

ปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

ระวีวรรณ ทวีชสังข์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2562

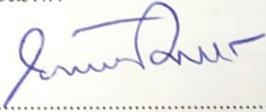
ปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

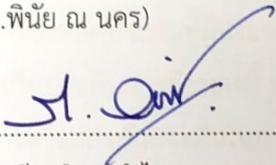
ระวีวรรณ ทิวขสังข์

คณะนิติศาสตร์

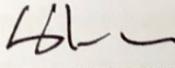
ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(ดร.พินัย ฒ นคร)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.เกียรติพร อำไพ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี
(นเรศร์ เกษะประกร)

กุมภาพันธ์ 2563

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	ปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558
ชื่อผู้เขียน	นางสาวระวีวรรณ ทวีชสังข์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2563

ในการหาแหล่งเงินทุนสำหรับผู้ประกอบการ สถาบันการเงินมักเป็นตัวเลือกแรก ๆ ที่ผู้ประกอบการให้ความสนใจเพื่อเป็นแหล่งเงินทุนให้กับบริษัทหรือกิจการของผู้ประกอบการ แต่ในขณะเดียวกันสถาบันการเงินก็อนุมัติวงเงินและปล่อยสินเชื่อได้ในวงเงินที่จำกัด เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของธนาคารแห่งประเทศไทย ประกอบกับการพิจารณาสินเชื่อให้กับลูกค้าแต่ละรายนั้น สถาบันการเงินจะพิจารณาถึงปัจจัยหลาย ๆ อย่าง เช่น จำนวนวงเงินที่ผู้ประกอบการขอ ความสามารถในการชำระคืน และมูลค่าของหลักประกันที่ผู้ประกอบการนำมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ ทั้งนี้ ในการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ หากทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าไม่ต่ำกว่าหนี้ที่เป็นประกัน ย่อมเป็นการจูงใจให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินในการให้สินเชื่อ (Extension of Credit) เนื่องจากธนาคารหรือสถาบันการเงินย่อมมีความมั่นใจว่า แม้ลูกหนี้หรือผู้ขอสินเชื่อจะไม่ชำระหนี้ ธนาคารหรือสถาบันการเงินก็ยังสามารถที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้

ดังนั้น มาตรการการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน จึงเป็นมาตรการหนึ่งที่สำคัญอย่างยิ่งในการหาเงินทุนหมุนเวียนมาใช้ในการประกอบธุรกิจ และเป็นส่วนสำคัญต่อการส่งเสริมการลงทุนในการประกอบธุรกิจและพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทยกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันมีแค่จำนำ และจำนอง เท่านั้นที่สถาบันการเงินนำไปใช้เกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้โดยเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702, 703 และมาตรา 747 กฎหมายหลักประกันดังกล่าวเป็นประโยชน์ในวงจำกัดและไม่สอดคล้องหรือรองรับกับความเปลี่ยนแปลงของโลกในยุคปัจจุบันทำให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหลายอย่างไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ เช่น วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง สิทธิเรียกร้องทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น จากปัญหาข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่เอื้อต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันและทรัพย์สินบางประเภทที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ แต่

(4)

ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายได้ จึงทำให้เป็นที่มาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2558 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กรกฎาคม 2562

จากการศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้ประกอบการเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ดีขึ้น โดยนอกจากจะเพิ่มเติมประเภททรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้แล้ว ผู้ประกอบการยังสามารถใช้ประโยชน์จากหลักประกันนั้นได้ต่อไป แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษา ยังพบว่าพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 นั้น ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการไม่ว่าจะเป็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญา ผลของสัญญาและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับผู้รับหลักประกัน ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก และปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน โดยแนวทางการแก้ปัญหาที่ผู้ศึกษานำมาเสนอนั้นเป็นเพียงแนวทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหาเท่านั้น หากมีการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฉบับนี้จริง จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องสอบถามความเห็นของภาคธุรกิจและผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เพื่อให้ทราบถึงปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ เพื่อให้การปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวสมบูรณ์และสมประโยชน์ทั้งในส่วนของผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกัน และในส่วนอื่น ๆ ต่อไป

ABSTRACT

Title of thesis	Collateral Problems in Accordance of Commercial Collateral Act B.E.2558
Author	Miss Rawiwan Thawitsang
Degree	Master of Laws
Year	2020

In finding sources of funds for entrepreneurs, financial institutions are often the first option that entrepreneurs pay attention to as a source of funds for the company or business of entrepreneurs. But at the same time, the financial institution can approve the credit limit and grant the credit limit. This is because it has to be under the regulations of the Bank of Thailand. For credit consideration for each customer, financial institutions will consider many factors such as the amount of credit limit that the entrepreneur requests for a loan, ability to repay, and the value of the collateral used by the entrepreneur as collateral for loan application. In using assets as collateral for debt repayment, if the property has a value that not less than the guaranteed debt, it will motivate banks or financial institutions to give loans or extension of credit. Bank or financial institutions are confident. Although the debtor or the loan applicant will not pay the debt, bank or financial institution are also able to enforce payment of the collateral assets.

Therefore, measure for guaranteeing debt repayment by property is one of the measures that is very necessary to find working capital to be used in business operations. It is an important part of promoting investment in business operations and developing the country's overall economic system to be more stable

For Thailand, the laws that involve collateral law only have guarantee, pledge and mortgages that financial institutions apply in relation to guaranteeing debt

(6)

repayment in accordance with Section 702, 703 and 747 of the Civil and Commercial Code. Such collateral laws are of limited benefit and do not correspond to or change in the world today, causing assets with many economic values to not be used as collateral such as raw materials, inventories, claims, and intellectual property etc.

From the limitations under the Civil and Commercial Code are not conducive to the use of property as collateral. Some assets with economic values but cannot be used as legal collateral. It is therefore the origin of the Business Security Act 2015, which was announced in the Government Gazette on 5 November 2015 and came into effect on 2 July 2019.

From the study and analysis of the Business Security Act 2015, it is found that the Act intends to provide entrepreneurs with better access to funding. In addition, it will add additional types of that can be used as collateral entrepreneurs can still benefit from that collateral. However, the study is found that the Business Security Act 2015 still has many flaws as follows: legal issues regarding persons involved in the contract, results of contracts and legal relations between the guarantor and the collateral receiver, problems with rights and duties between the security provider and the security receiver and third parties, and problems with the enforcement of collateral. The troubleshooting guidelines that researcher present are just one way to solve the problems. If the provisions of this Business Security Act are amended, it is important to ask the opinion of the business sector and other relevant parties in order to be aware of problems in practice. This is to ensure that the amendment of the said Act is complete and beneficial for the guarantor, the collateral receiver, and in other areas.

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาวิจัยในหัวข้อ “ปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558” สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความอนุเคราะห์จากศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ผู้จุดประกายความคิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติหลักประกันดังกล่าว และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ ผู้ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษา แนะนำ ให้ข้อคิดและให้ความช่วยเหลือด้านข้อมูล ตลอดจนรองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อ่ำไพ ที่คอยแนะนำ และให้ข้อเสนอแนะ พร้อมทั้งแนวทางในการศึกษาวิจัยที่ถูกต้องตามระเบียบวิธีวิจัย จึงทำให้งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

สุดท้ายนี้ ขอกราบพระคุณ ผู้บุพการี ที่คอยให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจ ตลอดจนขอบคุณเพื่อน ๆ ทุกคนที่คอยช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ และเป็นกำลังใจให้เสมอมา จนการศึกษาในครั้งนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ระวีวรรณ ทวีขันธ์

กุมภาพันธ์ 2563

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.4 สมมติฐานของการศึกษา	7
1.5 วิธีที่ใช้ในการศึกษา	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	8
บทที่ 2 แนวคิดและวิวัฒนาการของหลักประกันหนี้หลักประกันหนี้	10
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	
2.1 ความหมายของหลักประกัน	10
2.2 แนวคิดหลักประกันหนี้	12
2.3 วิวัฒนาการของหลักประกันหนี้ในกฎหมายต่างประเทศ	13
2.3.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน	13
2.3.2 กฎหมายโรมันแบ่งหลักประกันออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้	14
2.3.3 วิวัฒนาการหลักประกันหนี้ตามกฎหมายไทย	17
2.4 การประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	20
2.4.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล	20
2.4.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน	22
2.5 การประกันหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558	27
2.5.1 บุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ	27

2.5.2	ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้	29
2.5.3	ลักษณะที่สำคัญของหลักประกันหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกัน ทางธุรกิจ	29
2.5.4	การบังคับหลักประกัน	29
2.5.5	ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ	30
บทที่ 3	กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันหนี้	32
3.1	หลักประกันหนี้ตามหลัก Floating Charge ของประเทศอังกฤษ	32
3.1.1	ความเป็นมา	32
3.1.2	ลักษณะเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge	34
3.1.3	ลักษณะของหลักประกัน	36
3.1.4	ลักษณะของการประกันหนี้	37
3.1.5	ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้	44
3.1.6	หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาหลักประกันแบบลอย	46
3.1.7	การจดทะเบียนการใช้หลักประกันแบบลอย	46
3.1.8	หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาหลักประกันแบบลอยและการจดทะเบียน	53
3.1.9	การจดทะเบียนในระบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษ	53
3.1.10	ผลของการไม่จดทะเบียนต่อนายทะเบียน	54
3.1.11	ผลของการจดทะเบียนล่าช้า	55
3.1.12	การแปลงสภาพของทรัพย์สินหลักประกัน	56
3.1.13	การบังคับหลักประกันตามหลักกฎหมายของอังกฤษ	57
3.1.14	ข้อดีและข้อเสียของหลักกฎหมาย Floating Charge	60
3.2	หลักประกันหนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code Article 9 (Secured Transactions))	62
3.2.1	ความเป็นมา	62
3.2.2	ประเภทของทรัพย์สิน	63
3.2.3	บุคคลที่เป็นคู่สัญญา	67
3.2.4	การจดทะเบียน	67
3.2.5	สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา	67
3.2.6	สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก	67
3.2.7	การบังคับและจำหน่ายหลักประกันในกรณีทั่วไป	68
3.2.8	การบังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ	68

3.3	หลักประกันหนี้ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558	70
3.3.1	สาระสำคัญของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ	71
3.3.2	ความหมายของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ	71
3.3.3	คู่สัญญา	71
3.3.4	ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้	73
3.3.5	แบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ต่อเจ้าพนักงานทะเบียน (มาตรา 13)	73
3.3.6	การจดทะเบียน	73
3.3.7	สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน	74
3.3.8	การบังคับหลักประกัน	78
3.3.9	การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ	80
3.3.10	ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ	82
3.3.11	บทกำหนดโทษ	83
บทที่ 4	บทวิเคราะห์ปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติ หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558	84
4.1	ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ	86
4.1.1	บุคคลที่เป็นผู้ให้หลักประกันได้ (มาตรา 6)	86
4.1.2	บุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันได้ (มาตรา 7)	89
4.2	ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มาตรา 8)	92
4.2.1	ประเภทของทรัพย์สินและการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติ	92
4.2.2	ทรัพย์สินตามรายการของมาตรา 8 สามารถก่อให้เกิดปัญหาการตีความ และบังคับใช้กฎหมาย	95
4.3	ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญาและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับผู้รับ หลักประกัน	96
4.3.1	แบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ (มาตรา 13)	96
4.3.2	นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน	98
4.3.3	ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน กับบุคคลภายนอก	100
4.4	ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน	101
4.4.1	วิธีการบังคับหลักประกัน	102
4.4.2	การบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ของผู้ให้หลักประกันกรณีผิดนัดชำระหนี้ ต่อผู้รับหลักประกัน	103

4.4.3 การบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ	103
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	108
5.1 บทสรุป	119
5.2 ข้อเสนอแนะ	122
บรรณานุกรม	124
ประวัติผู้เขียน	128

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการหาแหล่งเงินทุนสำหรับผู้ประกอบการ สถาบันการเงินมักเป็นตัวเลือกแรก ๆ ที่ผู้ประกอบการให้ความสนใจเพื่อเป็นแหล่งเงินทุนให้กับบริษัทหรือกิจการของผู้ประกอบการไม่ว่าจะเป็นธุรกิจขนาดเล็ก ขนาดกลางหรือขนาดใหญ่ ซึ่งเป็นที่นิยมตั้งแตในอดีตจนถึงปัจจุบัน และเพราะการที่ได้รับความนิยมอย่างต่อเนื่องทำให้ผู้ประกอบการจำนวนมากมักจะมาขอสินเชื่อกับสถาบันการเงิน แต่ในขณะเดียวกันสถาบันการเงินก็อนุมัติวงเงินและปล่อยสินเชื่อได้ในวงเงินที่จำกัด เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของธนาคารแห่งประเทศไทย ประกอบกับการพิจารณาสินเชื่อให้กับลูกค้าแต่ละรายนั้น สถาบันการเงินจะพิจารณาถึงปัจจัยหลาย ๆ อย่าง เช่น จำนวนวงเงินที่ผู้ประกอบการขอกู้ ความสามารถในการชำระคืน และมูลค่าของหลักประกันที่ผู้ประกอบการนำมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ การที่ต้องนำมูลค่าหลักประกันเข้ามามีบทบาทในการขอสินเชื่อก็เพื่อป้องกันความเสี่ยงที่ธนาคารอาจได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบการไม่สามารถชำระคืนเงินกู้ตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนั้นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินจึงเป็นมาตรการที่สำคัญอย่างหนึ่งต่อกรให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้โดยง่าย โดยไม่ต้องพึ่งพาหนึ่ระบบและอาจเป็นส่วนหนึ่งในการลดต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบการได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มของผู้ประกอบการขนาดเล็ก ซึ่งถ้าหากกฎหมายเปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันจะทำให้ผู้ประกอบการนำทรัพย์สินที่มีอยู่และมีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดได้

ในประเทศไทยกฎหมายหลักประกันมีแค่ค้ำประกัน จำนำ และจำนอง เท่านั้นที่สถาบันการเงินนำไปใช้เกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้โดยเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702, 703 และมาตรา 747 กฎหมายหลักประกันดังกล่าวเป็นประโยชน์ในวงจำกัดและไม่สอดคล้องหรือรองรับกับความเปลี่ยนแปลงของโลกในยุคปัจจุบันทำให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหลายอย่างไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ เช่น วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง สิทธิเรียกร้องทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้นแต่สถาบันการเงินก็ยังยอมรับหลักประกันบางประเภทที่เป็นทรัพย์สินที่

จำหน่าย จำนองไม่ได้ ให้ผู้ประกอบการสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ เช่น สิทธิการเช่า สิทธิเรียกร้อง การรับเงิน จำนำเงินฝาก (โอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินฝาก) จำนำข้าวในโรงเก็บสินค้าได้ การจัดทำ สัญญารับฝากทรัพย์สินซึ่งจำนำ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาฎีกาออกมาแล้วว่าใช้บังคับไม่ได้ เช่น คำพิพากษา ฎีกาที่ 2448/2551¹ เป็นต้น แต่การได้มาซึ่งหลักประกันดังกล่าวเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น สถาบัน การเงินยังไม่ใช่เจ้าหนี้บุริมสิทธิในทรัพย์สินหลักประกัน ดังนั้นต่อมาจึงได้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อเป็น การแก้ปัญหาข้อจำกัดของการจำนำและจำนอง อันได้แก่ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ,พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 , พระราชบัญญัติการ เดินอากาศยาน พ.ศ.2497, พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ.2481, พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์ พ.ศ.2535,พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522 และอนุสัญญาเวียนว่าด้วยการรับรองสิทธิใน อากาศยาน ค.ศ.1948 แต่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายดังกล่าวเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะทรัพย์สินที่เป็น

¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2448/2551

การจำนำเครื่องจักรโดยคู่สัญญาตกลงให้ อ. ภริยาจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นกรรมการผู้มีอำนาจ กระทำการแทนบริษัทจำเลยที่ 1 ผู้เป็นลูกหนี้เป็นผู้รักษาทรัพย์สิน แต่จำเลยที่ 1 เป็นผู้ใช้ประโยชน์ จากทรัพย์สินจำนำในการประกอบธุรกิจโรงโม่หินของตนตลอดมา ซึ่งเครื่องจักรนั้นจำเลยที่ 1 ผู้จำนำ ชื้อจากโจทก์เพื่อผลิตสินค้าออกจำหน่ายสร้างรายได้ และนำเงินชำระคืนแก่ผู้ร้องซึ่งรับจำนำ แสดงให้ เห็นถึงเจตนาของจำเลยที่ 1 ที่ต้องการใช้เครื่องจักรผลิตสินค้าเพื่อประโยชน์ของตนแต่เพียงฝ่ายเดียว แม้ว่าสัญญาจำนำและรักษาทรัพย์สินมีข้อตกลงว่าผู้จำนำได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในเครื่องจักรที่ จำนำก็ไม่ถือว่าเครื่องจักรกลับคืนไปสู่การครอบครองของผู้จำนำ เป็นการเวียนสัญญาไว้เพื่อเลี่ยง กฎหมาย การที่ผู้ร้องยอมให้จำเลยที่ 1 เข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินจำนำย่อมเป็นการยอมให้ ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่การครอบครองของผู้จำนำตามมาตรา 769 (2) แล้ว สิทธิจำนำจึงระงับสิ้น ไป ผู้ร้องจึงไม่มีบุริมสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนตามสัญญาจำนำเครื่องจักร

เจ้าหนี้ที่จะมีบุริมสิทธิในมูลหนี้จ้างทำของ เจ้าหนี้จะต้องทำรายการประมาณราคา ชั่วคราวไปบอกลงทะเบียนไว้ก่อนเริ่มลงมือทำการก่อสร้างเพื่อให้มีผลบริบูรณ์เป็นบุริมสิทธิพิเศษใช้ ยื่นเจ้าหนี้อื่นในการที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นตาม ป.พ.พ. มาตรา 286 โจทก์ไม่ได้กระทำการ ดังกล่าว ทั้งบุริมสิทธิในมูลจ้างทำของอันเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายให้มีอยู่ เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ทำการงานขึ้น และอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องเป็นของลูกหนี้ แต่ที่ดินซึ่งโจทก์ทำ การก่อสร้างโรงโม่หินเป็นของกรมป่าไม้มิใช่เป็นของจำเลยที่ 1 จึงมิใช่เรื่องที่โจทก์มีบุริมสิทธิเหนือ อสังหาริมทรัพย์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 273 และมาตรา 275 โจทก์จึงมิใช่เจ้าหนี้บุริมสิทธิ เมื่อโจทก์ และผู้ร้องต่างก็เป็นเจ้าหนี้สามัญด้วยกัน จึงชอบที่จะใช้สิทธิตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 290 เพื่อเฉลี่ย ทรัพย์

หลักประกันบางประเภทเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติยังมีทรัพย์สินอีกจำนวนมากที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและผู้ประกอบการยังไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ ทำให้ผู้ประกอบการอาจยังไม่ได้ใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดอย่างแท้จริง ทั้งนี้ในช่วงวิกฤติเศรษฐกิจไทย ปี 2540 ประเทศไทยได้มีแนวคิดที่จะออกกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งเป็นหนึ่งในแนวทางการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจของประเทศ ในช่วงเวลานั้น โดยอาศัยแนวทางการร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) และนำมาปรับใช้ให้เป็นไปตามแนวปฏิบัติทางการค้า และปัจจัยอื่น ๆ ของประเทศไทย แต่ร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยต้องตกไประหว่างการพิจารณาร่างหลายครั้ง เนื่องจากการเปลี่ยนรัฐบาล การพิจารณาร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจครั้งสุดท้ายคือสมัยรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร และต้องตกไปอีกครั้ง ภายหลังจากที่รัฐบาลได้ประกาศยุบสภาในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2556

ในปัจจุบันร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้ถูกหยิบยกขึ้นมาอีกครั้งในรัฐบาลปัจจุบัน และได้ผ่านการพิจารณาแล้วจนได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2558 และพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 240 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป กล่าวคือมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กรกฎาคม 2562 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการได้มีโอกาสเข้าถึงแหล่งเงินทุนเพื่อนำมาใช้หมุนเวียนในการประกอบกิจการได้ง่ายขึ้น และเป็นการลดข้อจำกัดของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันหนี้ตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ซึ่งได้แก่ การจำนอง และการจำนำ โดยผู้ให้หลักประกัน สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่น อาทิเช่น กิจการ สิทธิเรียกร้อง สหกรณ์ทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ในกรณีให้ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง ทรัพย์สินทางปัญญา หรือทรัพย์สินอื่นที่กำหนดในกระทรวง มาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน ผู้ประกอบกิจการจึงยังสามารถใช้สอยหรือใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นในกิจการของตนตามปกติต่อไปได้ จนกว่าจะมีเหตุบังคับกับหลักประกันเกิดขึ้น อีกทั้งกระบวนการบังคับจำนองมีความล่าช้าอันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ การตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น จะเป็นการสร้างระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม อันจะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจ²

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ... เรื่องเสร็จที่ 736/2545

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนที่สำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้าและเมื่อได้รับจดทะเบียนแล้วให้ถือว่าผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าของนี้มีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย โดยข้อตกลงหรือเงื่อนไขหรือเหตุที่ผู้รับหลักประกันจะสามารถบังคับหลักประกันได้นั้นต้องเป็นไปตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันไว้ขณะทำสัญญาซึ่งกฎหมายให้คู่กรณีตกลงกันได้ แต่ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ทั้งนี้เพราะสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจัดเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นจึงตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญา ในส่วนของผู้ให้หลักประกันนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงิน ตามกฎหมายว่าด้วยสถาบันการเงิน หรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่งของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ เป็นสัญญาที่ผู้ให้หลักประกันได้ตราทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกันยังสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ รวมทั้งได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าว ดังนั้น สภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจึงสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา จึงทำให้ส่งผลต่อมูลค่าของทรัพย์สินหลักประกัน และการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันในการบังคับหลักประกัน อีกทั้ง การประกันหนี้ดังกล่าวได้มีการกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันโดยการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน โดยผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้เองโดยอาศัยเหตุบังคับหลักประกันตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา หรือการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการต้องกระทำโดยคนกลางที่เรียกว่า “ผู้บังคับหลักประกัน” ซึ่งผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันได้แต่งตั้งไว้แล้วขณะทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ดังนั้น การประกันหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจในลักษณะดังกล่าวข้างต้นอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจซึ่งตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่กำหนดให้ผู้รับหลักประกันได้เฉพาะสถาบันการเงินและผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อเท่านั้น และกฎกระทรวงกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงินซึ่งเป็นการจำกัดผู้รับหลักประกัน อีกทั้ง และการกำหนดคุณสมบัติของผู้ให้หลักประกันที่กำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันได้ ซึ่งโดยสภาพของการให้หลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ผู้ให้หลักประกันยังสามารถใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอน ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายซึ่งอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้หลักประกันใช้เป็นช่องทางในการยักยอกถ่ายเททรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายได้ และการกำหนดสิทธิของผู้ให้หลักประกันในการจัดการทรัพย์สินหลักประกันอาจทำให้เกิดปัญหากระทบต่อสิทธิของ

ผู้รับหลักประกัน หรือบุคคลภายนอกด้วยนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน รวมทั้ง สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน กรณีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน โดยผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้เองโดยอาศัยเหตุบังคับหลักประกันตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา และหากผู้ให้หลักประกันยินยอมและส่งมอบการครอบครองผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันให้หลุดเป็นสิทธิได้ หรือจะกระทำโดยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินก็ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมและไม่ส่งมอบการครอบครองผู้รับหลักประกันต้องไปยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำพิพากษาบังคับหลักประกัน และในกรณีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการต้องกระทำโดยคนกลางที่เรียกว่า “ผู้บังคับหลักประกัน” ซึ่งผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันได้แต่งตั้งไว้แล้วขณะทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ จากการกระบวนการณ์ขั้นตอนการบังคับหลักประกันทั้งที่เป็นทรัพย์สินและกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 เป็นการบังคับหลักประกันโดยไม่ผ่านศาลจึงเป็นกระบวนการณ์การบังคับหลักประกันที่สามารถกระทำได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ทำให้เจ้าหน้าที่บังคับเอาหลักประกันได้ทันที ซึ่งการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินนั้นจะกระทำโดยผู้รับหลักประกัน แต่ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นกิจการจะกระทำโดยผู้บังคับหลักประกันซึ่งทั้งผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันได้ตกลงร่วมกันเลือกผู้บังคับหลักประกันไว้ขณะที่ทำสัญญา การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินกระบวนการณ์ในการบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้และวิธีจำหน่ายทรัพย์สินจะเป็นธรรมแก่ผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้หรือไม่ และควรหามาตรการอย่างไรเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และจะมีวิธีการใดเพื่อช่วยให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการบังคับหลักประกันกับผู้ให้หลักประกันด้วยความสุจริต และเป็นธรรม และสามารถตรวจสอบขั้นตอนการดำเนินการบังคับหลักประกันของผู้รับหลักประกันได้ นอกจากนี้กรณีเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนผลกระทบบที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกจากการตรวจสอบทรัพย์สินที่มีทะเบียนว่าควรตรวจสอบทรัพย์สินได้ที่หน่วยงานใด ตลอดจนปัญหาการจดทะเบียนของหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องสามารถเชื่อมโยงกันเพื่อให้ง่ายต่อการตรวจสอบของผู้รับหลักประกันและบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียด้วยหรือไม่ และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ กฎหมายกำหนดให้ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน ตกลงร่วมกันแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันตั้งแต่ทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายตั้งแต่การไต่สวนข้อเท็จจริง และวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ การบำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายหลักประกันได้ ซึ่งผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่หลักในการดำเนินการให้เจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้รับการชำระหนี้โดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งแตกต่างจากผู้บริหารแผนกรณีฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแต่งตั้งโดยศาลและมีหน้าที่ต่อเจ้าหน้าที่ทั้งหมด หากเกิดเหตุบังคับหลักประกัน ดังนั้น ควรมีมาตรการใดในการให้ผู้บังคับหลักประกันมีความเป็นอิสระ และเป็นกลางในการดำเนินการบังคับหลักประกัน นอกจากนี้การบังคับหลักประกัน

