาคารอาจเป็นประกันได้ทั้งการกู้ครั้งแรกและการกู้ในครั้งต่อไปเพื่อการปรับปรุงอาคารนั้นได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามการประกันหนี้ในอนาคตนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างอัตโนมัติ แต่เกิดจากการตกลงของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย โดยการตกลงดังกล่าวอาจอยู่ในสัญญาก่อนหนี้เริ่มแรก หรืออยู่ในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม หรือในสัญญาก่อนหนี้ประเภทแยกต่างหากอีกฉบับ หรือสัญญาหลักประกันก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติสัญญาทางธุรกิจก็จะมีการตกลงข้อตกลงที่เรียกว่า “All Obligations Clauses” หรือ “Dragnet clause” ไว้ในสัญญา หรือปรากฏอยู่ในแบบสัญญามาตรฐานทั่วไป

ทั้งนี้ เนื่องจากตัวบทไม่ได้กำหนดว่าหนี้ในอนาคตอย่างไรที่อาจทำการประกันได้ จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ประกอบกับระบบกฎหมายของประเทศอเมริกันนั้น แต่ละมลรัฐจะมีระบบศาลและกฎหมายของตนเอง ทำให้เกิดแนววินิจฉัยที่แตกต่างกันออกไป ดังอาจสรุปหลักการจากแนวคำพิพากษาต่างๆ เกี่ยวกับการตีความสัญญาหลักประกันที่ให้ครอบคลุมถึงหนี้อื่นๆ ในอนาคตด้วย ได้ดังนี้<sup>22</sup>

(3.2.3.1) หลักเจตนาของคู่สัญญา หรือหลักความเกี่ยวเนื่องกันของหนี้ (Determining Intent หรือ Same Class-Relatedness Rule) กล่าวคือเป็นหลักการตีความโดยพิจารณาจากลักษณะของหนี้แรก และหนี้ลำดับหลังว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่

ทั้งนี้ปรากฏในคำพิพากษา Texas Kenworth Co. v. First Nat'l Bank<sup>23</sup> เนื่องจากศาลมองว่าหนี้ในลักษณะดังกล่าวอาจยังมีความเกี่ยวข้องกับหนี้แรกเริ่มไม่เพียงพอ โดยยึดตามแนวคำพิพากษาก่อนมีการบัญญัติ UCC ในคำพิพากษาเรื่อง Grant Gilmore<sup>24</sup>

นอกจากนี้ ตามกฎหมาย Florida นั้น แม้เดิมจะเคยมีคำวินิจฉัยให้สามารถบังคับข้อตกลงดังกล่าวได้โดยหนี้ที่เกิดขึ้นในภายหลังไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกับหนี้เดิม ครอบคลุมที่คู่สัญญาได้ตกลงกันอย่างชัดเจนว่าให้ครอบคลุมถึงหนี้ในอนาคต<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการวินิจฉัยในแนวทางว่าข้อตกลง All Obligations Clause นั้น ให้บังคับใช้ได้ต่อเมื่อได้มีการระบุใน

<sup>22</sup> Bruce A. Campbell, Contracts Jurisprudence and Article nine of the Uniform Code : the Allowable scope of future advance and all obligations clauses in commercial security agreements, *Hasting Law Journal*, July, 1986

<sup>23</sup> Texas Kenworth Co. v. First Nat'l Bank, 564 P.2d 222 (Okla. 1977)

<sup>24</sup> Grant Gilmore, Security Interests in Personal Property, Section 35.2-35.4 (1965)

<sup>25</sup> Robert C. Roy Agency, Inc. v. Sun First National Bank of Palm Beach, 468 So.2d 399, 402 (Fla. 4th DCA 1985)

### 3.3 หลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศไทย และอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายญี่ปุ่นเป็นกฎหมายแม่แบบในกฎหมายเอกเทศสัญญาของประเทศไทย

