

บทที่ 3

สัญญาทรัสต์รีซีทตามกฎหมายต่างประเทศ

3.1 สัญญาทรัสต์รีซีทตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 สัญญาทรัสต์รีซีทในระยะเริ่มแรกก่อนมีกฎหมายใช้บังคับ

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นถือเป็นต้นกำเนิดของสัญญาทรัสต์รีซีท โดยสัญญาทรัสต์รีซีทนั้นเริ่มมีปรากฏในวิธีปฏิบัติทางการค้าของพ่อค้า ซึ่งเมื่อมีการใช้สัญญาทรัสต์รีซีทในทางปฏิบัติมากขึ้น ก็ย่อมต้องนำมาสู่การเกิดประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องนั้นขึ้น ซึ่งเมื่อเกิดประเด็นพิพาทขึ้นย่อมต้องมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ในการนำมาปรับใช้แก้คดี

เดิมสัญญาทรัสต์รีซีทใช้เพื่อยืนยันสิทธิของธนาคารว่า การที่ธนาคารจ่ายเงินค่าซื้อสินค้าแทนผู้ซื้อให้แก่ผู้ขายนั้น ธนาคารยังคงมีสิทธิเหนือสินค้าอยู่เพื่อให้ธนาคารมั่นใจว่าธนาคารจะได้รับชำระหนี้ ซึ่งต่อมาได้มีการทำสัญญาทรัสต์รีซีทปลอมขึ้นมาจำนวนมากและนำสัญญาดังกล่าวไปใช้ผิดวัตถุประสงค์คือนำไปใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายเรื่องการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเนื่องจากการทำสัญญาทรัสต์รีซีทไม่ต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นวิธีการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีขั้นตอนที่ไม่มีแบบพิธีที่ยุ่งยาก จึงเป็นที่นิยมนำสัญญาทรัสต์รีซีทมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามแบบพิธีที่ยุ่งยากของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

ก่อนหน้าที่จะมี Uniform Trust Receipts Act 1933 นั้น ได้มีบทความเกี่ยวกับการใช้ทรัสต์รีซีทเป็นหลักประกันหนี้ซึ่งเป็นบทความที่มีอิทธิพลมากในสังคมยุคนั้น เขียนโดย Karl T. Frederick โดยเขียนในปี ค.ศ. 1922 ในวารสารกฎหมายของมหาวิทยาลัยโคลัมเบีย ซึ่งอาจสรุปใจความสำคัญได้ดังนี้ “กรรมสิทธิ์ในสินค้าตามสัญญาทรัสต์รีซีทโอนจากผู้ขายให้ธนาคาร กรรมสิทธิ์นี้ยังอยู่กับธนาคารระหว่างเวลาที่ใช้ทรัสต์รีซีทจะโอนโดยตรงจากธนาคารไปยังผู้ซื้อคนสุดท้าย สิทธิในทรัพย์สินประกันของธนาคารจึงมีในเงินที่ได้จากการขายสินค้า”¹ ซึ่งเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นของนักวิชาการเท่านั้น แต่ในขณะนั้นเมื่อยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อธิบายเรื่องนั้นเอาไว้อย่างชัดเจน ความคิดเห็นของนักวิชาการจึงถือว่ามีอิทธิพลต่อสังคมเป็นอย่างมาก จากแนวคิดนี้ผู้เขียนเห็นว่าเรื่องทรัสต์รีซีทเป็นเรื่องหลักประกันซึ่งในตอนท้ายก็ได้กล่าว

¹ Grant Gilmore , Security Interest in Personal Property Vol.1 , p.93

ว่าสิทธิในทรัพย์สินประกันของธนาคารจึงมีในเงินที่ได้จากการขายสินค้า ส่วนในตอนต้นที่ว่า กรรมสิทธิ์ในสินค้าตามสัญญาทรัสต์รีซีพนั้นโดนจากผู้ขายให้ธนาคารในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ขายที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้ซื้อ ดังนั้นเมื่อธนาคารไม่ใช่คู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายเป็นเพียงเจ้าหนี้ผู้ให้เงินทุนแก่ผู้ซื้อเท่านั้น กรรมสิทธิ์จึงไม่จำเป็นต้องโอนมาให้แก่ธนาคาร หรืออาจกล่าวได้ว่าธนาคารไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นเลย จะเป็นไปได้ก็แต่เพียงเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือหลักประกันเท่านั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาคิดวิธีการหาทางป้องกันมิให้มีการนำสัญญาทรัสต์รีซีพไปใช้ผิดวัตถุประสงค์และเพื่อความชัดเจนในการใช้บังคับ จึงริเริ่มที่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาใช้บังคับ โดยฉบับแรก คือ Uniform Trust Receipts Act 1933 เพื่อวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ให้ชัดเจนและเพื่อแก้ปัญหาจากการที่ใช้สัญญาทรัสต์รีซีพผิดวัตถุประสงค์²

3.1.2 สัญญาทรัสต์รีซีพตาม Uniform Trust Receipt Act 1933

โดยใน Uniform Trust Receipts Act 1933 นั้นได้มีการให้ความหมายของสัญญาทรัสต์รีซีพเอาไว้ว่า ทรัสต์รีซีพเป็นตราสารที่ลงลายมือชื่อและส่งมอบโดยทรัสต์ คือตัวลูกหนี้หรือลูกค้าซึ่งระบุถึงสินค้า เอกสาร หรือตราสารอื่น โดยรับรองว่าสิทธิในทรัพย์สินประกันยังคงอยู่ หรือได้โอนไปยัง หรือจะให้โอนไปยังเอ็นทรัสต์เตอร์หรือฝ่ายมีประกัน (The term Trust Receipt was defined as an instrument , signed by the trustee or debtor pursuant to a trust receipt transaction , which designated the goods , documents or instruments concerned and receipt that a security interest there in remained in or had passed to or would pass to entruster or secured party)

โดยใน Uniform Trust Receipts Act 1933 นั้นได้กำหนดให้สัญญาทรัสต์รีซีพจะต้องทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้³

1. กรณีของสินค้า เอกสาร หรือ ตราสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการขายหรือแลกเปลี่ยน

² *Ibid .*, p.98

³ Uniform Trust Receipts Act 1933 Article 2(3)

2. กรณีของสินค้า หรือ เอกสารเพื่อวัตถุประสงค์การผลิต หรือ เปลี่ยนแปลงสินค้าที่ ถูกส่งมอบหรือสินค้าตามเอกสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการขายในที่สุดหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการ บรรทุก ขนถ่าย เก็บรักษา ขนส่ง ถ่ายลงเรือ หรือ โดยประการอื่นที่เกี่ยวกับสิ่งเหล่านั้นเพื่อขายหรือ จำเป็นการขาย

3. ในกรณีของตราสารเพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งมอบให้ตัวการซึ่งทรัพย์สินเป็นผู้ยึดถือ ไว้ให้โดยมีจุดมุ่งหมายเกี่ยวกับการส่งมอบให้ผู้รับฝาก หรือนายทะเบียน หรือเพื่อแสดง รวบรวม หรือ ต่อสัญญา

สัญญาทรัพย์สินที่ได้แบ่งเป็น 2 ชนิดโดยค้ำนึ่งถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องและกรรมสิทธิ์ใน สินค้า คือ⁴

1. ทรัพย์สินที่มีคู่สัญญา 3 ฝ่าย คือกรณีที่ธนาคารเป็นผู้ให้เงินทุนแก่ผู้ซื้อเพื่อนำสินค้า ไปขายต่อ ธนาคารจะได้รับกรรมสิทธิ์ในสินค้าและใบตราส่งของผู้ขายและผู้ซื้อทำสัญญา ทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นประกันการนำสินค้าออกไปขายต่อ

2. ทรัพย์สินที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย เป็นกรณีที่ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในสินค้าเรียบร้อยแล้ว

สัญญาทรัพย์สินที่ไม่มีการกำหนดแบบพิธีใดเอาไว้เพียงแค่แสดงเจตนาตกลงเข้าทำ สัญญากัน สัญญาก็มีผลสมบูรณ์แล้ว แต่อย่างไรก็ดี สัญญาทรัพย์สินก็เป็นเพียงสัญญาชนิดหนึ่ง เท่านั้นซึ่งโดยหลักแล้วหนี้ตามสัญญาเป็นบุคคลสิทธิ สามารถใช้บังคับกันได้เฉพาะคู่สัญญา เท่านั้น ไม่สามารถใช้บังคับหรืออ้างยันแก่บุคคลภายนอกได้⁵

ดังนั้นการที่จะทำให้สัญญาทรัพย์สินที่มีผลสมบูรณ์ใช้ยันบุคคลภายนอกได้ต้องมี ขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติ⁶ คือ การจดทะเบียนซึ่งต้องทำกับเจ้าพนักงานของรัฐ สิทธิของเจ้าหนี้ตามสัญญา ทรัพย์สินกับเจ้าหนี้อื่นนั้นโดยหลักแล้วหากมีการจดทะเบียนแล้วภายใน 30 วัน จะมีผลให้หลักประกัน ตามสัญญาทรัพย์สินที่ใช้ยันแก่บุคคลภายนอกได้ แต่หากไม่จดทะเบียนไปจดทะเบียน ภายหลังก็จะมีผลนับแต่วันที่จดทะเบียนโดยไม่มีผลย้อนหลัง แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องนี้ก็มีข้อยกเว้น คู่คุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินตามสัญญาทรัพย์สินโดยต้องมีเงื่อนไขดังนี้จะได้รับความคุ้มครอง⁷

⁴ Grant Gilmore , Security Interest in Personal Property Vol.1 , p.100

⁵ Ibid ., p.111

⁶ Uniform Trust Receipts Act 1933 Article 8,13

⁷ Uniform Trust Receipts Act 1933 Article 9

1. ผู้ซื้อเอกสารหรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน
2. ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายโดยปกติการค้า

ส่วนวิธีการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาทรัสต์รีซีพีนั้นจะมีลักษณะพิเศษกว่าการบังคับชำระหนี้ทั่วไป คือ หากลูกหนี้ผิดนัดให้เจ้าหนี้มีสิทธิเข้าครอบครองสินค้าได้เลยโดยไม่ต้องดำเนินการทางศาล โดยสิทธิที่มีต่อสินค้าเป็นไปในลักษณะเดียวกับจำนำคือสามารถนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด หากได้เงินมาไม่พอชำระหนี้แล้วสามารถเรียกเพิ่มจากลูกหนี้ได้จนกว่าจะคุ้มหนี้ แต่หากขายแล้วมีเงินเหลือก็ต้องใช้คืนแก่ลูกหนี้⁸

ซึ่งใน Uniform Trust Receipts Act 1933 นั้นไม่ได้กำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์เป็นสาระสำคัญเลย โดยไม่ได้กำหนดว่ากรรมสิทธิ์ในสินค้าจะเป็นของใครหรือมีการโอนจากไหนไปไหน ตราบใดที่ข้อสัญญากำหนดให้ตราสารนั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์ที่ Uniform Trust Receipts Act 1933 กำหนดไว้ก็ถือว่าเป็นสัญญาทรัสต์รีซีพแล้ว⁹