ที่เป็นกิจการจะทำให้ผู้ประกอบการอาจสูญเสียอำนาจในการควบคุมกิจการอย่างสิ้นเชิง ควรมีมาตรการและหลักเกณฑ์ในการขายทอดตลาดทรัพย์สินอย่างไร ตลอดจนวิธีขาย ราคาขาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิด และวิวัฒนาการของหลักประกันหนี้ และหลักประกันหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ
- 2) เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และหลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Article 9 (Secured Transaction Uniform Commercial Code : UCC) ของประเทศสหรัฐอเมริกา
- 3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาหลักประกันทางธุรกิจ, การให้หลักประกัน, การจดทะเบียน, การบังคับหลักประกันทั้งที่เป็นกิจการและทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับหลักประกันทางธุรกิจ การให้หลักประกัน การจดทะเบียน การบังคับหลักประกันทั้งที่เป็นกิจการและเป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาวิเคราะห์ถึงขอบเขตของหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่อง จำนอง จำน่า และหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งเปรียบเทียบกับบทบัญญัติกฎหมาย Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะแนวคิดการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ บุคคลที่เป็นคู่สัญญา สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก รวมไปถึงการจดทะเบียน และการบังคับหลักประกันทางธุรกิจ เพื่อเสนอแนะแนวทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

หลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 เป็นอีกหนึ่งมาตรการที่ช่วยเสริมสร้างสภาพคล่องทางการเงิน ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากขึ้น และเป็นมาตรการที่เสริมระบบหลักประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิม เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่มีทรัพย์สินอีกหลายประเภทที่มีมูลค่าแต่ไม่สามารถนำทรัพย์สินเหล่านั้นมาเป็นหลักประกันได้ อีกทั้งกรณีดังกล่าวยังถือว่าเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ดังนั้น การกำหนดมาตรการต่าง ๆ นั้น ควรต้องมีความชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่เป็นคู่สัญญา (มาตรา 6 และมาตรา 7) โดยไม่ควรกำหนดให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันได้ เพราะโดยทั่วไปแล้วบุคคลธรรมดาไม่มีอำนาจในการต่อรองและอาจกลายเป็นภาระเป็นการบังคับบุคคลธรรมดามากเกินไป ในกรณีหลักประกันเป็นกิจการ และในส่วนที่กำหนดให้ผู้รับหลักประกันเฉพาะแต่สถาบันการเงินหรือผู้ที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อเท่านั้น (ไม่รวมถึงสถาบันการเงินต่างประเทศ) ที่จะสามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ อาจไม่ตรงกับหลักการและเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ต้องการให้องค์กรทางธุรกิจต่าง ๆ สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ และในส่วนของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ (มาตรา 13) ที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น อาจมีปัญหาตามมาว่าหากไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วจะมีผลเป็นโมฆะ และหากว่ามีผลเป็นโมฆะจะทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม และทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายได้ และในกรณีนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน (มาตรา 22) ที่กฎหมายกำหนดห้ามการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำนำกับประเด็นปัญหาโมฆะ ซึ่งการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสูงสุดนั้นไม่ควรจะจำกัดอยู่ในรูปแบบของการใช้ทรัพย์สินในการประกอบธุรกิจแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรหมายรวมถึงการนำเอาทรัพย์สินนั้นไปเป็นหลักประกันอีกทอดหนึ่งด้วย และในกรณีสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก (มาตรา 34) ในเรื่องลำดับบุริมสิทธิหากมีกฎหมายบางฉบับที่ให้บุริมสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน ดีกว่าผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ ก็ควรต้องระบุให้ชัดว่าจะให้ใช้บังคับตามกฎหมายฉบับใด และในส่วนของ การบังคับหลักประกันนั้น การกำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีบุริมสิทธิเหนือกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 29) ควรต้องระบุให้ชัดว่าผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมถึงสิทธิเรียกร้องของผู้ให้หลักประกันด้วยด้วย อีกทั้ง กรณีการแจ้งการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (มาตรา 38) แม้ตัวบทจะไม่ได้ระบุให้ต้องแจ้งการครอบครอง แต่หากในทางปฏิบัติไม่ได้แจ้งการเข้าครอบครองเพื่อ การเข้าครอบครองนั้นอาจถือว่าเป็นการเข้าครอบครองขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามความในวรรค

สองของมาตรา 38 ได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าครอบครองในทางปฏิบัติ เนื่องจากโดยปกติแล้วการให้หลักประกันตามกฎหมายนี้ ผู้ให้หลักประกันจะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากต้องแจ้งการครอบครองเสียก่อนอาจเป็นช่องทางให้ผู้ให้หลักประกันยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินอันเป็นหลักประกันทำให้ผู้รับหลักประกันได้รับความเสียหายได้ และในส่วนของ การจำกัดวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มาตรา 40) กฎหมายกำหนดให้การบังคับให้ใช้วิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพียงวิธีเดียวซึ่งจะทำให้ขาดความยืดหยุ่น ในหลายกรณีอาจทำให้ขายทรัพย์สินไม่ได้ราคาตามควร และท้ายสุดการให้ความยินยอมของผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 39) ในกรณีหากต้องการให้มีความรวดเร็วในการบังคับหลักประกันไม่ควรต้องของความยินยอมจากผู้ให้หลักประกัน โดยใช้การอ้างสิทธิตามสัญญาในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันผิดนัด หรือผิดเงื่อนไขของสัญญา อย่างไรก็ตาม หากกรณีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไม่มีความชัดเจนเพียงพออาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ได้ อีกทั้ง อาจทำให้คู่สัญญาใช้ช่องว่างทางกฎหมายเพื่อประโยชน์โดยง่าย

1.5 วิธีที่ใช้ในการศึกษา

การศึกษาเรื่องปัญหาการบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็นการศึกษาวิจัยจากบทบัญญัติของกฎหมาย รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย คำพิพากษาศาลฎีกา ตลอดจนหนังสือและเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับหลักประกันนี้ รวมทั้งเปรียบเทียบแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ และนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

- 1) ทำให้ทราบถึงที่มาของปัญหาของหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีข้อจำกัด และเป็นที่มาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558
- 2) ทำให้ทราบถึงแนวคิดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ นอกเหนือจากหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่เดิม และทราบถึงสาเหตุความเป็นมา แนวคิด รวมถึงแนวทางในการให้หลักประกันและการบังคับหลักประกัน รวมถึงกระบวนการบังคับหลักประกัน และวิธีการจำหน่ายทรัพย์สิน
- 3) ทำให้สามารถวิเคราะห์หลักประกันทางธุรกิจตามบทบัญญัติกฎหมาย Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction

ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อนำมาประยุกต์ให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย เพื่อให้ทราบถึงข้อแตกต่าง ข้อดี และข้อเสียของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

4) ทำให้ทราบถึงหลักการ ความเป็นมา สาเหตุสำคัญของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 รวมทั้งสามารถเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมาย Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบและที่มาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการของหลักประกันหนี้หลักประกันหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้ของไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา มีการประกันหนี้เพียง 2 ประเภท คือ การประกันหนี้ด้วยบุคคล และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ จำนำ และ จำนอง ทำให้มีข้อจำกัดในการที่จะนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกหลายอย่าง เช่น สินค้าคงคลัง ทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้า หรือสิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งไม่รองรับความเปลี่ยนแปลงของโลกในยุคปัจจุบัน ต่อมาจึงได้มีแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจขึ้น ดังนั้น ในบทนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวคิดของหลักประกันหนี้ และวิธีการบังคับหลักประกัน

2.1 ความหมายของหลักประกัน

“หลักประกัน” ตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า หลักทรัพย์สินเพื่อความมั่นคง ส่งที่ยึดไว้เพื่อความมั่นคง³

“หลักประกัน” ตามพจนานุกรมศัพท์ทางกฎหมายฉบับ Black’Law Dictionary (7th Edition) ได้ให้ความหมายไว้ว่า หลักประกันหมายถึง สิ่งที่ให้ไว้เพิ่มเติมแก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนถูกต้อง⁴

³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2557 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2557), หน้า 95.

⁴ “Security: Collateral given to pledged to guarantee the fulfillment of an obligation; esp., the assurance that a creditor will be repaid (usu. With interest) any money or credit extended to a debtor

อย่างไรก็ตาม ตามความเข้าใจของคนทั่วไปนั้น มักจะเข้าใจกันว่า หลักประกันหมายความถึงเพียงแต่ จำนอง จำน่า และค้ำประกัน แต่หลักประกันที่ใช้กันอยู่ในวงธุรกิจจริง ๆ นั้น หลักประกันมีความหมายมากกว่า จำนอง จำน่า หรือค้ำประกันตามที่เข้าใจกัน ซึ่งสามารถแบ่งออก ความหมายของหลักประกันออกได้เป็นหลักประกันในความหมายอย่างแคบ และหลักประกันในความหมายอย่างกว้าง⁵

หลักประกันในความหมายอย่างแคบ หมายถึง มาตรการแก้ไขเยียวยา ความเสียหายของเจ้าหนี้ ในการได้รับชำระหนี้เนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ผิดนัด/ผิดสัญญา ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) การประกันหนี้ด้วยบุคคล คือ การที่บุคคลภายนอกได้ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งการประกันหนี้ด้วยบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่ง เรียกว่า “ค้ำประกัน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680

(ข) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน คือ การเจาะจงเอาทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งของลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก มาทำสัญญาหลักประกันการชำระหนี้ โดยที่เจ้าหนี้จะเชื่อมั่นในมูลค่าของทรัพย์สินนั้น ๆ ว่าเจ้าหนี้จะสามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้เพียงพอกับการชำระหนี้ ซึ่งการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ “ จำนอง ” และ “ จำน่า ”

หลักประกันในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง หลักประกันในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง หลักประกันในความหมายอย่างแคบ และรวมไปถึงมาตรการป้องกันหรือควบคุมไม่ให้เกิดกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยอาจกำหนดเป็นข้อกำหนดและ/หรือเงื่อนไขขึ้นในสัญญา เช่น การให้ลูกหนี้ดำรงสัดส่วนหนี้สินต่อส่วนทุนห้ามก่หนี้ การจำกัดประกันภัย การกำหนดข้อรับรองในสัญญา เป็นต้น

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นพอสรุปได้ว่าการให้หลักประกันในการชำระหนี้ ก็เพื่อสร้างความ เชื่อ มั่นให้แก่เจ้าหนี้ว่าจะได้รับชำระหนี้ แม้หากลูกหนี้ผิดนัดก็ยังสามารถนำหลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้มาชำระหนี้ต่อไปได้ ด้วยเหตุดังกล่าวเจ้าหนี้ส่วนใหญ่จึงต้องการหลักประกันในการชำระหนี้ เพื่อจะมั่นใจว่าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หลักประกันนั้นก็ยังคงคุ้มกับหนี้

⁵ ประภักษ์ ศรีสัตยากุล, “การร่างสัญญาหลักประกัน” เอกสารการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง เทคนิคการเจรจาต่อรองและการร่างสัญญาทางธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 1.

2.2 แนวคิดหลักประกันหนี้

การให้สินเชื่อ (Extension of Credit) เป็นกิจกรรมที่สร้างรายได้หลักให้กับสถาบันการเงินหรือองค์กรที่มีหน้าที่ให้กู้ยืมเงินก็ตาม แต่ในขณะที่เดียวกันการให้สินเชื่อก็อาจสร้างความเสียหายให้องค์กรดังกล่าวได้เช่นกัน หากปรากฏภายหลังว่าลูกหนี้ได้รับสินเชื่อไปนั้นไม่สามารถนำเงินมาชำระหนี้ที่กู้ยืมคืนได้ก่อให้เกิดหนี้เสียหรือหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (Non-Performing Loan)⁶ ดังนั้น ในการปล่อยสินเชื่อสถาบันการเงินส่วนใหญ่จะต้องทำการวิเคราะห์ห้วงองค์ประกอบต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวลูกหนี้หรือผู้ขอสินเชื่อเพื่อประเมินความสามารถในการชำระหนี้คืน ก่อนตัดสินใจให้สินเชื่อทุกครั้ง และเพื่อเป็นการลดความเสี่ยงของผู้ให้ยืมจึงมีแนวคิดเกี่ยวกับการจัดให้มีหลักประกันการชำระหนี้ขึ้น

ดังนั้น หลักประกันการชำระหนี้จึงเป็นเครื่องมือชนิดหนึ่ง ที่ถูกนำมาใช้ประกอบการให้สินเชื่อของเจ้าหนี้ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการประกันการชำระหนี้ ซึ่งโดยปกติแล้วตามกฎหมายเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง ตลอดทั้งสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อบุคคลภายนอกได้อยู่แล้ว แต่ในทางความเป็นจริงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 และมาตรา 214⁷ เมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เจ้าหนี้ไม่อาจคาดเดาได้ว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ตามสัญญา หรือลูกหนี้อาจหลบหนีไม่ยอมชำระหนี้ อันมีผลให้เจ้าหนี้ต้องได้รับความเสียหาย ดังนั้น เพื่อความมั่นใจในการที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้อย่างแน่นอน เจ้าหนี้ส่วนใหญ่จึงให้ลูกหนี้จัดหาหลักประกันมาให้เพื่อเป็นประกันว่าเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันนั้นเป็นการทดแทนได้

นอกจากนี้ในบางกรณีลูกหนี้คนหนึ่งอาจมีเจ้าหนี้หลายรายด้วยกัน ซึ่งถ้าหากพบว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินพอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกรายก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินพอชำระหนี้ปัญหาก็เกิดขึ้น เจ้าหนี้บางรายจึงต้องการให้ตนมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้รายอื่น ๆ โดยให้ตนได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น จึงให้ลูกหนี้หาประกันมาให้เพื่อตนจะได้เป็นเจ้าหนี้มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้

⁶ จรรย์ ภักดีธนากุล, “กฎหมายฟื้นฟูกิจการ: บทบาทของศาลในการฟื้นฟูกิจการ,” ใน **รวมเอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรเศรษฐศาสตร์และกลไกธุรกิจสำหรับผู้พิพากษา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2543), หน้า 21

⁷ ประเสริฐ ตัณศิริ, สุรพล วิเศษโกสิน และชูชาติ ศิรินิล, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ** (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 1.

ก่อนเจ้าหน้าที่สามัญ นอกจากนี้ลูกหนี้อาจนำบุคคลที่เจ้าหน้าที่เชื่อถือมาให้คำรับรองว่า หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระหนี้แทน การค้าประกัน หรือการจำนองและจำนำ จึงเกิดขึ้นด้วยเหตุผลดังกล่าว⁸

2.3 วิวัฒนาการของหลักประกันหนี้ในกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากรากฐานของประมวลกฎหมายแพ่งในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งถือเป็นต้นแบบของกฎหมายประกันหนี้ในลักษณะจำนอง จำนำ จากการศึกษาพบว่าหลักประกันหนี้ของกฎหมายโรมันมีรูปแบบที่สำคัญอยู่ 2 รูปแบบ

2.3.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน⁹

กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินโรมันมีขอบเขตกว้างขวางมากจนทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องแบ่งซอยส่วนต่าง ๆ ออกไปอีก การแบ่งซอยที่ดูจะปรากฏจากไคยูลัส จำแนกกฎหมายทรัพย์สินออกเป็น 3 ส่วนคือ กฎหมายทรัพย์สิน (ในความหมายแคบของทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น) กฎหมายมรดก และกฎหมายหนี้ การแยกประเภทกฎหมายดังกล่าวจัดระเบียบทรงเก็บรักษาไว้เหมือนกับของไคยูลัสและถือกันว่าเป็นลักษณะเฉพาะระบบ Civil Law อันแตกต่างจาก Common Law โดยสิ้นเชิง

มีปัญหาหลายประการที่ติดตามมาจากการแบ่งแยกประเภทกฎหมายดังกล่าว จึงทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งปัจจุบันของหลายประเทศซึ่งรับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันพยายามแก้ไขปัญหาในลักษณะต่าง ๆ กัน ในส่วนปัญหาที่เด่นชัดที่สุด ก็คือการแบ่งแยกประเภทเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับเหตุผลเพราะสิ่งซึ่งเป็นสาระของกฎหมายที่แบ่งซอยลงมานั้นไม่สามารถเปรียบเทียบกันได้ (incomparables) ทรัพย์สินและหนี้ย่อมเป็นทรัพย์สิน 2 ประเภท ส่วนมรดกนั้นมิใช่ทรัพย์สิน นอกเหนือจากนี้ แต่กฎหมายมรดกเป็นวิธีการอันจะได้มาซึ่งทรัพย์สิน 2 ประเภทดังกล่าวดังเช่นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทายาทรับมรดกเป็นทรัพย์สินของผู้ตาย

เมื่อพิจารณาในทัศนะของสิทธิ บุคคลย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิ (sottetti giuridici) ส่วนทรัพย์สินย่อมเป็นกรรมแห่งสิทธิ (Oggetti Giuridici)

⁸ ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 9

⁹ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2541), หน้า 258-259.

การพิจารณาว่าทรัพย์สินเป็นกรรมแห่งสิทธินับเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งที่นักนิติศาสตร์โรมันทิ้งไว้เป็นสมบัติของโลกปัจจุบัน Accarias ยืนยันว่านักนิติศาสตร์โรมันมิได้พิจารณาทรัพย์สินในตัวของมันเองแต่มองดูทรัพย์สินในลักษณะที่มีความสัมพันธ์กับมนุษย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการที่ทรัพย์สินจะเป็นกรรม (Object) ของสิทธิต่าง ๆ

กฎหมายทรัพย์สิน (ius quod ad res pertinent) ย่อมคำนึงถึงคุณค่าทางเศรษฐกิจ หรือมูลค่าอันเป็นเงิน (money value หรือ ralue in money ของสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน (กฎหมายลักษณะทรัพย์สินโรมันนับเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่สำคัญที่สุดของกฎหมายโรมัน) ความคิดที่ว่าหลักสำคัญของทรัพย์สินคือต้องสามารถตีราคาเป็นเงินได้นั้น ปรากฏในกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกาเช่นกัน

2.3.2 กฎหมายโรมันแบ่งหลักประกันออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

2.3.2.1 การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันแบบ Fiducia¹⁰

การรักษาทรัพย์สิน (Fiducia) หรือเรียกโดยเคร่งครัดว่า dominium fiduciarium (กรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน) ซึ่งเป็นการส่งมอบทรัพย์สินอันส่งมอบได้ยาก (res mancipi) ให้แก่ผู้ให้ยืมเพื่อเป็นหลักประกันหนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแบบ fiducia ต้องทำเป็นพิธีการคือ mancipatio หรือ in iure cession (คือการยกทรัพย์สินให้ต่อหน้าไพรตอร์) อย่างไรก็ตาม ก็ดี fiducia ก็มีอยู่จนกระทั่งเลิกไปในตอนปลายสมัยจักรพรรดิเมื่อพิธีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยุ่งยากเลิกใช้กันไปที่ fiducia สามารถอยู่ได้นานเพราะเป็นที่นิยมในหมู่ผู้ให้ยืมเงิน เนื่องจากเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้หนักแน่นกว่า pignus

ทั้งนี้ หากเมื่อพิจารณา Fiducia แล้วเห็นว่าลักษณะคล้ายกับการขายฝากตามมาตรา 491 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹

2.3.2.2 การส่งมอบทรัพย์สินเป็นประกันแบบ Pignus¹²

Pignus พัฒนามาจากการที่ไพรตอร์ให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินอันได้รับการปกป้องโดยคำสั่งไพรตอร์ (possession ad interdicta) พ้นจากข้อบกพร่องดังกล่าวของ fiducia การส่งมอบใน pignus ใช้พิธีง่าย ๆ คือ Tradition (หยิบยื่นให้) ผู้ยืมเงินก็รักษากรรมสิทธิ์ใน

¹⁰ ประชุม โฉมฉาย, *เรื่องเดิม*, หน้า 197.

¹¹ มาตรา 491 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันขายฝากนั้น คือ สัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงว่าผู้ขายนั้นอาจไถ่คืนได้”

¹² ประชุม โฉมฉาย, *เรื่องเดิม*, หน้า 190.

ทรัพย์สินไว้ และสละไปเพียงการครอบครองเท่านั้น ผู้ยืมเงินมีสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้นคืนต่อเมื่อได้ชำระหนี้แล้ว

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณา Pignus แล้วเห็นได้ว่ามีลักษณะเดียวกับการจำนำตามมาตรา 747 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³

เดิมจุดประสงค์ของ Pignus คือการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Res corporalis) อันอาจโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ (Satisfaction) ได้ และต่อมาขอบเขตของ Pignus ก็ขยายรวมไปถึงสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น เช่น การจำยอม หนี้ค้ำชำระจากผู้อื่น

Pignus (จำนำ) เป็นสัญญาสุจริต (Bonae Fidei) สองฝ่ายและเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Res Corporalis) ให้แก่ผู้ให้ยืม (Pignerator) เป็นการประกันการชำระหนี้ โดยผู้ให้ยืมเงินได้รับการครอบครองทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย และสามารถจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ถ้าผู้ยืมเงินไม่ชำระหนี้¹⁴

เจ้าหนี้ (ผู้รับจำนำ) ตามสัญญาจำนำมีหน้าที่ ดังนี้

(1) ต้องทำให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่สภาพเดิม เมื่อหนี้ได้ถูกชำระหนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว

(2) ถ้าหากทรัพย์สินที่จำนำนั้นถูกขายต้องทำให้ส่วนที่เหลือกลับคืนสู่สภาพเดิมภายหลังที่ได้รับชำระหนี้แล้ว

(3) ต้องดำเนินการดูแลเก็บเกี่ยวด้วยความระมัดระวัง (Exacta Diligentia) กล่าวคือต้องเก็บเกี่ยวดอกผลของทรัพย์สินนั้นถ้าหากมีแล้วใช้ชำระดอกเบี้ยก่อนแล้วจึงชำระเงินต้น แต่คู่สัญญาอาจตกลงให้เจ้าหนี้เก็บดอกผลเป็นดอกเบี้ยก็ได้

(4) ในกรณีที่จำนำสังหาริมทรัพย์ตามปกติเจ้าหนี้จะใช้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้ เว้นแต่ข้อสัญญาจะยอมให้ใช้ได้ ถ้าเจ้าหนี้นำไปใช้โดยไม่สุจริตจะมีความผิดฐานลักทรัพย์

ลูกหนี้ (ผู้จำนำ) ตามสัญญาจำนำมีหน้าที่ ดังนี้

(1) จ่ายค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ได้จ่ายเพื่อความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินที่จำนำ เช่น ค่ารักษาพยาบาลทาส เป็นต้น

¹³ มาตรา 747 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้”

¹⁴ ประชุม โฉมฉาย, **หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2546), หน้า 197

(2) ค่าชดเชยค่าเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ เพราะการกระทำของทรัพย์ที่จำนำ ถ้าลูกหนี้รู้หรือควรได้รู้ถึงคุณสมบัติที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้ เช่น ลูกหนี้จำนำทาสซึ่งควรรู้ว่าชอบขโมยของ

(3) จ่ายค่าเสียหายจากจำนำทรัพย์ซึ่งมิใช่ของลูกหนี้ และทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกัน

นอกจากนี้เมื่อเจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์นั้น จะต้องคุ้มครองและดูแลทรัพย์นั้นเป็นอย่างดี หากเจ้าหนี้ปฏิบัติต่อทรัพย์นั้นอย่างไม่ถูกต้องสัญญา ก็จะระงับเป็นต้นว่าในกรณีที่เจ้าหนี้นำทาสไปค้าประเวณีหรือบังคับให้กระทำการอันเป็นที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงแล้วสัญญาจำนำจะระงับทันที และเจ้าหนี้มีสิทธิรับชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการดูแลทรัพย์นั้น ลูกหนี้จะบังคับให้เจ้าหนี้ปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าหนี้ได้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้แล้วหรือพร้อมที่จะชำระหนี้ และนอกจากนั้น เจ้าหนี้ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์ได้ ต่อมาได้มีการพัฒนาว่าจะให้มีการทำสัญญาระบุให้อำนาจเจ้าหนี้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์ที่ตกอยู่ภายใต้สัญญาจำนำได้ จนในที่สุดสัญญาจำนำพัฒนาจนเจ้าหนี้มีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอน เว้นแต่กรณีที่คู่สัญญาจะตกลงไม่ให้จำหน่ายจ่ายโอน และเมื่อจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์นั้นแล้วให้นำเงินมาหักชำระหนี้ถ้ามีเงินเหลือจะต้องคืนให้ลูกหนี้ และปรากฏว่าในทางปฏิบัติมีการตกลงกันอยู่เนื่อง ๆ ในสัญญาว่าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของเจ้าหนี้เลย

ตามบทบัญญัติของกฎหมายจัดระเบียบยอมให้คู่กรณีตกลงกันเองถึงเงื่อนไขและเวลาของการขายทรัพย์สินนั้นได้ แต่คู่สัญญาไม่มีสิทธิตกลงห้ามไม่ให้ขายในกรณีที่ไม่มีการตกลงกันให้เจ้าหนี้จำหน่ายทรัพย์ได้หลังจากส่งคำบอกกล่าวแล้วถึง 3 ครั้ง หรือโดยคำสั่งตุลาการหรือหลังจากรอเวลามาแล้วถึง 2 ปี ถ้าไม่มีผู้ซื้อเจ้าหนี้อาจให้องค์กรบรรดาศาสนาอนุญาตให้ยึดครองทรัพย์นั้นในฐานะเจ้าของได้ อย่างไรก็ตามหากจะมีปัญหาดังกล่าวลูกหนี้ยังมีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์นั้นได้ภายใน 2 ปีนับจากที่มีคำบัญชา¹⁵

2.3.2.3 การตกลงกันให้ทรัพย์สินเป็นประกันแบบ Hypotheca

นิติกรรมที่คล้ายกับ pignus ก็คือ hypotheca อันมาจากภาษากรีกว่า hupotheke hypotheca เป็นการจำนองทรัพย์สิน แต่ไม่มีการโอนการครอบครองเหมือน pignus การจำนองอาจทำซ้ำซ้อนกันได้ โดยที่ผู้รับจำนองก่อนยอมมีสิทธิเหนือหรือใหญ่กว่าผู้รับจำนองหลัง ฉะนั้น หลักกฎหมายอังกฤษที่เขียนเป็นภาษาละตินว่า (qui) prior (est) tempore potior (est) iure (ผู้ที่มาก่อนยอมมีสิทธิใหญ่กว่า) ก็เป็นการสะท้อนหลักโรมันเรื่องนี้

¹⁵ ปิติกุล วีระมงคลพาณิชย์, งานวิจัยเสริมหลักสูตรวิชากฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 3-5.