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นประกอบด้วยกฎหมายหลัก 6 ฉบับ คือ (1) The Constitution หรือ รัฐธรรมนูญ (2) The Civil Code หรือประมวลกฎหมายแพ่ง (3) The Commercial Code หรือประมวลกฎหมายพาณิชย์ (4) The Civil Procedure หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (5) The Criminal Code หรือประมวลกฎหมายอาญา และ (6) The Criminal Procedure Code หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยในส่วนของกฎหมายว่าด้วยหลักประกันนั้นได้บัญญัติไว้ใน The Civil Code โดยสามารถสรุปรูปแบบการประกันได้เป็น 2 รูปแบบหลักๆ ดังนี้

#### 3.3.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Personal Security)<sup>28</sup>

การประกันด้วยบุคคลนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลที่สาม โดยในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั้งหลายของบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้มักให้ลูกหนี้ทำสัญญาประกันด้วยบุคคลไว้เพื่อสร้างแรงกดดันให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ทำให้ในทางธุรกิจแล้วเจ้าหนี้อาจไม่เคร่งครัดกับการตรวจสอบฐานะทางการเงินของบุคคลผู้เข้าประกันมากนัก ซึ่งการประกันด้วยบุคคลนี้จะอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 432 – 465 โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ได้ดังนี้

##### (3.3.1.1) ลูกหนี้ร่วมหรือหลายคน (Joint and several Obligation-duty)

Joint obligation นั้น คือกรณีที่ลูกหนี้ต่างมีความผูกพันตามหนี้เดียวกัน และต่างมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามการชำระหนี้กัน เจ้าหนี้อาจเรียกให้ลูกหนี้คนหนึ่งคนใดหรือทั้งหมดชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้อาจมีข้อตกลงระหว่างกันเองเพื่อจำกัดความรับผิดชอบระหว่างกันได้ โดยการประกันด้วยบุคคลในลักษณะนี้จะเกิดขึ้นโดยการตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ทั้งหลายแยกกันไป (By contract) ทั้งนี้ เมื่อลูกหนี้รายหนึ่งทำการชำระหนี้

<sup>28</sup> Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...*[et.al.]. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

ครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ลูกหนี้รายอื่นจะถูกปลดจากหน้าที่ดังกล่าว ลูกหนี้ที่ทำการชำระหนี้ไปนั้น อาจดำเนินการเรียกให้ลูกหนี้อื่นๆ ชดใช้ความเสียหายได้ตามสัดส่วนที่ได้มีการตกลงกัน

อนึ่ง เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่า Joint obligation ของญี่ปุ่นนี้ มีลักษณะคล้ายกรณีการมีลูกหนี้หลายคน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หมวด 3 มาตรา 291 ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้น ไม่ถือเป็นสัญญาหลักประกันแต่อย่างใด

(3.3.1.2) การค้ำประกัน (Suretyship) ซึ่งรวมถึง ผู้ค้ำประกันร่วม หรือ หลายราย (Joint and several suretyship)

Suretyship คือการที่บุคคลที่สาม หรือ Surety มีหน้าที่ต่อเจ้าหนี้เท่าที่หนี้ ประธานกำหนด (The same content as the principal obligation) โดยถือว่าเป็นหนี้อุปกรณ์ (Subordinate) ของหนี้ประธานดังกล่าว ทั้งนี้ สามารถสรุปลักษณะของ Suretyship ได้ดังนี้

(ก) หนี้ของ Surety นั้นแยกออกจากหนี้ประธาน

(ข) หนี้ตาม Suretyship นั้น จะมีเท่าที่หนี้ประธานกำหนด ทั้งนี้ หนี้ประธานจะต้องไม่ใช่หนี้ที่เป็นการเฉพาะตัว อย่างไรก็ตาม หนี้เฉพาะตัวอาจมีการค้ำประกันได้ แต่จะเป็นการค้ำประกันหนี้ค่าปรับเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เนื่องจากการแปลงหนี้ เฉพาะตัวดังกล่าวเป็นหนี้เงินแล้ว

