

## วิเคราะห์ปัญหากฎหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนในสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะ

ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนโดยการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากธนาคารหรือสถาบันการเงิน ซึ่งจะศึกษาถึงแนวความคิดพื้นฐานของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนในสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะ เพื่อเชื่อมโยงไปยังการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายจากพื้นฐานที่ได้ศึกษามาจากบทก่อนหน้า และปัญหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เพื่อที่จะได้เสนอแนวทางแก้ไขที่เหมาะสมในลำดับต่อไป

### 1. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

#### 1.1 วัตถุประสงค์ของการมีหลักประกันการชำระหนี้

ธรรมชาติของมนุษย์ย่อมต้องการความมั่นคงในชีวิต ไม่เว้นแม้แต่เมื่อได้มีการผูกนิติสัมพันธ์โดยการก่อหนี้ระหว่างกัน เช่น การกู้ยืมเงิน หากไม่ใช่เป็นบุคคลที่มีความไว้เนื้อเชื่อใจกันก็อาจทำให้เจ้าหนี้รู้สึกไม่มั่นใจว่าเมื่อให้ยืมไปแล้ว ลูกหนี้จะนำเงินมาชำระหนี้หรือไม่ ดังนั้น ลูกหนี้จึงได้อาศัยทรัพย์สินบางอย่างที่ตนมีอยู่เป็นหลักประกันหรืออาจมีบุคคลภายนอกยินยอมนำทรัพย์สินของตนเป็นหลักประกันในหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระ เพื่อให้ได้เงินมาโดยตนไม่ต้องสูญเสียทรัพย์สินบางอย่างของตนที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยทำสัญญาประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินไว้กับเจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการจำนอง หรือจำนำ ฉะนั้น เพื่อให้เจ้าหนี้รู้สึกมั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงพยายามเรียกหลักประกันจากลูกหนี้เพื่อเป็นประกันว่า แม้ตนจะไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ ตนก็ยังสามารถบังคับชำระหนี้เอาหลักประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้ได้

อาจกล่าวได้ว่า หลักประกัน เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นในการชำระหนี้ หรือพร้อมที่จะถูกเรียกชำระหนี้<sup>1</sup> สิ่งที่เห็นได้เด่นชัดที่สุดก็คือ เจ้าหนี้มีประกันย่อมมีโอกาสในการได้รับชำระหนี้มากกว่าเจ้าหนี้สามัญรายอื่น กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไปก่อหนี้หลายไว้ราย เจ้าหนี้มีประกันย่อมสามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นประกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการมีหลักประกันการชำระหนี้ จะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้<sup>2</sup>

- (1) เพื่อปกป้องคุ้มครองเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้กลายเป็นบุคคลล้มละลาย
- (2) เพื่อจำกัดขอบเขตการเกิดภาวะการล้มละลายต่อเนื่องกันเป็นทอด ๆ (Domino insolvencies)
- (3) การมีระบบกฎหมายหลักประกันที่ดีจะเอื้ออำนวยต่อการส่งเสริมการลงทุนมากขึ้น
- (4) เพื่อให้ประชาชนทั่วไปที่ทำธุรกิจกับลูกหนี้สามารถเข้าใจถึงสถานะทางการเงินของลูกหนี้ได้
- (5) หลักประกันจะส่งเสริมให้มีการเข้าช่วยเหลือลูกหนี้ได้ง่ายขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน เพราะเจ้าหนี้ผู้มีประกันจะรู้สึกว่าคุณมีความเสี่ยงน้อยลง
- (6) หลักประกันจะเป็นตัวกำหนดให้กิจการที่ต้องอาศัยเงินลงทุนสูงมากสามารถเกิดขึ้นได้
- (7) เจ้าหนี้ผู้ให้เงินกู้สนับสนุนการซื้อขายทรัพย์สินใดควรจะมีสิทธิไต่เบี่ยเป็นพิเศษเหนือทรัพย์สินดังกล่าวที่ใช้เงินกู้ของเจ้าหนี้ นั่นคือมาด้วยการที่เจ้าหนี้สามารถให้เงินกู้โดยมีหลักประกันที่ดีได้ จะทำให้ต้นทุนของเงินกู้ถูกลง

(8) หลักประกันถือว่าเป็นสิ่งที่แลกเปลี่ยนกับสินเชื่อที่เหมาะสม

จากวัตถุประสงค์ทั้งหมดที่ได้กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าการมีหลักประกันไม่เพียงแต่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่เจ้าหนี้ที่จะยินยอมให้ลูกหนี้สามารถก่อหนี้กับตนได้เท่านั้น แต่ในอีกด้านหนึ่งหลักประกันยังก่อให้เกิดประโยชน์ในแง่ของการส่งเสริมลงทุน การสร้างผู้ประกอบการ เพราะหลักประกันนี้เองเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดเงินทุนที่จะหมุนเวียนกันในทางธุรกิจ ซึ่งเงินทุนถือเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งในกลไกการดำเนินธุรกิจ

<sup>1</sup> John S. James, *Stroud's Judicial Dictionary*, (London: Sweet & Maxwell, 2000), p.2697.

<sup>2</sup> Philip R. Wood, *Comparative Law of Security and Guarantee*, (London: Sweet & Maxwell, 1995), p.3.

## 1.2 หลักการพื้นฐานที่สำคัญของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

### 1.2.1 เจ้าหนี้อาจมีประกันชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น

โดยหลักแล้วตามกฎหมายเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จนสิ้นเชิงรวมทั้งสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อบุคคลภายนอก ดังที่บัญญัติในมาตรา 214 ป.พ.พ. ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้อาจมีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” จะเห็นได้ว่า ทรัพย์สินของลูกหนี้ถือเป็นหลักประกันการชำระหนี้อยู่แล้ว แต่นั่นเป็นเพียงสิทธิของเจ้าหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งไม่มีหลักประกันเป็นพิเศษแต่อย่างใด เมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ลูกหนี้อาจหลบหนีไม่ยอมชำระหนี้<sup>3</sup> หรือลูกหนี้อาจจะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนไป ทำให้ทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ไม่เพียงพอชำระหนี้ และในบางกรณีลูกหนี้จะไปก่อหนี้กับเจ้าหนี้รายอื่นอีก ซึ่งเจ้าหนี้เหล่านั้นต่างก็มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้เท่าเทียมกันในฐานะเจ้าหนี้สามัญ ถ้าลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกราย ก็จะทำให้เจ้าหนี้บางรายอาจไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน เพราะเจ้าหนี้สามัญที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้ย่อมเป็นไปตามลำดับก่อนหลังของมูลหนี้ และเจ้าหนี้สามัญทุกคนชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากการขายทรัพย์สินนั้น โดยนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาแบ่งเฉลี่ยกันตามสัดส่วนแห่งจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละคน<sup>4</sup> ดังนั้น เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจในการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ เจ้าหนี้จึงเรียกหลักประกันจากลูกหนี้เพื่อเป็นประกันว่าเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ได้ ซึ่งทำให้เจ้าหนี้ผู้มีประกันเป็นผู้ที่มีสิทธิดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้สามัญหรือมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

<sup>3</sup> ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน การนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้, (กรุงเทพมหานคร: กิเลนการพิมพ์, 2547), น.56.

<sup>4</sup> ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน จำนวน จำนวน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.1. และ ธีรชัย จันพินิจ, “การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.8.

เหตุผลที่มาสนับสนุนหลักการดังกล่าวที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น มีดังนี้<sup>5</sup>

ก. ทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่เจ้าหนี้มีประกันว่า ตนมีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เพราะเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้อาจจะไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะนำมาชำระหนี้ อาจจะเป็นเพราะการถูกบังคับชำระหนี้ตามลำดับของศาลในหนี้ของเจ้าหนี้ที่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ก่อนตน หรือลูกหนี้ได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนจนทรัพย์สินที่ลูกหนี้เหลืออยู่มีไม่เพียงพอชำระหนี้

ข. เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะตกไปอยู่ในมือของบุคคลภายนอก ด้วยเหตุที่เจ้าหนี้มีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งให้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ไว้ ดังนั้น ไม่ว่าทรัพย์สินที่เป็นประกันจะถูกเปลี่ยนมือไปยังบุคคลใด เจ้าหนี้ผู้มีประกันก็ยังมีสิทธิติดตามเพื่อบังคับชำระหนี้ได้ เช่น แม้จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่ได้จำนองเป็นประกันหนี้ไว้ไปยังบุคคลใด สิทธิจำนองก็ยังไม่ระงับ

ค. เป็นการป้องกันการฉ้อฉลของลูกหนี้ เพราะลูกหนี้อาจจะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของตนให้บุคคลภายนอกอันเป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ แต่เมื่อทรัพย์สินนั้นได้ใช้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้แล้ว การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันย่อมเกิดขึ้นได้ยาก

ง. เมื่อเจ้าหนี้ได้รับหลักประกันที่ดี ย่อมเกิดความพึงพอใจในการให้สินเชื่อ เพราะทำให้เกิดภาระเสี่ยงภัยจากการไม่ได้รับชำระหนี้น้อยกว่าเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน ในส่วนของลูกหนี้ถือได้ว่าหลักประกันก่อให้เกิดประโยชน์แก่ลูกหนี้ด้วยเช่นกัน เช่น ทำให้เจ้าหนี้ตัดสินใจในการให้สินเชื่อง่ายขึ้น หรือให้สินเชื่อโดยมีอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าสินเชื่อที่ไม่มีหลักประกัน เป็นต้น

1.2.2 ระบบการเปิดเผยสิทธิของเจ้าหนี้และภาวะในการประกันหนี้ของลูกหนี้ให้บุคคลภายนอกได้รับรู้

จากหลักการที่ให้เจ้าหนี้มีประกันชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยเจ้าหนี้มีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะ เป็นทรัพย์สินของลูกหนี้หรือของบุคคลภายนอกที่นำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ก็ตาม สิทธิของเจ้าหนี้ที่มี

<sup>5</sup> กฤษฎา นารินทร์รักษ์, “ปัญหาการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวมาประกันหนี้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.5 - 6., อธิชัย จันพินิจ, เพ็ญอ้วง, น.8 - 9. และ ผาสุก เจริญเกียรติ, “การนำวัตถุไม่มีรูปร่างมาเป็นประกันการชำระหนี้,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 61, น.174 (มีนาคม, 2548).

เหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาประกันนี้ต้องสามารถไ้ใช้ยับยั้งบุคคลอื่นได้ด้วย โดยต้องทำอย่างเปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้รับรู้<sup>6</sup> เพื่อป้องกันมิให้บุคคลภายนอกหลงผิดในฐานะทางการเงินของลูกหนี้ และแสดงให้เห็นถึงภาระการประกันนี้ของลูกหนี้อีกด้วย ซึ่งอาจจะทำโดยการจดทะเบียนการใช้ทรัพย์สินที่สำคัญ ๆ เป็นหลักประกันนี้ เช่น การจดทะเบียนจำนอง อสังหาริมทรัพย์และเครื่องจักร<sup>7</sup> หรือการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันโดยการจำนำ ทำให้เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ว่า ทรัพย์สินใดของลูกหนี้ถูกใช้เป็นหลักประกันอันเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้อื่น บุคคลภายนอกหรือประชาชนทั่วไปที่จะมาธุรกิจกับลูกหนี้ ซึ่งระบบการเปิดเผยสิทธินั้นอาจก่อให้เกิดเป็น “ทรัพย์สินสิทธิ” อย่างในระบบกฎหมายไทยในเรื่องการประกันนี้ด้วยทรัพย์สินทั้งจำนองและจำนำเป็นสิทธิที่ไ้ใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกได้ โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันนี้เลยทีเดียว<sup>8</sup>

### 1.2.3 การได้รับการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ตกอยู่ในภาวะเป็นบุคคลล้มละลาย

#### ล้มละลาย

ในกฎหมายแพ่ง เจ้าหนี้มีประกันถือได้ว่าเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในอันที่จะได้รับชำระหนี้ดีกว่าเจ้าหนี้สามัญรายอื่น แต่แม้ว่าลูกหนี้จะถูกฟ้องในคดีล้มละลายหลักการดังกล่าวก็ยังคงเป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ สิทธิของเจ้าหนี้ผู้มีประกันย่อมได้รับการคุ้มครอง โดยมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันที่ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ในการนี้เจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องยื่นขอรับชำระหนี้ก็ได้<sup>9</sup> อย่างไรก็ดี เจ้าหนี้มีประกันจะฟ้องร้องบังคับเกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นก็ได้ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายล้มละลาย<sup>10</sup> หรือในกรณีที่เจ้าหนี้มีประกันใช้สิทธิขอรับชำระหนี้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วยังไม่เพียงพอกับหนี้ก็ยังสามารถขอรับชำระหนี้

<sup>6</sup> กฤษฎา นารินทร์รักษ์, เพ็งอ้าง, น.6 – 7.

<sup>7</sup> อธิก อิศวานนท์, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข, (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ: กระทรวงยุติธรรม, 2541), น.20, (อัดสำเนา).

<sup>8</sup> กฤษฎา นารินทร์รักษ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 5, น.7.

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 95 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้มีประกันยอมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น”

<sup>10</sup> ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), น.358.

สำหรับจำนวนเงินที่ยังขาดอยู่ได้<sup>11</sup> (โปรดดูพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 96 ประกอบ) บทคุ้มครองเช่นนี้นี้อาจทำให้เจ้าหนี้มีประกันมีความมั่นคงมากกว่าเจ้าหนี้สามัญที่ไม่มีหลักประกัน และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดหนี้สูญอันเป็นสาเหตุที่สำคัญของความล้มเหลวในทางธุรกิจ ซึ่งอาจจะทำให้อาจเกิดการล้มละลายต่อกันเป็นทอด ๆ และส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

### 1.3 ลักษณะของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันหนี้

โดยหลักการพื้นฐานประการสำคัญของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น เพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยงของเจ้าหนี้จากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้จนสิ้นเชิง จึงมีแนวคิดว่า ในการสร้างบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินใด ๆ เจ้าหนี้ควรจะตั้งค้ำประกันถึง มูลค่าของทรัพย์สิน (Value) ความสามารถในการโอนชำระหนี้ (Transferability) และการมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive use)<sup>12</sup> ดังนั้น ในที่นี้อาจแยกพิจารณาถึงลักษณะของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันในการชำระหนี้ได้ดังต่อไปนี้

#### (1) เป็นสิ่งที่มีมูลค่า (Value)

ทรัพย์สินที่จะเป็นหลักประกันนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่า มีราคา ซึ่งอาจจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งบุคคลอาจถือเอาได้ อย่างไรก็ตามก็ตีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติเฉพาะแต่รูปแบบของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินด้วยการจำนองและจำนำเท่านั้น โดยจำกัดประเภทของทรัพย์สินเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างบางประเภทเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันพบว่ายังมีทรัพย์สินอีกหลายประเภทที่เป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแต่มีราคา เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา หรือการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินในลักษณะต่าง ๆ อย่างสิทธิการเช่า สิทธิการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน แต่สิทธิดังกล่าวยังไม่สามารถใช้เป็นหลักประกันในรูปแบบจำนองหรือจำนำได้

นอกจากหลักประกันจะเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าแล้ว หลักประกันจะต้องมีราคาตลาด (Market Value) ด้วย เนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นถึงที่สุดแล้วอาจจะต้องมีการ

<sup>11</sup> ทวี กสิยพงศ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), น.290.