ความพยายามหลักของการมี Uniform Trust Receipts Act 1933 นั้นเพื่อขจัดปัญหาการนำสัญญาทรัสต์รีซีพไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ คือ ดัดแปลงไปใช้เป็นการประกันหนี้อย่างอื่นที่หลีกเลี่ยงแบบพิธี แต่ปรากฏว่าเมื่อถึงยุคของอุตสาหกรรมรถยนต์ ก็มีการนำสัญญาทรัสต์รีซีพไปใช้ในลักษณะที่บริษัทรถยนต์ไปกู้เงินจากบริษัทเงินทุน ซึ่งบริษัทเงินทุนจะกู้ยืมเงินจากธนาคารอีกที ปรากฏว่าเปรียบเสมือนการที่ธนาคารให้เงินทุนแก่บริษัทผู้ผลิตรถยนต์ทางอ้อม บริษัทเงินทุนเหล่านั้นต้องการหลักประกันไม่เฉพาะแต่รถยนต์ที่เตรียมขายในโชว์รูมเท่านั้น แต่ต้องการหลักประกันรวมไปถึงเงินที่ได้จากการขายรถยนต์นั้นด้วย จึงนำสัญญาทรัสต์รีซีพมาใช้แก้ปัญหาดังกล่าว และยังมีมีการนำสัญญาทรัสต์รีซีพไปใช้แก่กิจการอื่นๆอย่างแพร่หลายรวมทั้งมีการนำไปใช้แก่ผู้บริโภคด้วย ซึ่งดูจะผิดไปจากธรรมชาติของสัญญาทรัสต์รีซีพที่มุ่งใช้ในทางพาณิชย์ ระหว่างพ่อค้ากับพ่อค้าเท่านั้นไม่น่าจะนำไปใช้แก่ผู้บริโภคได้ ประกอบกับในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการคิดที่จะรวบรวมกฎหมายพาณิชย์ต่างๆของแต่ละรัฐไว้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น จึงมีการร่าง The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. ขึ้นและได้มีการรวมเรื่องสัญญาทรัสต์รีซีพนี้เข้าไว้ใน U.C.C. ด้วย Uniform Trust Receipts Act 1933 จึงเป็นอันยกเลิกไปโดยปริยาย¹⁰

⁸ Uniform Trust Receipts Act 1933 Article 6

⁹ American Jurisprudence *op.cit.*, p.960

¹⁰ Grant Gilmore , *Security Interest in Personal Property Vol.1* , p.100

3.1.3 สัญญาทรัสต์รีซีทตาม The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C.

เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาได้มี The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. ขึ้นใช้บังคับแล้วนั้น เรื่องสัญญาทรัสต์รีซีทก็ได้ถูกรวบรวมไว้ใน The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. ด้วย โดยไม่ปรากฏถ้อยคำว่ายทรัสต์รีซีทใน The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. แต่อย่างใด แต่ได้มีการเปลี่ยนเป็น สิทธิในทรัพย์สินประกัน (Security Interest) โดยปรากฏอยู่ใน Article 9 ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการทำสัญญาที่เรียกว่า ทรัสต์รีซีท อีกต่อไปแล้วในสหรัฐอเมริกา แต่ก็ยังมีกรณีที่ธนาคารคืนใบตราส่งที่เป็นหลักประกันตามเลตเตอร์ออฟเครดิตให้แก่ลูกค้าผู้สั่งซื้อสินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการรับสินค้าจากผู้ขนส่งแล้วนำไปขาย ซึ่งเป็นสัญญาในทำนองเดียวกับสัญญาทรัสต์รีซีท และได้มีการนำ U.C.C. Article 9 มาใช้บังคับอยู่¹¹

The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. นั้น ใน Article 9 : Secured Transaction เป็นเรื่องที่ว่าด้วยการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำสิ่งหรือทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดรูปแบบของสัญญาหลักประกันดังกล่าวเอาไว้ โดยมุ่งพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญว่า คู่สัญญามีเจตนาให้นำทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันหรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าจะทำสัญญากันในรูปแบบใดก็ตาม¹² ดังนั้น ไม่ว่าจะทำสัญญาในรูปแบบจำนำ จำนอง โอนสิทธิเรียกร้อง ทรัสต์รีซีท สิทธิยึดหน่วง ซาเตอร์ แพคเตอร์ หรืออย่างอื่น ๆ ต่างก็เป็นสัญญาประกันด้วยทรัพย์สินทั้งสิ้นต่างก็ต้องตกอยู่ภายในบังคับของ The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. นั้น ใน Article 9 นั้นเอง

โดยสัญญาทรัสต์รีซีทเมื่อพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาแล้วจะเห็นได้ว่า ประสงค์ที่จะให้เป็นสัญญาหลักประกันด้วยทรัพย์สินทำให้ธนาคารผู้เป็นเจ้าของนี้กลายเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งตาม The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. นั้นมองว่าสัญญาทรัสต์รีซีทก็เป็น

¹¹ Boris Kozolchyk, Commercial Letters of Credit in Americas (A comparative study of Contemporary Commercial Transactions), (New York : Matthew Bender & Company Incorporated, 1976), p.165.

¹² Tang Thanh Trai Le and Edward J.Murphy , Sale and Credit Transaction Handbook , Colorado : McGraw-Hill book Company , 1985 . p.353

เรื่องของสิทธิในทรัพย์สินประกันเช่นกัน โดยเจ้าหนี้มีประกันจะมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินประกันนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่หากเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายต่างก็เป็นเจ้าหนี้มีประกันด้วยกันทั้งสิ้น เช่นนี้ เจ้าหนี้อายใดจะมีสิทธิดีกว่าในการได้รับชำระหนี้ก่อน ซึ่งกรณีนี้อาจเกิดได้ เช่น ลูกหนี้อาจจะนำสินค้าที่ทำสัญญาทรัสต์รีซีทไว้ไปจำหน่ายต่อแก่เจ้าหนี้อีกรายก็ได้

โดยหลักแล้วสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินประกันระหว่างเจ้าหนี้มีประกันด้วยกันนั้นจะยึดถือตามหลักเกณฑ์ “First in time , First in right” หรือ “ผู้ใดมาก่อน ผู้นั้นมีสิทธิดีกว่า” ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. หากเป็นกรณีที่สิทธิทั้งสองฝ่ายต่างก็ยังไม่ได้กระทำให้มีผลสมบูรณ์ต้องพิจารณาว่า สิทธิของฝ่ายใดเกิดก่อน สิทธิของฝ่ายนั้นจะมีสิทธิดีกว่า

2. หากเป็นกรณีที่สิทธิในทรัพย์สินประกันทั้งสองรายต่างเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ตามวิธีการต่างๆที่กล่าวมาแล้วทั้งสองราย ต้องพิจารณาว่ารายใดทำให้สิทธิของตนสมบูรณ์ก่อน โดยไม่คำนึงถึงว่าสิทธิของฝ่ายใดจะเกิดก่อน ให้ถือว่าฝ่ายที่ทำให้สิทธิสมบูรณ์ก่อนมีสิทธิดีกว่า

3. สิทธิพิเศษตาม Purchase money security interests คือ จะเป็นสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ผู้ให้เงินทุนลูกหนี้จนได้มาซึ่งทรัพย์สินประกัน หรือ สิทธิรับชำระหนี้ก่อนของผู้ขายสำหรับราคาสินค้าที่ผู้ซื้อยังไม่ได้ชำระ จะถือว่าเป็นบุริมสิทธิพิเศษ (Super priority) ซึ่งจะสามารถได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินประกันดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ

4. ระหว่างเจ้าหนี้มีประกัน กับผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงและเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันจะมีสิทธิดีกว่า หากทำให้สิทธิในทรัพย์สินประกันนั้นมีผลสมบูรณ์ตามวิธีการนั้นๆก่อนที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินในคดีล้มละลายจะดำเนินการยึดทรัพย์สิน

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วเห็นว่า การที่ทำสัญญาทรัสต์รีซีทนั้นเกิดจากการที่ธนาคารได้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตให้กับลูกค้าเพื่อชำระหนี้ค่าราคาสินค้าที่ลูกค้าเป็นผู้ซื้อแทนให้แก่ผู้ขาย โดยธนาคารก็จะจ่ายเงินตามตัวแลกเงินแทนลูกค้า ซึ่งเข้าลักษณะของการที่ธนาคารเป็นเจ้าหนี้ผู้ให้เงินทุนลูกหนี้จนได้มาซึ่งทรัพย์สินประกัน

การที่จะเป็นเจ้าหนี้ผู้ให้เงินทุนลูกหนี้จนได้มาซึ่งทรัพย์สินประกันนั้น จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการดังนี้

1. จะต้องมีการให้กู้ยืมเงินหรือก่อให้เกิดหนี้
2. การให้เงินทุนของเจ้าหนี้ส่งผลให้ลูกหนี้ได้มาซึ่งทรัพย์สินประกัน

3. มีการให้เงินทูลนั้นอย่างแท้จริง

ในกรณีเช่นนี้อาจถือได้ว่า สิทธิของธนาคาร(เจ้าหนี้)ตามสัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นเจ้าหนี้ ผู้ให้เงินทูลถูกหนี้จนได้มาซึ่งทรัพย์สินประกัน ซึ่งก็จะทำให้เป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิพิเศษ ตาม Purchase money security interests นั้นเอง¹³

ซึ่งกรณีของ Purchase money security interests นั้นถือเป็นกรณียกเว้นของหลัก “First in time , First in right”¹⁴ หรือ “ผู้ใดมาก่อน ผู้นั้นมีสิทธิดีกว่า” กล่าวคือ การเป็นเจ้าหนี้ที่มี สิทธิ Purchase money security interests นั้นจะได้รับการคุ้มครองมากกว่าเจ้าหนี้อื่นๆ เฉพาะใน จำนวนเงินที่ธนาคารได้ให้ทุนไปและเฉพาะสินค้าที่ได้มาจากการที่ธนาคารให้เงินทูลเท่านั้นโดย ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าสิทธิของตนมีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินส่วนนั้นๆ

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาทรัสต์รีซีทีตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันมี U.C.C. Article 9 ใช้บังคับโดยจัดให้เป็นประเภทหนึ่งของหลักประกันด้วยทรัพย์สิน นอกจากนี้แล้วยังถือว่าธนาคารตามสัญญาทรัสต์รีซีทีนั้นเป็นเจ้าหนี้ผู้ให้เงินทูลถูกหนี้จนได้มาซึ่ง ทรัพย์สินประกัน ส่งผลให้ธนาคารกลายเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิพิเศษ (Purchase money security interests) ทำให้มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้อื่นๆทุกรายเฉพาะในจำนวนเงินที่ธนาคารได้ให้ทุนไปและ เฉพาะสินค้าที่ได้มาจากการที่ธนาคารให้เงินทูลเท่านั้น และยิ่งไปกว่านั้นในกฎหมายของ สหรัฐอเมริกายังให้ความคุ้มครองธนาคารในกรณีที่ให้เงินทูลในธุรกรรมนำเข้าสินค้าจาก ต่างประเทศ โดยการที่ธนาคารคืนใบตราส่งที่ถือว่าเป็นหลักประกันของหนี้ตามสัญญา เลตเตอร์ออฟเครดิตให้แก่ลูกค้า เพื่อวัตถุประสงค์ในการนำสินค้าไปจำหน่ายหรือการกระทำ การอื่นใดเพื่อให้เกิดประโยชน์ กฎหมายกำหนดให้สิทธิในหลักประกันยังมีผลสมบูรณ์ต่อไปอีกกระยะ หนึ่ง โดยที่ยังไม่ต้องไปจดทะเบียน¹⁵ แต่อย่างไรก็ดีก็ต้องไปจดทะเบียนต่อไป

¹³ U.C.C. 9-107. CONTROL OF LETTER-OF-CREDIT RIGHT.