ทั้งนี้ Hypotheca มีลักษณะเช่นเดียวกับการจำนอง ตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁶

ลักษณะสำคัญของสัญญาจำนองสรุปได้ว่าเป็นข้อตกลงว่าถ้าหากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์ และสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามแบบสัญญาจำนองนี้ลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินขึ้นเดียวกับเงินกู้ได้หลายครั้ง โดยหลักที่ว่าเจ้าหนี้รายใดได้ก่อสัญญาจำนองก่อนจะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนภายหลัง

เนื่องจากบุริมสิทธิของเจ้าหนี้เป็นไปตามหลักก่อนหลังลูกหนี้จึงมีหน้าที่แจ้งต่อผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้ของตนว่าได้มีการก่อสัญญาจำนองขึ้นหรือไม่ การละเลยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว ลูกหนี้มีความผิดทางอาญา ต่อมาในปลายสมัยจักรวรรดิโรมันได้มีการเปลี่ยนแปลงลำดับบุริมสิทธิใหม่ โดยให้ผู้จดทะเบียนจำนอง หรือผู้มีพยานมีสิทธิเหนือกว่าผู้ที่จดทะเบียนทีหลังหรือผู้ไม่มีพยาน และไม่มีใครทราบแน่ชัดว่า สัญญาจำนองเกิดขึ้นเมื่อใด แต่พบหลักฐานว่ามรการใช้สัญญาจำนองหรือการจำนำที่ไม่มีการครอบครองนี้มาตั้งแต่สมัย 234-149 ปีก่อนคริสตกาลหรือสมัยเมื่อ 2 พันปีเศษมาแล้ว¹⁷

2.3.3 วิวัฒนาการหลักประกันหนี้ตามกฎหมายไทย

กฎหมายเก่าของไทย สัญญาค้ำประกันใช้กันอย่างแพร่หลายมากในสัญญากู้หรือสัญญาขายฝากทาส แต่ไม่พบในสัญญาอื่น ๆ เพราะเหตุว่า บรรดาสัญญาอื่น ๆ ก่อให้เกิดแต่ความผูกพันชั่วคราวเวลาสั้นทั้งสิ้น อีกประการหนึ่งสัญญากู้และสัญญาขายฝากทาสมีผลเป็นการก่อให้เกิดความผูกพันในตัวบุคคลผู้เป็นลูกหนี้หรือทาสต่อเจ้าหนี้หรือต่อนายเงิน¹⁸

ในสัญญาขายฝากทาส ผู้ขายมีหน้าที่ประกันผู้เป็นทาส แต่ความจริง หน้าที่ของผู้ขายเลยขีดของการเป็นผู้ค้ำประกันอย่างธรรมดา และมีรากฐานอยู่ในความคิดในเรื่องการกู้โดยมีจำนำซึ่งปะปน

¹⁶ มาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

¹⁷ ปิตีกุล วีระมงคลพาณิชย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 3-5

¹⁸ ร.แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน): คำสอนชั้น ป.โท พุทธศักราช 2480* (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480), หน้า 48.

อยู่กับรูปของการซื้อขายอีกด้วย ฉะนั้นจะมีใช้ผู้ชายที่ควรแพ่งเล็งถึง ณ ที่นี้ แต่ผู้ค้าประกันอื่น ๆ ซึ่งอาจจะมีได้นอกจากผู้ชายเอง เพราะนายเงินอาจไม่พอใจ แต่เพียงคำมั่นของผู้ชายเท่านั้น อาจขอให้ มีบุคคลที่ 3 เข้ามารับประกันทาสอีกก็ได้ และในบางกรณีบุคคลคนหนึ่งอาจเข้ารับเป็นทาส โดยมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการซื้อขายทาสนั้นแต่อย่างใด ส่วนในสัญญา การค้าประกันยังคงใช้ประกอบด้วยเสมอไป แม้ถึงในสมัยที่หน้าที่ของลูกหนี้ได้กลายสภาพมาเป็นหน้าที่ของผู้กู้ยืมแล้วก็ตาม¹⁹

สัญญาจำนำเป็นสัญญาที่เก่าแก่มาก สัญญาจำนำมิได้แตกต่างกับสัญญาค้าประกันเลย เห็นได้ว่าการให้มัดจำ (Hostage-Otage) ก็คือการให้จำนำแก่เจ้าหนี้นั่นเอง ผู้ค้าประกันแต่โบราณถูกเจ้าหนี้จองจำโชตรวน หรือจำขังไว้ก็เท่ากับเป็นจำนำของเจ้าหนี้ คำว่าประกัน ก็หมายถึงวิธีการทั้ง 2 รวมกัน ภายหลังต่อมา การจำนำจึงได้มีความหมายพิเศษ เฉพาะการที่ลูกหนี้ส่งมอบสิ่งของให้แก่เจ้าหนี้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้น เช่นเดียวกับการค้าประกัน การจำนำแสดงให้เห็นว่าหนี้สินได้มีอยู่ และทำให้ความผูกพันทางฝ่ายลูกหนี้แน่นนอน และมีการบังคับได้ซึ่งมิได้เคยมีมาแต่เดิม ทั้งนี้เพราะสิ่งที่จำนำมีค่ามาก หรือเป็นสิ่งที่ลูกหนี้ชอบหรือถือเป็นเกียรติยศ ลูกหนี้จึงยอมจะเสียหายมาก หรือเสื่อมเสียเกียรติยศ หากมิได้ไถ่สิ่งที่จำนำซึ่งตกไปอยู่ในมือเจ้าหนี้กลับคืนมาภายในกำหนดเวลาที่ ได้ตกลงกันไว้ ดังนี้ การมอบสิ่งของไว้เป็นจำนำจึงเป็นการบังคับลูกหนี้ทางอ้อมให้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตน²⁰

ในสมัยรัชกาลที่ 5 การให้กู้ยืมโดยยึดเอาทรัพย์สินเป็นจำนำเจริญมาก โรงจำนำทวียิ่งขึ้น จึงทำให้เกิดบทบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษซึ่งมีหลักมุ่งแต่จะกีดกันมิให้พวกทุจริตมีช่องทางหากิน โดยถือเอาการจำนำเป็นการจำหน่ายทรัพย์สินที่ขโมยมา พระราชบัญญัติโรงจำนำ ร.ศ.114 (19 มกราคม พ.ศ.2438) บัญญัติให้ผู้ตั้งโรงรับจำนำต้องขออนุญาตจากรัฐบาลและกำหนดข้อบัญญัติพิเศษในเรื่องวิธีการจำนำนั้น²¹

ในช่วงแรกกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของไทยนั้นจะเฉพาะในเรื่องของการจำนำเท่านั้น ส่วนการจำนองนั้นเพิ่งมาเกิดขึ้นตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา ในกฎหมายเก่านั้นมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำนำเพียงมาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 ซึ่งจะบัญญัติเกี่ยวกับการจำนำสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย แต่ต่อมาเมื่อครั้งสมัยรัชกาลที่ 4 ราคาที่ดินขยับสูงขึ้น

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-49.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

มาก จึงเริ่มมีการวางรูปแบบการจํานำแบบใหม่ ซึ่งก็คือการจําเองตามกฎหมายปัจจุบันนั่นเอง โดยมี การบัญญัติในเรื่องของแบบว่าต้องทำเป็นหนังสือ และต้องทำต่อหน้านายอำเภอด้วย²²

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้า เจ้าอยู่หัว ประเทศไทยก็ไม่ต่างจากประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคเดียวกันที่ต้องเผชิญกับอิทธิพลของ วัฒนธรรมตะวันตกทั้งในด้านการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และสังคม จนที่สุดหลาย ๆ ประเทศ อาทิ จีน ญี่ปุ่น รวมถึงประเทศไทยเองก็จำเป็นต้องยอมรับนับถือเอาแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ของตะวันตก เข้ามาใช้ในประเทศของตน โดยเฉพาะด้านการเมืองการปกครองของไทยนั้น ชาวตะวันตกต่างดูถูกดู แคลนว่าพระราชกำหนดบทพระอัยการกฎหมายตราสามดวงมีความล้าหลัง ป่าเถื่อน ไม่เหมาะสม กับสภาพการณ์ปัจจุบัน จึงไม่ยอมให้ใช้กฎหมายเหล่านั้นแก่ตนเป็นอันขาด เป็นเหตุให้ประเทศไทย จำต้องทำสนธิสัญญาเสียเปรียบกับชาติตะวันตกหลายประเทศยอมยกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้ ชาวต่างชาติและเพื่อให้มีกฎหมายที่ใหม่และทันสมัยสำหรับเป็นเงื่อนไขสำคัญให้สยามหลุดพ้นจาก ความเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตดังกล่าว พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหา จุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงตัดสินพระราชหฤทัยให้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย บ้านเมืองขึ้น ดังนั้น จึงได้เริ่มมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายสารบัญญัติ ครั้งแรกใน ร.ศ. 127 ตรงกับ พ.ศ. 2451 ภายหลังการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในปี เดียวกัน เพื่อขอยกเลิกบรรดาสถิติสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับต่างชาติอันมีผลทำให้ไทยต้อง เสียเปรียบในด้านสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและเอกราชทางการศาล การจัดทำประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมี ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเป็น แม่แบบหลัก กับทั้งมีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งสวิส เป็นแม่แบบรอง ประกอบกับกฎหมายเดิมของไทยเอง และกฎหมายของชาติอื่น ๆ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีโครงสร้างแบ่งเป็นหกบรรพ ประกอบด้วย บรรพ 1 หลัก ทั่วไป, บรรพ 2 หนี้, บรรพ 3 เอกเทศสัญญา, บรรพ 4 ทรัพย์สิน, บรรพ 5 ครอบครัว และบรรพ 6 มรดก ตามลำดับ โดยตั้งแต่เริ่มมีผลใช้บังคับครั้งแรกในปี พ.ศ. 2468²³ จวบจนถึงบัดนี้ ประมวล กฎหมายดังกล่าวมีอายุเกือบหนึ่งศตวรรษแล้ว

สำหรับประเทศไทยไทยนั้น หลักกฎหมายในเรื่องการประกันหนี้ นับเป็นกฎหมายที่มีความ เก่าแก่ที่สุดของไทยเรื่องหนึ่ง โดยปรากฏในพระอัยการลักษณะกู้หนี้ (ศก 1278) และพระไอยการ

²² ร.แสลงกาต์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2**, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำรา สังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 354-356.

²³ พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่, **ราชกิจจานุเบกษา** 72 (11 พฤศจิกายน 2468)

เบ็ดเสร็จ (ศก 1263) และได้มีพัฒนาการมาโดยตลอดจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคราวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี 2557 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 และในปี พ.ศ.2558 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2558 ตามลำดับ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะค้ำประกันและจำนองในหลายมาตรา ตลอดจนถึงได้มีการเพิ่มเติมหลักการใหม่ที่สำคัญหลายส่วน ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองให้ผู้ค้ำประกันและผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ชั้นที่สอง ให้ได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น²⁴

2.4 การประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.4.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคลมีเพียงรูปแบบเดียว คือ ค้ำประกัน

2.4.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน แบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

(1) จำนอง

(2) จำนำ

2.4.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคล

1) ค้ำประกัน คือ “สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผู้พันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้”²⁵ จากบทนิยามดังกล่าวที่ว่า “ค้ำประกันคือสัญญา” ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมสัญญา และหนี้มาใช้ในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันด้วย²⁶ โดยมีลักษณะสำคัญ ดังนี้

²⁴ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 18-19.

²⁵ มาตรา 680 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผู้พันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้”

²⁶ สุตา วิศรุตพิชญ์, *หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ*, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 21.

(1) ผู้ค้าประกันต้องเป็นบุคคลภายนอก ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียในหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ โดยลูกหนี้ไม่สามารถเข้าทำสัญญาเพื่อค้ำประกันหนี้ในนามตนได้ ดังนั้น ในสัญญาค้ำประกันจะมีผู้เกี่ยวข้องในนิติสัมพันธ์ประกอบด้วย 3 ฝ่าย คือ เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ค้าประกัน ในส่วนของเจ้าหนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องมีลักษณะประการใด เพียงแต่มีความสามารถในการก่อนิติสัมพันธ์หรือมีความสามารถในการให้กู้ยืมได้เท่านั้น

(2) สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่เข้าทำการค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง และผู้ค้าประกันย่อมรับผิดชอบหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น²⁷ ไม่ว่าจะเป็นการค้ำประกันหนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว หรือหนี้ในอนาคต หรือหนี้ที่มีเงื่อนไข ก็ต้องระบุให้ชัดเจน

(3) การค้ำประกันไม่มีแบบ การทำสัญญาค้ำประกันด้วยวาจาก็มีผลสมบูรณ์ แต่การตกลงค้ำประกันหนี้ใด ๆ แม้ทำด้วยวาจาก็ต้องมีการตกลงกันว่าเป็นการค้ำประกันหนี้ใด และถ้าเป็นหนี้ในอนาคตก็ต้องตกลงกันให้ชัดเจนว่าเป็นหนี้รายใดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกันเป็นเท่าใด และระยะเวลาของการเกิดหนี้ที่นับถึงเมื่อใด เว้นแต่เป็นกรณีตามมาตรา 699²⁸ จะไม่ระบุระยะเวลาก็ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่าในการฟ้องผู้ค้าประกันต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้าประกันจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ (มาตรา 680 วรรคสอง) ดังนั้น การระบุเกี่ยวกับรายละเอียดหนี้ที่ค้ำประกันจึงต้องระบุในหลักฐานเป็นหนังสือค้ำประกันนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำสืบพิสูจน์ถึงความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันในเรื่องที่ว่าได้ตกลงกันมีรายละเอียดต่าง ๆ ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อมีการฟ้องร้องผู้ค้าประกัน

ทั้งนี้ จากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวทำให้ในทางปฏิบัติต้องมีการทำสัญญาค้ำประกันทุกครั้ง ที่มีการก่อหนี้ขึ้นใหม่

2) ความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกัน

(1) ค้ำประกันระงับเพราะหนี้ของลูกหนี้ระงับ²⁹

²⁷ มาตรา 681 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “วรรคสาม สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่เข้าทำการค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง และผู้ค้าประกันย่อมรับผิดชอบหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น”

²⁸ มาตรา 699 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ ท่านว่าผู้ค้าประกันอาจเลิกเสียเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้ โดยบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่เจ้าหนี้”

²⁹ มาตรา 698 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่าผู้ค้าประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในขณะเมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเหตุใด ๆ”

(2) ผู้ค้ำประกันบอกเลิกสัญญาค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราว คำว่า “กิจการเนื่องกันไปหลายคราว” หมายถึง กิจการที่ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องปฏิบัติเป็นระยะ ๆ หรือเป็นคราว ๆ ไป กิจการเนื่องกันไปหลายคราวนั้นอาจเกิดขึ้นแล้วในปัจจุบัน หรืออาจต่อเนื่องเป็นคราว ๆ ในอนาคตก็ได้³⁰ เช่น สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชี เป็นต้น

(3) เจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้กับลูกหนี้ กรณีที่ผู้ค้ำประกันไม่ได้ยินยอมด้วยการผ่อนเวลาของเจ้าหนี้³¹

(4) เจ้าหนี้ไม่ยอมชำระหนี้จากผู้ค้ำประกันโดยไม่มีมูลอันจะอ้างกฎหมายได้³²

2.4.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

2.4.2.1 จำนอง (Mortgage)

1) **จำนอง** คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง³³ โดยที่การจำนองมีลักษณะสำคัญ ดังนี้

(1) ผู้จำนองจะเป็นตัวลูกหนี้เอง หรือบุคคลอื่นก็ได้

ในส่วนของผู้รับจำนองกฎหมายไม่ได้ กำหนดว่าต้องมีลักษณะประการใด เพียงแต่มีความสามารถในการก่อนิติสัมพันธ์หรือมีความสามารถในการให้กู้ยืมได้เท่านั้น

(2) ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง³⁴

³⁰ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 45

³¹ มาตรา 700 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าค้ำประกันหนี้อื่น จะต้องชำระ ณ เวลาที่กำหนดแน่นอน และเจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ไซ้ ท่านว่าผู้ค้ำประกัน ย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่ผู้ค้ำประกันจะได้ตกลงด้วยในการผ่อนเวลานั้น”

³² มาตรา 701 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ไม่ ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิด”

³³ มาตรา 702 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สัญญาซึ่ง บุคคลหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็น ประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง”

³⁴ มาตรา 705 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การจำนอง ทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่”

(3) การจำนองเป็นการนำทรัพย์สินเข้ามาผูกพันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่ผู้รับจำนองเพื่อประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนอง คำว่า “ตราไว้” ก็คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่³⁵ อีกทั้งหนังสือสัญญาจำนองกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการระบุทรัพย์สินที่จำนอง³⁶ รวมถึงต้องระบุจำนวนหนี้ที่จำนองเป็นประกันหรือจำนวนเงินขั้นสูงสุดที่จำนอง เป็นประกัน³⁷ เพราะฉะนั้นการจำนองเพื่อประกันหนี้ในขนาดต้องระบุให้ชัดเจนว่าหนี้ในขนาดตราขายใด หรือหนี้ที่เกิดจากสัญญาใด ทรัพย์สินจำนองก็จะเป็นประกันเฉพาะมูลหนี้รายที่ได้จดทะเบียนจำนองประกันเท่านั้น จะไม่เป็นประกันหนี้ในขนาดตราขายอื่น ๆ ด้วย ทั้งนี้ จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่งผลให้ในทางปฏิบัติที่ต้องมีการจดทะเบียนจำนองใหม่ทุกครั้ง เพราะในทางปฏิบัติแต่เดิมเมื่อผู้จำนองได้จดทะเบียนจำนองทรัพย์สินไว้เพื่อประกันหนี้รายหนึ่งแล้ว หากได้มีการตกลงร่วมกันว่าให้จำนองเป็นประกันหนี้ในขนาดด้วย ดังนั้นหากลูกหนี้มีการก่อหนี้รายใหม่ขึ้น จำนองที่จดทะเบียนไว้เดิมนั้นก็จะกลายเป็นประกันหนี้รายใหม่ด้วย ตราบใดที่จำนวนเงินจำนองยังครอบคลุมจำนวนหนี้ เจ้าหนี้ก็จะไม่เรียกผู้จำนองไปจดทะเบียนอีก แต่ตามมาตรา 681³⁸ ถ้ามีมูลหนี้รายใหม่เกิดขึ้น จะถือการจดทะเบียนจำนองที่ได้ทำไว้แล้วเดิมเป็นประกันหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นั้นด้วย โดยถือว่าเป็นหนี้ในขนาดตามสัญญาฉบับเดิมไม่ได้ จะต้องไปจดจำนองทุกครั้งที่มีการก่อหนี้รายใหม่เพื่อให้จำนองที่จดทะเบียนครั้งใหม่นี้เป็นประกันหนี้รายใหม่ ทั้งนี้ การที่มอบโฉนดหรือ น.ส. 3 ไว้เป็นประกันจึงไม่ใช่การจำนองตามกฎหมาย เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิอะไรเหนือทรัพย์สินนั้น ๆ เลย เท่ากับว่าเป็นการถือกระดาษไว้เป็นประกันหนึ่งใบเท่านั้นเอง

³⁵ มาตรา 714 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

³⁶ มาตรา 704 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินซึ่งจำนอง ”

³⁷ มาตรา 708 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สัญญาจำนองนั้นต้องมีจำนวนเงินระบุไว้เป็นเงื่อนไขเงินไทยเป็นจำนวนแนตรงตัว หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นเป็นตราไว้เป็นประกัน ”

³⁸ มาตรา 681 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “หนี้ในขนาดหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นี้อาจเป็นผลได้จริงก็ประกันได้ แต่ต้องระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกัน เว้นแต่เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวตามมาตรา ๖๙๙ จะไม่ระบุระยะเวลาดังกล่าวก็ได้”

(4) สิทธิของผู้รับจำนอง ย่อมได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง ก่อนเจ้าหนี้อื่น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนอง เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

2) ประเภททรัพย์สินที่สามารถจำนองได้ กฎหมายได้ระบุประเภทไว้ เป็นพิเศษดังนี้

(1) อสังหาริมทรัพย์

(2) สสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย เช่น เรือกำปั่น หรือ เรือมีระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไปเรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพร สัตว์พาหนะ

(3) สสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนได้ เช่น เครื่องจักร ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เป็นต้น

3) วิธีการบังคับจำนอง

สืบเนื่องจากมาตรา 728(เดิม) และมาตรา 729(เดิม) ที่บัญญัติเกี่ยวกับ กระบวนการบังคับจำนองของผู้รับจำนอง ยังไม่ได้กำหนดขั้นตอนที่ต้องดำเนินการอย่างชัดเจน แต่อาศัยแนวคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยในคดีต่าง ๆ เช่น ขั้นตอนการบอกกล่าว ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าว ซึ่งกระบวนการบอกกล่าวนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของวิธีการบังคับจำนอง หากผู้รับจำนองบอกกล่าวไม่ถูกต้อง ศาลจะให้ไปดำเนินการบอกกล่าวให้ถูกต้อง ดังนั้นกระบวนการบังคับจำนองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 728 มาตรา 729 และมาตรา 735 เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อความเป็นธรรมของทั้งสองฝ่ายในบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่นี้ ได้มีการกำหนดขั้นตอนและเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ เช่น เรื่องระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าว อันเป็นเรื่องสำคัญจึงควรกำหนดให้ชัดเจนว่าเป็นเรื่องที่สำคัญที่ไม่สามารถตกลงให้แตกต่างจากที่กำหนดได้