<sup>12</sup> ผาสุก เจริญเกียรติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.174.

บังคับหลักประกันเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ และทรัพย์สินนั้นอาจจะต้องหมุนเวียนเปลี่ยนมือกันต่อไปอีกหลายทอด ดังนั้น หากหลักประกันที่เจ้าหนี้ถือไว้ไม่อาจหามูลค่าเทียบเคียงกับราคาตลาดได้แล้วก็ไม่มีความหมายอะไรที่เจ้าหนี้จะยึดถือไว้เป็นหลักประกัน เพราะไม่สามารถนำเอาหลักประกันดังกล่าวออกขายให้แก่บุคคลภายนอกแล้วนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ตนได้

### (2) สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ (Transferability)

เนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้จะต้องเป็นทรัพย์สินใด ๆ หรือสิทธิที่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ โดยจะต้องสามารถโอนการครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ไปให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือเพื่อประกันการปฏิบัติตามสัญญา<sup>13</sup> หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถโอนกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือทรัพย์สินนอกพาณิชย์ เช่น สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ที่วัด ซึ่งกฎหมายห้ามจำหน่ายจ่ายโอน เว้นแต่จะโอนโดยอาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายโดยเฉพาะ ทรัพย์สินเหล่านั้นจึงไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายได้

### (3) มีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินนั้นแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive use)

สิทธิในการใช้ทรัพย์สินแต่เพียงผู้เดียวในที่นี้ หมายถึง ผู้ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะต้องมีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินนั้น และสิทธิในการใช้ทรัพย์สินนั้นตนมีสิทธิอยู่เพียงผู้เดียว เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น เช่น นางสาว ก. นำแหวนเพชร 1 วง มาจำหน่ายเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการกู้ยืมเงิน นางสาว ก. ก็จะต้องเป็นเจ้าของแหวนเพชรวงนั้น อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า นางสาว ก. มีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินนั้นแต่เพียงผู้เดียว

ดังนั้น ในการพิจารณารับทรัพย์สินใดเป็นหลักประกันในการชำระหนี้แต่ละครั้ง ควรจะต้องคำนึงถึงคุณสมบัติต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นก่อนว่า ทรัพย์สินนั้นมีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะรับไว้เป็นหลักประกันหรือไม่ และหลักประกันนั้นมีมูลค่าหรือจำนวนมากเพียงพอแก่การประกันการชำระหนี้หรือประกันการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ เพียงใด เพราะหลักประกันที่ดีจะต้องมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายสามารถยกขึ้นใช้ยันเจ้าหนี้รายอื่นและบุคคลภายนอกได้ หากเป็นหลักประกันที่มีผลบังคับเฉพาะแต่คู่กรณีแต่ไม่สามารถใช้ยันบุคคลภายนอกได้ หลักประกันนั้นจะเป็นหลักประกันที่ไม่มีความหมายในกรณีที่มีเจ้าหนี้หลายรายเข้าขอเฉลี่ยทรัพย์ หรือกรณีที่ถูกฟ้องในคดีล้มละลาย<sup>14</sup>

<sup>13</sup> อธิก ทัศวานนท์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.15, (อัตสำเนา).

<sup>14</sup> เฟิงอ้าง, น.17.

จากคุณสมบัติที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกัน อาจจะเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ แต่ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของไทยนั้นส่วนใหญ่ยังคงยึดโยงอยู่กับตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ถึงแม้ว่าจะมีส่วนที่ว่าด้วยการประกันหนี้ในลักษณะที่เป็นการจำนำสิทธิอยู่ด้วยก็ตาม แต่สิทธิที่ว่านั้นยังคงต้องมีตราสารอันเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง จับต้องได้ทางกายภาพมารับรองสิทธิ ดังนั้น ด้วยข้อจำกัดในลักษณะหรือประเภทของทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ตามกฎหมายไทย จึงทำให้ทรัพย์สินบางประเภทที่มีมูลค่าสูงในเชิงเศรษฐกิจไม่อาจนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลักษณะของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันหนี้ประกอบกับรูปแบบที่ใช้ในการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินจะพบว่า ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างบางชนิดที่มีราคาและอาจถือเอาได้นั้น น่าจะนำมาใช้เป็นหลักประกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะของการให้สิทธิเหนือทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ ซึ่งเป็นรูปแบบการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่งให้ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องโอนสิทธิในทรัพย์สินและส่งมอบตัวทรัพย์สินให้แก่ผู้รับหลักประกัน ในขณะที่ผู้ให้หลักประกันก็ยังคงสามารถใช้สอยหรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหนี้ได้ ดังนั้น การนำสิทธิเหนือทรัพย์สินอย่างสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่หน่วยงานของรัฐได้มีการจัดสรรให้ประชาชนใช้ประโยชน์โดยการให้อนุญาตมาใช้ประกันหนี้ อาจทำได้ตามวิธีการดังกล่าว ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการประกันหนี้ด้วยสิทธิในตนเอง เพราะสิทธิถือเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง

สำหรับวิธีการให้สิทธิเหนือทรัพย์สินเป็นประกันหนี้นั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการที่ใช้ในการประกันหนี้ในลักษณะดังกล่าวในรูปแบบของการจำนอง อย่างไรก็ตาม การจำนองตามกฎหมายไทยก็ยังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินที่สามารถจำนองได้ กล่าวคือ ทรัพย์สินที่สามารถจำนองเป็นประกันหนี้ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รับรองให้มีฐานะเป็นหลักประกัน ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ (มาตรา 703) นอกจากนี้ยังอาจรวมถึงทรัพย์สินสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่อยู่ในความหมายเดียวกับอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถโอนให้แก่กันได้ เช่น สิทธิเก็บกิน<sup>15</sup> สิทธิเหนือพื้นดิน เป็นต้น ก็สามารถนำมาจำนองเป็นหลักประกันหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ยังมีสิทธิเหนือทรัพย์สิน

<sup>15</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย  
ค้ำประกัน จำนอง จำนอ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2512), น.72.

ประเภทอื่นที่มีลักษณะเป็นสิทธิหรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่างอีกหลายประเภท ยังไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือว่าเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของระบบกฎหมายประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของไทย

#### 1.4 วิธีการที่ใช้ในการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

##### 1.4.1 การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้

ตามกฎหมายไทยการใช้การครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ ในรูปแบบนี้ก็คือ การจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่ผู้จำนำส่งมอบการครอบครองสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับจำนำเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ (มาตรา 747) ในการส่งมอบการครอบครองดังกล่าวถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญแห่งความสมบูรณ์และการมีอยู่ของสัญญาจำนำ<sup>16</sup> โดยตัดความเกี่ยวพันของลูกหนี้ออกไปจากทรัพย์สินนั้น การจำนำไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะถือเจตนาในการจำนำเพื่อประกันการชำระหนี้เป็นสำคัญ ซึ่งแสดงออกโดยการส่งมอบการครอบครองเท่ากับเป็นการเปิดเผยสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนำให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ สำหรับวิธีการส่งมอบอาจจะส่งมอบโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ กล่าวคือ กระทำด้วยวิธีการใด ๆ ให้ทรัพย์สินที่จำนำอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับจำนำ เช่น จำนำรถยนต์อาจจะส่งมอบกุญแจให้ไปเอารถยนต์ นอกจากนี้อาจจะให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ครอบครองแทนผู้รับจำนำก็ได้ ตามมาตรา 749 แต่บุคคลภายนอกในที่นี้จะต้องไม่ใช่ตัวผู้จำนำเอง เพราะจะกลายเป็นกรณีที่ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนไปสู่การครอบครองของผู้จำนำ ตามมาตรา 769 ซึ่งทำให้สัญญาจำนำนั้นระงับไป<sup>17</sup>

นอกจากจะนำทรัพย์สินที่มีรูปร่างมาจำนำได้แล้ว ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างบางประเภทก็สามารถจำนำได้ อย่างสิทธิที่มีตราสาร ซึ่งเป็นตราสารอันมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ลูกหนี้แห่งตราสารนั้นจะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามตราสาร หรือมีผู้ใช้เงินตามตราสาร ในการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสารก็จะต้องมีการส่งมอบตราสารให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับจำนำด้วย และต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำนำแก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วย ตาม ป.พ.พ. มาตรา 750 ซึ่งเป็นวิธีการที่พิเศษ

<sup>16</sup> ผาสุก เจริญเกียรติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.180.

<sup>17</sup> สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิศรุตพิชญ์, *หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.164., ชุมพล จันทราทิพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.147. และ อธิก อัครวานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.66, (อัดสำเนา).

แตกต่างจากการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่มีรูปร่างทั่วไป ซึ่งตราสารที่จะจำหน่ายได้ในที่นี้ต้องเป็นตราสารที่โอนกันได้ด้วยวิธีการของตราสารนั้น เช่น ตั๋วเงิน พันธบัตร ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ ใบตราส่ง หรือตราสารอย่างอื่นที่มีสิทธิเรียกร้องและทำขึ้นตามพิธีการตามกฎหมาย เป็นต้น ไม่ใช่เอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ เช่น หนังสือสัญญากู้ยืม หรือหนังสือสัญญาซื้อขาย เป็นต้น<sup>18</sup>

#### 1.4.2 การให้สิทธิเหนือทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้เป็นประกันหนี้

รูปแบบของการประกันหนี้ในลักษณะเช่นนี้ตามกฎหมายไทย ก็คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในรูปแบบของการจำนองนั่นเอง ซึ่งตาม ป.พ.พ. มาตรา 702 ได้อธิบายถึงลักษณะของการจำนองว่า เป็นสัญญาที่บุคคลคนหนึ่งตกลงกับเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินที่ระบุไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ผู้จำนองอาจจะเป็นตัวลูกหนี้เองเอาทรัพย์สินของตนมาเป็นประกันหรือบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินของตนมาทำสัญญาประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ก็ได้ โดยทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในสัญญาจำนองนั้นจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ เช่น เรือ มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป สัตว์พาหนะหรือสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ เช่น เครื่องจักร ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ดังนั้น สัญญาจำนองจึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ที่สำคัญก็คือ การจำนองถือเป็นทรัพย์สินสิทธิ การแสดงออกซึ่งการจำนองจึงต้องอาศัยหลักทางทะเบียนตามที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 1299 อันมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ถึงสถานะของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน อีกทั้งเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตอีกด้วย<sup>19</sup>

รูปแบบของการให้หลักประกันวิธีนี้เป็นวิธีการที่ดีต่อทั้งฝ่ายผู้จำนองและผู้รับจำนองก็คือ ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ได้รับสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ขณะเดียวกันผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกยังสามารถครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เป็นประกันได้<sup>20</sup> รวมทั้งยังสามารถทำการจำหน่ายจ่ายโอน หรือจำนองทรัพย์สินนั้นได้โดยที่ภาระจำนองรายก่อนติดไปกับทรัพย์สินนั้นด้วย เพราะเป็นสิ่งที่ได้แสดงออกทางทะเบียนแล้ว

<sup>18</sup> พจนี ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย  
ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2546), น.307 - 308.

<sup>19</sup> ชูมพล จันทราทิพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น.64.

<sup>20</sup> อธิก อัครวานนท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.80, (อัครสำเนา).

ในระบบกฎหมาย Common Law อย่างในประเทศอังกฤษ การให้หลักประกันในรูปแบบนี้ เรียกว่า การประกันหนี้แบบ Charge<sup>21</sup> โดยในการประกันหนี้นั้นผู้ให้หลักประกันไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน กรรมสิทธิ์และตัวทรัพย์สินยังคงอยู่กับผู้ให้หลักประกัน แต่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันมีสิทธิในทางประกันหนี้เหนือทรัพย์สิน กล่าวคือ เป็นการสร้างสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันด้วยการที่คู่สัญญาตกลงกันกำหนดให้ทรัพย์สินบางประเภทโดยเฉพาะ (A particular asset of class of asset) เป็นหลักประกัน การชำระหนี้อยู่ภายใต้ Charge โดยสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้รับหลักประกันและผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ Charge ก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นหรือเจ้าหนี้ในลำดับรองจากเจ้าหนี้ที่มีประกันแบบ Charge ในการสร้าง Charge นั้นสามารถทำได้กับทรัพย์สินทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ วัตถุที่มีรูปร่างหรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง

หลักประกันในรูปแบบ Charge อาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท ดังนี้

ก. Fix Charge เป็นการระบุให้ทรัพย์สินชนิดใดชนิดหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงตกอยู่ภายใต้ Charge หรือภาระติดพันทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันทีที่มีการทำสัญญา หรือทันทีที่ลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ผลที่ตามมาก็คือ ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้โดยปราศจากภาระติดพัน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หรือได้มีการชำระหนี้ที่มีประกันแล้ว

ข. Floating Charge เป็นการระบุให้ทรัพย์สินตกอยู่ภายใต้ Charge เมื่อเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้ โดยให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้โดยไม่ต้องระบุนายการทรัพย์สินนั้นหรือให้แต่บางส่วนก็ได้

---

<sup>21</sup> ผาสุก เจริญเกียรติ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.183., อธิก อิศวานนท์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.58, (อัดสำเนา)., Roy Goode, Legal Problems of Credit and Security, (London: Sweet & Maxwell, 2003), pp.35 - 37. และ วิทยา วิญญาญจน์, “การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.34 - 36.