A secured party has control of a letter-of-credit right to the extent of any right to payment or performance by the issuer or any nominated person if the issuer or nominated person has consented to an assignment of proceeds of the letter of credit under Section 5-114(c) or otherwise applicable law or practice.

¹⁴ Bradford Stone, Uniform Commercial Code in a Nutshell, (St.Paul , Minn : West Publishing Co.,1995), p.416.

¹⁵ U.C.C. 9-304

LAW GOVERNING PERFECTION AND PRIORITY OF SECURITY
INTERESTS IN DEPOSIT ACCOUNTS.

(a) [Law of bank's jurisdiction governs.]

The local law of a bank's jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in a deposit account maintained with that bank.

(b) [Bank's jurisdiction.]

The following rules determine a bank's jurisdiction for purposes of this part:

(1) If an agreement between the bank and the debtor governing the deposit account expressly provides that a particular jurisdiction is the bank's jurisdiction for purposes of this part, this article, or [the Uniform Commercial Code], that jurisdiction is the bank's jurisdiction.

(2) If paragraph (1) does not apply and an agreement between the bank and its customer governing the deposit account expressly provides that the agreement is governed by the law of a particular jurisdiction, that jurisdiction is the bank's jurisdiction.

(3) If neither paragraph (1) nor paragraph (2) applies and an agreement between the bank and its customer governing the deposit account expressly provides that the deposit account is maintained at an office in a particular jurisdiction, that jurisdiction is the bank's jurisdiction.

(4) If none of the preceding paragraphs applies, the bank's jurisdiction is the jurisdiction in which the office identified in an account statement as the office serving the customer's account is located.

(5) If none of the preceding paragraphs applies, the bank's jurisdiction is the jurisdiction in which the chief executive office of the bank is located.

หากต่อมาเมื่อลูกหนี้ได้ทรัพย์สินอื่นมาแทนหลักประกัน (Proceeds)¹⁶ หมายถึง ทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่าย จ่าย โอน แลกเปลี่ยน หรือ ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมถึงค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาตามที่ทำประกันภัยไว้ จากการที่ทรัพย์สินดังกล่าวสูญหายหรือเสียหาย เว้นแต่จะเป็นค่าสินไหมทดแทนที่จะต้องจ่ายให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายมีประกัน โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินประกันก่อนเจ้าหนี้อื่นๆไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่จะกำหนดในสัญญาว่าไม่ให้ภาระหลักประกันติดไปกับตัวทรัพย์สิน หรืออาจจะเลือกที่จะบังคับเอาจากเงินที่ลูกหนี้ขายหรือกระทำการใดๆต่อทรัพย์สินนั้นได้ตามหลัก Proceeds ซึ่งธนาคาร(เจ้าหนี้)ต้องเลือกใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

3.2 สัญญาทรัสต์รีซีทตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นอาจแบ่งแยกที่มาของกฎหมายได้เป็น 3 ส่วน คือ หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ , หลักเอคควิตี , กฎหมายรัฐบัญญัติ

หลักกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น เป็นหลักที่ไม่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งระบบกฎหมายนี้คำพิพากษาของศาลถือว่าเป็นกฎหมายด้วย หรืออาจจะกล่าวได้ว่า ผู้พิพากษาสามารถสร้างกฎหมายได้ ซึ่งจะแตกต่างกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์คำพิพากษาของศาลไม่ใช่กฎหมายแต่อาจเป็นเพียงแนวทางในการวินิจฉัยเท่านั้น ผู้พิพากษาศาลคนอื่นไม่จำเป็นต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลนั้นๆ

หลักเอคควิตีนั้น มีลักษณะเป็นบทผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ จะเป็นกฎหมายที่ทำให้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม มโนธรรม ซึ่งหลักกฎหมายต่างๆต้องไม่ขัดหรือไม่แย้งกับหลักนี้

กฎหมายรัฐบัญญัตินั้นเป็นลักษณะของกฎหมายที่ไม่ค่อยเป็นที่นิยมในประเทศอังกฤษ แต่ประเทศอังกฤษเองก็มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นจำนวนมากซึ่งมากกว่าประเทศไทยด้วย แต่อย่างไรก็ดีก็ไม่เป็นที่นิยมใช้โดยลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในอังกฤษนั้นส่วนใหญ่

¹⁶ นลินี เกียรติชัยพิพัฒน์, “ปัญญากฎหมายของสัญญาทรัสต์รีซีทภายใต้กฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น.4.

จะมีขึ้นเพื่อความแน่นอนชัดเจน และการตีความบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะเป็นการตีความแบบเคร่งครัด จะไม่ค่อยมีการกำหนดให้ใช้ดุลพินิจ เนื่องจากหากเป็นเรื่องที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจก็จะเป็นลักษณะในกฎหมายคอมมอนลอว์

ในเรื่องของสัญญาทรัสต์รีซีทีนั้นในทางกฎหมายไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องนี้เอาไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีปรากฏในรูปของคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นในลักษณะของกฎหมายคอมมอนลอว์ ในทางปฏิบัติสัญญาทรัสต์รีซีทีในประเทศอังกฤษเป็นที่นิยมใช้อย่างแพร่หลายในการส่งสินค้าเข้าเช่นเดียวกับประเทศไทย เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีการทำการค้าขายระหว่างประเทศในปริมาณที่มาก ดังนั้นสัญญาทรัสต์รีซีทีจึงใช้ในปริมาณมากในทางปฏิบัติด้วยเช่นกัน

ตามกฎหมายอังกฤษนั้นเห็นว่าสัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นส่วนผสมของสัญญาที่เรียกว่า Bailment , สัญญาตัวแทน และสัญญาทรัสต์¹⁷ ซึ่งสัญญา Bailment หมายถึง การที่เจ้าของทรัพย์สินเรียกว่า bailor มอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า bailee เพื่อกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเงื่อนไขว่า bailee จะคืนทรัพย์สินให้แก่ bailor ในส่วนของสัญญาตัวแทนตามกฎหมายอังกฤษจะมองว่าการที่ธนาคารมอบสินค้าให้แก่ลูกค้าไปจำหน่ายนั้น ในระหว่างที่ลูกค้าครอบครองสินค้านั้นเป็นการครอบครองในฐานะตัวแทนของธนาคาร ดังนั้นผลประโยชน์ที่ได้รับจึงต้องเป็นของธนาคารแต่เพียงเท่าที่มีหนี้ต่อกันตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตที่มีการทำสัญญาทรัสต์รีซีทีต่อเนื่องกันเท่านั้น ส่วนของสัญญาทรัสต์นั้น การก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมายอังกฤษ คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนหรือมอบทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ตี ด้วยความไว้วางใจให้ทรัสต์ตีจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของคนอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับประโยชน์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายอังกฤษมองว่า สัญญาทรัสต์รีซีทีที่มีลักษณะผสมผสานสัญญาทั้งสามประเภทนั้นเข้าไว้ด้วยกัน

ในเรื่องของหลักเกณฑ์อื่นๆที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาทรัสต์รีซีทีนั้น กฎหมายของประเทศอังกฤษอย่างที่กล่าวมาแล้วเบื้องต้นว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ แต่มีปรากฏในรูปแบบของคำพิพากษาของศาล ซึ่งได้มีการวางหลักเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทรัสต์รีซีทีเอาไว้ดังนี้

1. เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ แต่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในการฟ้องร้อง โดยเนื้อหาของสัญญาต้องพอสรุปได้ว่าการรักษาสหกิจของธนาคารให้ทรัพย์สินประกันให้คงอยู่ (คดี North Western Bank v. Poynter(1895) A.C.56)

¹⁷ A.G.Davis, The Law Relating to Commercial Letter of Credit, p.190.

2. สิทธิของธนาคารไม่ได้เกิดจากสัญญาทรัสต์รีซีพ แต่สิทธิจำนำของธนาคารได้เกิดขึ้นมาก่อนแล้ว สัญญาทรัสต์รีซีพไม่ได้ก่อให้เกิดหลักประกันอะไรขึ้นมาใหม่แต่เป็นการรักษาสิทธิในหลักประกันหรือการจำนำที่มีมาอยู่ก่อนแล้วให้คงอยู่ต่อไป¹⁸ (คดี Re David Allester Ltd. (1922) 2. ch. 211)

3. องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทรัสต์รีซีพ คือ สินค้าจะต้องเคยอยู่ในความครอบครองซึ่งเป็นการจำนำต่อธนาคารมาก่อน แต่หากในเบื้องต้นไม่มีการจำนำธนาคารมาก่อน ก็ไม่ใช่สัญญาทรัสต์รีซีพ (คดี Ladenburg & Co.V.Goodwin,Ferreira & Co.Ltd.(1912) 3 KB.275) ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยได้ขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อโดยกรรมสิทธิ์ในสินค้าก็ได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้ว จำเลยจึงได้นำตัวแลกเงินมาขายลดแก่ธนาคารโจทก์ โดยนำใบตราส่งมามอบให้ธนาคาร และทำหนังสือรับรองว่าสินค้าและเงินที่ได้จากการขายสินค้าให้เป็นหลักประกันแก่ธนาคาร ต่อมาจำเลยล้มละลายธนาคารจึงอ้างสิทธิในเงินที่ได้จากการขายขึ้นยันผู้ชำระบัญชี ศาลตัดสินว่าข้อเท็จจริงในกรณีนี้ถือว่าเป็นการขายในบัญชีหนี้ (Charge of Book Debts) ที่จะต้องมีการจดทะเบียนมิฉะนั้นเป็นโมฆะ กรณีนี้ไม่เข้าหลักเกณฑ์ของสัญญาทรัสต์รีซีพแต่อย่างใด เนื่องจากหลักเกณฑ์ของสัญญาทรัสต์รีซีพนั้น ธนาคารจะต้องเคยมีการครอบครองใบตราส่งที่มีผลเป็นการจำนำอยู่ก่อน¹⁹ แต่ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ ในตอนแรกธนาคารยังไม่ได้มีการครอบครองใบตราส่ง แต่เนื่องจากจำเลยต้องการขายลดตัวเงินให้แก่ธนาคาร จำเลยจึงได้นำใบตราส่งมาวางเป็นประกัน

4. เอกสารที่ธนาคารยึดถืออยู่ในตอนแรกต้องเป็นเอกสารที่ทำให้ธนาคารมีฐานะเป็นผู้รับจำนำสินค้า (คดี Official Assignee of Madras V.Mercantile Bank of India (1935) A.C.54) ตัดสินว่า Railway Receipt เป็นเอกสารสิทธิที่มีฐานะเช่นเดียวกับใบตราส่ง การที่ธนาคารมอบใบ Railway Receipt คืนให้แก่ลูกค้าโดยมีการทำสัญญาทรัสต์รีซีพนั้น ทำให้ธนาคารยังคงมีสิทธิในฐานะผู้รับจำนำอยู่ต่อไป แต่ถ้าเอกสารที่ส่งมาให้ไม่ใช่ใบตราส่งหรือเอกสารขนส่งอื่นที่เปลี่ยนมือได้ที่มีฐานะเช่นเดียวกับใบตราส่ง ธนาคารก็จะไม่เกิดสิทธิตามสัญญาทรัสต์รีซีพ

5. การทำสัญญาทรัสต์รีซีพทำให้ธนาคารยังคงมีฐานะเป็นผู้รับจำนำอยู่ โดยยังคงมีสิทธิครอบครองในสินค้า ซึ่งสิทธินี้จะยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่ลูกค้ายังไม่ขอใช้เงินคืนแก่ธนาคาร ไม่ว่าจะธนาคารจะคืนใบตราส่งให้แก่ลูกค้าหรือไม่ก็ตาม แต่หากลูกค้านำใบตราส่งไปรับสินค้าแล้วหนี

¹⁸ Mark Hapgood; Paget's Law of Banking, (London : Butterworths,1989), p.538.