(1) ต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ไม่น้อยกว่า 60 วัน

(2) หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด ผู้รับจำนองต้องฟ้องผู้จำนองต่อศาล เพื่อให้ศาลออกคำสั่งนำทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ของตน

(3) หรือขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินที่จำนองนั้นหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของตนหากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

4) ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง สำหรับสัญญาจำนองจะระงับสิ้นไปด้วยเหตุดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) หนี้ที่ประกันระงับสิ้นไป ด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ เช่น มีการชำระหนี้ เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ หักกลบหนี้ เปลี่ยนหนี้ใหม่ หนี้เลื่อนกลืน ปกติแล้ว

หนี้ที่ขาดอายุความนั้น หนี้ไม่ได้ระงับไปเพียงแต่กฎหมายมิให้เจ้าหนี้ฟ้องร้องลูกหนี้เท่านั้น เพราะฉะนั้นแม้หนี้ที่เป็นประกัน ขาดอายุความฟ้องร้องไปแล้ว การจำนองยังคงมีอยู่ ผู้จำนองยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิด

(2) ปลดจำนองเป็นหนังสือ เช่น นายแดงกู้เงินนายเขียว โดยมีนายขาวจำนองที่ดิน เป็นประกันต่อมานายเขียวทำหนังสือปลดจำนองให้ นายขาวเช่นนี้จำนองก็ระงับสิ้นไป แต่หนี้ระหว่างนายแดงกับนายเขียวยังมีอยู่เหมือนเดิม

(3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น คือ กรณีผู้จำนองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ โดยนำเรื่อง การค้าประกันมาบังคับใช้ในกรณีนี้ เช่น นาย ก. กู้เงิน นาย ข. กำหนดชำระภายใน 1 ปี โดยมีนาย ค. จำนองที่ดินเป็นประกัน ต่อมาหนี้ถึงกำหนดชำระ นาย ข. ก็ไปตกลงผ่อนเวลาให้ นาย ก. โดย นาย ค. มิได้ยินยอมด้วย เช่นนี้ นาย ค. ผู้จำนอง ย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ การจำนองที่ดิน ของ นาย ค. ย่อมระงับสิ้นไป เพราะมีเวลาการผ่อนเวลาชำระหนี้ให้ลูกหนี้ เช่นเดียวกับลักษณะค้าประกัน

(4) จำนอง ระงับเมื่อถอนจำนอง เป็นกรณีที่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง ขอไถ่ถอน จำนองโดยเสนอราคาตามสมควรกับราคาทรัพย์สินซึ่งจำนอง การจำนองก็ระงับสิ้นไป ถ้าผู้รับจำนอง ยอมรับการไถ่ถอนจำนองของผู้รับโอนทรัพย์สิน

(5) เมื่อมีการขายทอดตลาด เป็นกรณีที่ผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนอง ให้ศาลนำทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด เช่นนี้เมื่อขายทอดตลาดแล้วการจำนองก็ระงับสิ้นไป

(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุด เป็นกรณีที่ผู้รับจำนองไม่ฟ้องบังคับจำนองให้เอา ทรัพย์สินออกขายทอดตลาด แต่ต้องการทรัพย์สินนั้น ๆ เป็นของตนก็ เรียกว่าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ก็คือหลุดไปเป็นของผู้รับจำนองเลย ซึ่งต้องปรากฏเงื่อนไขตามมาตรา 729 ที่ได้กล่าวมาในเรื่อง สิทธิของผู้รับจำนองจึงจะทำได้ เช่นนี้เมื่อจำนองหลุด การจำนองก็ระงับสิ้นไป

5) ข้อจำกัดของสัญญาจำนอง มี 2 ประการ

ประการที่ 1 แม้กฎหมายจะกำหนดให้ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนอง และผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ทรัพย์สินที่จำนองต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนอง แต่ทรัพย์สินที่จำนองจำกัดเฉพาะเพียงอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น

ประการที่ 2 การบังคับจำนองเป็นอำนาจของศาล ในขณะที่ศาลต้องรับผิดชอบคดีความประเภทอื่นอีกเป็นจำนวนมาก อีกทั้งกระบวนการพิจารณาบังคับจำนองล่าช้า และเป็นผลเสียต่อการประกอบธุรกิจ

2.4.2.2 จำนำ

1) ลักษณะสำคัญของจำนำ ดังนี้

(1) กฎหมายไม่ได้บังคับว่าจะต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

(2) จำนำได้เฉพาะสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์จำนำไม่ได้ กฎหมายบอกว่าการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้ผู้รับจำนำเพราะฉะนั้นอสังหาริมทรัพย์ส่งมอบไม่ได้ก็จำนำไม่ได้

ในส่วนของผู้รับจำนำกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องมีลักษณะประการใด เพียงแต่มีความสามารถในการก่อนิติสัมพันธ์หรือมีความสามารถในการกู้ยืมได้เท่านั้น

(3) การจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำไว้เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้แก่ผู้รับจำนำก็ไม่เป็นการจำนำตามกฎหมาย แต่อาจจะมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาไว้ก็ได้ โดยผู้จำนำกับผู้รับจำนำตกลงกัน

(4) จำนำจะมีผลบังคับได้ต้องเป็นการประกันหนี้ที่สมบูรณ์ หากเป็นหนี้ที่ไม่สมบูรณ์แล้วก็บังคับการจำนำไม่ได้ ตัวอย่างเช่น หนี้กู้ยืมเงินเพื่อเอาไปค้าเฮโรอีน หรือเอาไปจ้างยิงคนถือว่าขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยเมื่อมีการจำนำประกันหนี้ดังกล่าวก็บังคับไม่ได้

(5) ผู้จำนำอาจเป็นลูกหนี้ หรือบุคคลอื่นก็ได้ ที่นำทรัพย์สินของตนจำนำประกันหนี้เหมือนการจำนอง

(6) การจำนำผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น จึงจะจำนองได้

(7) สิทธิของผู้รับจำนำในการรับชำระหนี้ จะได้รับชำระหนี้จากสินทรัพย์ที่จำนำก่อนเจ้าหนี้สามัญ เช่นเดียวกับผู้รับจำนอง

2) วิธีการบังคับจำนำ

ในสัญญาจำนำนั้น หากผู้จำนำไม่มาไถ่ถอนทรัพย์สินจำนำคืนโดยการชำระหนี้ที่ค้างอยู่จนครบ ผู้รับจำนำก็มีสิทธิที่จะนำทรัพย์สินนั้นออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ แต่ก่อนที่จะขายนั้น ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวกับผู้จำนำเป็นหนังสือให้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดก่อน เพื่อให้ผู้จำนำมีสิทธิที่จะมาไถ่ถอนทรัพย์สินคืน และการขายนั้น จะต้องทำโดยการขายทอดตลาดโดยวิธีประมูลเพื่อใช้หนี้ และจะต้องมีการส่งจดหมายแจ้งให้ผู้จำนำทราบถึงวันและเวลาที่จะมีการขายทอดตลาดกัน เพื่อให้สิทธิกับผู้จำนำเป็นครั้งสุดท้ายที่จะเข้าไถ่ถอนทรัพย์สินคืน ไม่ว่าจะก่อนขายทอดตลาด หรือสู้ราคากับผู้ประมูลคนอื่นในการขายทอดตลาดก็ตาม

3) การระงับสิ้นไปของสัญญาจำนำ

(1) ด้วยการที่หนี้ที่มีการจำนำเป็นประกันไว้เป็นอันระงับไป เช่นเดียวกับ สัญญาค้ำประกัน หนี้ที่เกิดจากสัญญาจำนำเป็นหนี้อุปกรณ์ของหนี้ตามสัญญาหลักหากสัญญาหลักเป็นอันระงับไป สัญญาจำนำก็จะอยู่ไม่ได้เช่นกัน

(2) เมื่อผู้รับจำหน่ายยอมให้ทรัพย์สินจำหน่ายคืนสู่ความครอบครองของผู้จำหน่ายการที่ผู้รับจำหน่ายตกลงส่งมอบทรัพย์สินจำหน่ายคืนแก่ผู้จำหน่ายนั้น เป็นการแสดงเจตนาที่จะให้สัญญาจำหน่ายเป็นอันระงับลง แต่ทั้งนี้ไม่ส่งผลถึงสัญญาประธานให้ระงับลงแต่อย่างใด

4) ข้อจำกัดของสัญญาจำหน่าย

การจำหน่ายนั้น เฉพาะสิ่งหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะนำมาจำหน่ายได้ และการจำหน่ายต้องกระทำโดยส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งหลักการจำหน่ายนี้ไม่เปิดช่องให้นำทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาเป็นประกันหนี้ได้ เช่น สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เป็นต้น เนื่องจากผู้จำหน่ายต้องใช้สิ่งหาริมทรัพย์เหล่านี้ในการประกอบการหากให้ส่งมอบทรัพย์สินผู้จำหน่ายก็ไม่สามารถประกอบธุรกิจหรือดำเนินธุรกิจต่อไปได้

จะเห็นได้ว่าการศึกษากฎหมายเรื่องหลักประกันในส่วนนี้ จะเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องหลักประกัน เพื่อจะได้ศึกษาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นหลักประกันทั้งประเภททรัพย์สินและหลักประกันกิจการซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไป

2.5 การประกันหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558

2.5.1 บุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พบว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีด้วยกัน 2 ฝ่าย คือ ผู้ให้หลักประกันฝ่ายหนึ่ง และผู้รับหลักประกันอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้

1) ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ตามมาตรา 6³⁹ และผู้ให้หลักประกันอาจตราทรัพย์สินของตนเป็นประกันหนี้ของบุคคลอื่นก็ได้

2) ผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามมาตรา 7⁴⁰ โดยที่ “สถาบันการเงิน” ตามมาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามไว้ดังนี้

(1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยสถาบันการเงิน

³⁹ มาตรา 6 ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

⁴⁰ มาตรา 7 ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดใน

(2) บริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ต่อมาได้มีการกำหนดกฎกระทรวงเพื่อเพิ่มผู้รับหลักประกันเพื่อเปิดโอกาสให้กับผู้ประกอบการรายย่อยในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนมากขึ้น ดังนี้

(1) กฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2559⁴¹
กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน

- (1) นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
- (2) ทรัสต์ในนามทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน
- (3) บริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม หรือผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (4) นิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- (5) บริษัทบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์
- (6) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจแพ็คเกจอริง

(2) กฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2561⁴²
กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน

- (7) สำนักงานปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเฉพาะกรณีกองทุนพัฒนาเอสเอ็มอีตามแนวประชารัฐ
- (8) ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงิน
- (9) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าแบบลิสซิ่ง
- (10) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้สินเชื่อ

⁴¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133/ที่ 103 ก/หน้า 1/9 ธันวาคม 2559

⁴² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135/ที่ 11 ก/หน้า 1/23 กุมภาพันธ์ 2561

2.5.2 ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้

โดยหลักทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น โดยมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้ดังนี้

- 1) กิจการ ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น เช่น ที่ดิน อาคาร รถยนต์ รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เป็นต้น
- 2) สิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ไม่ว่าจะได้รับชำระหนี้เป็นเงินหรือได้รับชำระหนี้เป็นทรัพย์สินอย่างอื่นและสิทธิอื่น ๆ แต่ไม่รวมถึงสิทธิที่มีตราสาร
- 3) สหกรณ์ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า
- 4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง ได้แก่ ที่ดิน อาคารสถานที่ เช่น ผู้ประกอบกิจการหมู่บ้านจัดสรร หรือจัดสรรที่ดินเปล่าสามารถนำที่ดินหรืออาคาร สถานที่มาเป็นหลักประกันได้
- 5) ทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และความลับทางการค้า เป็นต้น
- 6) ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้หากในอนาคต มีทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่น ๆ อีกที่กฎหมายยังไม่ได้บัญญัติครอบคลุมเอาไว้ก็สามารถกำหนดเพิ่ม โดยกฎกระทรวงได้

2.5.3 ลักษณะที่สำคัญของหลักประกันหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิในการครอบครอง ใช้สอยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ โดยหลักการทั่วไป ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใช้สอยแลกเปลี่ยน จำหน่ายจ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือกล่าวง่าย ๆ ก็คือ ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่โดยสภาพต้องใช้ในการประกอบธุรกิจผู้รับหลักประกันเข้าใจและยินยอมให้ผู้ให้หลักประกันครอบครองยึดถือใช้ประโยชน์ได้ เพราะยอมเป็นไปตามสภาพของทรัพย์สินนั้น ๆ

2.5.4 การบังคับหลักประกัน

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจำแนกวิธีการบังคับหลักประกันเป็น 2 ประเภท คือ การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน อาจบังคับหลักประกันได้เป็น 2 วิธี คือ

- 1) จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้หรือ
- 2) เอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ ตามมาตรา 36⁴³

วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน อาจดำเนินการได้ใน 2 กรณี คือ กรณีที่ ผู้ให้หลักประกันยินยอม หรือ กรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอม กรณีที่ผู้ให้หลักประกันยินยอม เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกันได้มีหนังสือ แจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำหลักประกันไปจำหน่าย

2.5.5 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไปเมื่อ

- (1) หนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ
- (2) ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ
- (3) มีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
- (4) มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน

ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกินกว่า 5 ปีไม่ได้ (มาตรา 81⁴⁴)

จากการศึกษาทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับหลักประกัน คือการจำนองตามมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่การจำนองนั้นจำกัดเฉพาะต่อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ดังนั้น จึงทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ด้วย

⁴³ มาตรา 36 ผู้รับหลักประกันอาจบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิหรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

⁴⁴ มาตรา 81 ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้น ขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกินกว่าห้าปีไม่ได้

ข้อจำกัดดังกล่าว จึงเป็นที่มาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และหลักประกันทางธุรกิจฉบับนี้มีแบบอย่างมาจาก Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Secured Transactions ของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในบทต่อไปจึงได้ทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา ตลอดจนข้อดีและข้อเสียของหลักเกณฑ์ของทั้งสองประเทศดังกล่าว

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันหนี้

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันหนี้และการบังคับหลักประกันตามหลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Article 9 (Secured Transactions Uniform Commercial Code : UCC) ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งหลักการดังกล่าวข้างต้นเป็นมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่นักกฎหมายคอมมอนลอว์พัฒนาขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิม และหลักกฎหมายทั้งสองก็มีแนวคิดและวิธีการที่แตกต่างกันแม้ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เองจะได้นำหลักกฎหมาย Floating Charge และ Article 9 (Secured Transactions) ไปประยุกต์ใช้แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกัน โดยอังกฤษที่เป็นรัฐเดี่ยวใช้หลักกฎหมาย Floating Charge แต่สหรัฐอเมริกากลับพัฒนา Article 9 (Secured Transactions) ขึ้นมาใช้เพื่อแก้ไขความสับสนเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินในระหว่างมลรัฐต่าง ๆ อันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังมีประเทศออสเตรเลีย และแคนาดาซึ่งเป็นประเทศที่มีลักษณะเป็นสหพันธรัฐและมีปัญหาที่ใกล้เคียงกับสหรัฐอเมริกาก็ได้นำ Article 9 (Secured Transactions) ไปประยุกต์ใช้เช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1 หลักประกันหนี้ตามหลัก Floating Charge ของประเทศอังกฤษ

3.1.1 ความเป็นมา

กฎหมายอังกฤษประกอบด้วยหลักกฎหมาย 3 ส่วน คือ หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หลักเอคควิตี้ (Equity) และหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Law) โดยกฎหมายคอมมอนลอว์พัฒนาการมาจากศาลคอมมอนลอว์ (The Courts of Chancery) ทั้งกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักเอคควิตี้ เป็นกฎหมายพื้นฐานที่ผู้พิพากษาบัญญัติขึ้น (Jude-made law หรือ Case law) คือ เป็นกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาในคดีความต่าง ๆ หลักเอคควิตี้ (Equity) เกิดจากแนวความคิดในการตัดสินคดีของราชเลขาในพระองค์พระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษที่เรียกว่า “ชานเซอร์เลอร์” (The Chancellor) โดยในตอนแรก ๆ อาศัยหลักที่เรียกว่า “หลักแห่ง

ความเป็นธรรม” (The Equity of the case) และต่อมาหลักแห่งความเป็นธรรมนี้ได้พัฒนาเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายอังกฤษที่เรียกว่า “เอคควิตี้” ซึ่งหลักเอคควิตี้ (Equity) มีพื้นฐานมาจากหลักมโนธรรม (Conscience) ของชานเซอร์เลออร์ (The Chancellor) แต่ละคนในการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยคดี โดยเจตนาเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมของกฎหมายคอมมอนลอว์ การใช้ดุลยพินิจดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคล และข้อเท็จจริงแต่ละคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป การใช้อำนาจในช่วงแรก ๆ จึงถูกมองไปในลักษณะที่ว่าหลักเอคควิตี้ขัดแย้งกับหลักกฎหมายของคอมมอนลอว์ แต่ในเวลาต่อมาถือว่าหลักเอคควิตี้มีลักษณะไปในทางเสริม หรือเพิ่มเติมกฎหมายคอมมอนลอว์ยิ่งกว่าจะแก้ไขความไม่ถูกต้องของกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายคอมมอนลอว์ที่หลักเอคควิตี้เข้ามาเสริม ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด เป็นต้น ส่วนกฎหมายอาญาหลักเอคควิตี้ไม่ได้เข้ามามีบทบาทหลักเอคควิตี้ที่ใช้ในปัจจุบันเกือบทั้งหมดสืบเนื่องมาจากการอาศัยหลักความเป็นธรรมเป็นสำคัญ และมองในแง่ที่ว่า การกระทำใด ๆ ก็ตามควรจะเป็นไปโดยชอบธรรมและถือหลักความสุจริต (Good Faith) นอกจากนี้หลักเอคควิตี้จะบังคับเข้ากับตัวบุคคลมากกว่าที่จะบังคับเข้ากับทรัพย์สิน สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่แล้ว ก็ปรับปรุงพัฒนามาจากกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักเอคควิตี้ตามกาลเวลาที่ผ่านไป

ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ มีการนำหลักคอมมอนลอว์และหลักเอคควิตี้มารวมใช้อยู่ที่ศาลเดียว และประเทศอังกฤษเริ่มมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น⁴⁵ สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่มีรากเหง้ามาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักเอคควิตี้ โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรถือว่ามีส่วนสำคัญในการพัฒนาระบบกฎหมายอังกฤษให้เข้าใกล้กับกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย⁴⁶

ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ คู่กรณีสามารถตกลงกันให้นำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้ได้เป็น 2 วิธีการใหญ่ ๆ อันได้แก่ การจำนอง (Mortgage) และชาร์จ (Charge) โดยการจำนอง (Mortgage) เป็นกรณีที่ผู้จำนองโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับจำนอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และผู้รับจำนองจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวคืนให้แก่ผู้จำนองเมื่อมีการชำระหนี้ครบถ้วน

⁴⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำบรรยายกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอน (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), หน้า 27.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

แล้ว⁴⁷ ขณะที่การรับประกันหนี้แบบชาร์จ (Charge) เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือทรัพย์สินแต่เพียงประเภท (Class of Assets) มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่มีการส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้และไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ แต่จะเป็นเพียงภาระติดพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างสิทธิประโยชน์ (Interest) อันใหม่ขึ้นเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้⁴⁸ โดยชาร์จ (Charge) ที่สร้างขึ้นเหนือสังหาริมทรัพย์ย่อมเป็นเพียงสิทธิประโยชน์ (Interest) ตามหลักเหตุคดีเท่านั้น⁴⁹

หลักกฎหมาย Floating Charge ของอังกฤษเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล โดยศาลยอมรับว่าบริษัทสามารถนำบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่บริษัทนั้นใช้ในการประกอบกิจการ (Undertaking) ไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันได้ หลักกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นหลักที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาเสริมระบบการใช้สังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมที่ต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยที่วิธีการใช้สังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีอยู่เดิม ซึ่งตามหลักกฎหมายดังกล่าวนอกจากจะเป็นการยอมรับการใช้สังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้โดยที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันแล้ว ยังส่งผลต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจอีกทางหนึ่งด้วย โดยผู้ประกอบการสามารถใช้สังหาริมทรัพย์ในกระบวนการผลิตหรือการประกอบธุรกิจได้อย่างเต็มที่ในระหว่างที่ตนนำไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินมาใช้ประกอบกิจการ ทั้งนี้ ตามกฎหมายของอังกฤษแบ่งลักษณะเจ้าหนี้และลักษณะของหลักประกัน ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

3.1.2 ลักษณะเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge

เจ้าหนี้มีประกัน คือ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้ และมีสิทธิเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้น

เจ้าหนี้ไม่มีประกัน คือ เจ้าหนี้ที่ไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินสิ่งใดของลูกหนี้เป็นกรณีพิเศษ อีกทั้งไม่มีสิทธิเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ จนกว่าจะได้ใช้สิทธิฟ้องเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว

⁴⁷ Royston M. Goode and Louise Gullifer, **Goode on Legal Problems of Credit and Security**, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008), p. 35.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁹ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, **The Law of Security and Title-Based Financing**, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 148.

ดำเนินการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือรองจนกว่าลูกหนี้จะล้มละลาย หรือเลิกกิจการ(Winding-up)⁵⁰

บุคคลที่จะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ตาม Floating Charge⁵¹

เจ้าหนี้ตาม Floating Charge มีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งอาจเป็นธนาคาร หรือสถาบันการเงิน ถ้าหากมีความสามารถที่จะให้กู้เงินได้ก็อาจเป็นเจ้าหนี้เงินกู้ที่มีประกันแบบ Floating Charge ได้

ข้อสำคัญประการหนึ่งของการประกันหนี้แบบ Floating Charge คือ กฎหมายจำกัดบุคคลที่สามารถให้หลักประกันหนี้ในลักษณะนี้ได้ คือ บริษัทเท่านั้น ไม่ว่าจะจะเป็นบริษัทจำกัด (Private Company) หรือบริษัทมหาชนจำกัด (Public Company)⁵² นอกจากนิติบุคคลประเภทบริษัทแล้วยังมีบุคคลบางประเภทที่สามารถสร้างหลักประกันแบบลอย เช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited liability Partnerships) อุตสาหกรรมที่จดทะเบียน (Registered Industrial) และ Provident society⁵³ ส่วนบุคคลธรรมดาหรือห้างหุ้นส่วนประเภทอื่นไม่สามารถเป็นผู้ให้หลักประกันแบบลอยได้ เพราะขัดต่อ Bills of Sale Act 1878

ดังนั้น บุคคลธรรมดาหรือห้างหุ้นส่วนไม่อาจก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบ Floating Charge ตามหลักกฎหมายอังกฤษได้ เพราะถ้าหากบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลใช้ทรัพย์สินที่มีรูปร่างอย่างอื่นนอกจากที่ดินเป็นหลักประกันหนี้แบบชาร์จแล้ว จะกลายเป็นเรื่องการทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง ตามที่พระราชบัญญัติ Bills of Sale Act 1878 แก้ไขเพิ่มเติม 1882 กำหนดไว้ ซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนในฐานะเป็นสัญญาจำนองมิใช่การประกันหนี้แบบชาร์จ⁵⁴

⁵⁰ R. M. Goode, **Commercial Law** (Middlesex: Penguin Books/Allen Lane, 1982), p.710

⁵¹ นิรุบล เลิศนุวัฒน์, “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ในระบบกฎหมายของไทย,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 44 3 (2558), หน้า 669.

⁵² Company Act 2006 s 1.

⁵³ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, *op sit*, p. 148.