#### 1.4.3 การใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันหนี้

กรรมสิทธิ์ เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่ดีเป็นสิทธิสูงสุดที่ให้ประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิมากกว่าทรัพย์สินประเภทอื่น ผู้มีกรรมสิทธิ์สามารถปกป้องหรือหวงกันไม่ให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้อง<sup>22</sup> ด้วยลักษณะของกรรมสิทธิ์ที่เป็นสิทธิเด็ดขาด สามารถใช้ยันได้กับบุคคลทั่วไป จึงได้มีการนำกรรมสิทธิ์มาใช้เป็นหลักประกันหนี้ โดยลูกหนี้สามารถครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ ซึ่งการประกันหนี้ในรูปแบบนี้ใช้ได้กับทั้งทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะใช้เป็นหลักประกันได้ดีกว่าการจำนำ เพราะลูกหนี้สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เจ้าหนี้เป็นหลักประกันหนี้ โดยที่การครอบครองยังคงอยู่กับลูกหนี้แทนที่จะส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเป็นประกันอย่างการจำนำ ด้วยเหตุผลที่ลูกหนี้มีความจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจของตนต่อไป เช่น สิ่งของต่าง ๆ ของเจ้าของโรงแรมที่ใช้ในกิจการโรงแรม (hotelier's inventory) เครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ของช่าง (carpenter's tools) เป็นต้น<sup>23</sup>

อนึ่ง การใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นหลักประกันหนี้ อาจแยกพิจารณาได้ 2 ลักษณะ ดังนี้<sup>24</sup>

(1) ลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ก่อนเพื่อยึดหน่วงไว้ (Reservation of ownership) และมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์คืนแก่ลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว โดยลูกหนี้ยังคงครอบครองใช้ทรัพย์สินนั้นต่อไป ถ้าหากต่อมาลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่ได้มีการตกลงกันไว้กับเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินนั้นและได้กรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาด เช่น สัญญาขายและซื้อคืน (Sale and Repurchase) สัญญาขายฝาก (Sale with Right of Redemption) หรือสัญญาขายและเช่ากลับ (Sale and Leaseback) เป็นต้น

(2) เจ้าหนี้เป็นเจ้าของทรัพย์สินโอนการครอบครองทรัพย์สินให้ลูกหนี้ อันเนื่องมาจากการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมีเงื่อนไขว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังไม่โอนไปจนกว่าลูกหนี้จะได้ชำระราคาครบถ้วนแล้ว การสงวนกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้ในที่นี้ ทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประกันราคา

<sup>22</sup> วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไต้ฝุ่นตุลา, 2545), น.122.

<sup>23</sup> กฤษฎา นารินทร์รักษ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 9. และ ธีรชัย จันพินิจ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.13.

<sup>24</sup> เฟิงอ่าง.

ทรัพย์ที่ซื้อ เช่น สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ (Retention of title to good or conditional sale) หรือสัญญาเช่าซื้อ (Hire purchase) เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ ตามกฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรงในเรื่องเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์ แต่เห็นได้ว่าการใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นหลักประกันหนี้มีลักษณะทำนองเดียวกับเอกเทศสัญญาในลักษณะอื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่ สัญญาขายฝาก สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ และสัญญาเช่าซื้อ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาแต่ละประเภทดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ทางการเงินที่คล้ายคลึงกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์อย่างยิ่ง และกรรมสิทธิ์ย่อมเป็นหลักประกันที่มีความมั่นคงแน่นอนกว่าการประกันหนี้ด้วยทรัพย์ประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการจำนอง การจำนำ เพราะกรรมสิทธิ์ของทรัพย์นั้นอยู่ในเงื้อมมือของเจ้าหนี้เลยทีเดียว เพียงแต่การครอบครองยังคงอยู่ที่ลูกหนี้

## 2. ประเด็นปัญหากฎหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนในสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะ

โดยเนื้อหาของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้โดยตรง แต่สินทรัพย์ที่ใช้เป็นหลักประกันหนี้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้นไม่สมบูรณ์พอที่กฎหมายจะยอมรับให้เป็นหลักประกันหนี้ได้ในกรณีปกติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากทรัพย์สินบางประเภทเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน อย่างเช่น สินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะ อันได้แก่ สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ซึ่งมีข้อจำกัดต่าง ๆ ในทางกฎหมาย เช่น ลักษณะของการถือครองสินทรัพย์หรือสิทธิในการใช้สินทรัพย์ ตลอดจนความสามารถในการโอนเปลี่ยนมือ สิ่งเหล่านี้จะมีผลต่อการพิจารณาหลักประกันในการให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน จึงทำให้รัฐเลือกที่จะหาวิธีการเพื่อทำให้เกิดกระบวนการสร้างทุนโดยใช้สินทรัพย์ที่มีอยู่เป็นหลักประกันหนี้ ซึ่งตามแนวคิดของนายเฮอรัลด์ โด เดอ โซโต ได้มีการนำสินทรัพย์ที่มีลักษณะเป็น Dead Capital เหล่านี้มาสร้างมูลค่าเพิ่มด้วยการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เช่นเดียวกับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่มีลักษณะของสินทรัพย์เป็น Dead Capital โดยเป็นสิทธิที่กฎหมายไม่ได้รับรองคุ้มครองให้สามารถใช้เป็นหลักประกันหนี้ได้ เมื่อรัฐได้ดำเนินนโยบายแปลงสินทรัพย์เป็นทุน จึงกำหนดให้สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นสินทรัพย์ที่สามารถนำมาเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้ อย่างไรก็ตาม ยังพบว่าการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมีข้อขัดข้องทางกฎหมายหลายประการ โดยมี

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนในสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะ  
ที่น่าพิจารณาดังนี้

## 2.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” และเอกสารสิทธิ

สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นสินทรัพย์ที่มีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับ  
เนื้อหาแห่งสิทธิในทรัพย์สินมากกว่าสินทรัพย์ประเภทอื่น ๆ ที่ใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน  
ด้วยเหตุที่ “ที่สาธารณะ” เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่พลเมืองมีสิทธิใช้ร่วมกันได้ และการ  
ให้สิทธิแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ย่อมกระทบต่อสิทธิของเอกชนคน  
อื่นในอันที่จะใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นั้นเช่นกัน นอกจากนี้ การที่เนื้อหาแห่งสิทธิใน  
ทรัพย์สินไม่ชัดเจน อันเกิดจากสภาพหรือลักษณะของสิทธิที่ไม่มีความมั่นคงแน่นอน เนื่องจาก  
สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มีระยะเวลาที่อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่เกิน 3 ปี ซึ่งมีลักษณะ  
เป็นการอนุญาตชั่วคราว หรือสามารถใช้ประโยชน์ได้ในช่วงระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งอันจำกัด  
มิได้มีสิทธิตลอดเวลาในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นั้น เช่น จุดผ่อนผันในเขตทางท่า  
สาธารณะจะมีการกำหนดช่วงเวลาให้ทำการจำหน่ายสินค้าได้ เป็นต้น ประกอบกับอำนาจการ  
ใช้สิทธิใน “ที่สาธารณะ” ยังมีปัญหาว่า เอกชนคนใดคนหนึ่งจะสามารถหวงกั้นการใช้สิทธินั้นได้  
เพียงใด ทั้งที่ประชาชนมีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ ซึ่งการที่เนื้อหาแห่งสิทธิไม่มีความชัดเจนนี้  
ย่อมส่งผลกระทบต่อมูลค่าของสิทธิเป็นอย่างมาก

นอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หนังสือรับรองสิทธิ หรือใบอนุญาตให้ใช้  
ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เช่น หนังสือรับรองสิทธิให้จำหน่ายสินค้าในจุดผ่อนผันในทางท่า  
สาธารณะที่ทางเทศบาล หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ ออกเอกสารให้ ยังไม่มีกฎหมาย  
รับรองสิทธิในลักษณะเช่นนี้ให้นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินที่  
กฎหมายรับรองจะต้องมีหนังสือแสดงสิทธิที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ได้ อย่างเช่น  
สิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งมีอยู่ 2 ประเภท คือ กรรมสิทธิ์ และสิทธิครอบครอง  
ซึ่งประเภทของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้<sup>25</sup>

<sup>25</sup> สาโรช นิลเขต, การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์  
ชวนพิมพ์, 2541), น.6 - 7.

(1) หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน เป็นหนังสือสำคัญที่รัฐออกให้แก่บุคคลที่เป็นเจ้าของที่ดินโดยการมีกรรมสิทธิ์เหนือที่ดิน ซึ่งได้แก่ โฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว”

(2) หนังสือสำคัญแสดงสิทธิครอบครอง สิทธิครอบครองในที่นี้ หมายถึง สิทธิครอบครองในฐานะที่เป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน หนังสือสำคัญประเภทนี้ได้แก่ หนังสือรับรองการทำประโยชน์

จะเห็นได้ว่า สิทธิทั้งสองประเภทที่กล่าวข้างต้นเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่มีความแน่นอนชัดเจนเพียงพอ และมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายกับบุคคลทั่วไปได้ ในขณะที่สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่ใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนยังไม่มีมาชัดเจน จึงไม่สามารถนำไปใช้ประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ซึ่งพบว่าสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” น่าจะมีลักษณะเป็นสิทธิทางทรัพย์สินที่คล้ายทรัพย์สินหรือเสมือนทรัพย์สิน เพราะมีลักษณะของสิทธิที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางทรัพย์สินบางอย่าง โดยมีลักษณะที่จะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นที่ไม่ใช่เจ้าของสินทรัพย์นั้นได้รับประโยชน์เหล่านั้น แต่ยังมีได้มีการจัดสรรสิทธิการใช้ประโยชน์ให้มีเอกสารสิทธิที่มีความชัดเจนและเป็นที่ยอมรับหรือรับรองโดยกฎหมาย จึงเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญในการที่สถาบันการเงินจะยอมรับให้ใช้เป็นหลักประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมิได้มีรูปแบบการประกันหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากสินทรัพย์ที่ใช้ในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมิได้มีลักษณะเป็นทรัพย์สินอันจะสามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันหนี้ตามกฎหมายได้ ดังนั้น ในการดำเนินการเพื่อให้เกิดกระบวนการสร้างทุนจาก Dead Capital ที่มีอยู่ จึงต้องใช้วิธีการอื่น ซึ่งรัฐเลือกที่จะใช้แนวทางในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เพราะเห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเหล่านี้ไม่มีความชัดเจน และเป็นสินทรัพย์ที่ระบบกฎหมายไม่รับรองให้ประชาชนถือครองกรรมสิทธิ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็น Dead Capital จึงได้มีการสร้างกลไกต่าง ๆ ขึ้นมารองรับโดยเฉพาะ เช่น การให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นสถาบันการเงินสามารถบังคับสิทธิได้หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เป็นเสมือนหนึ่งการให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ในอันที่จะบังคับสิทธิของลูกหนี้ที่นำสินทรัพย์มาเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้ก่อนเจ้าหน้าที่รายอื่น เป็นต้น

นอกจากนี้ ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่เข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ก็คือ ในกรณีที่ลูกหนี้ถูกเพิกถอนสิทธิหรือ

เพิกถอนใบอนุญาต เช่น เพราะเหตุที่ไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ ตามมาตรา 60<sup>26</sup> ซึ่งอาจจะส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่สูญเสียหลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าด้วยสภาพปัญหาทางกฎหมายจากความไม่ชัดเจนของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” และเอกสารสิทธิตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนที่เกิดขึ้นตามนโยบายของรัฐบาลโดยมิได้มีการก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย การดำเนินโครงการจึงมีข้อจำกัดและยังส่งผลกระทบต่อพิจารณาให้สินเชื่อในทางปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

1. การให้สินเชื่อของสถาบันการเงินจำกัดอยู่เฉพาะแต่สถาบันการเงินภาครัฐ หรือสถาบันการเงินที่รัฐเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่เท่านั้นที่เข้าร่วมโครงการ เช่น ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์ (ธกส.) ธนาคารออมสิน ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) เป็นต้น ส่วนสถาบันการเงินในภาคเอกชนมีเพียงไม่กี่แห่งเท่านั้นที่เข้าร่วมโครงการ เนื่องจากมีความเสี่ยงในการให้สินเชื่อเพราะสินเชื่อตามโครงการมีลักษณะเป็นหนี้ระยะยาว ต้นทุนในการให้สินเชื่อไม่คุ้มค่ามากนักเมื่อเปรียบเทียบกับผลตอบแทนที่สถาบันการเงินจะได้รับ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความไม่เชื่อมั่นในระบบสินเชื่อเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ทำให้การให้สินเชื่อโดยมีสินทรัพย์ตามโครงการเป็นหลักประกันไม่เป็นที่ยอมรับของสถาบันการเงินภาคเอกชนมากนัก

2. สินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะที่จะนำมาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้นในการพิจารณาให้สินเชื่อก็ยังถูกจำกัดเฉพาะสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” บางแห่งที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองท้องถิ่น เช่น เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 60 บัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตเมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาต

(1) ถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตตั้งแต่สองครั้งขึ้นไปและมีเหตุที่จะต้องถูกสั่งพักใช้

ใบอนุญาตอีก

(2) ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

(3) ไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง

หรือข้อกำหนดของท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในใบอนุญาตในเรื่องที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการประกอบกิจการตามที่ได้รับใบอนุญาต และการไม่ปฏิบัติหรือการปฏิบัติไม่ถูกต้องนั้นก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของประชาชนหรือมีผลกระทบต่อสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับการดำรงชีพของประชาชน”

หรือในเขตอุทยานแห่งชาติที่เข้าร่วมโครงการเท่านั้น ขณะที่สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่ได้รับอนุญาตโดยมีใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองการใช้ประโยชน์ในพื้นที่สาธารณะอื่น ๆ ที่มีได้ เข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน หากมีสิทธิที่จะนำใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองที่ได้รับมาแปลงสินทรัพย์เป็นทุนไม่ เพราะการเข้าร่วมโครงการต้องทำเป็นบันทึกข้อตกลงความร่วมมือได้มีกฎหมายมารองรับให้สามารถนำสินทรัพย์ตามโครงการที่อยู่ในทุกพื้นที่มาใช้เป็นหลักประกัน สินเชื่อได้ทั้งหมด

## 2.2 ปัญหาเกี่ยวกับสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะที่นำมาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

เนื่องจาก “ที่สาธารณะ” ตามความหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน มีความหมายในทำนองเดียวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งแม้ว่าการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ของเอกชนคนใดคนหนึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ของประชาชนคนอื่นก็ตาม แต่ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่สาธารณะก็ยอมรับให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์จากที่สาธารณะเป็นการเฉพาะรายได้ โดยจะต้องมีการขออนุญาตจากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจดูแลรักษาที่สาธารณะนั้น

สำหรับการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้เป็นหลักประกันในระบบกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในปัจจุบันพบว่า เกิดปัญหาในการยอมรับสิทธิการใช้ประโยชน์ดังกล่าวมาเป็นหลักประกัน ด้วยเหตุที่คุณสมบัติของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันจะต้องเป็นสิ่งที่มีความหมาย (Value) และสามารถเทียบเคียงกับราคาตลาด (Market Value) ได้ ทั้งยังต้องสามารถโอนเปลี่ยนมือ (Transferability) ได้ด้วย

ดังนั้น การที่สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นสินทรัพย์ที่มีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว เนื่องจากเป็นการอนุญาตเฉพาะบุคคล ไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้ เว้นแต่เป็นการโอนให้แก่ทายาท<sup>27</sup> ทั้งยังจะต้องมีการขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลที่สาธารณะ ด้วยข้อขัดข้องในเรื่องการโอนเปลี่ยนมือนี้เอง จึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญอันจะส่งผลไปถึงขั้นตอนในการบังคับชำระหนี้จากสิทธิดังกล่าวด้วย ซึ่งในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเลือกที่จะ

<sup>27</sup> นิพนธ์ พัวพงศกร, การวิเคราะห์สภาพการณ์ในตลาดสินทรัพย์: เงื่อนไขกำหนดความสำเร็จและผลกระทบของนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2547), น.101.