¹⁹ Raymond Jack, Documentary Credit, (London : Butterworths & Co.Ltd., 1991), p.235.

ไป หรือกระทำการอย่างอื่นในทางทุจริต การทำสัญญาทรัสต์ที่ก็ไม่มีประโยชน์ ธนาคารนอกจากจะฟ้องแก้ลูกค้ำของตนได้แล้ว ยังสามารถฟ้องร้องบุคคลที่เข้ามาครอบครองเอกสารแทนได้ด้วยหรือไม่ (คดี Lloyd Bank Ltd. V. Bank of America National Trust and Saving Association (1937) 2 KB. 631 ; (1938) 2 KB. 147 ; C & S 216) เป็นกรณีที่ธนาคารโจทก์ให้ลูกค้ำทำสัญญาทรัสต์เพื่อนำสินค้าออกขาย แต่ลูกค้ำกลับนำเอกสารการขนส่งไปจำหน่ายกับธนาคารจำเลยโดยทุจริต ต่อมาลูกค้ำล้มละลาย ธนาคารโจทก์จึงฟ้องให้ธนาคารจำเลยคืนเอกสารการขนส่ง ซึ่งคดีนี้ศาลตัดสินว่า ลูกค้ำเป็นตัวแทนทางการค้าของธนาคารโจทก์ ดังนั้นตัวแทนทางการค้าที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของในการครอบครองสินค้าหรือเอกสารสิทธิ สามารถโอนสิทธิที่ปราศจากภาวะผูกพันให้แก่บุคคลภายนอกได้ โดยเจ้าของสินค้าจะนำสืบถึงเจตนาที่แท้จริงมาต่อผู้ไม่ได้ ดังนั้น ลูกค้ำจึงสามารถโอนสิทธิที่ปราศจากภาวะผูกพันให้แก่ธนาคารจำเลยได้ โดยถือเสมือนว่าธนาคารโจทก์เป็นเจ้าของโดยเหตุที่มีสิทธิครอบครองในฐานะที่เป็นผู้รับจำหน่าย และลูกค้ำถือเสมือนว่าเป็นตัวแทนทางการค้าแม้ว่าลูกค้ำจะมีกรรมสิทธิ์ในสินค้าในฐานะที่เป็นผู้จำหน่ายก็ตาม บุคคลภายนอกผู้สุจริตสามารถยกการขายหรือการจำหน่ายขึ้นยื่นธนาคารได้

6. กรณีที่ลูกค้ำได้จำหน่ายใบตราส่งไว้กับธนาคารโจทก์ ต่อมาธนาคารโจทก์ได้คืนใบตราส่งให้แก่ลูกค้ำเพื่อจะได้นำสินค้าไปขาย ลูกค้ำได้ขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อโดยผู้ซื้อยังไม่ได้ชำระราคาสินค้า ต่อมาจำเลยซึ่งเป็นเจ้านี้ของลูกค้ำได้อายัดราคาสินค้าที่ผู้ซื้อจะต้องชำระแก่ลูกค้ำ กรณีนี้ศาลตัดสินว่า ผู้รับจำหน่ายสามารถคืนการครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายให้แก่ผู้จำหน่ายได้ในฐานะที่ผู้จำหน่ายเป็นตัวแทนเพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย โดยไม่ทำให้การจำหน่ายระงับลง การที่ธนาคารคืนใบตราส่งให้แก่ลูกค้ำ (ผู้จำหน่าย) ถือว่าลูกค้ำได้รับใบตราส่งเพื่อไปรับสินค้าและนำไปขายในฐานะที่เป็นตัวแทนของธนาคาร โดยไม่ทำให้สิทธิของธนาคารในฐานะผู้รับจำหน่ายเสียไป เมื่อลูกค้ำขายสินค้าได้เงินก็ต้องมอบให้ธนาคารโดยตรง เจ้านี้จะมายายัดไม่ได้ (คดี North Western Bank Ltd. V. John Poynter , Son , Macdonalds (1895) AC 56)

เมื่อขายได้เงินแล้ว หากผู้ขาย(ลูกค้ำ)ไม่ได้นำเงินไปรวมกับเงินอื่น ธนาคารก็สามารถติดตามเอาเงินนั้นได้ แต่หากลูกค้ำได้นำเงินที่ขายได้แล้วนั้นไปรวมกับเงินอื่น ๆ กรรมสิทธิ์ในเงินทั้งหมดก็จะเป็นของลูกค้ำ ทำให้ธนาคารไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิครอบครองในฐานะผู้รับจำหน่ายอีกต่อไป ธนาคารมีเพียงสิทธิฟ้องร้องให้ลูกค้ำชำระหนี้เท่านั้น

จึงได้มีการสร้างสัญญาทรัสต์ที่อีกรูปแบบหนึ่งขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของธนาคาร ทั้งก่อนและหลังการขายสินค้านั้นๆ ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งทรัสต์อย่างแท้จริง²⁰ โดยลูกค้าจะถือเป็น ทรัสต์ ธนาคารเป็นผู้รับประโยชน์ และทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ คือ สินค้ารวมไปถึงเงินที่ได้จากการ ขายสินค้าด้วย ดังนั้น ธนาคารในฐานะผู้รับประโยชน์ภายใต้ทรัสต์ จึงมีสิทธิในสินค้าตามหลัก เอกควิตี และหากมีการขายแล้วธนาคารก็จะมีสิทธิตามหลักเอกควิตีในเงินที่ได้จากการขายเช่นกัน ทำให้ธนาคารมีสิทธิติดตามเอาคืนแม้ว่าเงินนั้นจะไปรวมกับเงินอื่นของลูกค้าแล้วก็ตาม ลูกค้าจะมี กรรมสิทธิ์ในสินค้าในฐานะที่เป็นทรัสต์เท่านั้น หากเกิดลูกค้าล้มละลายไม่ว่าจะก่อนหรือหลังการ ขายสินค้า ธนาคารก็สามารถอ้างสิทธิของตนยันเจ้าหนี้อื่นๆของลูกค้าได้²¹

7. กรณีที่ผู้ขายส่งเอกสารการขนส่งและตัวแลกเปลี่ยนที่มีกำหนดเวลามาให้ธนาคาร รับรอง ลูกค้าทำสัญญาทรัสต์ โดยที่ธนาคารยังไม่ได้จ่ายเงินให้แก่ผู้ขายเนื่องจากตัวยังไม่ถึง กำหนด ต่อมาธนาคารล้มละลายก่อนที่ตัวจะถึงกำหนด ลูกค้าจึงนำเงินค่าสินค้าไปจ่ายให้แก่ผู้ขาย โดยตรงแทนที่จะชำระให้ธนาคารตามสัญญาทรัสต์ที่ซื้อ กรณีนี้ศาลตัดสินว่า ถือว่ามีข้อตกลงโดยริ ยายว่าธนาคารจะต้องจ่ายเงินตามตัวแลกเปลี่ยนซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อฝ่ายหนึ่งได้แก่ ธนาคารยังไม่ได้จ่ายเงินตามตัวแลกเปลี่ยนอันเป็นวิธีการปฏิบัติชำระหนี้หนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งได้แก่ลูกค้า ก็ ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาทรัสต์ที่ซื้อ (คดี Sale Continuation Ltd. V. Austin Taylor & Co.Ltd.(1968) 2 QB 849)

3.3 บทวิเคราะห์

โดยในเรื่องสัญญาทรัสต์ที่ซื้อสินค้านั้นมีกระบวนการขั้นตอนในทางปฏิบัติเริ่มต้นตั้งแต่การที่ ธนาคารจ่ายเงินค่าซื้อสินค้าให้แก่ผู้ขายแทนผู้ซื้อ และเมื่อจ่ายเงินไปแล้วธนาคารจะเป็นผู้ ครอบครองเอกสารสิทธิต่างๆในสินค้านั้นเอาไว้ ถือว่าเป็นเจ้าหนี้จำนำ โดยหลักแล้วสัญญาจำนำ จะเกิดเมื่อลูกหนี้มอบทรัพย์สินประกันไว้ในการครอบครองของเจ้าหนี้ ในกรณีนี้การที่ธนาคาร ปลายทางมอบเอกสารสิทธิ เช่น ใบตราส่งให้แก่ธนาคารต้นทางนั้น แม้ว่าธนาคารปลายทางจะ ไม่ใช่ลูกหนี้ตามสัญญาจำนำเองโดยลูกหนี้คือ ลูกค้า(ผู้ซื้อ)นั่นเอง แต่การส่งมอบใบตราส่งของ

²⁰ Paul Todd, Bill of Lading and Bankers' Documentary Credit, (London : Lloyd,s of London Press Ltd.,1993), pp.44-45.

²¹ *Ibid* ., p.46.

ธนาคารปลายทางนั้นก็ถือเสมือนหนึ่งว่าส่งมอบแทนในนามของลูกค้าก็ได้²² โดยการส่งมอบทรัพย์สินประกันนั้น การส่งมอบไม่จำเป็นต้องส่งมอบตัวสินค้าจริงๆก็ได้ อาจเป็นการส่งมอบสัญญาลักษณะอื่นที่แทนสินค้านั้นก็ได้ เช่น ใบตราส่ง ซึ่งเป็นเอกสารสิทธิที่แสดงสิทธิของผู้ที่จะสามารถรับของได้ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้ครอบครองใบตราส่งก็เสมือนกับครอบครองสินค้าที่ระบุในใบตราส่งนั้น ดังนั้นการที่ธนาคารต้นทางครอบครองใบตราส่งก็ถือว่าธนาคารได้ครอบครองสินค้าอันเป็นทรัพย์สินประกันแล้ว

จะเห็นได้ว่าธนาคารเป็นเจ้าหนี้จำนำสินค้านั้นโดยการครอบครองใบตราส่ง ซึ่งการที่ธนาคารจ่ายเงินไปให้ตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น ธนาคารก็มุ่งหวังที่จะได้รับชำระเงินคืนจากลูกค้ามากกว่าที่จะครอบครองสินค้านั้นเอาไว้ เนื่องจากวิชาชีพของธนาคารแล้วย่อมไม่มีความรู้ความสามารถในการจัดการกับทรัพย์สินนั้นโดยตรง ธนาคารจึงเกิดแนวคิดขึ้นว่าจะยินยอมให้ลูกค้านำสินค้านั้นออกไปขายเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินแล้วให้ลูกค้านำเงินดังกล่าวมาชำระหนี้แก่ธนาคารตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น ก็จะสมประสงค์ด้วยกันทั้งสองฝ่ายเพราะลูกค้าเองการที่จะซื้อสินค้ามาขายนั้นย่อมต้องคำนวณแล้วว่าต้องเกิดกำไร ดังนั้นหากนำสินค้าไปขายได้เงินมาแล้วชำระหนี้ธนาคารตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตแล้วก็อาจจะเหลือส่วนต่างที่เป็นกำไรแก่ตนได้ แต่กรณีของสัญญาจำนำนั้นมีหลักเกณฑ์หนึ่งที่สำคัญ คือ สัญญาจำนำระงับ²³ เมื่อมีการสละหลักประกันเนื่องจากการชำระหนี้, ผู้รับจำนำสละสิทธิ เช่น คินการครอบครองสินค้าให้แก่ผู้จำนำ, ผู้รับจำนำฝ่าฝืนข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาจำนำ

ดังนั้นการที่ธนาคารยอมส่งมอบใบตราส่งให้แก่ลูกค้าเพื่อนำสินค้านั้นออกจำหน่ายนั้นก็ถือเสมือนหนึ่งเป็นการที่ผู้รับจำนำสละสิทธิ คือ คินการครอบครองสินค้าให้แก่ผู้จำนำ ย่อมที่จะต้องทำให้สัญญาจำนำระงับสิ้นไป ส่งผลให้ธนาคารไม่มีสิทธิใดเหนือสินค้านั้นแล้ว ซึ่งอาจทำให้ธนาคารต้องเสียเปรียบ ธนาคารจึงต้องหาวิธีการป้องกันความเสี่ยงโดยทำให้ตนยังคงมีสิทธิใดๆเหนือทรัพย์สินประกันหรือสินค้านั้นอยู่ แต่อย่างไรก็ดีลูกค้าก็ต้องสามารถนำสินค้านั้นออกไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ธนาคารได้ด้วย

²² H.C. Gutteridge and Megrah Maurice, The Law of Bankers' Commercial Credit, (London : Europa Publication Ltd, 1968), p.165.