(ค) หนี้ตาม Suretyship จะเป็นหนี้อุปกรณ์ของหนี้ประธาน ดังนั้น ความสมบูรณ์ของ Suretyship จึงขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้ประธาน ดังนั้น หากไม่มี หนี้ประธาน เช่น หนี้ประธานตกเป็นโมฆะ Suretyship ย่อมไม่สมบูรณ์ หรือหากมีการเปลี่ยนแปลงในเงื่อนไขของหนี้ประธาน ย่อมมีผลกระทบต่อหนี้ตาม Suretyship ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น แต่หนี้ประธานนั้นไม่ จำต้องมีอยู่ในเวลาที่ทำสัญญา Suretyship เป็นผลให้สามารถมีการประกันหนี้ที่เพิ่มขึ้นหรือลดลง ของหนี้ในอนาคตได้ โดยอาจค้ำประกันโดยมีวงเงินจำกัด อ้างอิงตามวงเงินสินเชื่อที่ลูกหนี้อาจก่อ ได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่หนี้ประธานตกเป็นโมฆะ หากผู้ค้ำประกัน ได้รู้ถึงความบกพร่องนั้น ในเวลาที่ทำสัญญาค้ำประกัน สัญญาค้ำประกันสามารถบังคับได้ เท่าหนี้ประธาน

(ง) ถ้าหนี้ประธานระงับ Suretyship ย่อมระงับลง

(จ) วัตถุแห่งหนี้ตลอดจนข้อกำหนดในหนี้อุปกรณ์นั้นต้องไม่ เป็นภาระมากกว่าในสัญญาหนี้ประธาน หากมีการตกลงให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบกว่าหนี้ประธาน แล้ว ให้ลดภาระลงเหลือเท่ากับหนี้ประธาน

ทั้งนี้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นจะไม่ได้กำหนดถึงความสามารถของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ค้ำประกันไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม มาตรา 450 กำหนดให้ลูกหนี้ชั้นต้นที่มีหน้าที่หาประกันด้วยบุคคลมานั้น ต้องจัดหาบุคคลซึ่งมีความสามารถและอาจปฏิบัติหน้าที่ตามหนี้ประธานได้

โดยเมื่อหนี้ประธานถึงกำหนด เจ้าหนีย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ประธานดังกล่าว ตลอดจนดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าสินไหมทดแทน และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่มีขึ้น อย่างไรก็ตาม สัญญาค้ำประกันนั้น อาจครอบคลุมตลอดระยะเวลาตามสัญญาประธาน หรือเฉพาะช่วงเวลาหนึ่งเวลาใดก็ได้ นอกจากนี้ผู้ค้ำประกันอาจบอกเลิกสัญญาโดยการมีหนังสือบอกกล่าวเมื่อมีเหตุผลอันควร (Reasonable notice) เช่น เจ้าหนียอมมิหนี้เพิ่มเติมให้แก่ลูกหนี้ในลักษณะที่ลูกหนี้ไม่อาจชำระคืนได้ ทั้งนี้ ในกรณีมีการอนุมัติหนี้เพิ่มเติมที่อาจขัดต่อหลักสุจริต ผู้ค้ำประกันย่อมไม่ต้องรับผิดชอบหนี้นั้นๆ

ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้วนั้น ผู้ค้ำประกันย่อมได้รับช่วงสิทธิมาจากเจ้าหนี้ในการที่จะไล่เบี้ยลูกหนี้ชั้นต้น ซึ่งโดยหลัก คือสามารถไล่เบี้ยได้เท่าจำนวนที่เสียไป

### 3.3.2 การประกันด้วยทรัพย์สิน (Real Security)<sup>29</sup>

การประกันด้วยทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งสามารถสรุปหลักการและลักษณะสำคัญของสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สินได้ ดังนี้