แก้ไขปัญหเกี่ยวกับข้อจำกัดในการโอนเปลี่ยนมือดังกล่าว โดยการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้สวมสิทธิใหม่แทนใบอนุญาตเดิม

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” จะถูกกำหนดให้เป็นสิทธิประเภทหนึ่งในการแปลงสิทธิเป็นทุนให้สามารถขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ก็ตาม ยังพบว่ามีปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งไม่ยอมรับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ให้นำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง อีกทั้งมิใช่เป็นทรัพย์สินที่โอนให้แก่บุคคลอื่นต่อไปได้ จึงมีอาจนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้โดยการจำนองหรือจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

นอกจากนี้ ปัญหาเกี่ยวกับการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาเป็นหลักประกันหนี้ อีกประการหนึ่งก็คือ รูปแบบ หรือวิธีการที่ใช้ในการประกันหนี้ของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นี้เป็นรูปแบบใด ซึ่งหากพิจารณาในขั้นตอนของการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงิน ในข้อตกลงที่เกี่ยวกับหลักประกัน จะระบุให้ผู้กู้มอบหนังสือรับรองสิทธิหรือใบอนุญาตที่ให้ใช้ประโยชน์ใน “ที่สาธารณะ” เป็นหลักประกัน โดยมีได้ทำสัญญาในลักษณะที่เป็นสัญญาผูกพันให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินนั้น ๆ ได้ เช่น สัญญาโอนสิทธิ เป็นแต่เพียงการนำหนังสือรับรองหรือใบอนุญาตมามอบให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันเท่านั้น

อนึ่ง เพื่อเป็นการทำความเข้าใจถึงลักษณะของสิทธิประเภทที่สาธารณะที่ใช้ในการแปลงสิทธิเป็นทุน อันได้แก่ สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่นำมาใช้เป็นหลักประกันตามโครงการแปลงสิทธิเป็นทุน เช่น สิทธิให้นำสินค้ามาจำหน่ายในที่สาธารณะ สิทธิในการดำเนินกิจการท่องเที่ยวและพักผ่อนในอุทยานแห่งชาติ ซึ่งอาจจะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ในสังคมไทย และเพื่อประกอบการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิประเภทที่สาธารณะที่นำมาใช้ในการแปลงสิทธิเป็นทุน ในที่นี้ จึงจะทำการศึกษาโดยใช้วิธีการเทียบเคียงกับลักษณะของสิทธิประเภทสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในที่ของเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เอกชนหลายแห่งมีลักษณะแหล่งศูนย์กลางทางการค้า ซึ่งมีทำเลที่ตั้งเป็นแหล่งจับจ่ายใช้สอยทำให้มีมูลค่าสูงในเชิงเศรษฐกิจ เป็นต้นว่า สิทธิการเช่าพื้นที่ในศูนย์การค้า หรือแม้กระทั่งแหล่งการค้าที่เป็นศูนย์ค้าส่ง อย่างบริเวณย่านตลาดโบ๊เบ๊ หรือประตูน้ำ ซึ่งเป็นศูนย์การค้าเสื้อผ้าสำเร็จรูป สิทธิการเช่าในที่เอกชนเหล่านี้หากมีการโอนสิทธิเปลี่ยนมือกัน หรือที่เรียกกันว่า “เช่า” จึงมักจะมีมูลค่าสูงมาก ทั้งนี้ จะศึกษาเปรียบเทียบสิทธิการเช่าในที่ของเอกชน กับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ในแง่ของผลทางกฎหมาย โดยจะแสดงให้เห็นถึงที่มา ลักษณะของ

สิทธิ นิติสัมพันธ์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการนำสิทธิมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ และการบังคับสิทธิเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งจำแนกได้ดังต่อไปนี้

(1) ป่อเกิดแห่งสิทธิการเช่าและสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ”

ป่อเกิดอันเป็นที่มาของสิทธิการเช่าเหนืออสังหาริมทรัพย์ในที่ของเอกชน เกิดจาก สัญญาระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ ผู้เช่า และผู้ให้เช่า โดยที่ผู้ให้เช่าต้องให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับ ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ให้เช่าในช่วงระยะเวลาหนึ่งอันจำกัด และผู้เช่าจะต้องให้ค่าเช่าแก่ ผู้ให้เช่าเป็นการตอบแทน

แต่สำหรับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็น ทุนนั้น เกิดจากการได้รับอนุญาตจากรัฐในการให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของรัฐ ทั้งนี้ ในการให้ อนุญาตของฝ่ายปกครองนี้จะอยู่ในรูปแบบของนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยฝ่ายปกครองซึ่งก็คือ หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ดูแลการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” อย่างองค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่น เช่น เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล จะเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

(2) ลักษณะที่สำคัญของสิทธิการเช่าและสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ”

สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เกิดจากสัญญาเช่า จึงมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ นอกจากนี้ ยังมีลักษณะเฉพาะที่สำคัญก็คือ ความเป็นสิทธิเฉพาะตัวของสิทธิการเช่า<sup>28</sup> เพราะสัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งมีเหตุผลมาจากการที่ผู้ให้เช่านำทรัพย์สิน ไปให้ผู้อื่นเช่า ผู้ให้เช่าก็จะคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เช่าที่ว่าสมควรจะได้รับความไว้วางใจในการ

---

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1778/2509 (เนติ.) น.1876 สิทธิการเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัว ของผู้เช่าแต่ผู้เดียว แม้ภรรยาจะเป็นผู้เช่า สามีก็เป็นบุคคลภายนอกจะเข้ามามีสิทธิด้วยตาม สัญญาเช่าไม่ได้และถือไม่ได้ว่าสามีหรือภรรยาซึ่งลงชื่อในสัญญาเช่าได้ทำการเพื่อทั้งสองฝ่าย แม้จะถือว่าสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สิน แต่ก็ยังเป็นสิทธิตามสัญญาอันเป็นสิทธิเฉพาะตัว การโอน สิทธิการเช่าของภรรยาให้แก่บุคคลอื่น ย่อมเป็นสิทธิของภรรยาแต่ผู้เดียว ไม่ต้องรับความยินยอม จากสามี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 383/2540 (สงเสริม.) น.84 แม้ในสัญญาเช่าจะระบุว่า ผู้เช่าสามารถโอนสิทธิการเช่าให้ผู้อื่นได้ ก็เป็นสัญญาที่ผูกพันเฉพาะคู่สัญญา เมื่อผู้เช่าตาย สัญญาเช่าจะระงับย่อมรวมทั้งข้อสัญญาข้อนี้ด้วย

รักษาทรัพย์สินที่เช่าหรือว่ามีคุณสมบัติในการดูแลทรัพย์สินของผู้ให้เช่าได้หรือไม่<sup>29</sup> การที่ผู้เช่าจะ  
ให้ใครเช่าทรัพย์สินของตนจึงขึ้นอยู่กับความไว้วางใจและคุณสมบัติของผู้เช่าซึ่งมีลักษณะ  
เฉพาะตัวด้วย

สำหรับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงาน  
ที่รับผิดชอบดูแลสินทรัพย์ ซึ่งการได้รับอนุญาตในลักษณะเช่นนี้เป็นสิทธิเฉพาะตัว ไม่สามารถโอน  
ให้บุคคลอื่นได้ โดยผู้รับอนุญาตจะต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานของรัฐได้กำหนดไว้ด้วย  
อย่างไรก็ดี คุณสมบัติที่ได้กำหนดไว้ส่วนใหญ่ก็จะมีกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ เช่น เป็นผู้  
สัญชาติไทย ไม่เป็นโรคติดต่อร้ายแรง ไม่เคยเป็นผู้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือสิทธิในการจำหน่าย  
สินค้าในที่สาธารณะ เป็นต้น

### (3) นิติสัมพันธ์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

กรณีของสิทธิการเช่า สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีตามสัญญาเช่าตาม ป.พ.พ. เมื่อ  
พิจารณาถึงฝ่ายผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าย่อมมีสิทธิตามสัญญาเช่า เช่น เรียกให้ผู้เช่าชำระค่าเช่า  
(มาตรา 559) เรียกให้ผู้เช่าใช้ทรัพย์สินที่เช่าให้ถูกต้อง (มาตรา 554) เรียกค่าสินไหมทดแทน  
ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่ให้เช่า (มาตรา 562) บอกละเมิดสัญญาเช่า (มาตรา 548, 551,  
556, 568) เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้ให้เช่ายังมีหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาเช่าทรัพย์สิน เช่น หน้าที่ใน  
การส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า รวมทั้งบำรุงรักษาทรัพย์สิน และซ่อมแซมทรัพย์สินในระหว่างการเช่า  
(มาตรา 547, 550) เป็นต้น แต่สำหรับฝ่ายผู้เช่านั้น ผู้เช่ามีสิทธิที่ได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน  
ที่เช่าและมีหน้าที่ในการชำระค่าเช่าทรัพย์สิน ใช้สอยทรัพย์สินที่เช่านั้นโดยชอบ (มาตรา 552)  
รวมทั้งสงวนรักษาและดูแลทรัพย์สินที่เช่า (มาตรา 553)

ในกรณีของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน  
นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย หน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองผู้ให้  
อนุญาตฝ่ายหนึ่ง และประชาชน ผู้ที่ได้รับอนุญาตอีกฝ่ายหนึ่ง หน่วยงานของรัฐจึงมีหน้าที่ในการ  
กำหนดวิธีการจัดระเบียบการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เช่น กำหนดจุดผ่อนผันในการให้  
จำหน่ายสินค้า กำหนดขนาดของพื้นที่ อาณาเขตเพื่อจำหน่ายสินค้า กำหนดข้อห้ามและข้อ  
ปฏิบัติของผู้ที่ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เช่น ห้ามมิให้กระทำให้เกิดความเสียหายต่อ  
ทรัพย์สินสาธารณะ ต้องรักษาความสะอาดบริเวณพื้นที่จำหน่ายสินค้า สำหรับฝ่ายผู้ได้รับ

<sup>29</sup> ศนันท์กรรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 3

อนุญาตมีสิทธิได้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” และมีหน้าที่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้ปฏิบัติตามเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ”

#### (4) การนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้

สิทธิการเช่าทรัพย์สินในปัจจุบันนิยมนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิการเช่าทรัพย์สินที่อยู่ในทำเลที่ตั้งที่เป็นแหล่งการค้า ย่อมทำให้สิทธิประเภทนี้มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจสูง และเป็นที่ต้องการของผู้ที่ทำธุรกิจการค้า ขณะที่สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” แต่เดิมนั้นไม่มีการนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ ด้วยข้อขัดขัดในเรื่องการโอนสิทธิให้บุคคลอื่น อีกทั้งสินทรัพย์ประเภทที่สาธาณะนั้นเป็นทรัพย์สินของรัฐ การขออนุญาตต้องผ่านกลไกการให้อนุญาตของหน่วยงานรัฐด้วย มิใช่เป็นเรื่องที่เอกชนจะทำความตกลงแสดงเจตนากันได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา จนต่อมาได้มีการกำหนดให้สามารถนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาเป็นหลักประกันหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ผ่านกลไกในการอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่เกิดจากการทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐและธนาคารหรือสถาบันการเงิน จึงทำให้การนำสิทธิในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้ ในที่นี้ ผู้เขียนจึงต้องการวิเคราะห์ถึงลักษณะความสัมพันธ์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง รูปแบบและวิธีการ ข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญของการนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ ตลอดจนการบังคับสิทธิเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของสิทธิทั้งสองประเภท ดังนี้

##### (4.1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

สิทธิการเช่านั้นถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เพราะเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง แต่มีราคา และสามารถถือเอาได้ ดังนั้น จึงได้มีการนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกันหนี้ โดยธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อเป็นฝ่ายผู้รับหลักประกัน และผู้ขอสินเชื่อ ซึ่งเป็นผู้เช่าทรัพย์สินมีสิทธิการเช่าเหนืออสังหาริมทรัพย์ได้นำสิทธิการเช่านั้นมาเป็นหลักประกัน

ส่วนสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นั้น ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนร่วมโครงการ โดยมีหนังสือรับรองหรือใบอนุญาตให้มีสิทธิใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เช่น สิทธิในการจำหน่ายสินค้าในทางเท้าสาธาณะบริเวณจุดผ่อนผัน หรือสิทธิในการประกอบการในเขตอุทยานแห่งชาติ สามารถนำสิทธิการใช้ประโยชน์เหล่านั้นมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้ โดยธนาคารผู้ให้สินเชื่อมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ผู้รับหลักประกัน และผู้ขอสินเชื่อซึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่ได้หนังสือหรือใบอนุญาตในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้เป็นหลักประกันการขอสินเชื่อ