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 769 อันจำนำยอมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ซึ่งจำนำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่นมิใช่เพราะอายุความ หรือ

(2) เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ

จึงเกิดสัญญาทรัสต์รีซีที²⁴ หรือ Letter of trust , Letter of lien , Letter of hypothecation²⁵ เป็นการที่ธนาคารยอมให้ลูกค้าสามารถนำเอกสารสิทธิที่ดินครอบครองอยู่ได้แก่ ใบตราส่ง เอาไปจากความครอบครองของธนาคารเพื่อลูกค้าจะได้ไปนำสินค้าจากท่าเรือออกไปจำหน่ายได้โดยก่อนจะส่งมอบใบตราส่งให้ นั้น ลูกค้าต้องทำสัญญากับธนาคารขึ้นมาฉบับหนึ่งซึ่งสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระในทำนองว่าธนาคารได้ส่งมอบการครอบครองใบตราส่งให้แก่ลูกค้าเพื่อนำสินค้าไปจำหน่ายเมื่อได้เงินมาต้องนำมาชำระแก่ธนาคารภายในกำหนด โดยในระหว่างนี้ธนาคารก็ยังคงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ เพื่อความมั่นใจของธนาคารในการที่จะได้รับชำระหนี้นั่นเอง

จากการที่นักกฎหมายของต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบนั้นโดยเลือกกฎหมายของ 2 ประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศอังกฤษ นั้นเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเรื่องสัญญาทรัสต์รีซีทีและเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของสัญญาทรัสต์รีซีทีที่ยาวนาน ส่วนประเทศอังกฤษนั้นเป็นประเทศที่มีการใช้สัญญาทรัสต์รีซีทีอย่างแพร่หลายแต่ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเรื่องสัญญาทรัสต์รีซีที โดยแม้ว่าทั้ง 2 ประเทศนี้จะใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์เหมือนกันแต่ในเรื่องสัญญาทรัสต์รีซีทีของทั้ง 2 ประเทศกลับต่างกันในรูปแบบของกฎหมายแต่ในเนื้อหาสาระสำคัญแล้วนั้น ทั้ง 2 ประเทศได้วางหลักเอาไว้ในทำนองเดียวกัน คือ สัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นเพียงสัญญาชนิดหนึ่งที่ธนาคารสร้างขึ้นเพื่อรักษาความเป็นเจ้าหนี้มีประกันของตนเองเอาไว้ หรือ อาจกล่าวได้ว่าสัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นสัญญาว่าด้วยหลักประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งนั่นเอง

การที่จะกล่าวเช่นนั้นได้ว่าสัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นสัญญาว่าด้วยหลักประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งนั้น ควรที่จะทำความเข้าใจคำว่า “หลักประกัน” เสียก่อน ซึ่งอาจแยกพิจารณาเป็นประเด็นๆ ได้ดังนี้

3.3.1 ความหมายของหลักประกัน

1. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน

²⁴ A.G.Davis, The Law Relating to Commercial Letter of Credit, p.189.

²⁵ H.C.Gutteridge, The Law of Bankers' Commercial Credit, p.168.

“หลักประกัน ให้หมายถึง เงินสด หลักทรัพย์ หรือบุคคลที่นำมาประกันตัวผู้ต้องหา หรือ จำเลย หรือ ประกันการชำระหนี้”²⁶

“ประกัน ให้หมายถึง รับรองว่าจะรับผิดชอบลูกหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตาม สัญญา”²⁷

2. พจนานุกรมกฎหมายโดยขุนสมภารหิตะคดี

“หลักทรัพย์(ประกัน) หมายถึง ทรัพย์สินอันเป็นหลักแก่การประกันการชำระหนี้ตรงกับ ภาษาอังกฤษว่า Security”²⁸

3. Black's Law Dictionary

“Security. Protection ; assurance ; indemnification. The term is usually applied to an obligation , pledge , mortgage , deposit , lien , etc., given by a debtor in order to make sure the payment or performance of his debt , by furnishing the creditor with a resource to be used in case of failure in the principle obligation. The name is also sometimes given to one who becomes surely or guarantor for another.”²⁹

“หลักประกัน การคุ้มครอง การให้ความมั่นใจ การรับผิดชอบใช้ ศัพท์คำนี้มักจะใช้กับ หนี้ การจำนำ การจำนอง การวางทรัพย์ สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ซึ่งการกระทำโดยลูกหนี้เพื่อให้การ ชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามหน้าที่ของลูกหนี้มีความแน่นอน โดยการจัดหาแหล่งทรัพย์สินให้ เจ้าหนี้สามารถใช้ได้ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ประธานได้ บางครั้งก็ใช้เรียกเป็นชื่อ ของบุคคลผู้รับรองหรือค้ำประกันหนี้ของบุคคลอื่น”

4. Encyclopedia of Banking & Finance

“ Security A pledge of property or of good faith for payment of debt. There are two classes of security : collateral or property security and personal security. Collateral security is any property , negotiable interest , or documentary evidence of a claim against , or ownership in property , conveying title to the holder as a pledge for the

²⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, (2537), น.140.

²⁷ เพ็งอ่าง, น.80.

²⁸ ขุนสมภารหิตะคดี(ไป๋ โปรคุปต์), พจนานุกรมกฎหมายบรรจค์ตั้งแต่โบราณกาล ถึงปัจจุบันกาล, (2474), น.390.

²⁹ Black 's Law Dictionary, 4th ed. (St.Paul : West Publishing, 1968), p.1522.

repayment of money lent , or as guarantee for the performance of a contract. Personal security is the guaranty of the payment of money by one person whose credit standing is not sufficient to justify the credit on his single name. In personal security , there is no pledge of property ,but simply the signature (endorsement , guarantee , or surety) of some person having financial responsibility. Personal security , therefore , is only valuable where the person's moral standing is high.

Banking law permit banks to make loans without security within generally applicable restriction , and the basic line of credit calls for unsecured loans where the credit risk so justifies. Where the credit risk is high , a protective device is the pledge of specific collateral ; it does not eliminate the credit risk , but it provides the additional recourse to the pledged property and the status of secured creditorship in the event of default. Unsecured loans are justified on the basis of high credit rating indicated by reliable financial statements, In countries where business renders financial statement unreliable , the secures loan is typical.

The wide diversification of secured bank lending in recent years is indicated by the types of specific collateral or property security for bank loans , including bonds , stock , notes , trade acceptances , bank acceptances , bill of lading , warehouse receipts , assignable insurance policies having cash surrender values, saving passbook, etc.”³⁰

“ หลักประกัน คือ การเอาทรัพย์สิน หรือ เอาความสุจริตใจ ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ หลักประกันมี 2 ประเภท คือ หลักประกันโดยทรัพย์สินและหลักประกันโดยบุคคล หลักประกันโดยทรัพย์สิน คือ ทรัพย์สินใดๆ , สิทธิที่โอนเปลี่ยนมือได้ , เอกสารแสดงสิทธิเหนือบุคคลอื่น , กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน , การโอนกรรมสิทธิ์ไปให้บุคคลอื่นถือไว้เป็นประกันการชำระเงินที่ให้กู้ยืมไป หรือ เพื่อประกันการปฏิบัติตามสัญญา ประกันโดยบุคคล คือ การที่บุคคลหนึ่งค้ำประกันการชำระเงินของอีกบุคคลหนึ่ง ผู้ซึ่งมีความน่าเชื่อถือทางสินเชื่อไม่เพียงพอที่จะก่อหนี้สินได้โดยลำพัง ในเรื่องของการประกันโดยบุคคลนั้นจะไม่มีประกันโดยทรัพย์สิน แต่จะเป็นเพียงลงลายมือชื่อ (การสลัก

³⁰ Charles J.,Woelfel, Encyclopedia of Banking & Finance, 10th ed. (Chicago : Probus, 1994), .p.1044.

หลังค้ำประกัน) โดยบุคคลบางคนซึ่งมีความรับผิดชอบทางการเงิน ดังนั้นการประกันโดยบุคคลจะมีค่าเฉพาะในกรณีที่ผู้ค้ำประกันมีคุณธรรมสูง

กฎหมายที่เกี่ยวกับการธนาคารยินยอมให้ธนาคารให้กู้เงินโดยปราศจากหลักประกันภายในขอบเขตของข้อกำหนดทั่วไปและวงเงินสินเชื่อขั้นพื้นฐานทั่วไปจะยอมให้มีการกู้ยืมเงินโดยปราศจากหลักประกันเฉพาะในกรณีที่เหมาะสมกับระดับความเสี่ยงของสินเชื่อ ในกรณีที่เป็นการสินเชื่อที่มีความเสี่ยงสูง กลไกในการป้องกันความเสี่ยง คือ การเอาทรัพย์สินที่เฉพาะเจาะจงมาเป็นประกัน การกระทำดังกล่าวไม่ได้ทำให้ความเสี่ยงหมดไปเพียงแต่ทำให้มีช่องทางในการได้เปรียบเอากับทรัพย์สินที่เป็นประกันและทำให้เจ้าหนี้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันในกรณีที่มีการผิดสัญญา การให้กู้ยืมโดยปราศจากหลักประกันอาจเหมาะสมในกรณีที่บรรดาเอกสารทางการเงินที่น่าเชื่อถือ ได้ชี้ชัดว่าผู้กู้มีความน่าเชื่อถือในทางสินเชื่อสูง ในประเทศที่ธุรกิจทำให้เอกสารทางการเงินไม่น่าเชื่อถือ การให้ยืมโดยมีหลักประกันจะเป็นเรื่องปกติธรรมดา

ภายในไม่กี่ปีที่ผ่านมา มีการเรียกหลักประกันสำหรับการกู้ยืมเงินของธนาคาร ได้มีความหลากหลายออกไปมาก จะเห็นได้จากชนิดต่างๆของหลักทรัพย์ประกันสำหรับการกู้ยืมเงิน ซึ่งรวมถึง พันธบัตร, หุ้น, ตัวเงิน, ตราสารที่มีการรับรองการจ่ายเงิน, ใบตราส่ง ใบรับของคลังสินค้า, จำนองอสังหาริมทรัพย์, การโอนสิทธิรับเงินตามบัญชี, การโอนสิทธิตามสัญญา, สัญญาทรัสต์รีซีท, กรมธรรม์ประกันที่มีมูลค่าเวนคืนที่โอนได้, สมุดรับฝากเงิน เป็นต้น”

5. Stoud's Judicial Dictionary

“(1) A 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 a debt...”³¹

“(1) กล่าวโดยทั่วไปแล้ว หลักประกัน คือ อะไรก็ตามที่ทำให้การชำระเงินมีความน่าเชื่อถือมากขึ้นหรือพร้อมที่จะถูกเรียกเก็บได้มากขึ้น ต่างจากใบรับสภาพหนี้ซึ่งเป็นเพียงหลักฐานแห่งหนี้ เป็นต้น...”