⁵⁴ Geoferey Morse, Enid A. Marshall and Richard Morris, Charlesworth and Cain **Company Law**, (London: Steven & Sons, 1983), pp. 564-565

3.1.3 ลักษณะของหลักประกัน

ตาม Floating Charge สามารถแบ่งลักษณะของหลักประกันได้ 2 ประเภท คือ หลักประกันหนี้เฉพาะเจาะจงหรือหลักประกันแบบถาวร (Fixed Security) และหลักประกันหนี้แบบลอยหรือหลักประกันหนี้แบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Security)⁵⁵ ดังนี้

(1) หลักประกันหนี้เฉพาะเจาะจงหรือหลักประกันแบบถาวร (Fixed Security) คือ หลักประกันที่มีผลทำให้ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ถูกยึดถือเอาเป็นหลักประกันในทันทีที่มีการทำสัญญา กล่าวคือ มีการระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่าทรัพย์สินสิ่งไหน เจ้าของทรัพย์สินหรือลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะจัดการกับทรัพย์สินนั้นได้อีกต่อไป จนกว่าจะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้

(2) หลักประกันหนี้แบบลอยหรือหลักประกันหนี้แบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Security) มีลักษณะตรงกันข้ามกับหลักประกันเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ในเบื้องต้นยังไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่าทรัพย์สินเป็นหลักประกันทรัพย์สินสิ่งไหน เพียงแต่ระบุว่าเป็นกลุ่มหรือประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น โดยทรัพย์สินในกลุ่มหรือประเภทนั้นยังมีการเปลี่ยนแปลง ลูกหนี้ยังมีอิสระที่จะจัดการกับทรัพย์สินนั้นได้ในทางปกติธุรกิจการค้า เมื่อมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น อำนาจการจัดการทรัพย์สินประกันของลูกหนี้จะสิ้นสุดลง ทรัพย์สินประกันนั้นจะเกิดการแปรสภาพ (Crystallisation) จากทรัพย์สินหลักประกันที่ไม่เฉพาะเจาะจงเป็นทรัพย์สินประกันเฉพาะเจาะจงเฉพาะสิ่ง (Specific Asset) ซึ่งประกอบอยู่ในกลุ่มหรือประเภททรัพย์สินนั้น และรวมถึงทรัพย์สินประกันในกลุ่มหรือประเภทนั้นที่ลูกหนี้ได้มาภายหลัง

ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร Equitable Charge อาจแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือ Fixed Charge และ Floating Charge กล่าวคือ Fixed Charge เป็นการประกันหนี้แบบซาร์จอย่างหนึ่งโดยใช้ทรัพย์สินที่ระบุไว้เจาะจงเป็นหลักประกัน และจะมีลักษณะสำคัญ ๆ ตรงกันข้ามกับ Floating Charge การประกันหนี้แบบ Fixed Charge นี้ภาวะติดพันตัวทรัพย์สินจะเกิดผูกพันตัวทรัพย์สินประกัน (Attach) ในทันทีที่มีการทำสัญญา หรือในทันทีที่ลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกัน ผลก็คือ ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินประกันได้อย่างอิสระปราศจากการติดพัน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หรือได้มีการชำระหนี้ที่มีประกันนั้นแล้ว

⁵⁵ วิทยา จิณญกาญจน์, การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537). หน้า 29

3.1.4 ลักษณะของการประกันหนี้

3.1.4.1 การประกันหนี้ด้วยบุคคลหรือเรียกอีกอย่างว่าค้ำประกัน คือ การใช้ตัวบุคคลมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ การบังคับตามสัญญาประกันจะไม่มีผลกระทบต่อเจ้าหนี้อื่นที่ไม่มีประกัน ซึ่งจะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ เพราะการค้ำประกันเป็นเรื่องของการใช้บุคคลมาเป็นหลักประกันหนี้มิได้ใช้ทรัพย์สินอย่างประกันด้วยทรัพย์สิน จึงไม่มีผลทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ลดน้อยลงไป

3.1.4.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินสามารถแบ่งออกได้อีก 2 อย่าง คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา

1) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ แต่อาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ ได้ 5 แบบ คือ สิทธิยึดหน่วง (Lien) การหักกลบลบหนี้ตามหลักเอคควิตี้ (Equitable right to set-off) การติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลักเอคควิตี้ (Equitable right to trace) และการยึดและอายัดทรัพย์สินของจำเลยตามวิธีการพิจารณาคดีของศาล (Procedural Security)

2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา (Consensual Security) ในความหมายอย่างแคบตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะเกี่ยวข้องกับกรณีสหสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินประกัน รวมถึงดอกผลและรายได้จากทรัพย์สินประกัน ยกเว้นคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ตามหลักกฎหมายอังกฤษการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญามีด้วยกัน 4 แบบ คือ จำนำ (Pledge) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (Contractual lien) จำนอง (Mortgage) และชาร์จ (Charge)

(1) จำนำ (Pledge)

จำนำเป็นประกันหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการประกันหนี้ประเภทอื่น หลักการสำคัญ คือ เจ้าหนี้จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำไว้ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าการครอบครองทรัพย์สินจำนำ (possession) เป็นสาระสำคัญของจำนำ การที่ยังคงให้ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินจำนำอยู่นั้น จะเป็นทางให้ลูกหนี้หลอกลวงเจ้าหนี้อื่นได้ ในกรณีที่เจ้าหนี้อื่นให้ลูกหนี้กู้ยืมเงิน โดยเจ้าหนี้นั้นเข้าใจว่าลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนั้น ในระยะแรกของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่า การครอบครองทรัพย์สินจำนำของเจ้าหนี้ เป็นเงื่อนไขสำคัญของจำนำ การจำนองที่ดินในระยะเริ่มแรกก็มีจุดกำเนิดมาจากการจำนำเหมือนกัน โดยผู้รับจำนองที่ดินจะครอบครองที่ดินที่จำนองไว้ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ จนกระทั่งถึง ค.ศ. ที่ 16 การจำนองจึงได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบ เป็นให้ผู้รับจำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนอง และหลังจากนั้นอีกประมาณ 2 ศตวรรษ จึงสามารถจำนองสินค้าได้ด้วย

เนื่องจากได้มีการพัฒนาเอกสารสิทธิต่าง ๆ ทำให้ขอบเขตของทรัพย์สิน
 นำพัฒนาตามไปด้วย จนถึงขณะนี้จะเห็นว่า ไม่เพียงแต่สินค้าต่าง ๆ แม้แต่เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์
 ในสินค้าหรือตราสารหนี้ (documents of title to goods and instruments embodying a
 money obligation) ก็สามารถนำมาได้ ยิ่งกว่านั้น ไม่จำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน
 นำมาโดยตรง แต่อาจครอบครองโดยปริยาย โดยให้บุคคลภายนอกครอบครองแทนก็ได้ หรือแม้แต่จะ
 ให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนำเอง เช่น กรณีของสัญญาทรัสต์รีซีพ (Trust Receipt) จนถึง
 ขณะนี้ การนำมายังคงมีบทบาทสำคัญมากที่สุดต่อระบบการประกันหนี้ตามหลักกฎหมายอังกฤษ
 แม้ว่าผู้รับจำนำจะมีสิทธิจำกัดในทรัพย์สินนำ กล่าวคือการครอบครองทรัพย์สินนำทำให้ผู้รับจำนำมี
 เพียงแต่สิทธิตามกฎหมาย ที่จะขายทรัพย์สินนำได้โดยปริยายในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด แต่อย่างไรก็ตาม
 การที่ผู้รับจำนำครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ มีความสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เพื่อแสดง
 ว่าทรัพย์สินนั้นได้มีการนำไปใช้เป็นหลักประกันโดยการจำนำ และอีกประการหนึ่ง เพื่อให้
 บุคคลภายนอกได้ทราบถึงสิทธิของผู้รับจำนำที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนำโดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน
 (Registration) แต่เนื่องจากการขยายตัวของเครื่องมือในทางเครดิตข้อจำกัดของการจำนำในฐานะที่
 เป็นแบบของการประกันหนี้ที่ยาวนาน ก็ปรากฏอุปสรรคให้เห็น กล่าวคือ การจำนำจะต้องมีการส่ง
 มอบการครอบครองทรัพย์สินนำให้เจ้าหนี้ ดังนั้น ในกรณีที่ทรัพย์สินนำมีจำนวนมาก จะไม่สะดวกที่
 เจ้าหนี้จะครอบครองทรัพย์สินนำไว้ หรือกรณีลูกหนี้จำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินนำเพื่อประกอบการธุรกิจ
 หาเงินเป็นรายได้มาชำระหนี้ นอกจากนี้ก็กล่าวโดยสภาพของทรัพย์สินนำแล้ว จะมีขอบเขตจำกัด
 เฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่าง และเอกสารสิทธิต่าง ๆ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง จึงไม่สามารถใช้เป็น
 หลักประกันการชำระหนี้ได้ด้วยวิธีการจำนำ แต่ก็อาจก่อให้เกิดผลเป็นหลักประกันหนี้แบบอื่นได้ โดย
 ไม่ต้องการส่งมอบการครอบครอง (non-possessory security)

(2) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (Contractual lien)

สิทธิยึดหน่วงโดยการครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่น (Possessory Lien)
 อาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย หรือเกิดจากสัญญาก็ได้ ผลก็คือ ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถยึดหน่วง
 ทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ได้ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ สิทธิยึดหน่วงที่เกิดจากสัญญามีผลแตกต่างกับ
 จำนำในข้อที่ว่า เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินประกันและ
 สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันได้ ถ้าหากสิทธิยึดหน่วง
 โดยสัญญาสามารถทำให้ผู้ทรงสิทธิขายทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ได้ ก็เท่ากับเป็นการจำนำนั่นเอง

(3) จำนอง (Mortgage)

การจำนองจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองให้แก่เจ้าหนี้ โดย
 มีเงื่อนไขชัดเจนหรือปริยายว่า ทรัพย์สินจำนองจะโอนกลับไปเป็นของลูกหนี้ เมื่อมีการชำระหนี้ที่มีการ
 จำนองเป็นประกันแล้ว ปัจจุบันนี้ การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนอง จึงไม่ใช่สาระสำคัญของ

การจำนอง และตามความเป็นจริงแล้ว จะไม่มีการส่งมอบครอบครองทรัพย์สินจำนอง ถ้าหากว่าลูกหนี้ไม่ ผิดนัดชำระหนี้ ยกเว้นการส่งมอบเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนอง ในทางกลับกันแม้ว่าการส่ง มอบการครอบครองทรัพย์สินประกันจะขึ้นอยู่กับว่าเป็นการจำนองหรือจำนำก็ตาม แต่ก็ยังขึ้นอยู่กับ เจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญด้วย การจำนองที่ดินโดยผู้รับจำนองไม่ต้องครอบครองที่ดินจำนองด้วย ซึ่งเกิดใน ค.ศ. ที่ 16 นั้น ก่อนหน้านั้น ก็เคยมีการจำนองทรัพย์สินบางประเภทโดยไม่ต้องมีการส่ง มอบการครอบครองทรัพย์สินจำนอง จนกระทั่งถึง ค.ศ. 1854 การจำนองทรัพย์สินที่มีรูปร่างอย่างอื่น นอกจากที่ดิน (Chattle) โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำนอง เกือบจะไม่สามารถทำได้ อีกต่อไป ทั้งนี้ เพราะว่าการที่ลูกหนี้ยังคงครอบครองทรัพย์สินจำนองต่อไป ภายหลังจากการทำสัญญา จำนอง อาจทำให้ลูกหนี้ถูกมองไปได้ว่า มีเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้รายอื่น ตามที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติ Fraudulent Conveyance Act 1571 จากกรณีดังกล่าว จึงได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติ Bills of Sale Act 1854 ตามกฎหมายฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่จัดให้มีระบบ การจดทะเบียนการจำนองทรัพย์สินที่มีรูปร่างอย่างอื่นนอกจากที่ดิน โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการ ครอบครองทรัพย์สินจำนอง เป็นผลทำให้ทัศนคติของศาลผ่อนคลายความเคร่งครัด ในเรื่องการจำนอง ทรัพย์สินอย่างอื่นนอกจากที่ดิน ในเรื่องการจำนองทรัพย์สินอื่นนอกจากที่ดิน กล่าวคือตาม พระราชบัญญัติ ฉบับดังกล่าว กำหนดไว้ว่าสัญญาจำนองทรัพย์สินอย่างอื่นที่ไม่ได้จดทะเบียนจะเป็น โฆษะในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย

ข้อดีของการจำนอง คือ จำนองมีความยืดหยุ่นเพราะการจำนองไม่ต้อง มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนอง ทรัพย์สินทุกประเภทจึงสามารถจำนองได้ ทั้งทรัพย์สินที่มี ตัวตนและทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน แม้ว่าการจำนองตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ จะได้มีการพัฒนา ไปในขอบเขตที่จำกัด เนื่องจากตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ จะไม่ยอมรับการโอนทรัพย์สินใน อนาคตที่จะได้รับมาภายหลังทำสัญญา หรือการโอนสิทธิตามสัญญา แต่ศาลตามหลักเอควิตี้ (Courts of Equity) ได้ช่วยขจัดอุปสรรคดังกล่าว โดยศาลยอมรับทั้งหลักการโอนทรัพย์สินในอนาคต และหลักการโอนหนี้และสิทธิตามสัญญา ด้วยเหตุดังกล่าว การจำนองจึงกลายเป็นเครื่องมือประกัน หนี้ที่สำคัญ ทั้งนี้ เพราะทรัพย์สินทุกประเภทสามารถจำนองได้ อีกทั้งทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้รับมาภายหลังทำ สัญญาก็สามารถจำนองได้ ผลก็คือ สามารถประกันหนี้ในอนาคตได้เช่นเดียวกับการประกันหนี้ที่มีอยู่ ในปัจจุบัน การจำนองจึงเป็นการประกันหนี้อีกแบบหนึ่ง ที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน

(4) ชาร์จ (Charge)

คำว่า “ชาร์จ” (Charge) มีความหมายหลายอย่างด้วยกัน ในที่นี้จะ ทำการศึกษาเฉพาะในส่วนของความหมายของชาร์จที่เกี่ยวกับการประกันหนี้ นักกฎหมายอังกฤษหลาย ท่านได้ให้ความหมายของคำว่า ชาร์จ ไว้เช่น

Henry Campbell Black ได้ให้ความหมายของคำว่า ชาร์จ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้ สรุปได้ความว่า หมายถึงการก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินประเภทหนึ่ง⁵⁶

Earl Jowitt และ Clifford Walsh ได้ให้ความหมายของคำว่า ชาร์จ สรุปความได้ว่า หมายถึงการประกันการชำระหนี้ หรือการปฏิบัติการชำระหนี้ ชาร์จมีความหมายถึงการประกันหนี้ทั่ว ๆ ไป รวมถึงการจำนอง สิทธิยึดหน่วง หมายถึงบังคับคดี เป็นต้น แต่ในความหมายอย่างแคบหมายถึงการประกันหนี้ที่ไม่มีชื่อโดยเฉพาะ⁵⁷

John Burke ได้ให้ความหมายของคำว่า ชาร์จ สรุปความได้ว่า ตามหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน ชาร์จ คือรูปแบบของการประกันการชำระหนี้ หรือประกันการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ เาจากทรัพย์สินบางอย่างของลูกหนี้ หรือจากเงินที่ได้รับจากการบังคับชำระหนี้เาจากทรัพย์สินบางอย่างของลูกหนี้⁵⁸

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของชาร์จ สรุปความได้ว่า “การก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินประเภทหนึ่ง”⁵⁹

จากการแนวความคิดเห็นของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น สรุปความหมายของคำว่าชาร์จได้ว่าเป็นการประกันการชำระหนี้หรือประกันการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน โดยมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เาจากทรัพย์สินประกันแต่ในความหมายอย่างแคบ ชาร์จ หมายถึง การประกันหนี้ที่ไม่มีชื่อโดยเฉพาะ

การประกันหนี้แบบชาร์จไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครอง หรือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกัน แต่เป็นเรื่องของการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภทโดยเฉพาะ (a particular asset of class of asset) เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ผลก็คือ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เาจากทรัพย์สินประกันประเภทนั้น หรือจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินประกันประเภทดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน หรือเจ้าหนี้ในลำดับรองจาก

⁵⁶ Henry Campbell Black, **Black'Law Dictionary**, 5th ed., (St. Paul Minn Port Neches, TX: West, 1979), p.71

⁵⁷ Earl Jowitt and Clifford Walsh, **The Dictionary of English Law**, Volume I A-H (London: Sweet & Maxwell, 1959), p. 350.

⁵⁸John Burke, **Osborn's Concise Law Dictionary**, 6th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1976), p. 71.

⁵⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, **ระบบกฎหมายอังกฤษ** (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

เจ้าหนี้ที่มีประกันแบบชาร์จ หรือบุคคลภายนอกที่ได้รับทรัพย์สินประเภทนั้นไว้ในความครอบครอง เว้นแต่ผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทนั้นด้วยการซื้อ มา เสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต อีกทั้งไม่ทราบวาทรัพย์สินประเภทนั้น ได้ถูกนำไปใช้เป็นหลักประกันหนี้แบบชาร์จ⁶⁰

การตกลงกันให้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้ อาจมีผลบังคับกันได้ตามข้อตกลงให้เป็นเรื่องของการจำนอง ซึ่งตามหลักเอคควิตี้เท่ากับเป็นการจำนองในตัวของมันเอง ในกรณีที่มีการจำนอง (ซึ่งในตัวของมันเองก่อให้เกิดสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินประเภทนี้มาชำระหนี้ได้) ได้รวมเอาการประกันหนี้แบบชาร์จเอาไว้ด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ว่าการจำนองตามหลักเอคควิตี้ทุกกรณี จะเป็นการประกันหนี้แบบชาร์จ แต่การประกันหนี้แบบชาร์จทุก ๆ กรณี ไม่เป็นการจำนองตามหลักเอคควิตี้ (every charge is not an equitable mortgage, though every equitable mortgage is a charge) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การจำนองก่อให้เกิดสิทธิที่จะยึดเอาทรัพย์สินประเภทนี้มาชำระหนี้ได้ ซึ่งเท่ากับชาร์จบวกด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือตามหลักเอคควิตี้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ เนื่องจากจำนองเป็นประกันหนี้ที่มีขอบเขตกว้าง รวมถึงการประกันหนี้แบบชาร์จด้วย บางครั้งจึงมีการกล่าวว่าจำนองเป็นการประกันหนี้แบบชาร์จ และเป็นที่ยอมรับกันมาตลอดโดยไม่มีข้อโต้แย้งจนถึงปัจจุบันนี้ การประกันหนี้แบบชาร์จตามหลักเอคควิตี้ไม่ว่าจะเกิดมาจากการจำนอง หรือเป็นข้อตกลงรวมอยู่ในการจำนอง ก็จะเป็นเพียงแต่การประกันหนี้แบบชาร์จและจะไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังเจ้าหนี้ไม่ว่าตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือตามหลักเอคควิตี้ ดังนั้นจะเป็นการประกันหนี้แบบชาร์จ อย่างเดียว หรือจะเป็นการประกันหนี้แบบชาร์จรวมอยู่กับข้อตกลงในการจำนองด้วยก็ตาม ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้สัญญา ชาร์จ อาจแบ่งออกได้ 2 แบบ คือ ชาร์จที่เกิดมาจากหลักเอคควิตี้ เรียกว่า Equitable Charge และชาร์จที่เกิดมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เรียกว่า Legal charge⁶¹

ชาร์จที่เกิดมาจากหลักเอคควิตี้ หรือเรียกว่า Equitable Charge เป็นการประกันหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้ยังไม่ได้สิทธิในทรัพย์สินประกันตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ เพราะเจ้าหนี้มีเพียงสิทธิในทรัพย์สินประกันตามหลักเอคควิตี้ (Equitable Interest) เช่นเดียวกับกรณีจำนองที่ไม่ได้ทำตามแบบ เช่น การจำนองโดยการมอบเอกสารสิทธิ ทางแก่ของเจ้าหนี้ผู้มีประกันแบบ Equitable Charge ก็โดยการยื่นคำขอต่อศาล เพื่อบังคับชำระหนี้โดยการขายทรัพย์สินประกันหรือแต่งตั้ง Receiver เป็นต้น เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนองตามหลักเอคควิตี้ก็ไม่มีอำนาจที่จะขายหรือแต่งตั้ง Receiver ได้ด้วยตัวเอง⁶² จะเห็นว่า Equitable Charge เป็นการประกันหนี้ที่ไม่เกี่ยวกับการ

⁶⁰ R. M. Goode, *op. cit.*, p. 14.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 14-15

⁶² Earl Jowitt Clifford Walsh, *op. cit.*, pp 350-357 ; John Burke, *op. cit.*, p. 133.

โอนกรรมสิทธิ์หรือการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน แต่ก็ทำให้เจ้าหนี้ผู้มีประกันแบบนี้ ไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาหรือเกิดจากทรัสต์ มีสิทธิยึดเอาทรัพย์สินประกันมาชำระหนี้ได้ กล่าวคือ มีสิทธินำทรัพย์สินประกันออกขาย ไม่ว่าจะการขายนั้นจะเป็นผลมาจากความสมัครใจของลูกหนี้เอง หรือเกิดจากคำสั่งศาลอันเนื่องมาจากการยื่นคำร้องขอของเจ้าหนี้ที่มีประกันแบบชาร์จ อาจกล่าวได้ว่า การประกันแบบนี้เป็นเพียงการติดพันตัวทรัพย์สิน (encumbrance) ไม่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์หรือการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินประกันตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร Equitable Charge อาจแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือ Fixed Charge และ Floating Charge⁶³ กล่าวคือ Fixed Charge เป็นการประกันการชำระหนี้แบบชาร์จอย่างหนึ่งโดยใช้ทรัพย์สินที่ระบุไว้เฉพาะเจาะจงเป็นหลักประกันและจะมีลักษณะสำคัญ ๆ ตรงกันข้ามกับ Floating Charge⁶⁴ การประกันหนี้แบบ Fixed Charge นี้ การติดพันตัวทรัพย์สินประกันจะเกิดผูกพันตัวทรัพย์สินประกัน (attach) ในทันทีที่มีการทำสัญญา หรือในทันทีที่ลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกัน ผลก็คือ ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินประกันได้อย่างอิสระปราศจากภาวะติดพัน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หรือได้มีการชำระหนี้ที่มีประกันนั้นแล้ว⁶⁵

ในส่วนคำพิพากษาของศาลในอังกฤษที่เริ่มรับรองการนำทรัพย์สินในอนาคตมาเป็นหลักประกัน ได้แก่

คดี Re : Panama, New Zealand, etc.co.⁶⁶ เป็นคำพิพากษาแรก ๆ ที่แสดงว่าศาลยอมรับหลักประกัน Floating Charge โดยศาลเห็นว่าการที่บริษัทออกหนังสือรับรอง (Debenture) ว่าบริษัทใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทมีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตเป็นประกันการชำระหนี้มีข้อสังเกตว่าบริษัทไม่อาจนำที่ดินที่บริษัทมีอยู่มาเป็นประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge ได้ เว้นแต่กรณีที่ดินที่บริษัทเอาทรัพย์สินทั้งหมดที่บริษัทมีอยู่ซึ่งรวมถึงที่ดินด้วยมาเป็นประกันการชำระหนี้ หรือกรณีที่ดินที่บริษัทประกอบธุรกิจที่ดินโดยตรงและที่ดินที่บริษัทมีอยู่เป็น Stock-in-trade ของบริษัทนั้น⁶⁷ และการนำทรัพย์สินทั้งหมดที่บริษัทมีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตมาเป็นประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge นั้น หากทรัพย์สินดังกล่าวมีที่ดินรวมอยู่ด้วยจะต้องบันทึกการใช้ที่ดินนั้นเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge ในทะเบียนที่ดินนั้นด้วย

⁶³ R. M. Goode, *op. cit.*, p. 715.

⁶⁴ Earl Jowitt and Clifford Walsh, *op. cit.*, p. 811. ; John Burk, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁵ R. M. Goode, *op. cit.*, p. 715.