(1) Appendant Nature คือหลักความไม่อิสระ กล่าวคือ หนี้ตามสัญญาหลักประกันนั้นถือเป็นหนี้อุปกรณณ์ ดังนั้น ความสมบูรณ์ของสัญญาอุปกรณณ์หรือสัญญาหลักประกันนั้นจึงขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้ประธานเสมอ หากหนี้ประธานไม่สมบูรณ์ หรือระงับลง หนี้อุปกรณณ์ย่อมไม่สมบูรณ์ หรือระงับลงด้วยเช่นกัน

(2) Attendent Nature คือหลักการติดตามหนี้ กล่าวคือ ตามหลักของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแล้วนั้น เจ้าหนี้หรือผู้มีสิทธิเรียกร้องเหนือลูกหนี้และผู้ได้รับประโยชน์ตามสัญญาหลักประกันนั้นควรเป็นบุคคลเดียวกัน ดังนั้น หากมีการโอนหนี้สินกันแล้ว เจ้าหนี้ใหม่ควรได้รับโอนสิทธิเหนือทรัพย์สินประกันนั้นด้วย

(3) Subrogative Nature คือหลักการตกทอด กล่าวคือ ในกรณีที่ทรัพย์สินเป็นประกันนั้นบุบสลาย เสียหาย หรือสูญไปแล้วนั้น สัญญาหลักประกันย่อมผูกพันต่อสิ่งที่ลูกหนี้

<sup>29</sup> Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...*[et.al.]. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973

หรือผู้วางหลักประกันเดิมนั้น ได้มาเพื่อทดแทนการบุบสลาย เสียหาย หรือสูญไปของทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจาก กฎหมายเห็นว่าเจตนารมณ์ของการวางทรัพย์สินเป็นประกันนั้น ไม่ได้มีขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือเข้าควบคุมทรัพย์สิน แต่กระทำเพื่อประกันว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้เป็นทรัพย์สินหรือสิ่งอื่นใดในมูลค่าเทียบเท่ากัน

(4) Invisible Nature คือหลักการที่ว่า ทรัพย์สินประกันทั้งหมดประกันหนี้ทั้งหมด โดยไม่มีการแบ่งแยก ดังนั้น หากมีหนี้สินบางส่วนระงับลง ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด สัญญาหลักประกันก็ยังสามารถบังคับได้ตามเดิมเพื่อชำระหนี้ที่ยังค้างชำระอยู่ ในทางกลับกัน หากทรัพย์สินบางส่วนบุบสลายหรือเสียหายไป ทรัพย์สินที่คงเหลืออยู่ยังคงเป็นประกันต่อหนี้ที่อยู่เต็มจำนวน

(5) The Principle of Ascent of order of priority กล่าวคือ ในกรณีที่น่าทรัพย์สินไปประกันหนี้หลายจำนวน การบังคับทรัพย์สินประกันนั้น ต้องบังคับตามลำดับเวลาที่ได้มีการก่อให้เกิดสิทธิตามสัญญาหลักประกันนั้นๆ

ทั้งนี้ การประกันด้วยทรัพย์สินอาจเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของลูกหนี้หรือบุคคลที่สามก็ได้ โดยสามารถกระทำได้หลายรูปแบบนิติสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น เช่น Preferential Right, Mortgage, Right of retention, Title transfer security, Pledge, Hypothec อย่างไรก็ตาม ในที่นี้ขออธิบายถึงเฉพาะในส่วนของ Pledge และ Hypothec ซึ่งเป็นลักษณะการประกันที่กฎหมายญี่ปุ่นกำหนดให้สามารถเกิดขึ้นได้จากการตกลงของคู่สัญญา (By contract) และมีลักษณะคล้ายสัญญาหลักประกันตามกฎหมายไทยเท่านั้น

(3.3.2.1) Pledge คือ สัญญาหลักประกันที่ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการถือครองทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้หรือของบุคคลที่สามก็ได้ อย่างไรก็ตาม Pledge ตามกฎหมายญี่ปุ่นนั้น สามารถกระทำได้ทั้งต่อสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ แต่ในกรณีอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจไม่ค่อยปรากฏในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องจาก Hypothec นั้นมีลำดับสิทธิสูงกว่า