จากที่ได้ศึกษาความหมายของหลักประกันนั้น ตามความเห็นของผู้เขียน หลักประกันหมายถึง การเพิ่มความน่าเชื่อถือโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน เป็นกรณีที่ลูกหนี้

³¹ John S. James, 5 Stroud's Judicial Dictionary, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1986), p. 2361.

พยายามสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่ตนเองเพื่อให้เจ้าหนี้ให้กู้ยืมเงิน โดยอาจแสดงออกได้หลากหลายรูปแบบ กล่าวคือ การนำหลักทรัพย์มาเป็นประกัน หรือ โดยการรับประกันบุคคลมาเป็นประกัน ซึ่งในแง่ของเจ้าหนี้นั้นต้องการให้หนี้ที่เกิดขึ้นเป็นหนี้ที่มีประกันซึ่งเสมือนเป็นการสร้างกลไกป้องกันความเสี่ยงการที่จะไม่ได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้สามารถดำเนินการบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันต่าง ๆ นั้นได้ หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักประกันนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการสร้างความน่าเชื่อถือเป็นสาระสำคัญ

สัญญาทรัสต์รีซีทีนั้นเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของธนาคาร(เจ้าหนี้)ที่สร้างขึ้นมาเพื่อให้สินค้าที่ธนาคารจ่ายเงินแทนลูกหนี้ไปตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น ยังคงเป็นหลักประกันในการชำระหนี้แก่ธนาคารอยู่ตามเดิม หากลูกหนี้ไม่ทำสัญญาทรัสต์รีซีทีแต่ประสงค์จะให้ธนาคารส่งมอบสินค้าแก่ลูกหนี้นั้น ก็หมายความว่าลูกหนี้เสนอให้สินเชื่อนั้นปราศจากหลักประกัน ซึ่งในแง่ของเจ้าหนี้นั้นเพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยงย่อมต้องการให้สินเชื่อนี้มีหลักประกัน ในทางปฏิบัติธนาคารจึงไม่ยอมส่งมอบสินค้าให้ลูกหนี้โดยปราศจากการทำสัญญาทรัสต์รีซีที ซึ่งในประเด็นถัดไปนั้นจะมุ่งศึกษาว่าเหตุใดธนาคารจึงต้องการให้สินเชื่อนี้มีหลักประกัน

3.3.2 เหตุผลของการมีหลักประกัน

จากการศึกษาในประเด็นก่อนนั้นอาจสรุปได้ว่า สัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของธนาคาร ซึ่งในประเด็นนี้จะได้ศึกษาต่อไปว่า เหตุใดธนาคารรวมทั้งเจ้าหนี้อื่นๆโดยทั่วไปจึงต้องการให้ตนเองเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งมีนักวิชาการท่านหนึ่งได้อธิบายถึงเรื่องนี้เอาไว้ คือ Philip R.Wood³² โดยได้กล่าวถึงเหตุผลสำคัญที่เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้เสนอหลักประกันไว้ดังนี้

1. เป็นการป้องกันประชาชนทั่วไปผู้ทำธุรกิจกับลูกหนี้ไม่ให้หลงผิดในฐานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้
2. เพื่อคุ้มครองรักษาสิทธิของเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถชำระหนี้ได้
3. ระบบกฎหมายที่อำนวยความสะดวกที่ดีจะส่งเสริมให้มีการลงทุนมากขึ้น
4. เจ้าหนี้ผู้ให้เงินกู้สนับสนุนการซื้อขายสินใด ควรจะมีสิทธิไต่เบี่ยพิเศษเหนือทรัพย์สินดังกล่าวที่ใช้เงินกู้ของเจ้าหนี้นั้นซื้อมาด้วย

³² Philip R.Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees ch1*, (London : Sweet & Maxwell, 1995), p.3.

5. เจ้าหนี้ผู้ให้เงินกู้สนับสนุนการซื้อทรัพย์สินใด ควรจะมีสิทธิไต่เบียดพิเศษเหนือทรัพย์สินดังกล่าวที่ใช้เงินกู้ของเจ้าหนี้นั้นซื้อมาด้วยการที่เจ้าหนี้สามารถให้กู้เงินโดยมีหลักประกันที่ดีได้จะทำให้ต้นทุนของเงินกู้ถูกลง กล่าวคือ เงินกู้ที่มีหลักประกันมั่นคงมีภาระการเสี่ยงน้อยก็ย่อมมีอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าเงินกู้ที่ปราศจากหลักประกันซึ่งภาระการเสี่ยงที่สูงกว่า
6. เพื่อจำกัดขอบเขตของการเกิดภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวแบบลูกโซ่
7. การมีหลักประกันที่มั่นคงจะช่วยให้มีการตัดสินใจทำการเข้าช่วยเหลือ รื้อฟื้นกิจการของลูกหนี้ง่ายขึ้นในยามที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน เพราะเจ้าหนี้ผู้มีประกันจะรู้สึกอบอุ่นใจมากกว่า
8. หลักประกันเป็นการคุ้มครองการลงทุนในเชิงป้องกันตัว (Defensive Control)
9. หลักประกันเป็นปัจจัยที่แตกต่างกับสินเชื่อที่เหมาะสม

3.3.3 กฎหมายเรื่องหลักประกัน

หลักประกัน คือ กลไกป้องกันความเสี่ยงอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้ที่สร้างขึ้นเพื่อให้ตนเองเสียหายน้อยที่สุดหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ดังนั้นอาจสรุปได้ว่าสัญญาหลักประกันนั้นเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ ดังนั้นจึงต้องมีหนี้ประจักษ์เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์เสียก่อนจึงเกิดสัญญาหลักประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ได้ ในเรื่องของหลักประกันนั้นก็มีความหมายบัญญัติรองรับเช่นกันกล่าวคือ นอกจากจะพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาประจักษ์แล้ว ต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอุปกรณ์ด้วย โดยกฎหมายของแต่ละประเทศต่างก็มีหลักการเกี่ยวสัญญาหลักประกันที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.3.3.1 ตามกฎหมายโรมัน

กฎหมายเรื่องหลักประกันตามกฎหมายโรมันนั้นเป็นกฎหมายที่เก่าแก่ซึ่งเป็นพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายอื่นๆต่อมา โดยหลักประกันตามกฎหมายโรมันนั้นอาจแบ่งได้ 2 ประเภทที่สำคัญคือ

1) Pignus

คือ การที่ลูกหนี้ส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้โดยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังคงเป็นของลูกหนี้อยู่ตามเดิม โดย Pignus นั้นเป็นสัญญาสุจริต (Bonae Fidei) ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่างให้แก่เจ้าหนี้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ได้รับการครอบครอง

ทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย และพัฒนามาจากการรักษาทรัพย์สิน (Fiducia)³³ คือ การที่ไพรตอร์ให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินอันได้รับการปกป้องโดยคำสั่งของไพรตอร์ การส่งมอบใน Pignus นั้นทำโดยการหยิบยื่นให้ (Traditio) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังคงเป็นของลูกหนี้อยู่ เพียงแต่ต้องสละการครอบครองเท่านั้น เจ้าหนี้มีหน้าที่ดังนี้³⁴

1. ต้องทำให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่สภาพเดิมเมื่อหนี้ได้ถูกชำระหรือได้ถูกยกเลิกไปแล้ว
2. หากทรัพย์สินที่จำนำถูกขายต้องทำให้ส่วนที่เหลือกลับคืนสู่สภาพเดิมภายหลังที่ได้ชำระหนี้แล้ว

3. ดำเนินการดูแลการเก็บเกี่ยวด้วยความระมัดระวัง (exacta diligentia) กล่าวคือ ต้องเก็บเกี่ยวดอกผลของทรัพย์สินนั้นแล้วใช้ชำระดอกเบี้ยก่อนแล้วจึงชำระเงินต้น แต่คู่สัญญาอาจตกลงกันให้เจ้าหนี้เก็บดอกผลเป็นดอกเบี้ยก็ได้

4. เจ้าหนี้จะใช้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้เว้นแต่ข้อสัญญาจะยอมให้ใช้ได้

5. คู่มครองดูแลทรัพย์สินนั้นเป็นอย่างดี หากปฏิบัติต่อทรัพย์สินนั้นไม่ถูกต้อง สัญญาระงับ³⁵ ส่วนลูกหนี้มีหน้าที่ดังนี้³⁶

1. จ่ายค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ได้จ่ายเพื่อความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินที่จำนำ
2. จ่ายค่าชดเชยค่าเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับเพราะการกระทำที่เกิดจากทรัพย์สินที่จำนำ โดยลูกหนี้รู้หรือควรจะรู้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นได้

3. จ่ายค่าเสียหายหากจำนำทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของลูกหนี้และทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกันไป

หากลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินพร้อมทั้งดอกผลของทรัพย์สินนั้นคืนแก่ลูกหนี้ทั้งหมด เพราะเจ้าหนี้เพียงสิทธิครอบครองทรัพย์สินประกันนั้นเท่านั้น ไม่ได้มีกรรมสิทธิ์

³³ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2541), น.197.

³⁴ R.W.Lee, Elements of Roman Law, (London : Sweet & Maxwell, Limited, 1994), p.295.

³⁵ Andrew Borkowski, Text Book on Roman Law, (London : Blackstones Press Limited, 1994), p.289.

³⁶ R.W.Lee , Elements of Roman Law, (London: Sweet & Maxwell, Limited, 1994), p.295.

ในทรัพย์สินดังนั้นก็ไม่มีสิทธิในดอกผลของทรัพย์สิน แต่ตราใบดึกที่ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินได้ ต่อมาได้มีการพัฒนาว่าในการทำสัญญาโดยระบุในสัญญาว่าให้อำนาจเจ้าหนี้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ Pignus ได้ ทำให้ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ทำข้อตกลงเช่นว่านี้³⁷ และเพิ่มเติมข้อตกลงว่าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของเจ้าหนี้³⁸ เมื่อจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นแล้วให้นำเงินหักเพื่อชำระหนี้ตนเสียก่อน ถ้ามีเงินเหลือให้คืนแก่ลูกหนี้ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับสัญญาจำนำตามกฎหมายไทยในปัจจุบันนี้

2) Hypotheca

คือ การที่ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์และยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ โดยจะให้เจ้าหนี้มีสิทธิพิเศษบางประการที่เหนือทรัพย์สินนั้น โดยส่วนใหญ่จะใช้กับอสังหาริมทรัพย์³⁹

Hypotheca นั้นเกิดจากการที่ Pignus ต้องมีการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งจะเกิดความไม่สะดวกแก่ลูกหนี้ในการใช้สอยทรัพย์สินนั้น จึงพัฒนาเรื่องหลักประกันที่จะขจัดปัญหาเรื่องนั้นเกิดเป็น Hypotheca ขึ้น⁴⁰ โดยเริ่มต้นจากสังหาริมทรัพย์ก่อนแล้วพัฒนาต่อมาใช้กับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งปัจจุบันกลับใช้กับอสังหาริมทรัพย์มากกว่า

Hypotheca เป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ว่าหากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การใช้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันแบบ Hypotheca นั้นทำให้ลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินขึ้นเดียวกันเป็นหลักประกันแก่หนี้หลายรายได้ จึงต้องมีการจดทะเบียน Hypotheca เพื่อให้สิทธิเจ้าหนี้ตามลำดับก่อนหลังในการจดทะเบียน เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความคล้ายคลึงสัญญาจำนองตามกฎหมายไทย

³⁷ Andrew Borkowski, Text Book on Roman Law, (London : Blackstones Press Limited, 1994), p.289.