## (4.2) รูปแบบและวิธีการในการนำมาใช้เป็นหลักประกัน

ในการนำสิทธิการเช่าในที่ดินของเอกชนมาเป็นหลักประกันหนี้ นอกจากสัญญากู้เงินซึ่งเป็นสัญญาหลักหรือสัญญาประธานในการขอสินเชื่อแล้ว ในทางปฏิบัติผู้กู้จะทำสัญญากับธนาคารเพื่อนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันหนี้ ซึ่งสามารถจำแนกได้ ดังนี้<sup>30</sup>

## ก. สัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกัน

คู่สัญญาตามสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกัน ประกอบด้วย ธนาคารหรือสถาบันการเงินในฐานะที่เป็นผู้รับหลักประกันฝ่ายหนึ่ง และลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์และเป็นเจ้าของสิทธิการเช่าในฐานะที่เป็นผู้ให้หลักประกันแก่ธนาคารอีกฝ่ายหนึ่ง

## ข. สัญญายินยอมของผู้ให้เช่าในการมอบสิทธิการเช่าเป็นประกัน

เป็นสัญญาที่ผู้ให้เช่ายินยอมให้ผู้เช่านำสิทธิการเช่าไปเป็นประกันหนี้แก่ธนาคารประการหนึ่ง และให้ความยินยอมในกรณีที่ธนาคารต้องการโอนสิทธิการเช่ามาเป็นของธนาคารหรือบุคคลภายนอก หากมีกรณีที่ธนาคารต้องบังคับชำระหนี้เอากับสิทธิการเช่าดังกล่าว

ดังนั้นในการนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันหนี้ จึงต้องมีการทำสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกันระหว่างธนาคารผู้รับหลักประกันและลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน และสัญญายินยอมของผู้ให้เช่าในการมอบสิทธิการเช่าเป็นประกันระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่า เป็นสองฉบับประกอบกัน จะเห็นได้ว่า คู่กรณีทุกฝ่าย ได้แก่ ผู้เช่า ผู้ให้เช่า และธนาคาร จะต้องทำความเข้าใจตกลงระหว่างกัน ฝ่ายผู้ให้เช่าก็ต้องรับรู้และให้ความยินยอมด้วยในการที่ผู้เช่านำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันหนี้ในการขอสินเชื่อจากธนาคาร

แต่สำหรับการนำสิทธิการเช่าไปใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน จะถูกระบุไว้ในสัญญากู้เงินที่ธนาคารผู้ให้กู้ได้ทำไว้กับผู้กู้ ซึ่งได้เข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยการให้สินเชื่อของธนาคารเป็นไปตามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือที่ธนาคารได้ทำไว้กับหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบดูแลการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ ซึ่งเมื่อมีการสมัครเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้น หน่วยงานของรัฐผู้ให้อนุญาตในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” รับรู้และยินยอมให้มีการนำสิทธิการเช่าไปใช้ประโยชน์ดังกล่าวมาเป็นหลักประกันเพื่อขอสินเชื่อจากธนาคาร โดยในสัญญากู้เงินจะมีข้อสัญญาที่กล่าวถึงหลักประกัน ดังนี้

“.....เพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญานี้ผู้กู้ขอมอบ/จัดการ.....หนังสือรับรองสิทธิ/ใบอนุญาต.....เลขที่.....ให้ไว้เป็นประกันแก่ผู้ให้กู้จนกว่า

<sup>30</sup> กฤษฎา นารินทร์รักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5 น.32 - 33.

ผู้ให้กู้จะได้รับชำระหนี้ตามสัญญาโดยครบถ้วนและผู้กู้ขอให้คำรับรองว่าทรัพย์สินที่ได้นำมามอบหรือจัดการให้ไว้แก่ผู้ให้กู้นี้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้มอบ ผู้จำนำ ผู้จำนอง ตามสัญญาและสัญญาอุปกรณ์ของสัญญา.....”

จะเห็นได้ว่า ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมิได้มีการทำสัญญาในการนำสินทรัพย์มาเป็นหลักประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์แยกจากสัญญากู้ อันเป็นสัญญาประธาน เป็นแต่เพียงการระบุไว้ในสัญญากู้เงินว่าผู้กู้ได้นำหนังสือรับรองหรือใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มามอบให้แก่ผู้ให้กู้ยึดถือไว้เป็นประกันเท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้แต่อย่างใด

#### (4.3) ข้อตกลงของผู้สัญญาที่เป็นสาระสำคัญ

ในการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันนี้ จะมีการกำหนดข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่เป็นสาระสำคัญ ดังนี้<sup>31</sup>

##### ก. ข้อตกลงในการนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันนี้

การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันนี้ จะมีการกำหนดข้อตกลงที่แสดงวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาไว้ในสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกันนี้ว่า วัตถุประสงค์จะนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันนี้ การมอบสิทธิในที่ดินนี้ เป็นกรณีที่ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าได้ตามปกติ แต่หากว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้หรือผิดข้อตกลงที่มีต่อธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ลูกหนี้ยินยอมโอนสิทธิตามสัญญาเช่าให้แก่ธนาคารในฐานะเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน

##### ข. ข้อตกลงที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้

เนื่องจากสิทธิการเช่าที่ใช้เป็นหลักประกันนั้น เกิดจากสัญญาเช่าซึ่งเป็นบุคคลสิทธิที่อาจสิ้นสุดลงเพราะเหตุที่ผู้เช่าประพฤติผิดสัญญาเช่า หรือผู้ให้เช่าใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเช่า ดังนั้น จึงต้องมีข้อตกลงให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกัน จะต้องไม่กระทำให้เป็นที่เสื่อมสิทธิของผู้รับหลักประกัน หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่เช่านั้น อันจะทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้รับความเสียหาย เนื่องจากไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากหลักประกันได้ เช่น ผู้เช่าจะต้องไม่นำสถานที่เช่าไปให้ผู้อื่นเช่าช่วง หรือทำนิติกรรมใด ๆ ผูกพันสถานที่เช่า ซึ่งข้อตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเช่นว่านี้ อาจจะเทียบเคียงได้กับหน้าที่ของผู้จำนองใน มาตรา 722, 723 ตาม ป.พ.พ. นั้นเอง ในขณะเดียวกัน ฝ่ายผู้ให้เช่าก็

<sup>31</sup> เฟิงอ๋าง, น.33 - 37.

ต้องมีข้อตกลงในสัญญายินยอมของผู้ให้เข้าในการมอบสิทธิการเช่าเป็นประกันว่า เมื่อมีเหตุที่ผู้เช่าทำผิดสัญญา ซึ่งทำให้ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าได้ ผู้ให้เช่ายินยอมให้ถือว่าสัญญายังไม่ระงับสิ้นไปและจะแจ้งให้ธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ทราบเป็นหนังสือก่อน จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในการรับสิทธิการเช่าเป็นหลักประกันนั่นเอง

สำหรับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้น ข้อตกลงของคู่สัญญาที่เป็นสาระสำคัญ มีดังนี้

ก. ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาเป็นหลักประกันนี้

ข้อตกลงดังกล่าวจะระบุอยู่ในสัญญากู้เงินที่ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ได้ทำไว้กับเจ้าหนี้ซึ่งเป็นธนาคาร นอกจากนี้ ในคำขอเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนยังได้ระบุถึงกรณีที่ลูกหนี้เข้าร่วมโครงการผิดนัดชำระหนี้ไว้ว่า ลูกหนี้ยินยอมให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นำเงื่อนไขตามสัญญากู้มาเป็นเงื่อนไขในการเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาต และพิจารณาผู้ประกอบการรายใหม่เพื่ออนุญาตเข้าดำเนินกิจการแทน

ข. ข้อตกลงที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้

ในส่วนของข้อตกลงเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจากการที่ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ อันเป็นเหตุที่ทำให้ลูกหนี้ถูกเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาต หรือกรณีที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้ให้อนุญาตให้ใช้ประโยชน์เพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตเพราะเหตุอื่นนอกเหนือจากการที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ อันจะทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกัน ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้จากเหตุที่อาจทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกันเช่นนี้ ไม่พบว่าได้ระบุข้อตกลงดังกล่าวไว้ในข้อสัญญา หรือคำขอเข้าร่วมโครงการ หรือบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการให้สินเชื่อแต่อย่างใด เพียงแต่ระบุไว้ในรายละเอียดประกอบโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนที่สนับสนุนการให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับหนังสือรับรองในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตให้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่ได้ออกให้แก่ผู้ประกอบการที่กู้เงินตามโครงการอันเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ วิธีการ ข้อบังคับ ประกาศ หรือเงื่อนไขในการให้อนุญาตของหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ทราบถึงการเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า ข้อตกลงในส่วนที่

เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ หากมีการเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตของผู้ประกอบการยังขาดความชัดเจน จึงอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่า ถ้าถูกเพิกถอนสิทธิในขณะที่ลูกหนี้ยังชำระหนี้ไม่เสร็จสิ้น ผลจะเป็นเช่นไร

#### (4.4) การบังคับสิทธิเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้

กรณีที่นำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แล้ว เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามสัญญากู้เงิน เจ้าหน้าที่สามารถบังคับชำระหนี้จากสิทธิการเช่าที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นหลักประกัน โดยการโอนสิทธิการเช่าจากลูกหนี้มาเป็นของเจ้าหน้าที่ หรือเจ้าหน้าที่อาจจะบังคับชำระหนี้เอาหลักประกันดังกล่าวด้วยการให้ลูกหนี้โอนสิทธิการเช่าไปยังบุคคลภายนอกที่เจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้เป็นผู้รับโอนสิทธิก็ได้ โดยในทางปฏิบัติได้มีการทำสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกันหนี้ และมีสัญญายินยอมของผู้ให้เช่าในการนำสิทธิการเช่ามาเป็นประกันหนี้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่สิทธิการเช่าที่ได้มอบให้เป็นหลักประกันนั้นเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ที่คู่สัญญาพึงทำสัญญาระหว่างกันได้ ซึ่งสิทธิการเช่าเช่นว่านั้นมีได้อยู่ในฐานะหลักประกันตาม ป.พ.พ. เป็นแต่เพียงบุคคลสิทธิที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญา ธนาคารจึงไม่อาจบังคับชำระหนี้กับสิทธิการเช่าในฐานะหลักประกันตาม ป.พ.พ. แต่มีสิทธิบังคับชำระหนี้ตามสัญญามอบสิทธิการเช่าเป็นประกันและสัญญายินยอมของผู้ให้เช่าที่ยินยอมให้มีการโอนสิทธิการเช่า โดยให้ลูกหนี้มาทำสัญญาโอนสิทธิการเช่าให้แก่เจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้เป็นผู้รับโอนสิทธิการเช่าได้และแจ้งการโอนสิทธิการเช่าเป็นหนังสือแจ้งให้ผู้ให้เช่าทราบ จากนั้นเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้เป็นผู้รับโอนสิทธิจะต้องทำสัญญาเช่ากับผู้ให้เช่าตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขตามสัญญาเช่าเดิม<sup>32</sup>

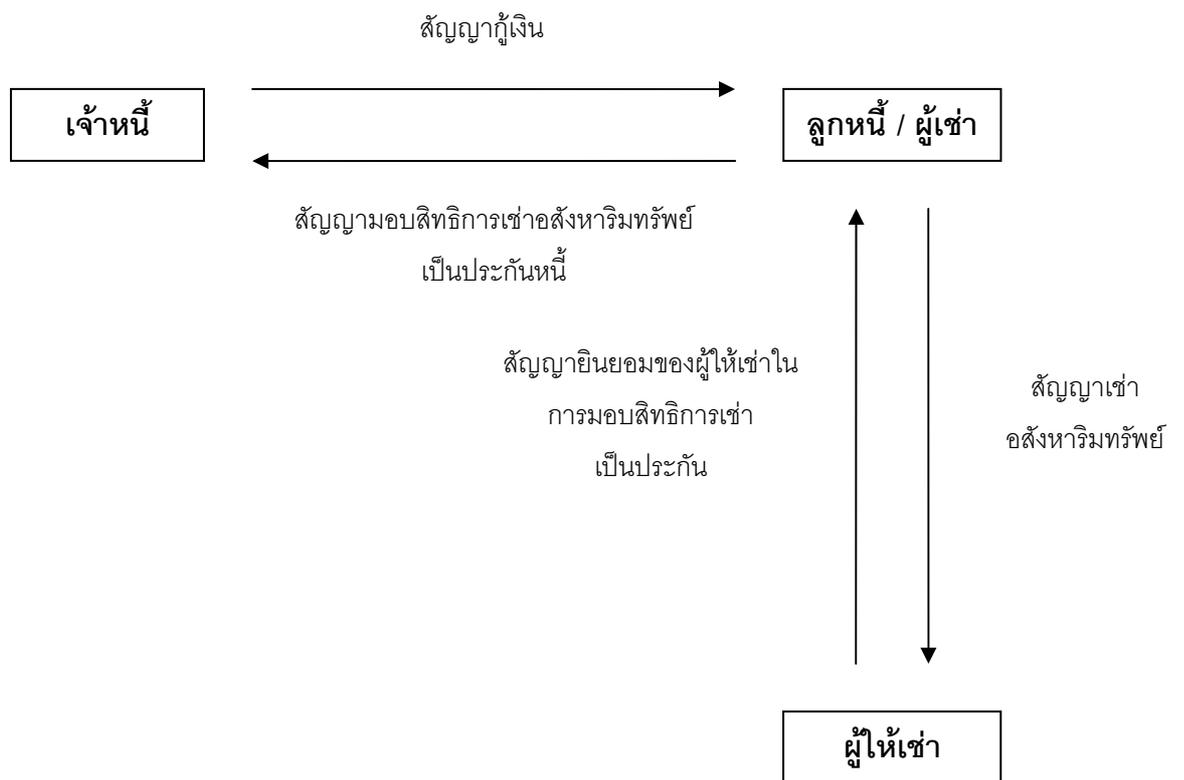
ในขณะที่การนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้สองงวดติดต่อกัน จะต้องผ่านคณะกรรมการประนอมข้อพิพาทนอกศาล หากยังไม่อาจหาข้อยุติได้เพราะเหตุที่ลูกหนี้ยังไม่สามารถชำระหนี้ได้อีก ก็จะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้โดยหน่วยงานของรัฐจะเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” แล้วพิจารณาคัดเลือกผู้ประกอบการรายใหม่มาสวมสิทธิแทน และออกใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองสิทธิให้ใหม่ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้สวมสิทธินี้จะต้องรับภาระหนี้ของ

<sup>32</sup> จิรศักดิ์ รอดจันทร์, “การนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ไปประกันการชำระหนี้และภาระภาษี,” สรรพากรศาสตร์, ฉบับที่ 5, ปีที่ 47, น.50, 52 - 53 (พฤษภาคม, 2543).