Pledge เกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างคู่สัญญา โดย Pledgor นั้นต้องเป็นเจ้าหนี้เสมอ ส่วน Pledgee นั้นอาจเป็นลูกหนี้ หรือบุคคลที่สามก็ได้ แต่ต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่วางเป็นประกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยสุจริตและไม่ได้ประมาทเลินเล่อ เจ้าหนี้นอ่ยมีสิทธิเหนือกว่าในทรัพย์สินที่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สิน และเจ้าของทรัพย์สินจะมีสถานะเป็นผู้ให้ประกัน

ทั้งนี้ หนี้ประเภทของ Pledge นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นหนี้เงินเท่านั้น อาจเป็น หนี้การกระทำ หรือค้ำประกันการกระทำก็ได้ และไม่จำเป็นต้องมีอยู่ขณะทำสัญญา Pledge โดยในสัญญา Pledge อาจระบุวงเงินหรือไม่ก็ได้

(3.3.2.2) Hypothec คือ สัญญาหลักประกันอย่างหนึ่งที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน โดยอาจทำเหนืออสังหาริมทรัพย์ อุปกรณ์การเกษตร อุปกรณ์การก่อสร้าง เรือ เครื่องบิน ยานพาหนะ และสิทธิสัมปทานต่างๆ เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ทำสัญญา Hypothec นั้น ต้องเป็นเจ้าของของทรัพย์สินดังกล่าว แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นลูกหนี้ และเช่นเดียวกับกรณี Pledge และ Surety หนี้ประเภทนี้นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นหนี้เงิน แต่อาจเป็นหนี้การกระทำ หรือหนี้อื่นใดก็ได้ที่ไม่เป็นการเฉพาะตัว ทั้งนี้ แล้วแต่ข้อตกลงของคู่สัญญา แต่โดยปกติแล้ว สัญญาข้อมอบหนี้ประเภททั้งหมด ดอกเบี้ย และสิทธิประโยชน์อื่นใดที่เจ้าหนี้อาจมีสิทธิเรียกร้อง

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่ง ไม่ได้กำหนดแบบแห่งนิติกรรมเอาไว้ สัญญาจึงเกิดขึ้นได้โดยการตกลงด้วยวาจาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม เฉพาะสัญญาที่ได้ทำการจดทะเบียนแล้วเท่านั้นที่จะสามารถยกขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอกได้

### 3.3.3 การประกันหนี้ในขนาดตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

แม้การประกันหนี้ในขนาดจะไม่มีการบัญญัติรับรองเอาไว้โดยตรงใน Civil Code อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ จึงได้มีการพัฒนาแนวคิดการประกันหนี้ในขนาดและผ่อนผันหลักการของการเป็นหนี้อุปถัมภ์ลง โดยตามความเห็นนักกฎหมายญี่ปุ่น<sup>30</sup> เห็นว่า หนี้ประเภทนี้นั้นไม่จำเป็นต้องมีอยู่ในขณะที่ทำสัญญาประกันหนี้ที่เกิดขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด, หนี้ที่มีเงื่อนไข หรือหนี้ในขนาดอื่นใด ต่างอาจถูกประกันโดยสัญญาประกันหนี้ได้ ทั้งนี้ รวมถึงการทำสัญญาประกันหนี้ที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมต่อเนื่อง หรือที่รู้จักในชื่อ “Base pledge” หรือ “base hypothec” โดยในกรณีที่เป็นการทำ base hypothec นั้น จะต้องมีการกำหนดวงเงินให้ชัดเจน ตัวอย่างของการทำ “Base pledge” หรือ “base hypothec” ได้แก่ การประกันเหนือหนี้ในบัญชีกระแสรายวัน เป็นต้น

<sup>30</sup> Hisashi Tanikawa, *Credit and Security in Japan : the legal problems of development finance ...*[et.al.]. - St. Lucia, New York : University of Queensland Press ,1973