³⁸ *Ibid.*, p.290.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ H.F.Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law, (New York : The Syndics of the Cambridge University Press, 1954), p.319.

3.3.3.2 ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยหลักประกันตามกฎหมายอังกฤษนั้นมีหลากหลายรูปแบบมากกว่ากฎหมายโรมันที่ได้กล่าวในหัวข้อที่แล้ว เนื่องจากเมื่อโลกพัฒนาไปเรื่อยๆทำให้มนุษย์คิดค้นสัญญาอุปกรณ์ที่จะเป็นประกันนี้เพิ่มมากขึ้นเพื่อความสะดวกในการใช้ เรื่องหลักประกันตามกฎหมายอังกฤษนั้นอาจแยกจากการเกิดขึ้นได้ คือ เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายและเกิดขึ้นโดยผลของสัญญา⁴¹ ซึ่งจะแยกพิจารณาเฉพาะในส่วนที่เกิดขึ้นโดยผลของสัญญาดังนี้

1) Pledge⁴²

คือ เจ้าหนี้จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ โดยถือว่าการครอบครองทรัพย์สินประกันของเจ้าหนี้เป็นสาระสำคัญของสัญญาโดยไม่มีการจดทะเบียน โดยจะมองว่าการครอบครองมีขึ้นเพื่อ แสดงว่าทรัพย์สินนั้นถูกใช้เป็นหลักประกันแล้ว และเพื่อให้บุคคลภายนอกได้ทราบถึงสิทธิของผู้รับหลักประกันที่มีเหนือทรัพย์สินประกันเนื่องจากไม่มีการจดทะเบียน โดยการครอบครองนี้เจ้าหนี้อาจไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยตรงแต่อาจครอบครองโดยปริยายหรือให้บุคคลอื่นครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนก็ได้ คล้ายกับเรื่องจํานำตามกฎหมายไทย

2) Contractual lien

คือ สิทธิยึดหน่วงโดยการครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่น ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้เอาไว้ได้จนกว่าที่จะได้รับชำระหนี้

3) Mortgage

คือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้โดยมีเงื่อนไขโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าทรัพย์สินนั้นจะโอนกลับไปเป็นของลูกหนี้เมื่อมีการชำระหนี้ที่มีหลักทรัพย์เป็นประกันแล้ว โดยการส่งมอบการครอบครองไม่เป็นสาระสำคัญของการประกันหนี้ในวิธีนี้แต่ต้องมีการจดทะเบียน ซึ่งแตกต่างจากการจํานองตามกฎหมายไทย เนื่องจากตามกฎหมายไทยนั้นการจํานองไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้แต่อย่างใด

4) Charge

⁴¹ John S.James, 2 Stroud's Judicial Dictionary, 5th ed (London : Sweet & Maxwell, 1986), pp.866-867.

⁴² ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำที่เป็นภาษาอังกฤษนั้นให้ความหมายที่เข้าใจได้ถูกต้องชัดเจนกว่าที่จะแปลเป็นภาษาไทย ผู้เขียนจึงใช้คำทับศัพท์โดยไม่แปลเป็นภาษาไทยซึ่งอาจจะทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อนได้

คือ เป็นการประกันหนี้ที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน หรือ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันแต่อย่างใด โดยเป็นการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงเป็นหลักประกันทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้เฝ้าจากทรัพย์สินประกันหรือจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินประกันก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่น

3.3.3.3 ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ The Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. Article 9 โดยเป็นการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้มาไว้เป็นหนึ่งเดียวกันโดยหลักๆแล้วไม่ได้มีการกำหนดแบบเอาไว้ว่าอย่างไรจะถือว่าเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินบ้าง แต่มุ่งพิจารณาที่เจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก หากมีเจตนาให้ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้สามารถใช้ U.C.C. Article 9 บังคับได้ โดยอาจแยกพิจารณาเป็นประเด็นต่างๆได้ดังนี้

1) ประเภทของทรัพย์สินประกัน

ประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นจำกัดเฉพาะสังหาริมทรัพย์ซึ่งตามใน U.C.C. ได้วางหลักเอาไว้ถึงเรื่องทรัพย์สินที่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้นั้น ได้แก่ ⁴³

1. สินค้า (Goods) หมายถึง สังหาริมทรัพย์มีรูปร่างที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ โดยแบ่งเป็น สินค้าอุปโภคบริโภค , ผลผลิตทางการเกษตร , สินค้าคงคลัง หมายถึง สินค้าที่มีไว้ขายหรือให้เช่า หรือเพื่อใช้ประกอบในการให้บริการ และวัตถุดิบที่ใช้ในกระบวนการผลิตหรือใช้ในธุรกิจ แต่ไม่รวมถึงอุปกรณ์สำนักงาน, อุปกรณ์สำนักงาน , สิ่งติดตั้งตรากับอสังหาริมทรัพย์ เช่น เครื่องปรับอากาศ เครื่องปั้มน้ำ

2. ตราสาร แบ่งออกเป็น Chattle Paper คือ สิทธิเรียกร้องที่มีหลักฐานเป็นหนังสือ , ตราสารเปลี่ยนมือ เชื้อ หุ่น หุ่นกู้ ตั๋วเงิน เป็นต้น , เอกสารสิทธิ(Document of Title) เช่น ใบตราส่ง หรือเอกสารอื่นที่ใช้ในทางปกติการค้าเพื่อเป็นหลักฐานว่าผู้ที่ครอบครองเอกสารมีอำนาจในการจัดการสินค้าตามที่ระบุในเอกสารนั้น

⁴³ John S.James, *supra* note 31, p.356.

3. ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง แบ่งได้เป็น สิทธิในทางบัญชี หมายถึง สิทธิที่จะได้รับชำระราคา ค่าสินค้า ค่าเช่า หรือค่าบริการซึ่งไม่มีหลักฐานเป็นตราสารเปลี่ยนมือ หรือ Chattle Paper , ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทั่วไป เช่น เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร

2)การเกิดขึ้นของสิทธิในทรัพย์สินประกัน

สิทธิในทรัพย์สินประกันนั้นอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ ในส่วนแรกเป็นเรื่องการเกิดขึ้นของสิทธิในทรัพย์สินประกัน โดยหลักแล้วสัญญาเป็นเรื่องบุคคลสิทธิ สิทธิหน้าที่ใด ๆ สามารถใช้ยืนยันกันได้ระหว่างคู่สัญญากันเอง แต่การจะทำให้สิทธินั้นสามารถใช้ยืนยันแก่บุคคลภายนอกได้หรือไม่เป็นประเด็นที่เกี่ยวเนื่องกับเรื่องการเกิดขึ้นของสิทธิ ดังนั้นต้องแยกพิจารณาประเด็นทั้ง 2 แยกเป็นอิสระจากกัน

ในประเด็นแรกนั้นการทำให้สิทธินั้นเกิดขึ้นได้ ต้องมีเงื่อนไขดังนี้⁴⁴

⁴⁴ U.C.C. 9-203

ATTACHMENT AND ENFORCEABILITY OF SECURITY INTEREST;
PROCEEDS; SUPPORTING OBLIGATIONS; FORMAL REQUISITES.

(a) [Attachment.]

A security interest attaches to collateral when it becomes enforceable against the debtor with respect to the collateral, unless an agreement expressly postpones the time of attachment.

(b) [Enforceability.]

Except as otherwise provided in subsections (c) through (i), a security interest is enforceable against the debtor and third parties with respect to the collateral only if :

(1) value has been given;

(2) the debtor has rights in the collateral or the power to transfer rights in the collateral to a secured party; and

(3) one of the following conditions is met:

(A) the debtor has authenticated a security agreement that provides a description of the collateral and, if the security interest covers timber to be cut, a description of the land concerned;

1. ทรัพย์สินประกันอยู่ในความครอบครองของฝ่ายมีประกัน หรือ มีข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่จะให้สิทธิในทรัพย์สินประกันโดยมีการทำสัญญาหลักประกัน ซึ่งจะมีผลผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ได้จะต้อง ทำเป็นลายลักษณ์อักษร, ลงลายมือชื่อลูกหนี้, ระบุรายละเอียดของหลักประกันให้สามารถเข้าใจได้ โดยจะต้องทำให้ครบทั้งสามประการ

2. ฝ่ายมีประกันจะต้องให้มูลค่าหรือให้เงินทุนแก่ลูกหนี้

3. ลูกหนี้จะต้องมีสิทธิในหลักประกัน

ดังนั้นเมื่อครบเงื่อนไขทั้งหมดแล้วก็อาจสรุปได้ว่าสิทธิในทรัพย์สินประกันได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถกล่าวอ้างสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าสิทธินั้นเกิดขึ้นมาแล้ว อาจจะไม่สามารถยกขึ้นยืนยันแก่บุคคลภายนอกได้เนื่องจากเป็นคนละเรื่องกัน การที่สิทธินั้นจะสามารถยกขึ้นยืนยันบุคคลภายนอกได้หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาต่อไป

(B) the collateral is not a certificated security and is in the possession of the secured party under Section 9-313 pursuant to the debtor's security agreement;

(C) the collateral is a certificated security in registered form and the security certificate has been delivered to the secured party under Section 8-301 pursuant to the debtor's security agreement; or

(D) the collateral is deposit accounts, electronic chattel paper, investment property, or letter-of-credit rights, and the secured party has control under Section 9-104, 9-105, 9-106, or 9-107 pursuant to the debtor's security agreement.

(c) [Other UCC provisions.]

Subsection (b) is subject to Section 4-210 on the security interest of a collecting bank, Section 5-118 on the security interest of a letter-of-credit issuer or nominated person, Section 9-110 on a security interest arising under Article 2 or 2A, and Section 9-206 on security interests in investment property.

3) การทำให้สิทธิมีผลสมบูรณ์

การทำให้มีผลสมบูรณ์ของสิทธินั้น หมายถึง การทำให้สิทธิในทรัพย์สินประกันมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับบุคคลภายนอกได้ โดยวิธีการที่จะทำให้มีผลสมบูรณ์นั้นขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินประกันด้วย กล่าวคือ ทรัพย์สินต่างประเภทกันวิธีการที่ทำให้สิทธิมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับบุคคลภายนอกได้ก็ย่อมมีความแตกต่างกันเป็นธรรมดา ซึ่งอาจสรุปวิธีการทำให้สิทธินั้นสมบูรณ์ได้ดังนี้

1. การจดทะเบียนถึงฐานะทางการเงิน – เป็นวิธีการที่ใช้กับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทุกประเภท ยกเว้น เงินตรา , ตราสาร , เลตเตอร์ออฟเครดิต , Advice of Credit⁴⁵ โดยเป็นการจด

⁴⁵ U.C.C. 9-304

. LAW GOVERNING PERFECTION AND PRIORITY OF SECURITY INTERESTS IN DEPOSIT ACCOUNTS.