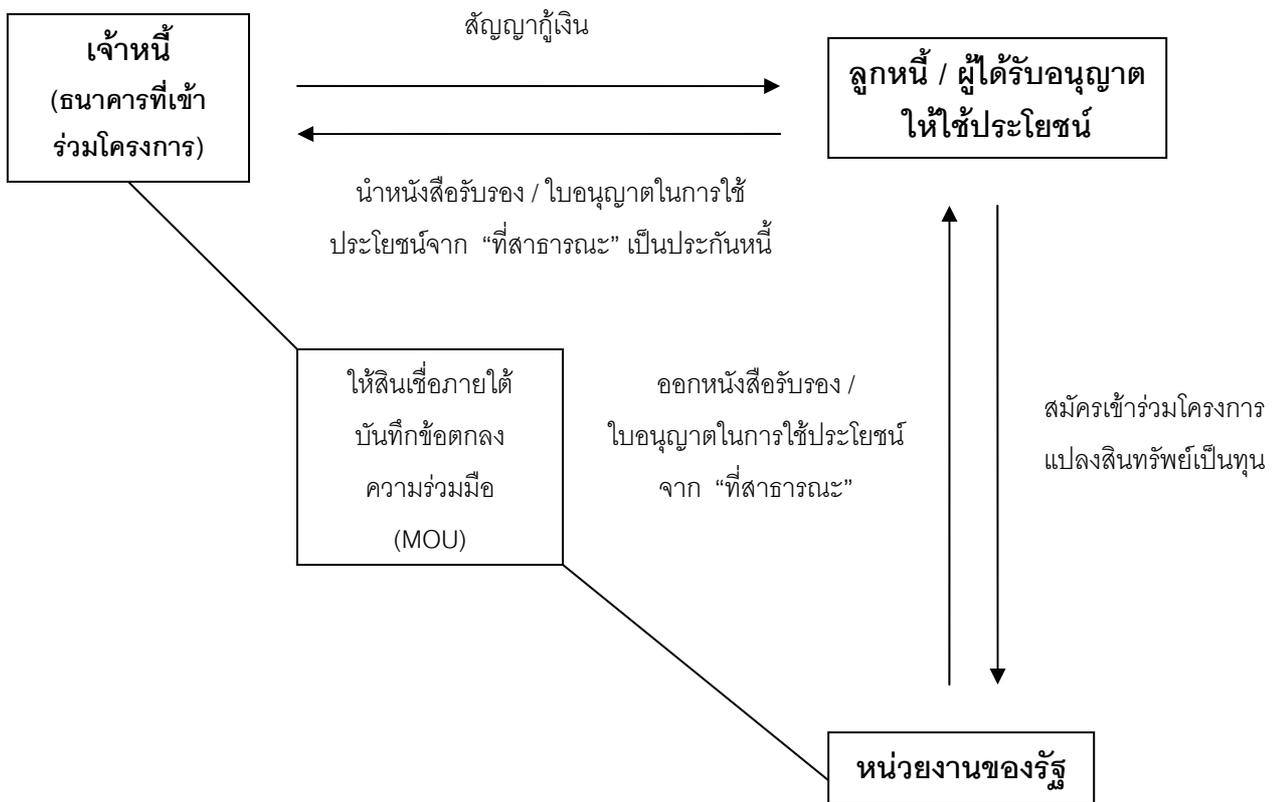
ลูกหนี้เดิมที่ค้างชำระต่อธนาคารด้วย ซึ่งเห็นได้ว่า สิทธิการใช้จ่ายประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ก็มีได้ อยู่ในฐานะหลักประกันตาม ป.พ.พ. เช่นกัน วิธีการบังคับสิทธิจึงไม่ได้มีรูปแบบเดียวกับการบังคับหลักประกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงต้องสร้างกระบวนการบังคับสิทธิขึ้น โดยเฉพาะ เพื่อให้เกิดความคล่องตัว รวดเร็วและเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย

จากลักษณะของสินทรัพย์ประเภทสิทธิการเช่าในที่ของเอกชน และสิทธิการใช้จ่ายประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า สิทธิการเช่าในที่ของเอกชนมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสิทธิการใช้จ่ายประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เนื่องจากลักษณะของสิทธิเป็นการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินในช่วงเวลาจำกัด อีกทั้งสิทธิทั้งสองประเภทนี้มีคุณค่าในแง่ของมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งหากเป็นสิทธิในการใช้จ่ายประโยชน์ที่อยู่ในทำเลที่ตั้งที่ดีด้วยแล้ว ย่อมมีมูลค่าและเป็นที่ต้องการของผู้ประกอบการในการเช่าถือสิทธิเหล่านั้นอีกด้วย

ภาพที่ 4 การนำสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มาประกันหนี้



ภาพที่ 5 การนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน



## 2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้

มาตรการบังคับหลักประกันในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ตามกระบวนการบังคับสิทธิ และการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House) เป็นการให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐเป็นเสมือนผู้มีอำนาจในการบังคับคดี ซึ่งตามปกติการเพิกถอนสิทธิหรือเพิกถอนใบอนุญาตจะทำได้ก็ต่อเมื่อไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขของการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ แต่ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ผู้ประกอบการที่ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” อาจถูกเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตได้ หากผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นำสิทธิการใช้ประโยชน์ดังกล่าวมาเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเพื่อการขอสินเชื่อแล้วผิดนัดไม่ชำระหนี้ให้แก่สถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้ให้กู้ อันเป็นการนำเงื่อนไขตามสัญญากู้เงินมาเป็นเงื่อนไขในการเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ”

กรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลสินทรัพย์นั้นไม่อาจนำเงื่อนไขตามสัญญากู้เงินมาเป็นเงื่อนไขในการเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่จะเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เพราะเหตุที่ผู้ผิดสัญญากู้เงินกับสถาบันการเงินได้ แนวทางการดำเนินงานที่เป็นอยู่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติซึ่งไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับในกรณีดังกล่าว ซึ่งแตกต่างจากในกรณีปกติเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอำนาจในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินย่อมเป็นอำนาจของศาลในการบังคับคดีโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สิน

อย่างไรก็ดี ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมีระบบการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House) อันเป็นการสร้างระบบการบังคับสิทธิก่อนวิธีการทางศาล โดยมีขั้นตอนการบังคับสิทธิที่แตกต่างกับการระงับข้อพิพาทโดยศาล เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้สองงวดติดต่อกัน สถาบันการเงินจะแจ้งให้ลูกหนี้และหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลสินทรัพย์ เพื่อให้หน่วยงานส่งเรื่องให้คณะกรรมการประណอมข้อพิพาทนอกศาล ประกอบด้วย ลูกหนี้ สถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้หรือผู้แทน ผู้แทนเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลสินทรัพย์ และอัยการจังหวัดหรือผู้แทนร่วมกันพิจารณาแก้ไขปัญหาจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หากไม่เป็นที่ยุติเพราะลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ ลูกหนี้จะต้องถูกเพิกถอนสิทธิในการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” จากหน่วยของรัฐที่กำกับดูแลทรัพย์สิน จากนั้นหน่วยของรัฐและสถาบันการเงินจะร่วมกันคัดเลือกผู้รับสิทธิคนใหม่ เป็นผู้สวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิม โดยผู้สวมสิทธิคนนั้นต้องยอมรับภาระหนี้ของลูกหนี้คนเดิม มาตรการนี้เป็นการสร้างระบบบังคับ

ชำระหนี้ขึ้นใหม่โดยหน่วยของรัฐที่กำกับดูแลทรัพย์สินเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งแตกต่างจากการใช้วิธีการทางศาลในกรณีที่ต้องมีการบังคับคดีเกี่ยวกับหลักประกันตามหลักกฎหมายประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

อนึ่ง ในทางปฏิบัติพบว่า การดำเนินการบังคับสิทธิโดยการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House) จากการที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ต้องประสบกับปัญหาต่าง ๆ ดังต่อไปนี้<sup>33</sup>

(1) ปัญหาของหน่วยงานที่กำกับดูแลสินทรัพย์

ก. กระบวนการบังคับสิทธิโดยการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House) ยังไม่มีกฎหมายหรือระเบียบมารองรับ ทำให้ผู้ปฏิบัติงานขาดความเชื่อมั่นในการปฏิบัติงานตามกระบวนการดังกล่าว

ข. ผู้เข้าร่วมโครงการไม่มั่นใจในประสิทธิภาพของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทนอกศาลซึ่งทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท

ค. ผู้ปฏิบัติงานยังไม่มีความเข้าใจในการดำเนินการระงับข้อพิพาทนอกศาลเพียงพอ

ง. การดำเนินการของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทยังไม่ได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ให้ชัดเจน

(2) ปัญหาของสถาบันการเงินที่เข้าร่วมโครงการ

ก. สถาบันการเงินไม่มั่นใจในกลไกการบังคับสิทธิในกรณีที่มีการผิดนัดชำระหนี้ในขั้นตอนของการระงับข้อพิพาทนอกศาลหน่วยงานที่กำกับดูแลสินทรัพย์จะสามารถนำตัวลูกหนี้มาชำระหนี้ได้หรือไม่

ข. สถาบันการเงินขาดความเชื่อมั่นในตัวบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการระงับข้อพิพาทว่าจะมีความเป็นธรรมในการพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่

ค. เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้ และสถาบันการเงินได้แจ้งหน่วยงานเจ้าของสินทรัพย์ให้ทำการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาท ระยะเวลาที่ใช้ดำเนินการอาจจะเป็นการล่าช้า

---

<sup>33</sup> รายงานสรุปผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ นโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน: ศึกษากรณีการระงับข้อพิพาทนอกศาล เมื่อวันที่ 24 - 25 เมษายน 2547. และ รายงานผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง “การพัฒนาระบบการแก้ไขปัญหาและการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House) ให้สามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ” ของแต่ละกลุ่มสินทรัพย์ เมื่อวันที่ 8 - 9 ธันวาคม 2548.

นอกจากปัญหาในทางปฏิบัติที่ได้กล่าวมาข้างต้น กระบวนการบังคับสิทธิในกรณี ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนี้มีปัญหาที่น่าพิจารณาถึงในกรณีที่หา ผู้สวมสิทธิรายใหม่แทนที่ลูกหนี้เดิมที่ผิดนัดชำระหนี้ นั้น ผู้ที่เข้าสวมสิทธิแทนที่จะต้องยอมรับภาระ หนี้ของลูกหนี้เดิม หากหนี้ของลูกหนี้เดิมมีจำนวนหนี้สูงก็อาจจะเกิดปัญหาว่าไม่มีผู้ขอเข้าสวมสิทธิ แทนที่และหนี้ที่ยังไม่ได้ชำระก็จะกลายเป็นภาระของสถาบันการเงิน

เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการบังคับสิทธิโดยการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House) ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นกระบวนการที่ทำกันในวงจำกัด เพราะเป็นกระบวนการที่สร้าง ขึ้นโดยบุคคลภายนอกไม่มีโอกาสตรวจสอบหรือรับรู้ได้ อันเป็นผลทำให้เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ไม่ได้ รับการคุ้มครอง ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ในส่วนที่ว่า ด้วยการเปิดเผยสิทธิของเจ้าหนี้และภาระในการประกันหนี้ของลูกหนี้ให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ ซึ่ง เป็นสิ่งที่ป้องกันมิให้บุคคลภายนอกหลงผิดในฐานะทางการเงินของลูกหนี้และแสดงให้เห็นถึง ภาระการประกันหนี้ของลูกหนี้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้อื่นอีก มีปัญหาว่าเจ้าหนี้อื่นของ ลูกหนี้จะสามารถบังคับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ซึ่งเป็นสินทรัพย์ที่ลูกหนี้ได้ใช้ในการ ขอบสินเชื่อจากสถาบันการเงินตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนในฐานะที่เป็นทรัพย์สินของ ลูกหนี้ได้หรือไม่ เพราะสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นสิทธิที่ได้มาจากการขออนุญาต จากหน่วยงานของรัฐให้สามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้ การเข้าใช้สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเฉพาะตัว การให้อนุญาตก็ต้องขึ้นอยู่กับการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลสิทธิการใช้ประโยชน์ จาก “ที่สาธารณะ”

ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นสิทธิเฉพาะตัว โอนสิทธิให้แก่ผู้อื่นไม่ได้ และเป็นสิทธิที่มีเหนือที่สาธารณะอันเป็นสาธารณ สมบัติของแผ่นดินที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ซึ่งตามมาตรา 285(4) ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาคriminal ความแพ่ง บัญญัติให้ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ศาลจะ สั่งยึดไม่ได้ แต่เหตุใดในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนจึงให้ธนาคารที่เข้าร่วมโครงการซึ่งเป็นเจ้าหนี้ มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ และสามารถบังคับชำระหนี้จากสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีเช่นนั้นได้ ทั้งที่มีฐานะเป็น เจ้าหนี้สามัญเช่นเดียวกัน ในขณะที่เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็น สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เช่นนี้ไม่ได้ อันจะมีลักษณะเป็นการทำให้เจ้าหนี้มีความ ได้เปรียบ เสียเปรียบกัน

นอกจากนี้ จากการศึกษากระบวนการบังคับสิทธิเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ข้างต้น ยังคงมีประเด็นที่น่าพิศวงที่ถึงผลภายหลังการชำระหนี้ของผู้สวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิมที่ผิดนัดชำระหนี้ที่จะต้องรับภาระหนี้ที่ลูกหนี้เดิมคงค้างชำระต่อเจ้าหนี้ เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้เดิมซึ่งเป็นลูกหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนกับผู้สวมสิทธิที่ได้รับภาระหนี้แทนลูกหนี้เดิมนั้นจะเป็นเช่นไร และเมื่อผู้สวมสิทธิดังกล่าวได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้จนเสร็จสิ้นแล้ว จะสามารถเรียกให้ลูกหนี้เดิมชำระหรือขอใช้เงินแก้ตนได้หรือไม่