⁶⁶ Panama, New Zealand, etc.co 1870 L.R.5 Ch318

⁶⁷ Boambee Bay Pty.Ltd.V.Equus Financial Service Ltd.1991 26 NSWLR 284

คดี Re : Colonial Trusts Corp⁶⁸ สำหรับทรัพย์สินที่บริษัทสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge ได้นั้น นอกจากทรัพย์สินทั้งหมดที่บริษัทใช้ในการประกอบธุรกิจแล้ว บริษัทจะใช้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่ง (Class of assets of the company) เป็นประกันการชำระหนี้ก็ได้

คดี Hoare v. British Columbia Development Association⁶⁹ ศาลยอมรับว่าบริษัทสามารถใช้สินค้าคงคลัง (Stock-in-trade) บัญชีลูกหนี้ (Book Debt) และกำไรจากการประกอบธุรกิจมาเป็นหลักประกันได้ด้วย

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น เป็นการยอมรับว่าทรัพย์สินที่จะมีขึ้นในอนาคตของบริษัทสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge ได้

ทั้งนี้ ในระยะแรกของการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาเกิดขึ้นมากพอสมควร โดยเฉพาะต่อบุคคลที่สาม เพราะหากบริษัทไม่ได้แจ้งให้บุคคลภายนอกทราบว่าบริษัทที่ใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge ไปแล้ว ไม่ว่าจะบริษัทจะสุจริตหรือไม่ก็ตาม เมื่อเกิดการบังคับหลักประกันบุคคลภายนอกจะอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ จึงมีการพัฒนาวิธีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกขึ้นในปี ค.ศ. 1900 โดย Companies Act 1900 กำหนดให้บริษัทต้องจดทะเบียนการนำทรัพย์สินของบริษัทไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วย⁷⁰ ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบการที่บริษัทใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของตนไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge ได้ ต่อมา มีการใช้การประกันการชำระหนี้แบบนี้เป็นช่องทางในการโกงเจ้าหนี้รายอื่นหรือกลั่นแกล้งให้เจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้ลดลง โดยการที่บริษัทใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของตนไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge กับบุคคลอื่นที่สมรู้ร่วมคิดกัน หลังจากนั้นก็จัดให้มีการชำระบัญชีเพื่อเลิกบริษัท (winding up) ทำให้เจ้าหนี้รายอื่นได้รับความเสียหาย จึงมีการพัฒนาหลักการเพื่อป้องกันความเสียหายของเจ้าหนี้รายอื่นผู้สุจริตขึ้นในปี ค.ศ. 1907 โดย Companies Act 1907 กำหนดว่าการประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge ที่ทำขึ้นภายใน 1 ปีก่อนการชำระบัญชีเพื่อเลิกบริษัทเป็นโมฆะ⁷¹

⁶⁸ Colonial Trusts Corp 1879 12 Ch.D.456

⁶⁹ Hoare v. British Columbia Development Association 1912 W.N. 235

⁷⁰ Re Brightlife Ltd., *op.cit.*

⁷¹ ปกรณ์ นิลประพันธ์. “แนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้,” วารสารกฎหมายปกครอง, 20, 1 (2544): 81

3.1.5 ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้

ตามหลักเกณฑ์ของ Floating Charge นั้น สามารถนำทรัพย์สินทั้งที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน และ/หรือจะมีขึ้นในอนาคตของผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้มาเป็นหลักประกันได้ ทั้งนี้ โดยลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันจะระบุไว้เพียงประเภทของทรัพย์สิน (Class of assets) เท่านั้น โดย Floating Charge สามารถนำทรัพย์สินดังต่อไปนี้มาเป็นหลักประกันได้

- 1) สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือหรือเครื่องใช้การผลิต โดยผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้ยังคงเป็นผู้ครอบครองและใช้สอยประโยชน์ได้
- 2) สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ ตามสัญญาที่เป็นหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ
- 3) หลักทรัพย์การลงทุนต่าง ๆ เป็นประกันโดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์การลงทุนนั้น ๆ
- 4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้
- 5) กิจการ

จากการศึกษาพบว่าทรัพย์สินบางประเภทนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งแบบเฉพาะเจาะจง (Fixes Charge) และหลักประกันแบบลอย โดยหลักประกันทั้ง 2 แบบ มีความแตกต่างกันในเรื่องลำดับของบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ และอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งโดยปกติแล้วศาลจะดูจากความสามารถของลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินตามปกติว่าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ จะถือได้ว่าเป็นการให้หลักประกันแบบลอย

ใน คดี *Illingworth v Houldsworth* (1904) acc335 โดย Lord Macnaughten “มีรูปลักษณะ แปรเปลี่ยนไปเรื่อย ๆ และลอยอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน จนกระทั่งเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น หรือมีการกระทำบางอย่างขึ้นที่ทำให้มันตั้งหลักลงยึดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”⁷²

คดี *Holrovd v. Marshall* [(1862) 10 H.L. Cas. 191]] มีข้อเท็จจริงว่าผู้จ้างองได้จ้างองเครื่องจักรในโรงงานไว้กับผู้รับจ้างอง โดยมีข้อตกลงว่าให้ผู้จ้างองครอบครองเครื่องจักรที่จ้างอง และมีสิทธิที่จะเปลี่ยนเครื่องจักรที่จ้างอง โดยนำเครื่องจักรใหม่เข้ามาแทนที่เครื่องจักรเก่า รวมทั้งติดตั้งเครื่องจักรเพิ่มเติมได้ เครื่องจักรที่นำมาติดตั้งแทนเครื่องเก่าและที่ติดตั้งเพิ่มนั้นให้ติดจ้างองด้วย ศาลพิพากษาว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ ทำให้การจ้างองเครื่องจักรมีผลรวมไปถึง

⁷² Phillip R. Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees* (London: Sweet & Maxwell, 1995), p.12.

เครื่องจักรที่ผู้จำนองได้รับมาภายหลังการทำสัญญาจำนอง ไม่ว่าจะเครื่องจักรนั้นจะเป็นของใหม่แทนของเก่า หรือเครื่องจักรที่นำมาติดตั้งเพิ่มเติม สัญญาจำนองมีผลต่อเครื่องจักรดังกล่าวโดยอัตโนมัติ ไม่ต้องการการทำสัญญาใหม่อีก ศาลพิพากษาคดีนี้โดยใช้หลักเอคควิตี้ และได้วางหลักกฎหมายไว้ว่าทรัพย์สินในอนาคตสามารถใช้เป็นหลักประกันการจำนองได้⁷³

คดี Re Colonial Trusts Co, ex parte Bradshaw [(1879) 15 Ch. D. 465 at 469] ผู้พิพากษา Jessel M.R. ได้ใช้คำว่า “Floating Security” ครั้งแรกในคดีนี้ เพื่อที่จะพรรณนาถึงลักษณะของการประกันหนี้แบบชาร์จ โดยใช้ทรัพย์สินของกิจการค้าของบริษัท หรือใช้ทรัพย์สินของบริษัทที่มีอยู่ในขณะใดขณะหนึ่งเป็นหลักประกันหนี้แบบชาร์จ⁷⁴

คดี Governments Stock and other Securities Investment Co.Ltd. v. Manila Rly Co. Ltd. [(1987) A.C. 81 at 86] ผู้พิพากษา Lord Macnaghten ได้กล่าวไว้ในคดีนี้สรุปสาระสำคัญได้ว่า หลักประกันแบบลอยเป็นลักษณะหนึ่งของการประกันหนี้แบบชาร์จตามหลักเอคควิตี้ (equitable charge) สิทธิของเจ้าหนี้จะเกิดผูกพัน (attach) ตัวทรัพย์สินประกันในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งจะขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของทรัพย์สินประกันที่เปลี่ยนแปลงไป หลักสำคัญของการประกันหนี้แบบชาร์จตามหลักเอคควิตี้ กล่าวคือ สภาพของหลักประกันจะคงอยู่ในลักษณะแบบแฝงตัวตลอดไป จนกว่าจะได้หยุดดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหลักประกัน หรือจนกว่าเจ้าหนี้จะเข้ามาแทรกแซงโดยชอบ สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเข้ามาแทรกแซงนั้นอาจจะล่อไว้ก่อนโดยข้อตกลงตามสัญญา แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงให้ล่อไว้ก่อน เจ้าหนี้ก็อาจใช้สิทธิเข้าแทรกแซงเมื่อใดก็ได้ตามความต้องการ ภายหลังจากลูกหนี้ผิดสัญญา⁷⁵

ในคดี Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd. โดย Romer LJ “ข้าพเจ้าไม่ได้ตั้งใจที่จะพยายามให้คำจำกัดความที่แน่นอนของ Floating Charge ทั้งไม่ได้ต้องการที่จะกล่าวว่า ถ้าไม่ได้เป็นไปตาม 3 ลักษณะที่กล่าวมานั้นจะไม่เป็นการให้หลักประกันลอย (Floating Charge) ได้แก่

- (1) ถ้าเป็นการเอาประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทในปัจจุบันและอนาคต
- (2) ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาในทางปกติของธุรกิจจนกระทั่งมีการกระทำบางอย่างในอนาคตหรือในนามของผู้มีผลประโยชน์ในหลักประกันที่จะบังคับหลักประกัน บริษัทสามารถดำเนินธุรกิจของเขาต่อไปตามปกติทางธุรกิจ⁷⁶

⁷³ R. M. Goode, *op. cit.*, p. 786.

⁷⁴ William James Gough, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁷⁶ William James Gough, **Company Charge**, 2nd ed., (London: Sweet & Maxwell, 1987), p.62.

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว สรุปได้ว่าบริษัทสามารถนำบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่เป็นของบริษัทมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด ทั้งนี้ต่อมาได้มีการนำหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของ Companies Acts

3.1.6 หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาหลักประกันแบบลอย

หลักประกันแบบลอยประกอบด้วยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยผู้ให้หลักประกันตกลงนำทรัพย์สินมาเป็นประกันสำหรับชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันด้วยวาจา หรือจะทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้⁷⁷ โดยระบุถึงขอบเขตของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งอาจจะระบุเป็นการเฉพาะเจาะจง หรืออาจจะระบุถึงทรัพย์สินแต่เพียงบางประเภทก็ได้

3.1.7 การจดทะเบียนการใช้หลักประกันแบบลอย

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนหลักประกันตาม Company Act, 2006 มาตรา 860⁷⁸ กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ภายใน 21 วัน นับแต่วันก่อให้เกิดหลักประกัน หรือวันที่เข้าถือครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและในการจดทะเบียนนั้นนายทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้จดทะเบียนตามกฎหมายกำหนดบังคับไว้แล้ว นอกจากนี้บริษัทลูกหนี้ต้องจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ลงในสมุดทะเบียนบริษัท และบริษัทต้องเก็บรักษาทะเบียนนั้นไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้⁷⁹

การจดทะเบียนของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เป็นการจดทะเบียนต่าง ๆ ลงในสัญญาหลักประกันแบบลอยตามที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนจดบันทึกไว้ในสมุดทะเบียน

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 65-66.

⁷⁸ Company Act 2006, section 860(7) (g)

(7) This section applies to the following---

(g) a floating charge on the company's property or undertaking,

⁷⁹ Company Act 2006, section 870(1) (a)

The period allowed for registration of charge created by a company is---

21 days beginning with the day after the day on which the charge is created,

ซึ่งการจดทะเบียนดังกล่าวเป็นการบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกโดยปริยายถึงการเอาหลักประกันแบบลอยโดยมีวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนหลักประกัน มีอยู่ด้วยกัน 2 ประการคือ

1) เพื่อให้ Floating Charge มีผลใช้บังคับและสามารถใช้ยื่นต่อผู้ชำระบัญชี (Liquidator) ผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม (Administrator) และเจ้าหนี้รายอื่น เป็นผลให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดภาระผูกพันตามสัญญาการประกันแบบลอย

2) เพื่อเป็นการบอกกล่าวให้บุคคลภายนอกทราบโดยปริยายว่าบริษัทลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินของบริษัทบางประเภทเป็นหลักประกันแบบ (Floating Charge) บุคคลภายนอกผู้สนใจสามารถตรวจสอบรายละเอียดได้ที่สำนักงานของบริษัทลูกหนี้รวมทั้งสามารถคัดลอกรายละเอียดซึ่งเป็นข้อตกลงได้อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนไม่ถือว่าเป็นการแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบถึงสาระสำคัญของข้อตกลงใน Floating Charge

ในกรณีที่บริษัทไม่จดทะเบียนภายในเวลาที่กำหนด บริษัทลูกหนี้และเจ้าหนี้ของบริษัทลูกหนี้ผู้ซึ่งผิดพลาดจะต้องถูกปรับด้วย ซึ่งทำให้ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้กับผู้บริหารแผน ผู้ชำระบัญชีของบริษัทและผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ว่าจะเกิดก่อนหรือหลังจาก 21 วัน ในกรณีที่มีการชำระบัญชีหรือฟื้นฟูกิจการแต่ตราบใดที่ยังไม่มีกระบวนการชำระบัญชีหรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็สามารถใช้ยื่นกับตัวบริษัทผู้หลักประกันได้ นอกจากนี้เพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ตามหลักประกันแบบลอย บริษัทลูกหนี้จะต้องชำระเงินกู้ยืมให้แก่ เจ้าหนี้โดยทันที แต่หากประสงค์จะยื่นจดทะเบียนล่าช้านั้นก็ยังสามารถทำได้โดยให้ผู้ที่มีส่วนได้เสียหรือตัวบริษัทลูกหนี้เองสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขยายระยะเวลาสำหรับการจดทะเบียนออกไป เมื่อมีกรณีที่น่าจะเป็น เช่น กรณีมีความผิดพลาดในการจดทะเบียนอันเนื่องจากเหตุสุดวิสัย หรือเป็นเพราะ ความพลั้งเผลอ หรือมีเหตุสมควรอย่างอื่นและโดยสภาพไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้รายอื่น เป็นต้น

แม้ว่าการจดทะเบียนจะเป็นการจดแจ้งถึงการเอาประกัน แบบลอยแต่แนวคิดที่สำคัญภายใต้หลักที่ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบลอย การจดทะเบียนนั้นถือเป็นการแจ้งเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถตรวจสอบได้เท่านั้น แต่จะไม่รวมถึงผู้ซื้อตามปกติธุรกิจ เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติที่บุคคลนั้นจะต้องตรวจสอบภาระการจดทะเบียน เช่น ผู้ซื้อ สินค้าจากผู้ผลิต หรือตัวแทนการนำสินค้าไปขายเพราะบุคคลเหล่านั้นไม่สามารถตรวจสอบทุกครั้งที่ต้องการซื้อ อีกทั้งผู้ซื้อสินค้าที่เป็นหลักประกันแบบลอยจะไม่มีภาระผูกพัน ในหลักประกันเพียงเพราะการทราบถึงการเอาประกันแบบลอย นอกจากจะได้รับการแจ้งว่าการขายสินค้านั้นเป็นการผิด เงื่อนไขของหลักประกัน ดังนั้น ผู้ซื้อจึงได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน

หากว่าไม่มีการนำหลักประกันแบบลอยไปจดทะเบียนจะมีผลทำให้หลักประกันแบบลอยดังกล่าวไม่สามารถใช้ยื่นผู้ชำระบัญชี (Liquidator) และ administrator รวมทั้งบรรดาเจ้าหนี้ของ

บริษัท⁸⁰ แต่ยังคงมีผลใช้ยันบริษัทผู้ให้หลักประกันได้ ตราบใดที่บริษัทผู้ให้หลักประกันยังไม่เลิกกิจการหรือเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย⁸¹ และอาจใช้ยันต่อผู้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นได้ อย่างไรก็ตามผู้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ไม่ได้จดทะเบียนมักจะได้รับทรัพย์สินไปโดยไม่มีสิทธิในหลักประกันตกติดไปด้วย⁸² เนื่องจากได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น ตามหลักที่ว่าสิทธิของผู้รับหลักประกันแบบลอยเป็นสิทธิตามหลักเอคคิวตี ดังนั้น หากผู้รับโอนได้รับสิทธิตามกฎหมายมาแล้ว ผู้รับโอนจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวดีกว่าผู้รับหลักประกันแบบลอย เว้นแต่ว่า ผู้รับโอนได้รับการแจ้งเตือนถึงความมีอยู่ของหลักประกันแบบลอยแล้ว⁸³

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าหลักประกันแบบลอยมีลักษณะที่สำคัญดังนี้

(1) หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ถือเป็นหลักกฎหมายที่เกิดและพัฒนาขึ้นโดยศาลชานเซอรี ซึ่งเหตุผลที่มีการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นนั้น เนื่องจากความต้องการของธุรกิจการค้า ซึ่งผู้ประกอบการค้าต้องการช่องทางสำหรับสร้างหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าหลักประกันแบบลอยมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

ประการแรก ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้รับมาในอนาคตมาเป็นหลักประกัน โดยที่คู่กรณีไม่ต้องมีการกระทำใด ๆ เพิ่มเติมในอนาคต⁸⁴ โดยคดีที่ศาลได้วางหลักยอมรับให้มีการนำทรัพย์สินในอนาคตมาเป็นหลักประกันได้ คือ คดี *Holroyd v Marshall*

⁸⁰ Company Act 2006, section 874 (1)

(1) If a company creates a charge to which section 860 applies, the charge is void (so far as any security on the company's property or undertaking is conferred by it) against---

- (a) liquidator of the company,
- (b) an administrator of the company, and
- (c) a creditor of the company,

Unless that section is complied with. ...

⁸¹ Royston M. Goode and Louise Gullifer, *op cit.* p. 87.

⁸² Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, *op cit.*, p. 472.

⁸³ *Ibid.*, pp. 525-526.

⁸⁴ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, *op cit.*, p. 148.

ซึ่งได้กล่าวถึงแล้วในข้างต้น โดยที่ลักษณะดังกล่าวนี้ไม่ใช่ประเด็นที่จะทำให้หลักประกันแบบลอย แตกต่างกับหลักประกันแบบถาวร เพราะหลักประกันแบบถาวรก็สามารถสร้างให้ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันมีอยู่ในปัจจุบันและทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันจะได้รับมาในอนาคตได้⁸⁵

ประการที่ 2 คู่สัญญาสามารถที่จะสร้างสิทธิในหลักประกันให้ครอบคลุมไปถึงกลุ่มหรือประเภทของทรัพย์สินที่มีลักษณะหมุนเวียนได้⁸⁶

ประการที่ 3 ผู้ให้หลักประกันยังมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยสามารถใช้สอยหรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของตนโดยปลอดจากสิทธิในหลักประกัน ทั้งนี้ อำนาจในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าว จะหมดไปเมื่อมีเหตุการณ์อันเป็นผลให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกันเกิดขึ้นทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถดำเนินการบังคับหลักประกันได้⁸⁷ อย่างไรก็ตาม ผู้รับหลักประกันอาจมีข้อจำกัดบางอย่างเกี่ยวกับการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ เช่น การห้ามสร้างหลักประกันในภายหลัง โดยกำหนดบุริมสิทธิที่ดีกว่าตน หรือกรณีการนำบัญชีลูกหนี้ (Book Debts) มาเป็นหลักประกัน อาจมีข้อห้ามนำบัญชีลูกหนี้ (Book Debts) ดังกล่าวไปขายหรือทำสัญญาแพคตอริง เป็นต้น ซึ่งการกำหนดข้อห้ามในลักษณะดังกล่าวไม่มีผลทำให้ลักษณะของการเป็นผลหลักประกันแบบลอยเสียไป⁸⁸

สำหรับเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกันนั้น ได้แก่ กรณีที่มีเหตุการณ์หรือการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นอันแสดงให้เห็นว่าธุรกิจของผู้ให้หลักประกันหยุดดำเนินกิจการ หรือผู้ให้หลักประกันหยุดทำการค้า รวมทั้งเหตุอื่น ๆ ตามที่คู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญาหลักประกัน⁸⁹

⁸⁵ *Ibid*, p. 193.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁸⁷ Royston M. Goode and Louise Gullifer, *op cit.*, p. 125.

⁸⁸ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, *op cit.*, p. 198.

⁸⁹ บริษัท ไทยกฎหมาย จำกัด, รายงานการศึกษา วิเคราะห์ เปรียบเทียบแนวคิด หลักกฎหมายและข้อกฎหมายเรื่อง หลักประกันแบบลอยหรือไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge)

ประการที่ 4 ลักษณะทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้รับหลักประกันแบบลอยก่อนเกิดการแปลงสภาพของหลักประกัน แม้ว่าจะเป็นที่ยุติแล้วว่าหลักประกันแบบลอยนั้นเป็นการให้หลักประกันที่มีผลนับแต่มีการทำสัญญาเกิดขึ้น ไม่ใช่ลักษณะของข้อตกลงที่จะให้หลักประกันในอนาคต อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันก็ยังมีข้อถกเถียงถึงลักษณะทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้รับหลักประกันก่อนเกิดการแปลงสภาพอยู่ โดยจากการศึกษาพบว่า มี 4 ทฤษฎี⁹⁰ ได้แก่

ทฤษฎีที่ 1 สิทธิของผู้รับหลักประกันยังไม่ถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้ จนกว่าจะมีการแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเมื่อมีการแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดขึ้น ก็จะทำให้สิทธิของผู้รับหลักประกันติดยึดเข้ากับทรัพย์สินแต่ละสิ่งแต่ละอย่างซึ่งสัญญาหลักประกันครอบคลุมไปถึง ซึ่งทฤษฎีนี้ยังมีปัญหาในการที่จะอธิบายว่าเหตุใดผู้รับหลักประกันสามารถที่จะแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อป้องกันการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินซึ่งไม่ได้เป็นไปในทางธรรมดาการค้าของผู้ให้หลักประกัน⁹¹ เพราะในบางกรณีแม้จะเป็นการกระทำที่ไม่ได้เป็นไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของผู้ให้หลักประกันก็ตาม แต่ก็มิได้ทำให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกันเกิดขึ้น แต่ผู้รับโอนทรัพย์สินจากรูธรรมดังกล่าวอาจได้รับทรัพย์สินไปโดยมีสิทธิในหลักประกันตกติดไปด้วย (รายละเอียดผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป) ซึ่งหากยึดถือตามแนวทฤษฎีนี้ เมื่อมีการแปลงสภาพทรัพย์สินยังไม่เกิดขึ้น ผู้รับหลักประกันก็ยังไม่มียุติในทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่อยู่ในมือของผู้รับโอน และผู้รับโอนทรัพย์สินก็ไม่อาจได้รับทรัพย์สินดังกล่าวโดยมีสิทธิใด ๆ ของผู้รับหลักประกันแบบลอยติดไปด้วย⁹²

ทฤษฎีที่ 2 สิทธิของผู้รับหลักประกันถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินเหนือกองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวมีการหมุนเวียนอยู่ตลอดเวลา ทั้งนี้ เมื่อมีการแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดขึ้น จะทำให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินแต่ละสิ่ง

กับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพฯกฎหมาย, 2557), หน้า 16 (อัดสำเนา)

⁹⁰ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, **The Law of Security and Title-Based Financing**, 2nd ed., pp 177-179.

⁹¹ *Ibid.*, p. 177-178.

⁹² *Ibid.*, p. 524.

อยู่ในกองทรัพย์สิน⁹³ แต่ทฤษฎีก็ยังมีปัญหาในการอธิบายว่า เหตุใดผู้รับหลักประกันจึงมีสิทธิที่จะ บังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกได้รับไปโดยมีสิทธิในหลักประกันตกติดไปด้วย เพราะทรัพย์สิน ดังกล่าวไม่ได้อยู่ในกองทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกันแล้ว⁹⁴

ทฤษฎีที่ 3 ผู้รับหลักประกันมีสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินแต่ละสิ่งที่เป็น หลักประกันนับแต่เวลาที่สัญญาหลักประกันเกิดขึ้น โดยเห็นว่า คุณลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินที่มี ผู้รับหลักประกันเป็นผู้ทรงสิทธิมีฐานะเช่นเดียวกับผู้รับหลักประกันแบบถาวร เพียงแต่อาจจะถูกลบ ล้างไป หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถูกจำหน่ายจ่ายโอนในทางที่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้หลักประกัน (ในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของผู้ให้หลักประกัน) โดยมองว่าลักษณะทางธรรมชาติของสิทธิของ ผู้รับหลักประกันแบบลอยมีลักษณะที่สามารถถูกลบล้างได้ ทฤษฎีนี้มีชื่อว่า Defeasible Charge Theory⁹⁵ อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ยังมีปัญหาในการอธิบายในบางเรื่อง อาทิเช่น ปัญหาเกี่ยวกับลำดับ บุริมสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เช่น เหตุใดเจ้าหนี้สามัญของผู้ให้ หลักประกันที่การบังคับคดีกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนที่จะเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพจึงมี สิทธิดีกว่าผู้รับหลักประกันแบบลอยได้⁹⁶

ทฤษฎีที่ 4 ผู้รับหลักประกันมีสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันนับแต่เวลาที่สัญญาหลักประกันเกิดขึ้น แต่ลักษณะของสิทธิในหลักประกันดังกล่าวเป็น สิทธิที่ถูกจำกัดไว้ เนื่องจากผู้ให้หลักประกันและผู้รับโอนทรัพย์สินได้รับเกราะป้องกันที่จะไม่ถูกผู้รับ หลักประกันใช้สิทธิตามหลักเอื้อคีวิตกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากผู้ให้หลักประกันทำการ จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในทางที่ได้รับอนุญาตไว้ ทั้งนี้ สิทธิของผู้รับหลักประกันที่ ถูกจำกัดไว้จะหมดไปเมื่อมีการแปลงสภาพของหลักประกันแบบลอยเกิดขึ้น รวมทั้งใช้สิทธิติดตาม ทรัพย์สินเมื่อการแปลงสภาพเกิดขึ้น โดยทฤษฎีนี้ชื่อเรียกว่า “Overreachable charge Theory”⁹⁷ แต่ก็ยังเป็นเพียงทฤษฎีในทางวิชาการเท่านั้น

ประการที่ 5 ในระหว่างที่หลักประกันยังไม่เกิดการแปลงสภาพ ผู้รับหลักประกันยัง ไม่สามารถบังคับเอาทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะได้ และเจ้าหนี้สามัญบางประเภทซึ่งได้รับสิทธิ ในการจัดการกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนที่จะมีการแปลงสภาพจะมีสิทธิที่ดีกว่าผู้รับหลักประกัน

⁹³ *Ibid.*, p. 178.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 524.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 178.

⁹⁶ *Ibid.*, pp.178-179.

⁹⁷ *Ibid.*, p.179.