(a) [Law of bank's jurisdiction governs.]

The local law of a bank's jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in a deposit account maintained with that bank.

(b) [Bank's jurisdiction.]

The following rules determine a bank's jurisdiction for purposes of this part:

(1) If an agreement between the bank and the debtor governing the deposit account expressly provides that a particular jurisdiction is the bank's jurisdiction for purposes of this part, this article, or [the Uniform Commercial Code], that jurisdiction is the bank's jurisdiction.

(2) If paragraph (1) does not apply and an agreement between the bank and its customer governing the deposit account expressly provides that the agreement is governed by the law of a particular jurisdiction, that jurisdiction is the bank's jurisdiction.

(3) If neither paragraph (1) nor paragraph (2) applies and an agreement between the bank and its customer governing the deposit

account expressly provides that the deposit account is maintained at an office in a particular jurisdiction, that jurisdiction is the bank's jurisdiction.

(4) If none of the preceding paragraphs applies, the bank's jurisdiction is the jurisdiction in which the office identified in an account statement as the office serving the customer's account is located.

(5) If none of the preceding paragraphs applies, the bank's jurisdiction is the jurisdiction in which the chief executive office of the bank is located.

U.C.C.9-305

LAW GOVERNING PERFECTION AND PRIORITY OF SECURITY INTERESTS IN INVESTMENT PROPERTY.

(a) [Governing law: general rules.]

Except as otherwise provided in subsection (c), the following rules apply:

(1) While a security certificate is located in a jurisdiction, the local law of that jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in the certificated security represented thereby.

(2) The local law of the issuer's jurisdiction as specified in Section 8-110(d) governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in an uncertificated security.

(3) The local law of the securities intermediary's jurisdiction as specified in Section 8-110(e) governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in a security entitlement or securities account.

(4) The local law of the commodity intermediary's jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the

priority of a security interest in a commodity contract or commodity account.

(b) [Commodity intermediary's jurisdiction.]

The following rules determine a commodity intermediary's jurisdiction for purposes of this part:

(1) If an agreement between the commodity intermediary and commodity customer governing the commodity account expressly provides that a particular jurisdiction is the commodity intermediary's jurisdiction for purposes of this part, this article, or [the Uniform Commercial Code], that jurisdiction is the commodity intermediary's jurisdiction.

(2) If paragraph (1) does not apply and an agreement between the commodity intermediary and commodity customer governing the commodity account expressly provides that the agreement is governed by the law of a particular jurisdiction, that jurisdiction is the commodity intermediary's jurisdiction.

(3) If neither paragraph (1) nor paragraph (2) applies and an agreement between the commodity intermediary and commodity customer governing the commodity account expressly provides that the commodity account is maintained at an office in a particular jurisdiction, that jurisdiction is the commodity intermediary's jurisdiction.

(4) If none of the preceding paragraphs applies, the commodity intermediary's jurisdiction is the jurisdiction in which the office identified in an account statement as the office serving the commodity customer's account is located.

(5) If none of the preceding paragraphs applies, the commodity intermediary's jurisdiction is the jurisdiction in which the chief executive office of the commodity intermediary is located.

แจ้งคำเตือนต่อสาธารณะ เพื่อแสดงว่าฝ่ายมีประกันมีสิทธิในทรัพย์สินประกัน ซึ่งทำให้เจ้าหนี้และบุคคลภายนอกสามารถขอตรวจสอบทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตกเป็นหลักประกันได้ โดยการขอตรวจสอบจากชื่อของลูกหนี้และจะต้องมีการระบุถึงประเภทของหลักประกันนั้น ซึ่งการระบุประเภทของหลักประกันมีความสำคัญมากเนื่องจากหากระบุประเภทของหลักประกันไม่ถูกต้องก็อาจทำให้การจดแจ้งนั้นใช้ไม่ได้ ซึ่งรูปแบบในการจดแจ้งนั้นจะมีผลใช้บังคับเพียง 5 ปีนับแต่วันที่จดแจ้ง หากต้องการต่ออายุก็ต้องทำล่วงหน้าภายใน 6 เดือนก่อนครบกำหนดโดยการต่ออายุก็ทำได้คราวละ 5 ปีเช่นกัน

2. การส่งมอบการครอบครอง – เป็นวิธีการที่ใช้กับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทุกประเภทยกเว้นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง

3. การมีผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติ – เป็นวิธีการที่ใช้กับสินค้าอุปโภคบริโภคและสิทธิทางบัญชี โดยสิทธิในทรัพย์สินประกันในลักษณะนี้จะมีผลสมบูรณ์เมื่อเข้าถึงทรัพย์สินทันทีโดยอัตโนมัติ ซึ่งอาจเกิดความลำบากแก่เจ้าหนี้อื่นและบุคคลภายนอกด้วยเนื่องจากจะเป็นที่ทราบได้ยากว่าหลักทรัพย์นั้นเป็นหลักประกันในมูลหนี้หรือไม่ ผู้ซึ่งอาจได้รับความเสียหายเนื่องจากทรัพย์สินนั้นตกอยู่ภายใต้สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในทรัพย์สินประกันนั้น

4. การมีผลสมบูรณ์ชั่วคราว – เป็นวิธีการที่ใช้กับตราสารและเอกสารสิทธิ

(c) [When perfection governed by law of jurisdiction where debtor located.]

The local law of the jurisdiction in which the debtor is located governs:

(1) perfection of a security interest in investment property by filing;

(2) automatic perfection of a security interest in investment property created by a broker or securities intermediary; and

(3) automatic perfection of a security interest in a commodity contract or commodity account created by commodity intermediary.

3.3.3.4 ตามกฎหมายไทย

เริ่มต้นประเทศไทยนั้นมีความเห็นว่าด้วยหลักประกันการชำระหนี้คือ การจำนำ เป็นประเภทแรก โดยมีตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ดังปรากฏในกฎหมาย คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบพที่ 75 มาตรานี้ได้บัญญัติถึงการจำนำสังหาริมทรัพย์ ไร่นาและสวน โดยวางหลักว่าการจำนำจะสมบูรณ์ต่อเมื่อเจ้าของทรัพย์ได้ส่งมอบทรัพย์ที่จำนำแก่ผู้รับจำนำ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด เนื่องจากแสดงออกทางกายภาพด้วยการส่งมอบทรัพย์ โดยมีกำหนดไถ่ภายใน 3 ปี ถ้าครบกำหนดไม่มาไถ่ ทรัพย์สินนั้นก็หลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนำ โดยไม่ต้องฟ้องร้อง ซึ่งบทบัญญัติเช่นว่านี้มีปรากฏในกฎหมายอินเดียแต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า หลักการเหล่านี้เป็นหลักการที่มีพื้นฐานจากกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายต่างๆทั่วโลก ซึ่งอาจเกิดจากการเผยแพร่สืบทอดทางวัฒนธรรมโดยอาณาจักรโรมันในอดีตที่เป็นมหาอำนาจก็เป็นได้⁴⁶

ตรวจฉบับปัจจุบันที่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับนั้นซึ่งจะสามารถเห็นหมวดหมู่ของกฎหมายเรื่องหลักประกันได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยมีปรากฏอยู่ใน บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา โดยอาจแยกหลักประกันได้ 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ประกันด้วยบุคคล และ ประกันด้วยทรัพย์ ซึ่งในกรณีนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการประกันด้วยทรัพย์เท่านั้น โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้กล่าวถึงการประกันด้วยทรัพย์เอาไว้ 2 ประเภท คือ

1) จำนอง

คือ การที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินโดยจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนได้มาตราไว้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่กัน ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น⁴⁷ โดยสิทธิเช่นว่านี้เป็นทรัพย์สินที่ติดตามทรัพย์ไปไม่ว่าทรัพย์นั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ⁴⁸

⁴⁶ ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526), น.354-363.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 714

2) จำนำ

คือ การที่ลูกหนี้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์เท่านั้นให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้⁴⁹ โดยการส่งมอบการครอบครองนั้นอาจไม่ต้องทำโดยตรงต่อตัวทรัพย์ก็ได้ อาจส่งมอบสัญลักษณ์อื่นแทนที่แสดงให้เห็นถึงตัวทรัพย์นั้นก็ได้ เช่น การส่งมอบกุญแจตู้เซฟก็เสมือนว่าส่งมอบตู้เซฟและสิ่งของในตู้เซฟแล้ว⁵⁰ หรืออาจจะส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกที่เจ้าหนี้ให้เป็นผู้รักษาทรัพย์นั้นแทนก็ได้⁵¹ แต่การที่จะทำสัญญาจำนำกันแล้วมีข้อตกลงว่าให้ลูกหนี้เป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์หรือให้บุคคลภายนอกเก็บรักษาทรัพย์แต่ลูกหนี้มีสิทธิใช้สอยทรัพย์นั้นได้ โดยไม่ให้ถือว่าเป็นการทำให้ทรัพย์กลับสู่การครอบครองของลูกหนี้ ไม่ทำให้สัญญาจำนำระงับ เช่นนี้ถือว่าเป็นข้อตกลงที่สร้างขึ้นเพื่อเลี่ยงกฎหมาย ดังนั้นหากเกิดข้อเท็จจริงเช่นว่านี้ให้ถือว่าสัญญาจำนำระงับแล้วตามมาตรา 769⁵²

เจ้าหนี้จำนำจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น โดยถือว่ามีสิทธิเทียบเท่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่งตามที่เรียงไว้ในมาตรา 278⁵³

จากการที่ได้ศึกษาเรื่องหลักประกันมาแล้วข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าหลักประกันตามกฎหมายของประเทศต่างๆมีความแตกต่างกันออกไปในรายละเอียดซึ่งก็ขึ้นอยู่กับแนวความคิดทางกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แต่อย่างไรก็ดีเรื่องหลักประกันนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจซึ่งเมื่อต้องเกี่ยวพันกันหลายประเทศนั้น หลักการอันเป็นสาระสำคัญของหลักประกันในแต่ละประเทศจึงไม่แตกต่างกันมาก กล่าวคือ หลักประกันทั้งหลายล้วนแล้วแต่ถูกสร้างขึ้นมาจากฝ่ายเจ้าหนี้เพื่อป้องกันความเสี่ยงในการได้รับชำระหนี้ของตนจากลูกหนี้ ซึ่งก็อาจทำได้หลากหลายวิธีแล้วแต่สภาพแห่งหนี้, วัตถุประสงค์เป็นหลักประกัน เป็นต้น เมื่อพิจารณาแล้วสรุปได้ว่าสัญญาทาสตรีซีทเป็นสัญญาประกันหนี้ด้วยทรัพย์อย่างหนึ่ง เมื่อเข้าใจลักษณะพื้นฐานที่แท้จริง

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747

⁵⁰ สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิสฤตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2545), น.134.

⁵¹ เฟิงอ้าง.

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 290/2502

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 282

ของสัญญาทรัพย์สินที่แล้วก็จะนำไปสู่การวางหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของ
สัญญานั้นต่อไป