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 ส่วนที่เกี่ยวกับผลทางกฎหมายของกระบวนการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากระบวนการบังคับสิทธิดังกล่าวมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ตามมาตรา 314 และนิติสัมพันธ์ของการที่บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียได้ทำการชำระหนี้ไปแล้วนั้น อาจถือว่าเป็นการจัดการงานสั่งด้วย ซึ่งทำให้บุคคลภายนอกที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้เดิมนั้นมีทางไล่เบียดเอาจากลูกหนี้ได้ ตาม มาตรา 401<sup>34</sup> ดังนั้น ในกรณีของกระบวนการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนที่ผู้สวมสิทธิได้ผูกพันตนโดยรับภาระหนี้ที่ลูกหนี้เดิมค้างชำระต่อเจ้าหนี้ จึงควรที่จะพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจัดการงานนอกสั่งอันจะมีผลทำให้ผู้สวมสิทธิซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียที่จัดการชำระหนี้แทนลูกหนี้เดิมนั้นจะสามารถเรียกให้ลูกหนี้เดิมขอใช้เงินที่ตนได้ออกไปเพื่อใช้หนี้แทนนั้นคืนแก้ตนได้เช่นเดียวกับกรณีของการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ตามมาตรา 314 หรือไม่ ซึ่งผลจากการพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวก็จะเป็นการอธิบายถึงความสัมพันธ์ของลูกหนี้เดิมกับผู้สวมสิทธิว่ามีความสัมพันธ์กันต่อไปอย่างไรอีกด้วย

สำหรับการจัดการงานนอกสั่งมีรากฐานมาจากหลักกฎหมายโรมันที่เรียกว่า “Negotiorum gestio” ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดการประโยชน์ รวมทั้งการทำแทนในฐานะผู้ดูแล ผู้ปกครองผู้เยาว์ (Tutela) ในสมัย Classic และด้วยเหตุที่ชาวโรมันเป็นชนชาติที่มีความเป็นอยู่ร่วมกันแบบเกื้อกูลกันในฐานะต่าง ๆ เช่น ผู้ปกครอง ผู้ดูแลผู้เยาว์ ผู้ทำการแทนในกิจการอื่น ดังนั้น เมื่อมีเหตุที่ทำให้ตัวการไม่สามารถทำกิจการของตนได้ด้วยตนเอง จึงเกิดความจำเป็นต้องมีการจัดการงานแทนขึ้น โดยเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายดังกล่าวต้องการให้คนเอื้อเพื่อต่อกัน จึงต้องมีกฎหมายรับรองไว้เพื่อการขอใช้คืนให้แก่ผู้จัดการงานแทน โดยหนี้ที่เกิดจากการจัดการ

<sup>34</sup> จิตติ ติงศภัทย์ และ ยล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), น.159.

งานนอกสั่งนั้นได้รับการยอมรับในกฎหมายว่า เป็นการสมควรที่บุคคลจะต้องค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ที่ได้ออกทราจจัดการงานแทนตนไปในทางที่สอดคล้องกับประโยชน์ของตน แม้จะมีได้มีการมอบหมายให้จัดการแทนกันก็ตาม อันเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงช่วยเหลือซึ่งกันและกันในฐานะที่อยู่ร่วมในสังคมเดียวกัน<sup>35</sup>

สาระสำคัญของการจัดการงานนอกสั่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นกรณีที่บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า “ผู้จัดการ” เข้าทำกิจการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “ตัวการ” โดยเขามีได้ว่าขานวานใช้ให้ทำ หรือไม่มีสิทธิที่จะทำแทนผู้นั้นได้ ซึ่งกิจการที่ทำแทนนี้จะเป็นนิติกรรมหรือไม่ก็ได้ และไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นกิจการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือเป็นการจัดการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>36</sup> แต่ที่สำคัญก็คือ กิจการที่ผู้จัดการได้เข้าทำการนั้นจะต้องทำโดยมุ่งหมายว่าเป็นการงานของตัวการ หรือเพื่อประโยชน์ของตัวการ หากเป็นกรณีที่ผู้จัดการทำกิจการเพื่อประโยชน์ของตนเองแล้ว ไม่ถือว่าเป็นการจัดการงานนอกสั่ง เช่น เกิดเหตุเพลิงไหม้ที่บ้านของนาย ก. นาย ข. เพื่อนบ้านเข้ามาช่วยดับไฟ เพื่อที่จะไม่ให้ไฟไหม้บ้านของตนที่อยู่ติดกัน เพียงเท่านั้นจะเห็นได้ว่า เป็นการทำเพื่อประโยชน์ของผู้จัดการเอง ไม่ได้เป็นการทำแทนตัวการ จึงไม่เป็นการจัดการงานนอกสั่ง<sup>37</sup>

<sup>35</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.112., ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามมิควรรู้ได้, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท มีสมบัติ จำกัด, 2548), น.340. และ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่ง และลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), น.9 - 10.

<sup>36</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, เพ็งอ้าง น.113., ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่ง และลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547), น.10 - 11. และ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, เพ็งอ้าง, น.343.

<sup>37</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), น.440. และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, เพ็งอ้าง, น.16.

อย่างไรก็ตาม เมื่อกิจการที่ผู้จัดการได้เข้าทำแทนตัวการนั้นเป็นการจัดการงานนอก  
 ล้างแล้ว หนี้จากการจัดการงานนอกสิ่งนี้จะมีลักษณะเป็นหนี้ในนิติเหตุ ซึ่งเป็นหนี้ที่เกิดจากการที่  
 ผู้จัดการได้ออกเงินค่าใช้จ่ายแทนตัวการ<sup>38</sup> เป็นต้นว่า นิติกรรมที่เกี่ยวกับการชำระหนี้ เช่น นาย ก.  
 เข้าใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ที่มาเรียกเก็บแทน นาย ข. ซึ่งเป็นลูกหนี้ หรือเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้นี้ยึดทรัพย์  
 ไปขายทอดตลาดชำระหนี้<sup>39</sup> กรณีดังเช่นว่านี้ หากผู้จัดการได้เข้าทำกิจการแทนตัวการไปในทางที่  
 สมประโยชน์ของตัวการ ตามความประสงค์ของตัวการ หรือตามที่พึงสันนิษฐานได้ว่าเป็น  
 ความประสงค์ของตัวการแล้ว บทบัญญัติในมาตรา 401 ป.พ.พ. กำหนดให้ผู้จัดการสามารถเรียก  
 ให้ตัวการชดใช้เงินที่ผู้จัดการได้ออกไปนั้นคืนแก่ตนอย่างเช่นตัวแทนก็ได้

ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้น เมื่อเข้าสู่กระบวนการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้  
 ผิดนัดชำระหนี้ หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดูแลสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” จะต้อง  
 พิจารณาคัดเลือกผู้ที่จะมาสวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิมที่ถูกเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้  
 ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” โดยมีเงื่อนไขว่าผู้สวมสิทธิจะต้องยอมรับภาระหนี้ที่ลูกหนี้เดิมค้าง  
 ชำระต่อเจ้าหนี้ และแม้ว่าการชำระหนี้ของผู้สวมสิทธิต่อเจ้าหนี้จะมีผลทำให้หนี้ที่ได้ก่อขึ้นตาม  
 โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นหลักประกัน  
 นั้นเป็นอันระงับลงไปก็ตาม แต่การชำระหนี้ของผู้สวมสิทธินั้นก็จะมีผลทำให้ผู้สวมสิทธิได้มาซึ่ง  
 สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” โดยกลายเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ที่ได้รับอนุญาตให้  
 ได้รับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” แทนที่ลูกหนี้เดิม ซึ่งจะเห็นได้ว่า เจตนาที่แท้จริงของ  
 ผู้สวมสิทธินั้น เป็นการเข้าทำการเพื่อประโยชน์ของตนเอง เพราะเป็นการเข้ารับภาระหนี้ที่ค้าง  
 ชำระของลูกหนี้เดิมเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะ  
 รับภาระหนี้แทนลูกหนี้เดิมเป็นหลัก แม้ว่าในขณะเดียวกันนั้นผู้สวมสิทธิจะได้ทำการชำระหนี้แทน  
 ลูกหนี้เดิม ซึ่งเป็นการจัดการไปในทางที่สมประโยชน์แก่ลูกหนี้เดิมก็ตาม ดังนั้น การชำระหนี้ที่ผู้  
 สวมสิทธิที่ได้กระทำลงไปนั้น จึงไม่ถือว่ามีลักษณะเป็นการจัดการงานนอกสิ่ง และไม่เกิด  
 นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้เดิมและผู้สวมสิทธิภายหลังจากที่ได้มีการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เสร็จสิ้นแล้ว  
 ผู้สวมสิทธิจึงไม่อาจเรียกให้ลูกหนี้เดิมชดใช้เงินที่ตนได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปนั้นคืนแก่ตนได้  
 ตามมาตรา 401 ป.พ.พ.

<sup>38</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.341.

<sup>39</sup> เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น.437.

ดังนั้น แม้ว่าการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ของการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก (มาตรา 314) แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกกับลูกหนี้ภายหลังที่บุคคลภายนอกได้ชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เสร็จสิ้นแล้วหาได้เป็นไปในทำนองเดียวกันไม่ กล่าวคือ กรณีของการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก (มาตรา 314) เมื่อบุคคลภายนอกได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้เสร็จสิ้นแล้ว บุคคลภายนอกนั้นอาจเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้เงินคืนแก่ตนได้ (มาตรา 401) ตามหลักของเรื่องการจัดหางานนอกสิ่งแต่กรณีของการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้น บุคคลภายนอกที่ เป็นผู้สวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิม เมื่อได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้เดิมเสร็จสิ้นแล้ว จะเรียกให้ลูกหนี้เดิมชดใช้เงินคืนแก่ตนไม่ได้ เพราะการที่บุคคลภายนอกที่สวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิมภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องเข้าใช้หนี้แทนลูกหนี้ นั้น แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการทำการแทนผู้อื่น แต่จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของการเข้ารับภาระหนี้แทนลูกหนี้ ก็คือ ผู้สวมสิทธิมีวัตถุประสงค์หลักที่จะได้รับสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มากกว่าการชำระหนี้เพื่อเข้าทำการแทนลูกหนี้เดิม ทำให้การบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลอื่นที่เข้าสวมสิทธิกับลูกหนี้เดิมในผลภายหลังจากที่มีการชำระหนี้ของบุคคลอื่นนั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ตามมาตรา 314

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนการที่ผู้สวมสิทธิซึ่งเป็นผู้ที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้เดิม จะเรียกให้ลูกหนี้เดิมชดใช้เงินคืนแก่ตนไม่ได้ก็คือ ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ลูกหนี้จะขอสินเชื่อจากธนาคารหรือสถาบันการเงิน โดยมีสิทธิการ उपयोगจาก “ที่สาธารณะ” เป็นหลักประกัน โดยธนาคารจะให้สินเชื่อแก่ผู้ที่เข้าร่วมโครงการที่มีหลักประกันเป็นสินทรัพย์ที่กำหนดไว้ตามโครงการ ซึ่งในที่นี้ ก็คือ สิทธิการ उपयोगจาก “ที่สาธารณะ” ตามที่ธนาคารได้ทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือตามนโยบายแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (MOU) เอาไว้ เมื่อลูกหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนผิดนัดชำระหนี้และไม่สามารถไกล่เกลี่ยแก้ไขปัญหาการผิดนัดชำระหนี้โดยผ่านคณะกรรมการประนอมข้อพิพาทได้ ก็จะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้จากสิทธิการ उपयोगจาก “ที่สาธารณะ” ที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นหลักประกัน ลูกหนี้นั้นก็จะถูกเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตในการ उपयोगจาก “ที่สาธารณะ” อันทำให้เขาต้องเสียสิทธิในการ उपयोगจาก “ที่สาธารณะ” ซึ่งนั่นก็เป็นเสมือนหนึ่งเป็นสิ่งที่ลูกหนี้ได้ชดใช้แทนการที่เขาไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว จากนั้นจะมีการพิจารณาจัดหาผู้สวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิม ซึ่งผู้สวมสิทธิจะต้องรับภาระหนี้แทนลูกหนี้เดิม โดยกระบวนการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้จะทำผ่าน

กลไกของกระบวนการบังคับสิทธิและการระงับข้อพิพาทนอกศาลตามที่กำหนดไว้ในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ และไม่ต้องมีการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นั้นไปขายทอดตลาด ทำให้กรณีการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ดังกล่าวแตกต่างกับกรณีของการบังคับจำนองที่ต้องนำทรัพย์สินหลักประกันไปขายทอดตลาดก่อนแล้วนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ แต่การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้นหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดูแลสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” จะพิจารณาจัดหาผู้สวมสิทธิแทนที่ลูกหนี้เดิม โดยมีเงื่อนไขว่าผู้สวมสิทธิแทนนั้นต้องรับภาระหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระต่อไป

นอกจากนั้นในการขอสินเชื่อตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ลูกหนี้ได้นำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ไปใช้เป็นหลักประกันหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้จึงต้องถูกบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่ได้ให้ไว้ ดังนั้น จึงไม่ควรที่จะให้ลูกหนี้เดิมชดใช้เงินคืนแก่ผู้สวมสิทธิที่ได้ทำการชำระหนี้แทนตนอีก อีกทั้งลูกหนี้เดิมและผู้สวมสิทธิก็ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันมาก่อนจึงไม่มีความสัมพันธ์ที่จะเรียกให้ลูกหนี้เดิมชำระหนี้ให้แก่ตนได้

ภาพที่ 6 นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในกระบวนการบังคับสิทธิ  
ในกรณีที่ถูกหนีผิดนัดชำระหนี้