เช่น เจ้าหนี้สามัญที่ทำการบังคับคดีกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแบบลอยก่อนการแปลงสภาพ เป็นต้น⁹⁸

(2) หลักประกันแบบถาวร (Fixed Charge) จากการศึกษาพบว่า มีลักษณะสำคัญ ดังนี้

ประการที่ 1 สิทธิในหลักประกันจะเกิดการยึดติดกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันที เมื่อประกอบด้วยหลักเกณฑ์⁹⁹ ดังนี้

- (1) สัญญาหลักประกันดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะ
- (2) มีการระบุถึงทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
- (3) ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิมีสิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สิน
- (4) ผู้ให้หลักประกันมีหนี้ที่จะต้องชำระให้แก่ผู้รับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว

ตัวอย่างเช่น กรณีของหลักประกันแบบถาวรที่ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินในอนาคต ซึ่งจะเกิดการติดยึดต่อเมื่อผู้ให้หลักประกันได้รับทรัพย์สินดังกล่าวมาแล้ว

ประการที่ 2 ในกรณีของหลักประกันแบบถาวรต้องมีข้อห้ามผู้ให้หลักประกันในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยปราศจากความยินยอมของผู้รับหลักประกัน¹⁰⁰

ประการที่ 3 โดยทั่วไปแล้ว หลักประกันแบบถาวรจะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินถาวร (Fixed Asset) ของผู้ให้หลักประกัน เช่น เครื่องจักร รถยนต์ อุปกรณ์สำนักงานที่มีอายุใช้งานยาวนาน เป็นต้น โดยหลักประกันแบบถาวรมักจะครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง อย่างไรก็ตามในทางทฤษฎีสามารถสร้างหลักประกันแบบถาวรให้ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินแต่เพียงประเภท (Class of Asset) ได้ เช่น ครอบคลุมไปถึงวัตถุดิบหรือสินค้าที่อยู่ในกระบวนการผลิต แต่เป็นไปได้ยากที่จะเกิดขึ้นจริงในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากในการจัดการทรัพย์สินดังกล่าวผู้ให้หลักประกันจะต้องขอความยินยอมจากผู้รับหลักประกันก่อน เป็นต้น¹⁰¹

ประการที่ 4 ในกรณีของหลักประกันแบบถาวร ผู้รับหลักประกันจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิของผู้ให้หลักประกัน

ทั้งนี้ คู่สัญญาสามารถตกลงกันสร้างหลักประกันทั้งแบบถาวรและแบบลอยในสัญญาหลักประกันฉบับเดียวกันได้ โดยให้หลักประกันแบบถาวรครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินใด ๆ ซึ่งมี

⁹⁸ *Ibid.*, p.176.

⁹⁹ *Ibid.*, pp.176-177.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.199.

¹⁰¹ Royston M. Goode and Louise Gullifer, *op cit.*, pp.142-144.

ข้อจำกัดในเรื่องการจำหน่ายจ่ายโอน ส่วนหลักประกันแบบลอยให้มีผลครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินอื่น ๆ ของผู้ให้หลักประกัน¹⁰² โดยจุดสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตกอยู่ภายใต้หลักประกันแบบถาวรหรือแบบลอยนั้น ไม่ใช่ประเด็นว่าเป็นหลักประกันที่มีเนื้อทรัพย์สินถาวร (Fixed Asset) หรือมีเนื้อทรัพย์สินหมุนเวียน (Current Asset) และไม่ใช่ประเด็นว่าเป็นหลักประกันที่มีเนื้อทรัพย์สินในปัจจุบันหรือทรัพย์สินในอนาคต แต่คือประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของผู้ให้หลักประกันในการที่จะจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินดังกล่าว¹⁰³

3.1.8 หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาหลักประกันแบบลอยและการจดทะเบียน

(1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาหลักประกันแบบลอย

หลักประกันแบบลอยประกอบด้วยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยผู้ให้หลักประกันตกลงนำทรัพย์สินมาเป็นประกันสำหรับชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันด้วยวาจา หรือจะทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้¹⁰⁴ โดยระบุถึงขอบเขตของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งอาจจะระบุเป็นการเฉพาะเจาะจง หรืออาจจะระบุถึงทรัพย์สินแต่เพียงบางประเภทก็ได้

3.1.9 การจดทะเบียนในระบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษ¹⁰⁵

การจดทะเบียน Floating Charge มี 2 ขั้นตอน กล่าวคือการจดทะเบียนลงในสมุดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้และการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

1) การจดทะเบียนที่บริษัทลูกหนี้¹⁰⁶

ลูกหนี้จะต้องจดทะเบียน Floating Charge ลงในสมุดทะเบียนของบริษัทและบริษัทต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งข้อความที่จะต้องจดลงในสมุดทะเบียน มีดังนี้

- (1) ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักทะเบียน
- (2) จำนวนเงินประกัน
- (3) ชื่อเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิในหลักประกัน

¹⁰² *Ibid.*, pp. 65-66..

¹⁰³ Royston M. Goode and Louise Gullifer, *op cit.* p.131.

¹⁰⁴ *ibid.*, p.131.

¹⁰⁵ วิทยา จิณญากาญจน์, *เรื่องเดิม*. หน้า 56.

¹⁰⁶ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 63.

การฝ่าฝืนไม่จดทะเบียนในสมุดทะเบียนบริษัทลูกหนี้ไม่ทำให้ Floating Charge เสียไปคงมีผลแต่เพียงว่าเจ้าหน้าที่ของลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนอาจมีความผิดและมีโทษปรับเท่านั้น

2) การจดทะเบียนต่อนายทะเบียน¹⁰⁷

ลูกหนี้จะต้องยื่นรายการเพื่อจดทะเบียน (Particulars to be filed) ตามที่กฎหมายกำหนดต่อนายทะเบียนภายใน 21 วันนับแต่วันทำสัญญาโดยในการจดทะเบียน นายทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐานว่าลูกหนี้ได้จดทะเบียน Floating Charge ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ว่ารายการจดทะเบียนไม่ถูกต้องทั้งหมด ก็ไม่มีผลต่อหนังสือรับรอง

การที่ไม่จดทะเบียน Floating Charge ต่อนายทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนด ไม่เพียงแต่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเท่านั้น แต่สัญญาประกันหนี้แบบ Floating Charge เป็นโมฆะด้วย จึงไม่สามารถใช้ยื่นต่อผู้ชำระบัญชีผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม และเจ้าหนี้อื่น ๆ ของลูกหนี้ที่มีหลักประกันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกจากนี้เพื่อเป็นการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ลูกหนี้ อาจต้องชำระเงินที่กู้ยืมคืนแก่เจ้าหนี้โดยทันที และเจ้าหนี้ตาม Floating Charge ที่ไม่ได้จดทะเบียน จะกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน¹⁰⁸

3.1.10 ผลของการไม่จดทะเบียนต่อนายทะเบียน

การที่ไม่จดทะเบียน Floating Charge ต่อนายทะเบียนภายในเวลาที่กำหนดจะส่งผลให้ Floating Charge นั้น เป็นโมฆะ รวมทั้งบริษัทลูกหนี้และเจ้าหน้าที่ของบริษัทลูกหนี้ต้องรับผิดชอบอีกด้วย ผลจากการเป็นโมฆะจะทำให้ Floating Charge นั้น ไม่สามารถใช้ยื่นต่อผู้ชำระบัญชีผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม และเจ้าหนี้อื่นของบริษัทที่มีหลักประกันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของ บริษัทลูกหนี้ นอกจากนี้ เพื่อเป็นการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ตาม Floating Charge บริษัทลูกหนี้ อาจต้องชำระหนี้เงินที่กู้ยืมคืนให้แก่เจ้าหนี้โดยทันทีและผลก็คือ เจ้าหนี้ตาม Floating Charge ที่ไม่ได้จดทะเบียนกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

¹⁰⁷ วิทยา จิณญฎกาญจน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 64.

¹⁰⁸ M. J. Robbie and C. P. Gill. "Fixed and Floating Charge: A New Look at the Bank's Position," *The Journal of Business Law*, (1981): 96

3.1.11 ผลของการจดทะเบียนล่าช้า¹⁰⁹

1) การละเลยไม่จดทะเบียนภายในเวลา หรือความผิดพลาดในรายการที่จะต้องจดทะเบียน เนื่องจากเหตุสุดวิสัย หรือเพราะมีเหตุสมควรอย่างอื่น และโดยสภาพไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้รายอื่น

2) เมื่อมีกรณีซึ่งเป็นเหตุอันสมควร และเพื่อความเป็นธรรมที่จะให้มีการจดทะเบียนได้

การที่อนุญาตให้จดทะเบียนในกรณีจดทะเบียนล่าช้าเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลยพินิจของศาล และผลของการจดทะเบียนล่าช้าอยู่ภายใต้คำสั่งศาลโดยปกติศาลจะอนุญาตให้จดทะเบียน แต่ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดที่ว่า การจดทะเบียนล่าช้าเช่นนั้น จะไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสิทธิของคู่สัญญาที่ได้มาก่อน การจดทะเบียน ถ้าหากว่าได้มีการจดทะเบียน Floating Charge นั้นจริง ซึ่งหมายความว่าถ้ามีการจดทะเบียน Floating Charge รายที่สองในระหว่างที่มีการขอขยายเวลาสำหรับการจดทะเบียนรายแรก เป็นผลทำให้ Floating Charge รายที่สองอยู่ในลำดับเหนือกว่ารายแรก เพราะรายแรกได้จดทะเบียนจริงภายหลังรายที่สอง

ในกรณีที่ Floating Charge รายที่สองได้จดทะเบียนในระหว่างช่วงเวลา 21 วัน ซึ่งในช่วงเวลานี้ รายแรกสามารถจดทะเบียนได้แต่ไม่ได้จดทะเบียน ผลก็คือ Floating Charge รายที่สอง อยู่ในลำดับเหนือกว่า Floating Charge รายแรก แต่ถ้า Floating Charge รายแรกจดทะเบียน ภายใน 21 วัน รายที่สองจะไม่ทราบถึงช่วงระยะเวลา 21 วัน ดังกล่าวผลก็คือ Floating Charge รายแรก จะอยู่ในลำดับเหนือกว่ารายที่สอง ดังนั้น เมื่อมีการจดทะเบียน Floating Charge มักจะมีความเสี่ยงอยู่เสมอว่ามี Floating Charge รายอื่นที่อยู่ระหว่างการจดทะเบียนภายใน 21 วัน นับแต่วันทำสัญญา หรือไม่ จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า Floating Charge รายที่จดทะเบียนก่อนจะอยู่ในลำดับเหนือกว่า Floating Charge รายที่จดทะเบียนภายหลัง

โดยสรุปกล่าวได้ว่า การประกันหนี้ลอย Floating Charge เป็นการชำระหนี้รูปแบบที่อนุญาตให้ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่ตนใช้ในการประกอบธุรกิจมาวางเป็นหลักประกันการชำระหนี้สิทธิของผู้รับหลักประกันเป็นสิทธิที่ “ครอบ” อยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็น ประกัน และทรัพย์สินที่มาแทนที่ทรัพย์สินที่เป็นประกัน แต่สิทธิดังกล่าวไม่ได้ตกติดไปกับทรัพย์สินชิ้นใดชิ้นหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง สิทธิของผู้ให้หลักประกันจะตกติดไปกับทรัพย์สินที่วางหลักประกันก็ต่อเมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกัน และผู้รับหลักประกันสามารถดำเนินการบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน

¹⁰⁹ Robert R. Pennington, *Company Law*, 6th ed., (London: Butter worths, 1990). Pp. 459-460

3.1.12 การแปลงสภาพของทรัพย์สินหลักประกัน

ลักษณะที่สำคัญของการประกันหนี้แบบ Floating Charge คือ การที่ลูกหนี้หรือ “ผู้ให้หลักประกัน” (Chargor) นำทรัพย์สินในปัจจุบันหรือในอนาคตมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้หรือ “ผู้รับหลักประกัน” (Chargee) ทรัพย์สินดังกล่าวไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแต่เป็นประเภทของทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน นอกจากนี้ลูกหนี้ยังสามารถใช้สอยทรัพย์สินในการดำเนินกิจการของตนได้ตามปกติ การประกันหนี้แบบ Floating Charge จึงเป็นการสร้างหลักประกันที่ลอยอยู่เหนือทรัพย์สิน (Hover Over) ที่มีการหมุนเวียนตลอดเวลา การประกันหนี้ลักษณะนี้จึงไม่ตกติดไปกับทรัพย์สินชิ้นใดชิ้นหนึ่ง¹¹⁰ อย่างไรก็ตาม ลักษณะที่ลอยอยู่นี้ยังคงอยู่ต่อไปแต่จะมีเหตุการณ์ที่ทำให้การประกันหนี้แบบ Floating Charge ตกติดไปกับทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การประกันหนี้ ลักษณะดังกล่าวเรียกว่า การแปลงสภาพของหลักประกัน หรือ Crystallisation เมื่อเกิด Crystallisation ขึ้นก็จะทำให้การประกันหนี้เปลี่ยนจากรูปแบบที่ลอยอยู่เป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) เนื่องจากการเกิดการแปรสภาพ (Crystallisation) มาจากสาเหตุหลายประการ เช่น เมื่อลูกหนี้หยุดดำเนินกิจการไม่ว่าจะเกิดจากการที่ลูกหนี้หยุดดำเนินกิจการเองหรือเมื่อศาลมีคำสั่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เพื่อเข้าควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือเป็นเหตุจากข้อสัญญาระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ ดังเช่น หากลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินเดียวกันเป็นประกันแก่เจ้าหนี้รายอื่นโดยให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายอื่นเท่ากับหรือเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้เดิมหรือที่เรียกว่า Negative Pledge Clause หากลูกหนี้ไม่สามารถรักษาอัตราส่วนทรัพย์สินต่อหนี้สิน (Debt-to-Equity Ratio) ตามสัดส่วนที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือหากมีการผิดสัญญาระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้รายอื่น¹¹¹ เมื่อเกิด Crystallisation แล้วก็จะเข้าสู่กระบวนการบังคับหลักประกัน กระบวนการบังคับหลักประกันไม่ได้อยู่ในลักษณะที่เจ้าหนี้อึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วจำหน่ายทรัพย์สินแยกเป็นชิ้น ๆ แต่เป็นไปในลักษณะที่มีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน¹¹² (Receiver) ขึ้นเพื่อรวบรวมและจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทั้งหมดเพื่อนำเงินมาจัดสรรชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ตามลำดับ¹¹³

¹¹⁰ Eilis Ferran and Chan Ho Look, **Principles of Corporate Finance Law** (Oxford University Press, 2014), pp. 319-323.

¹¹¹ Wee Ling Loo, **Law of Credit and Security** (Singapore: LexisNexis, 2012), p. 242.

¹¹² Insolvency Act 1986 Part III.

¹¹³ Companies Act 2006 s 754.

3.1.13 การบังคับหลักประกันตามหลักกฎหมายของอังกฤษ

ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในใบหุ้นกู้หรือสัญญาหลักประกันเพื่อป้องกันหรือแก้ไขความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น ซึ่งรวมไปถึงการบังคับหลักประกัน หรือการแต่งตั้ง Receiver (ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน) ในกรณีที่มีการแต่งตั้ง Receiver ก็จะทำให้ Receiver มีอำนาจในการรวบรวม ขายทรัพย์สินประกันและดำเนินธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ต่อไป กรณีที่เป็นหุ้นกู้มีประกันแบบ Floating Charge และเกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน เจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้มีอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ขายทรัพย์สินประกัน แต่งตั้ง Receiver ด้วยตนเอง ร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ขายทรัพย์สินประกันหรือขอให้ศาลแต่งตั้ง Receiver ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในหุ้นกู้ แต่ถ้าตามหุ้นกู้ไม่มีข้อกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบังคับเอาทรัพย์สินประกันดังกล่าว เจ้าหนี้ก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้ แม้ภายหลังเกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันแล้วก็ตาม การร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินประกันหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้ ทำนองเดียวกับการบังคับจำนอง ก็ถือว่าเป็นวิธีการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินประกันอีกวิธีหนึ่ง ถ้าหากมีข้อกำหนดให้ทำได้ จะเห็นว่าสิทธิของเจ้าหนี้ตาม Floating Charge ที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินประกันได้ จะมีอย่างน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับข้อตกลงเป็นสำคัญ

1. การแต่งตั้งและอำนาจหน้าที่ของ Receiver คุณสมบัติของ Receiver นั้นต้องเป็นบุคคลธรรมดา และมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ กล่าวคือ บุคคลนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทในฐานะผู้ชำระบัญชีหรือผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม หรือ Administrative Receiver ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพการบังคับคดีล้มละลาย (Licensed Insolvency Practitioner) โดยจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น จึงจะสามารถเป็น Receiver ได้ ทั้งนี้ ส่วนการจำหน่ายทรัพย์สินทั้งหมดที่บริษัทนำมาเป็นหลักประกันนั้น Receiver มีดุลพินิจที่จะดำเนินการได้ตามความเหมาะสมเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สัญญาโดยอาจจำหน่ายทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่ผู้ซื้อรายเดียวในคราวเดียว (as a going concern) หรือจะแยกจำหน่ายแก่ผู้ซื้อหลายรายก็ได้¹¹⁴

2. การแต่งตั้ง Receiver นั้นแบ่งออกได้เป็น 2 วิธี ดังนี้

2.1 การแต่งตั้งโดยศาล ศาลแต่งตั้ง Receiver ตามคำขอของเจ้าหนี้ เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการแต่งตั้งนั้นมีเหตุอันสมควรและเป็นธรรม เช่นกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อลูกหนี้ค้างชำระเงินต้นและดอกเบี้ย
- (2) เมื่อบริษัทของลูกหนี้หยุดกิจการ

¹¹⁴ R. M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (London: Sweet & Maxwell, 1990), p. 84

(3) เมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง เช่น กรณีมีการกล่าวหาว่า บริษัทของลูกค้านี้ดำเนินธุรกิจผิดกฎหมาย โดยศาลจะใช้ดุลยพินิจพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีความเสี่ยงหรือไม่

(4) เมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเข้าบังคับทรัพย์สินหลักประกันตามเงื่อนไขของสัญญาหลักประกัน¹¹⁵

2.2 การแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เจ้าหนี้แต่งตั้ง Receiver โดยอาศัยข้อตกลงในสัญญาหลักประกันได้ระบุข้อความที่ให้อำนาจเจ้าหนี้ในการแต่งตั้ง โดยเงื่อนไขข้อตกลงที่ให้อำนาจในการแต่งตั้งนั้นขึ้นอยู่กับข้อตกลงเป็นสำคัญ ซึ่งอาจไม่เหมือนกันในแต่ละสัญญา และเป็นอิสระของผู้สัญญาในการที่จะตกลงกัน แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับต่อไปนี้

(1) ต้องไม่มี Administrative Order ที่มีผลใช้บังคับอยู่

(2) สัญญาหลักประกันที่คู่สัญญาตกลงกันให้เจ้าหนี้แต่งตั้ง Receiver ได้นั้น ต้องมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย

(3) สัญญาประธานที่ก่อให้เกิดสัญญาหลักประกันสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย

(4) บุคคลที่แต่งตั้งเป็น Receiver มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด¹¹⁶

3. ขอบอำนาจและสถานะทางกฎหมายของ Receiver

ขอบอำนาจและสถานะทางกฎหมายของ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลกับ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ มีข้อแตกต่างกัน โดยที่ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลถือเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้และอำนาจของ Receiver ขึ้นอยู่กับคำสั่งศาลโดยเฉพาะ แต่ในส่วน Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ Receiver ผู้นั้นก็จะถือว่าเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ และอำนาจจะเป็นไปตามสัญญาหลักประกันที่กำหนด โดยข้อแตกต่างที่มีลักษณะสำคัญมีดังนี้

1) Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีอำนาจในลักษณะที่จำกัด Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีอำนาจตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ ในขณะที่ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้จะมีอำนาจมากกว่า

2) Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า เนื่องจากจะต้องขอคำแนะนำจากศาลในกรณีที่มีเหตุการณ์ไม่คาดคิดเกิดขึ้นซึ่ง Receiver ไม่สามารถเข้าไปจัดการได้เนื่องด้วยอำนาจที่

¹¹⁵ Paul Lang and H.J Hartwig, **The Law and Practice of Administrative Receivership and Associated Remedies** (London: Sweet & Maxwell, 1989), p.21.

¹¹⁶ R. M. Goode, *op cit.*, p.77

มีอยู่อย่างจำกัด ในขณะที่ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้มีอำนาจในการจัดการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้

3) วิธีการในการแต่งตั้ง Receiver โดยศาลจะมีวิธีที่ยุ่งยากและเสียเวลามากกว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงเสียค่าใช้จ่ายที่มากกว่าในการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ ดังนั้น ส่วนใหญ่เจ้าหนี้จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อแต่งตั้ง Receiver นั้นจะทำเฉพาะกรณีพิเศษซึ่งไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้¹¹⁷

4) ผลการแต่งตั้ง Receiver

(1) ถ้าหาก Floating Charge ยังแปลงสภาพไม่เสร็จเรียบร้อย Floating Charge ก็เกิดการแปลงสภาพ

(2) กรรมการบริษัทลูกหนี้จะไม่สามารถจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและไม่สามารถดำเนินธุรกิจทั่วไปของบริษัทลูกหนี้

(3) ไม่มีผลกระทบต่อสัญญาอื่น ๆ ที่มีอยู่

(4) กีดกันมาตรการของการมีคำสั่งจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้รายอื่น และเมื่อมีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันแล้ว ศาลจะมีคำสั่งจัดการทรัพย์สินอีกไม่ได้

ดังนั้นเห็นได้ว่า Receiver เป็นบุคคลที่มีบทบาทในการควบคุมและดูแลผลประโยชน์ ทั้งของเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในขั้นตอนของการบังคับหลักประกันตาม หลัก Floating Charge

สำหรับกระบวนการบังคับหลักประกันแบบ Floating Charge มีความสัมพันธ์กับการบริหารกิจการตามกฎหมายล้มละลายมากพอสมควร เนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันแบบนี้เป็นทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินหมุนเวียนของบริษัท การบังคับหลักประกันโดยให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้จึงอาจทำให้บริษัทผู้ให้หลักประกันต้องยุติการประกอบกิจการทันทีและอาจเกิดการล้มละลายขึ้นได้ และส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ทั้งที่จริงแล้วธุรกิจที่บริษัทดำเนินการอยู่เป็นธุรกิจที่สามารถแสวงหากำไรได้ นอกจากนี้ทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทมีเป็นจำนวนมากจึงต้องมีการตรวจสอบโดยละเอียดรอบคอบ การบังคับหลักประกันแบบ Floating Charge จึงต้องไม่เป็นการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ทันที แต่มีลักษณะเป็นการที่ผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจสอบและประเมินราคาทรัพย์สินเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สินและประเมินราคาทรัพย์สิน รวมทั้งดำเนินการจำหน่ายตามวิธีที่เหมาะสมแก่สภาพของทรัพย์สิน ซึ่งอาจจำหน่ายไปทั้งกิจการ (as a going concern)

¹¹⁷ *Ibid*, p.23-25.