## 2.4 ปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

เนื่องจากสินทรัพย์ที่สามารถนำมาแปลงเป็นทุนได้นั้นยังไม่มีเอกสารสิทธิเป็นที่ยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณชนอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ ทำให้ไม่เคยมีรูปแบบการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเหล่านั้นมาก่อน อีกทั้งยังขาดกลไกและบุคลากรที่ทำหน้าที่ประเมินราคา และมูลค่าของสินทรัพย์ นอกจากนี้ปัญหาเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สินมีผลที่สืบเนื่องมาจากลักษณะของสินทรัพย์เป็นสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เช่น การจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะของเขตองค์การปกครองท้องถิ่น การประกอบกิจการจำหน่ายอาหาร เครื่องดื่ม ของที่ระลึก ในเขตอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์เหนือที่สาธารณะ โดย “ที่สาธารณะ” ถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่พลเมืองใช้ร่วมกันที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ตามมาตรา 143 ป.พ.พ. ได้บัญญัติว่า “ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ หมายความว่า ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้และทรัพย์สินที่โอนแก่กันมิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย” เมื่อเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ จึงเป็นทรัพย์สินที่ไม่พึงประเมินราคา เนื่องจากบุคคลใด ๆ ไม่สามารถถือครองได้ หรือถือประโยชน์จากการโอนเปลี่ยนมือกันได้

ในประเด็นปัญหาในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่า “ที่สาธารณะ” จะมีสาธารณสมบัติของแผ่นดินอันเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่พึงประเมินราคาก็ตาม โดยสิ่งที่จะนำมาใช้ประกันหนี้ในที่นี้ไม่ได้เป็นการนำตัวทรัพย์สินมาเป็นประกันหนี้ แต่เป็นการนำสิทธิเหนือทรัพย์สินมาเป็นประกันหนี้ และตัวสิทธินี้เป็นสิ่งที่มีราคา มีมูลค่า ดังนั้นการจะนำสิทธิเหล่านี้มาใช้เป็นหลักประกันหนี้ก็ต้องมีหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาสินเชื่อของสถาบันการเงินอย่างมาก เพราะหากประสงค์ที่จะนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ประโยชน์เพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สินให้ชัดเจนและเหมาะสม เพื่อเป็นมาตรฐานในการคำนวณมูลค่าของสิทธิ

สำหรับหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ในที่นี้ ผู้เขียนจะเทียบเคียงกับวิธีการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่า เนื่องจากสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสิทธิการเช่า<sup>40</sup> (ดังที่ผู้เขียนได้ศึกษา

<sup>40</sup> โปรดดู หัวข้อ 2.2 ปัญหาเกี่ยวกับสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณชนที่นำมาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ น.132 - 143.

เปรียบเทียบมาแล้วข้างต้น) แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงวิธีการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่านั้น ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยทั่วไปที่นิยมใช้กัน มี 3 วิธี ดังนี้<sup>41</sup>

- (1) การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีตลาด (Market Approach)
- (2) การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีต้นทุน (Cost Approach)
- (3) การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีรายได้ (Income Approach)

- (1) การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีตลาด (Market Approach)

วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีตลาด (Market Approach) เป็นวิธีการประเมินโดยเทียบจากมูลค่าหรือราคาที่เกิดจากการที่ฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายเต็มใจที่จะซื้อขายกัน มีหลักการในการประเมินหามูลค่าตลาดของทรัพย์สิน ก็คือ ทรัพย์สินจะมีมูลค่าที่เท่ากับหรือใกล้เคียงกับทรัพย์สินที่มีลักษณะคล้ายหรือเหมือนกัน โดยการเปรียบเทียบกับข้อมูลของทรัพย์สินที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน เช่น ตลาดที่อยู่พื้นที่ใกล้เคียงกัน ห้องชุดในคอนโดมิเนียม ซึ่งวิธีการดังกล่าวมีข้อดีตรงที่ง่ายต่อการเข้าใจและง่ายต่อการคำนวณ โดยประเมินมูลค่าจะใช้การเปรียบเทียบค่าเช่าสิทธิซึ่งเป็นค่าตอบแทนในการโอนสิทธิการเช่าของทรัพย์สินที่มีอายุสัญญาเช่าเหลืออยู่เท่ากัน และมีสภาพทำเลที่ตั้งคล้ายคลึงกัน แต่วิธีการนี้อาจจะมีข้อเสียในการหาข้อมูลทรัพย์สินเปรียบเทียบกับที่มีลักษณะหรือคุณสมบัติที่ใกล้เคียงหรือเหมือนกับทรัพย์สินที่ประเมิน

**ตัวอย่าง** แผงคำในตลาคัดจตุจักร ซึ่งมีการทำสัญญาเช่าปีต่อปี ข้อมูลเกี่ยวกับค่าเช่าสิทธิ สำหรับทำเลดีมากค่าเช่า 1,000,000 บาท ทำเลดีค่าเช่า 800,000 บาท ทำเลพอใช้ค่าเช่า 600,000 บาท ทำเลที่ด้อยที่สุดค่าเช่า 500,000 บาท ดังนั้น หากผู้เช่าแผงคำในทำเลพอใช้จะนำสิทธิการเช่ามาเป็นประกันหนี้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน การประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่าโดยวิธีตลาดนี้ จะเปรียบเทียบกับค่าเช่าของทรัพย์สินที่คล้ายคลึงกัน ดังนั้น มูลค่าของสิทธิการเช่าจึงเท่ากับ 600,000 บาท

---

<sup>41</sup> คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หลักการประเมินมูลค่าตลาดของสิทธิการเช่า, (กรุงเทพมหานคร: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี, 2547), น.5 - 6, 10 -16. และ สมพร อิศวิลานนท์, “การแปลงสินทรัพย์เป็นทุน: กรณีการถือครองสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินของรัฐแบบมีเงื่อนไข,” <<http://www.sri.cmu.ac.th/~environment/Download/050405.pdf>>.

## (2) การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีต้นทุน (Cost Approach)

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีนี้จะคิดจากต้นทุน ซึ่งหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในรูปแบบนี้คือ มูลค่าของทรัพย์สินที่เหมือนกันไม่ควรมากหรือน้อยกว่าต้นทุนในการสร้างทรัพย์สินที่มีลักษณะเหมือนกัน โดยวิธีการประเมินจะต้องหามูลค่าต่อตารางเมตรหรือตารางวาของที่ดินของตัวเปรียบเทียบที่มีลักษณะเหมือนกับทรัพย์สิน และจะต้องหาต้นทุนในการก่อสร้าง (โดยถ้ามีการก่อสร้างใหม่จะมีต้นทุนในการก่อสร้างเท่าใด) รวมทั้งหาค่าเสื่อมราคาสะสมของทรัพย์สินนั้น ซึ่งในการคำนวณมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีต้นทุนนี้ จะต้องนำมูลค่าของที่ดินมารวมกับต้นทุนการก่อสร้างหากต้องมีการก่อสร้างใหม่ หักด้วยค่าเสื่อมราคาสะสมของทรัพย์สินนั้นก็จะได้มูลค่าของทรัพย์สิน

ตัวอย่าง ในการประเมินราคาบ้านหลังหนึ่งที่ปลูกสร้างบนพื้นที่ 75 ตารางวา ซึ่งที่ดินมีมูลค่า 300,000 บาท ต้นทุนในการก่อสร้างบ้านหลังใหม่เป็นเงิน 500,000 บาท ค่าเสื่อมราคาสะสมของบ้านคำนวณได้ 5 % ต่อปี โดยมีอายุบ้าน 10 ปี

ดังนั้น ในการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินโดยวิธีต้นทุนตามตัวอย่าง จะสามารถประเมินมูลค่าของทรัพย์สินได้  $\{300,000 + 500,000 - (500,000 \times 5\%) \times 10\}$  เท่ากับ 550,000 บาท

## (3) การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีรายได้ (Income Approach)

หลักการในการประเมินหามูลค่าของทรัพย์สินโดยวิธีรายได้ว่า มูลค่าของทรัพย์สินมีค่าเท่ากับรายได้หรือผลประโยชน์ที่ทรัพย์สินนั้นจะสร้างขึ้นได้ในอนาคตในอัตราผลตอบแทนที่เหมาะสม หรือตามอัตราผลตอบแทนตลาดของการลงทุนในชนิดของอสังหาริมทรัพย์นั้น ๆ ซึ่งอัตราผลตอบแทนการลงทุนมาจากการคำนวณเงินที่ได้รับจากการลงทุนโดยคิดเป็นเปอร์เซ็นต์ สำหรับข้อดีของวิธีการประเมินแบบนี้ก็คือ เป็นวิธีการทำรายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้กลายเป็นมูลค่าของสินทรัพย์

ตัวอย่าง ค่าเช่าแผงค้าในตลาดเพื่อการค้าขาย 30,000 บาทต่อปี ซึ่งตลอดทั้งปีมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับแผงค้านี้ เช่น ค่าน้ำ ค่าไฟ ค่าเก็บขยะ ประมาณปีละ 5,000 บาท และมีอัตราผลตอบแทนตลาดเท่ากับ 10% ต่อปี จะเห็นได้ว่า ค่าเช่าแผงค้านั้นเป็นรายได้สุทธิหรือผลประโยชน์ที่ทรัพย์สินนั้นจะสร้างขึ้นได้ในอนาคต เมื่อคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินโดยวิธีรายได้จะต้องคำนวณรายได้หรือผลประโยชน์สุทธิของทรัพย์สิน (รายได้หักด้วยค่าใช้จ่าย) ต่ออัตราผลตอบแทนในการลงทุนในปีนั้น

ดังนั้น ในการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินโดยวิธีรายได้ตามตัวอย่าง จะสามารถประเมินมูลค่าของทรัพย์สินได้  $\{(30,000 - 5,000) \div 10\% = 25,000\}$  บาท

สำหรับวิธีการที่ใช้ในการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่า นั้น นิยมใช้วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีตลาด (Market Approach) และวิธีรายได้ (Income Approach) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากจะนำวิธีการประเมินมูลค่าทั้งสองวิธีมาปรับใช้กับการประเมินมูลค่าของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” คงปรับใช้ได้เฉพาะแต่การประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีรายได้ (Income Approach) เท่านั้น ไม่สามารถนำวิธีตลาด (Market Approach) มาปรับใช้ได้ เนื่องจากสินทรัพย์ประเภทที่สาธารณะ อันได้แก่ สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” เป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตลาดมารองรับ และไม่มีราคาซื้อขายสำหรับสินทรัพย์ประเภทนี้มาก่อน จึงไม่อาจเทียบเคียงกับราคาตลาดได้

ดังนั้น ในการประเมินมูลค่าของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” จึงควรจะนำวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินโดยวิธีรายได้ (Income Approach) มาปรับใช้ เนื่องจากเป็นวิธีการที่สามารถคำนวณจากรายได้ที่ได้รับ ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการได้รับจากการประกอบการ เช่น การจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ การดำเนินกิจการท่องเที่ยวและพักอาศัยในเขตอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม วิธีการประเมินมูลค่าของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” โดยวิธีรายได้ที่ผู้เขียนได้เสนอมาข้างต้นนี้มาจากการเทียบเคียงกับวิธีการประเมินมูลค่าของสิทธิการเช่า หากเป็นไปได้ในอนาคตการประเมินมูลค่าทรัพย์สินควรจะมีการประเมินโดยค่านึงถึงมูลค่าจากการใช้ประโยชน์มาเป็นเกณฑ์ในการประเมินโดยตรง เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นการสร้างวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินได้ตรงตามลักษณะของการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์นั้น ๆ

อาจกล่าวโดยสรุป สำหรับในประเด็นปัญหาทั้งหมดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเกี่ยวข้องโดยตรงกับระบบประกันหนี้แต่ไม่ใช่เป็นการประกันหนี้ตามกฎหมาย จึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติที่รัฐจะดำเนินนโยบายโดยการสร้างกลไกและระบบต่าง ๆ เพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนขึ้นโดยเฉพาะ ซึ่งมีความแตกต่างกับกลไกที่บังคับใช้ตามกฎหมายแต่กลไกและระบบต่าง ๆ ที่สร้างขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนนั้นไม่มีความเหมาะสมในหลาย ๆ ประการ ดังนี้

(1) ในเรื่องความไม่ชัดเจนในเนื้อหาแห่งสิทธิในทรัพย์สินของสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของสิทธิ ความมั่นคงของสิทธิ รวมถึงสภาพของการหวงกั้นสิทธิ สิ่งเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อมูลค่าของสิทธิ อีกประการหนึ่ง การที่เนื้อหาแห่งสิทธิไม่ชัดเจน เนื่องจากสิทธินั้นไม่สามารถใช้ยื่นกับบุคคลทั่วไปในลักษณะเช่นเดียวกับทรัพย์สินได้

และในการนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสรับรู้หรือสามารถตรวจสอบได้ จึงไม่ใช่เป็นการประกันนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการประกันนี้ด้วยทรัพย์สินประการหนึ่ง ก็คือ จะต้องมีการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ถึงภาระประกันนี้ที่มีต่อทรัพย์สินด้วย

(2) การให้เอกชนคนใดคนหนึ่งใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่พลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันอาจมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ของเอกชนคนอื่นด้วยเช่นกัน

(3) การนำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” ซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่พลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันมาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐให้ใช้สิทธิดังกล่าว สิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” นั้นไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือให้แก่ผู้อื่นต่อไปได้ เว้นแต่เป็นการโอนให้แก่ทายาท ทำให้ขาดคุณสมบัติหรือลักษณะของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันนี้ นอกจากนี้ ข้อขัดข้องในเรื่องการโอนเปลี่ยนมือยังเป็นปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อเรื่องการประเมินมูลค่าทรัพย์สินอีกด้วย เพราะเมื่อเป็นทรัพย์สินที่โอนเปลี่ยนมือไม่ได้ก็ไม่อาจหามูลค่าเทียบเคียงได้ จึงยากแก่การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

(4) ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้สร้างกลไกการบังคับสิทธิในกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ แต่กระบวนการบังคับสิทธิดังกล่าวนั้นมีวงจำกัด เป็นที่รับรู้เฉพาะแต่หน่วยงานของรัฐที่ดูแลสินทรัพย์ สถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ และลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ที่นำสิทธิการใช้ประโยชน์จาก “ที่สาธารณะ” มาขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินโดยการเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ซึ่งกระบวนการบังคับสิทธิที่ไม่เปิดเผยเช่นนี้ ทำให้เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการประกันนี้ด้วยทรัพย์สินที่ว่า จะต้องมีการเปิดเผยสิทธิของเจ้าหนี้และภาระในการประกันนี้ของลูกหนี้ให้บุคคลภายนอกได้รับรู้