หรือแยกจำหน่ายก็ได้ ทั้งนี้เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ และในระหว่างดำเนินการดังกล่าวผู้เกี่ยวข้องต้องบริหารจัดการบริษัทนั้นได้ตามสมควรเพื่อให้ประกอบกิจการต่อไปได้ กฎหมายล้มละลายของอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์การจัดสรรชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีเจ้าหนี้อำนาจพิเศษหลายรายไว้ ดังนี้ เจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ในลำดับแรก คือ เจ้าหนี้ที่มีการประกันหนี้เหนือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ อันได้แก่ เจ้าหนี้จำนอง เจ้าหนี้จำนำและเจ้าหนี้จากการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed charge) เจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ลำดับถัดมา คือ เจ้าหนี้ในหนี้อันเกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายในการจัดการเลิกบริษัท หลังจากนั้นเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิตามที่ Schedule 6 ของ Insolvency Act 1986 กำหนดไว้เป็นเจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ในลำดับถัดมา Schedule 6 แบ่งเจ้าหนี้ลำดับนี้ออกเป็นสองกลุ่ม ได้แก่ เจ้าหนี้ในเงินบำนาญ และเจ้าหนี้ในค่าจ้างที่พึงได้รับจากการจ้างแรงงาน โดยเจ้าหนี้ลำดับนี้ได้รับชำระหนี้ในจำนวนเท่า ๆ กัน หลังจากเจ้าหนี้ตาม Schedule 6 เจ้าหนี้ลำดับถัดมาที่ได้รับชำระหนี้ คือ เจ้าหนี้ที่มีประกันหนี้แบบ Floating Charge จึงเห็นได้ว่า แม้ว่าเจ้าหนี้ผู้มีประกันหนี้แบบ Floating Charge จะเป็นเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิ (preferential creditor) แต่ไม่ได้อยู่ในฐานะที่ได้รับชำระหนี้ก่อนหรือพร้อมกับเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิรายอื่น

นอกจากลำดับในการได้รับชำระหนี้ที่ด้อยกว่าแล้ว เจ้าหนี้ผู้มีประกันหนี้แบบ Floating Charge ก็ยังได้รับผลกระทบจากการลดลงของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่นำมาจัดสรรชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายอีกด้วย Insolvency Act 1986 ที่แก้ไขโดย Enterprise Act 2002 กำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ดูแลและบังคับหลักประกันต้องกันเงินส่วนหนึ่งที่เรียกว่า prescribed part ออกมาจากกองทรัพย์สินของบริษัท และห้ามมิให้จัดสรรเงินส่วนดังกล่าวให้กับเจ้าหนี้ที่มีประกันหนี้แบบ Floating Charge เว้นแต่เจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ดูแลและบังคับหลักประกันจะต้องกันเงินจำนวนมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับจำนวนทรัพย์สินของบริษัทและเป็นไปตามที่ Prescribed Part

3.1.14 ข้อดีและข้อเสียของหลักกฎหมาย Floating Charge

หลักกฎหมาย Floating Charge มีทั้งข้อดีและข้อเสียเช่นเดียวกับการประกันหนี้แบบอื่น โดยพิจารณาจากผู้มีส่วนได้เสียนั้นว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมาย Floating Charge อย่างไรและในลักษณะใด เช่น เป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ตามหลักกฎหมาย Floating Charge โดยตรง หรือเจ้าหนี้ภายนอก โดยพิจารณาข้อดีและข้อเสียได้ ดังนี้

1) ข้อดีของ หลักกฎหมาย Floating Charge

ก. หลักกฎหมาย Floating Charge มีรูปแบบง่าย ๆ ไม่ยุ่งยาก และมีความยืดหยุ่น

ข. ลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้าปกติ ซึ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา และไม่เหมาะสมที่ใช้เป็นหลักประกันแบบ Fix Charge นำมาเป็นหลักประกันแบบ Floating Charge ได้ โดยที่ลูกหนี้ยังคงสามารถใช้สอยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ จนกว่า Floating Charge จะเกิดการแปลงสภาพ

ค. เมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้มีสิทธิแต่งตั้ง Receiver และ Manager เพื่อเข้าจัดการทรัพย์สินของกิจการค้าทั้งหมดของลูกหนี้ แทนที่จะมีสิทธิเพียงขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ง. ในกรณีที่ลูกหนี้เลิกกิจการบริษัท เจ้าหนี้ตามหลักกฎหมาย Floating Charge มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

จ. การบังคับหลักประกัน Floating Charge จะดำเนินการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันโดย Receiver ซึ่งจะไม่ดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ทันที แต่มีลักษณะให้ผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจสอบและประเมินราคาทรัพย์สินเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สินและประเมินราคาทรัพย์สิน รวมทั้งดำเนินการจำหน่ายตามวิธีที่เหมาะสมแก่สภาพของทรัพย์สิน ซึ่งอาจจำหน่ายไปทั้งกิจการ (as a going concern) หรือแยกจำหน่ายก็ได้ ทั้งนี้เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ และในระหว่างดำเนินการดังกล่าวผู้เชี่ยวชาญต้องบริหารจัดการบริษัทนั้นได้ตามสมควรเพื่อให้ประกอบกิจการต่อไปได้ ซึ่งหากดำเนินการบังคับหลักประกันโดยให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้จึงอาจทำให้บริษัทผู้ให้หลักประกันต้องยุติการประกอบกิจการทันทีและอาจเกิดการล้มละลายขึ้นได้

ฉ. การประกันหนี้แบบ Floating Charge มีประโยชน์ในแง่ของการสร้างหลักประกันการชำระหนี้เหนือทรัพย์สินที่มีสภาพหมุนเวียนให้กับเจ้าหนี้

ช. การให้สิทธิในการแต่งตั้ง Receiver ให้ดำเนินการรวบรวมและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำทรัพย์สินมาชำระหนี้เป็นวิธีการที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

2) ข้อเสียของหลักกฎหมาย Floating Charge

ก. เจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะป้องกันไม่ให้ทรัพย์สินประกันตามหลักกฎหมาย Floating Charge ลดน้อยถอยลงไปก่อนที่จะเกิดการแปรสภาพ ทั้งนี้เพราะว่าบริษัทของลูกหนี้สามารถดำเนินธุรกิจได้ตามปกติและสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินประกันได้ตลอดไป ดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับของบริษัท

ข. ทรัพย์สินบางประเภทซึ่งเป็นหลักประกัน Floating Charge นั้น จะยังไม่ทราบจำนวนทรัพย์สินหลักประกันนั้นที่แน่นอนว่ามีจำนวนมากน้อยเพียงใด จนกว่าจะเกิดการแปรสภาพ

ค. หลักกฎหมาย Floating Charge จะยังไม่มีผลใช้บังคับ ถ้าหากได้มีการก่อให้เกิดหนี้ภายใน 2 ปีก่อนบริษัทของลูกหนี้ล้มละลายและเจ้าหนี้ตาม Floating Charge เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ เช่น เป็นผู้จัดการ ผู้ช่วยผู้จัดการ เป็นต้น หรือในกรณีที่ Floating Charge

เกิดขึ้นภายใน 1 ปี ก่อนบริษัทของลูกหนี้ล้มละลายและเจ้าหนี้ตาม Floating Charge เป็นบุคคลภายนอกและในเวลานั้นบริษัทของลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ หรือกลายเป็นผู้ไม่สามารถชำระหนี้ เนื่องมาจากการดำเนินธุรกิจภายหลังก่อให้เกิด Floating Charge

- ง. ในกรณีที่บริษัทของลูกหนี้เลิกกิจการหรือเมื่อมีการแต่งตั้ง Receiver เจ้าหนี้บุริมสิทธิยังคงมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ Floating Charge
- จ. การประกันหนี้แบบ Floating Charge อาจไม่มีประสิทธิภาพในการประกันหนี้หากเกิดกรณีในสถานะที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
- ฉ. ข้อกังขาในความเป็นกลางและความโปร่งใสในการจัดการทรัพย์สินของ Receiver
- ช. เจ้าหนี้ดังกล่าวอาจสิ้นสิทธิในการเป็นเจ้าหนี้มีประกัน หากปรากฏว่าลูกหนี้ให้หลักประกันหนี้แบบ Floating Charge แก่เจ้าหนี้ และในเวลา 12 เดือนต่อมา ลูกหนี้ที่ให้หลักประกันต้องเลิกกิจการหรืออยู่ภายใต้การจัดการตามกฎหมายล้มละลาย

3.2 หลักประกันหนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code Article 9 (Secured Transactions))

3.2.1 ความเป็นมา

ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การใช้สังหาริมทรัพย์กับสังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแตกต่างกัน โดยการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Real Property) เป็นประกันการชำระหนี้เป็นไปตามกฎหมายและ Common Law on Real Estate Mortgage ส่วนใช้สังหาริมทรัพย์ (Personal Property) เป็นประกันการชำระหนี้ นั้น เดิมเป็นไปตาม Common Law เกี่ยวกับการใช้สังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ซึ่งสามารถทำได้หลากหลายวิธี และก่อให้เกิดปัญหาความสับสนในการใช้กฎหมายมากทั้งในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา ลำดับที่จะได้รับชำระหนี้ รวมทั้งการบังคับหลักประกันซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ นักกฎหมายอเมริกันจึงพยายามปรับปรุงวิธีการใช้สังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ใหม่เพื่อให้เป็นระบบเดียวกันทั้งประเทศเช่นเดียวกับประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย¹¹⁸ และเพื่อ

¹¹⁸ Grant Gilmore, Security Interest in Personal Property, Vol. 1, Little, Brown and Company, Vol.1, pp. viii-ix

ลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในคดีบังคับหลักประกัน¹¹⁹ และเริ่มจัดทำ Article 9 (Secured Transactions) ของ Uniform Commercial Code (UCC) ขึ้นตั้งแต่ทศวรรษที่ 1940¹²⁰

Article 9 (Secured Transactions) กำหนดวิธีการใช้สิทธิการชำระหนี้มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ขึ้นใหม่ โดยเมื่อมลรัฐได้นำ Article 9 ไปปรับใช้ นิติกรรม (Transaction) ใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการนำสิทธิการชำระหนี้มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ไม่ว่าจะคู่สัญญาจะเรียกชื่อสัญญานั้นว่าอย่างไร ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายนี้¹²¹ ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดต้องการใช้ทรัพย์สินทั้งหมดที่ใช้ในการประกอบกิจการเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ส่วนที่เป็นสิทธิการชำระหนี้จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับ Article 9 (Secured Transactions) แต่ส่วนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องดำเนินการตามกฎหมายและ Common Law on Real Estate Mortgage ไม่สามารถทำแบบ Floating Charge ของอังกฤษได้

มีข้อสังเกตว่าตาม Article 9 (Secured Transactions) เป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาฉบับแรกที่เปิดให้มีการนำทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ทุกประเภทมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้¹²²

3.2.2 ประเภทของทรัพย์สิน

Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติให้สามารถนำสิทธิการชำระหนี้ประเภทต่างๆ ไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เว้นแต่กรณีที่ยกเว้นไม่ให้นำมาตรานี้ไปใช้บังคับ (มาตรา 9-102)¹²³

โดยการนำทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตาม Article 9 ของ US UCC นั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้¹²⁴

¹¹⁹ Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz, and Frank B. Cross, **West's Business Law: Text, Summarized Cases, Legal, Ethical, Regulatory, and International Environment**. 7th ed. Minnesota: West Educational, 1999., p.529

¹²⁰ Grant Gilmore, *op.cit.*

¹²¹ Uniform Commercial Code, Article 9-102, p.654.

¹²² Grant Gilmore, *Security Interest in Personal Property*, Little, Brown and Company, 1965, pp. 376-377

¹²³ Uniform Commercial Code, Article 9-102, p.757

¹²⁴ *Ibid.*, p. 377

กลุ่มที่หนึ่ง คือ กลุ่มทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) เดิมก่อนที่จะมี Article 9 สามารถนำไปเป็นประกันในการชำระหนี้โดยการจำนำได้ (Pledgeable Intangibles or Indispensable Paper) ซึ่งได้แก่ Instrument, Document (or document of title) และ Chattel paper

Instrument หมายถึงตราสารเปลี่ยนมือได้ (Negotiable instrument) หรือหลักประกัน (Security) หรือ ตราสารแสดงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เป็นเงิน (right to payment of money) ที่มีใช้ตัวสัญญาหลักประกันหรือสัญญาเช่าและการโอนตราสารแสดงสิทธิเหล่านี้ต้องกระทำโดยการส่งมอบการครอบครองและสลักหลัง¹²⁵ เช่น พันธบัตร (Bonds) และเอกสารแสดงการลงทุนในหลักทรัพย์ (other investment securities)¹²⁶

Document (or document of title) หมายถึงบรรดาเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (document of title) เอกสารแสดงอื่นที่แสดงว่าผู้ทรงเอกสารนั้นมีสิทธิเหนือบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่ระบุไว้ในเอกสารนั้น เช่น bill of lading, dock warrant, dock receipt, warehouse receipt, order for the delivery of goods เป็นต้น และหมายรวมถึงเอกสารใด ๆ ที่ในทางการค้าถือกันว่าผู้ทรงเอกสารดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับไว้ ครอบครอง หรือจำหน่ายโอนเอกสารดังกล่าวพร้อมทั้งทรัพย์สินที่ระบุไว้ในเอกสารนั้น¹²⁷

Chattel papers หมายถึงเอกสารหรือหลักฐานเป็นหนังสือที่แสดงว่ามีหนี้เงิน (monetary obligation) อยู่จริง และมีการระบุทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของหนี้เงินนั้นหรือการเช่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง¹²⁸ ที่มาของ Chattel paper ได้แก่สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไข (Conditional sale contract) เนื่องจากก่อนที่จะมีการจัดทำ Article 9 ขึ้น เป็นที่ยอมรับกันว่าสัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขสามารถนำไปจำนำได้¹²⁹ ตัวอย่างของ Chattel paper จึงได้แก่สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไข เช่น บริษัท ก. ทำสัญญาเป็นหนังสือกับนาย ข. ว่าบริษัท ก. จะขายกระดาษให้แก่ นาย ข. จำนวน 10,000 รีม ในราคา 200,000 บาท โดยมีเงื่อนไขว่านาย ข. จะชำระราคาให้แก่บริษัท ก. ภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับกระดาษทั้งหมด และบริษัท ก. ได้ส่งมอบกระดาษทั้งหมดให้แก่ นาย ข. ไปแล้ว

¹²⁵ Uniform Commercial Code, Article 9-105(1) (i)

¹²⁶ Richard A. Mann and Barry S. Roberts, **Smith and Roberson Business Law**, 11th ed. (New York: Cengage Learning, 2000), p.788..

¹²⁷ Uniform Commercial Code, Article 1-201(15) and Article 9-105(1) (f) p.32 and p.775

¹²⁸ Uniform Commercial Code, Article 9-105

¹²⁹ Gilmore. *oc. cit.*, p. 378

แต่ก่อนครบกำหนด 60 วัน บริษัท ก.ขอกู้เงินจากธนาคาร ค. ในการนี้ บริษัท ก.สามารถใช้สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขดังกล่าวเป็นประกันการชำระหนี้ตาม Article 9 ได้¹³⁰

กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) เดิมก่อนที่จะมี Article 9 ไม่สามารถใช้เป็นประกันในการชำระหนี้โดยการจำนำได้ (Non-pledgeable Intangibles) ได้แก่ Account และ General intangibles

Account หมายถึงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (Right to payment) จากการขายสินค้าหรือให้เช่าหรือจากการให้บริการซึ่งไม่มี Instrument หรือ Chattel paper เป็นหลักฐานแสดงสิทธิ¹³¹ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในการประชุมประจำปีที่ 117 (ในปี ค.ศ. 1998) ของสมาคมนักกฎหมายอเมริกันและ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws มีการเสนอให้ปรับปรุงนิยามของคำว่า Account ใหม่ ให้กว้างขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน โดยเสนอให้มีการนิยาม Account ว่าหมายถึงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (A right to payment of a monetary obligation) ไม่ว่าจะสิทธิดังกล่าวจะเกิดจากการขาย ให้เช่า การอนุญาตให้ดำเนินการ(licensed) การโอนสิทธิเรียกร้อง การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินโดยวิธีการอื่น การให้ การให้บริการ หรือสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากกรรมกรรมประกันภัยที่สร้างขึ้นแล้วหรือที่กำลังจะสร้างขึ้น จากการชำระหนี้บัตรเครดิต จากสลากกินแบ่งรัฐบาลหรือการเสี่ยงโชคประการอื่นซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐหรือได้รับอนุญาตจากรัฐให้ดำเนินการดังกล่าว รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากเงินประกันสุขภาพ(Healthcare insurance) ด้วย แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการแก้ไขตามข้อเสนอดังกล่าว

General Intangibles หมายถึงสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) อื่นที่มีใช้สินค้า (goods), Account, Chattel paper, documents, instrument และเงิน เป็นต้นว่า goodwill, literary rights, interest in patents, trademarks, copyrights

สำหรับสิทธิเรียกร้องตามสัญญาที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตาม Article 9 จำกัดอยู่เฉพาะแต่ “สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน” (right to payment) เท่านั้น ไม่ว่าจะสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินนั้นจะเกิดจากมูลหนี้ใด ดังนั้น สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้โดยประการอื่น จึงไม่สามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้ เช่น กรณีสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้ให้เช่าย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ค่าเช่าจากผู้เช่า ส่วนผู้เช่าย่อมมีสิทธิได้ใช้สอยทรัพย์สินที่เช่า ผู้ให้เช่าจึงมีสิทธิที่จะนำสิทธิที่จะได้รับค่าเช่าตามสัญญาเช่าไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ในขณะที่ผู้เช่าไม่สามารถนำสิทธิที่ตนมีอยู่ตามสัญญาเช่าอันได้แก่สิทธิที่จะได้ใช้สอยทรัพย์สินที่เช่าไปเป็นประกันการชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม หาก

¹³⁰ Jersmiah J. Spiers, **Doing Business in the United States**, Vol. II (New York Woodrow Wilson Center Press, 2000), pp.15-21.

¹³¹ Uniform Commercial Code, Article 9-106

ผู้ให้เช่าผิดสัญญาเช่าและผู้เช่ามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้เช่า ผู้เช่าย่อมสามารถนำสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวไปเป็นประกันการชำระหนี้ได้ (แต่ก็ขึ้นอยู่กับว่าผู้รับหลักประกันจะยินยอมรับเป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือไม่) หรือในกรณีคู่สัญญาเช่าตกลงกันว่าผู้เช่าสามารถนำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วงได้ หากผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าออกให้เช่าช่วง ผู้เช่าย่อมมีสิทธิได้รับชำระค่าเช่าจากผู้เช่าช่วงตามสัญญาเช่าระหว่างผู้เช่ากับผู้เช่าช่วง ผู้เช่าจึงสามารถนำสิทธิที่จะได้รับชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วงไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เป็นต้น แต่ในกรณีของการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น สามารถทำได้ในรูปแบบของการจำนอง (Mortgage) ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันโดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่ผู้ให้กู้ (Nonpossessory security interest)¹³² เช่นกัน

General Intangibles หมายถึง สสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) อื่นที่ไม่มีใช้สินค้า สิทธิเรียกร้อง เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ตราสารและเงิน¹³³ เป็นต้น ค่าความนิยมทางการค้า (Goodwill), เครื่องหมายการค้า (Trademark), ลิขสิทธิ์ (Copyright)¹³⁴

ส่วนความสมบูรณ์ (Perfection) ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้น ขึ้นอยู่กับว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินประเภทใด ในกรณีที่ใช้ Chattel paper Document of title Account General Intangible เป็นประกันการชำระหนี้ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะต้องทำเป็นหนังสือและสมบูรณ์เมื่อได้จดทะเบียน (Filing Financing Statement) แต่ในกรณีใช้เงินหรือตราสารหนี้ (Instruments) เป็นหลักประกัน เพียงแต่ผู้รับหลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้ ก็เป็นอันสมบูรณ์แล้ว เนื่องจากเงินและตราสารหนี้มีลักษณะเฉพาะตัวที่สามารถเปลี่ยนมือได้โดยง่าย จึงต้องสันนิษฐานว่าผู้ที่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ นั้นย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้รับหลักประกันหากผู้รับหลักประกันไม่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันไม่อาจยกสิทธิตามสัญญาหลักประกันขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ นั้นได้ และในกรณีใช้สังหาริมทรัพย์ที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการทางทะเบียนมาเป็นหลักประกัน เช่น เรือ(ตาม Ship Mortgage Act) เครื่องบิน(ตาม Federal Aviation Act) หรือลิขสิทธิ์(ตาม Copy right Act) เป็นต้น ก็จะต้องดำเนินการทางทะเบียนตามกฎหมายนั้น ๆ ด้วย

¹³² Henszey and Friedman, *op.cit.*, p.788.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Richard A. Mann and Barry S. Roberts, *op.cit.*, p.788.

3.2.3 บุคคลที่เป็นคู่สัญญา

Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาเปิดกว้างให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นคู่สัญญาในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้โดยไม่มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้บุคคลประเภทใดเข้าเป็นคู่สัญญา (Article 9-105(d) และ (m))¹³⁵

3.2.4 การจดทะเบียน

เมื่อมีการทำสัญญาหลักประกันขึ้น หากประสงค์ที่จะยกสิทธิตามสัญญาขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกก็จะต้องจดทะเบียนหลักประกันกับหน่วยงานที่รับผิดชอบ โดยมีหลักการในการจดทะเบียนที่เน้นความรวดเร็ว โดยถือว่าการจดทะเบียนเป็นเพียงข้อมูลเบื้องต้นให้ทุกฝ่ายสามารถตรวจสอบได้ว่าการก่อภาระหลักประกันเหนือทรัพย์สิน หน่วยงานที่รับจดทะเบียนไม่ต้องรับรองว่าข้อมูลทั้งหมดที่ปรากฏในเอกสารการจดทะเบียนถูกต้องดังเช่นการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยทั่วไป ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถที่จะตรวจสอบจากผู้ให้หลักประกันและผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อทราบรายละเอียดทั้งหมดได้หลังจากตรวจสอบการจดทะเบียนเบื้องต้นแล้ว¹³⁶

3.2.5 สิทธิหน้าที่และความรับผิดของคู่สัญญา

Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการว่าผู้ให้หลักประกันมีสิทธิใช้สอย นำไปรวมกับทรัพย์สินอื่นใช้ในการผลิต หรือใช้ไปสลับไป และได้รับดอกผลจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ หรือจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ (มาตรา 9-205)¹³⁷

3.2.6 สิทธิหน้าที่และความรับผิดระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก

Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการว่า ในกรณีที่มีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภาระหลักประกันจะตกติดไปกับทรัพย์สินดังกล่าว แต่ผู้ที่ซื้อทรัพย์สินดังกล่าวในลักษณะที่เป็นสินค้าในทางการค้าปกติของผู้ขาย ย่อมได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยปลอดจากภาระหลักประกัน (มาตรา 9-307 (1),(2) และมาตรา 1-201(9))¹³⁸

¹³⁵ Uniform Commercial Code, Article 9-105 (d) (m)

¹³⁶ Uniform Commercial Code, Article Comment 9-402 (2) Section 9-208

¹³⁷ Uniform Commercial Code, Article 9-205

¹³⁸ Uniform Commercial Code, Article 9-307 Protection of Buyers of Goods (1) (2) และ 1-201(9)

3.2.7 การบังคับและจำหน่ายหลักประกันในกรณีทั่วไป

1) Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่า กรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ผู้รับหลักประกันอาจฟ้องศาลเพื่อบังคับหลักประกันได้ (มาตรา 9-501(1))¹³⁹

2) ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันผิดนัดผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องดำเนินการทางศาลถ้าการเข้าครอบครองดังกล่าวไม่เป็นการรบกวนความสงบและไม่เป็นการใช้กำลัง (มาตรา 9-503)¹⁴⁰

3) ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันโดยการขายทอดตลาดโดยรัฐ การประมูลขายโดยเอกชน หรือโดยวิธีที่สมควรในทางธุรกิจ (มาตรา 9-504(3))¹⁴¹

3.2.8 การบังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ

Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทบัญญัติให้มีการนำกิจการไปใช้เป็นประกันในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

นอกจากนี้ Article 9 (Secured Transactions) ได้กำหนดวิธีการบังคับหลักประกันใหม่เนื่องจากสังหาริมทรัพย์เกือบทั้งหมดสามารถเปลี่ยนมือได้ง่าย ยกเว้นสังหาริมทรัพย์จำพวกเครื่องจักรเครื่องมือที่มีขนาดใหญ่หรือมีน้ำหนักมาก ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้รับหลักประกันโดยผ่านกระบวนการศาลจึงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้แก่ผู้รับหลักประกัน Article 9 จึงพัฒนามาตรการใหม่เพื่อลดภาระความเสี่ยงของผู้รับหลักประกันโดยการกำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ตนโดยผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทันทีเมื่อมีเหตุผิดนัดชำระหนี้ (default) โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน แต่เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในสังคมกฎหมายจึงกำหนดว่าการเข้าไปครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต้องไม่เป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันด้วย (do not breach of the peace) ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันไม่สามารถใช้สิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่เป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ ผู้รับหลักประกันต้องฟ้องศาลเพื่อบังคับหลักประกันให้ และเพื่อให้การ

¹³⁹ Uniform Commercial Code, Article 9-501

¹⁴⁰ Uniform Commercial Code, Article 9-503 “Secured Party’s Right Take Possession After Default.

¹⁴¹ Uniform Commercial Code, Article 9-504(3)

บังคับหลักประกันโดยกระบวนการศาลไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับหลักประกัน เมื่อมีคดีประเภทดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ๆ มักจะใช้กระบวนการวิธีพิจารณาโดยรวดเร็วและต่อเนื่อง (Summary Proceedings)

อนึ่ง Article 9 มิได้นิยามหรือกำหนดลักษณะของการกระทำที่มีลักษณะเป็นรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขไว้ ศาลจึงมีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขหรือไม่ ซึ่งศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป แต่โดยปกติถือว่าหากผู้รับหลักประกันสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่มีการบุกรุก ทำลายทรัพย์สิน หรือใช้กำลัง ก็ถือว่าไม่เป็นการกระทำที่รบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขของผู้ให้หลักประกัน เช่นในคดี *Chrysler Credit Corp. v Koontz* ศาลพิพากษาว่าการที่ตัวแทนของ Chrysler (ผู้รับหลักประกัน) เข้าครอบครองรถยนต์ที่ Koontz ใช้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยการใช้กุญแจสำรองของรถยนต์คันดังกล่าวที่ Chrysler มีอยู่ในขณะที่ Koontz จอดรถยนต์ไว้ในสนามหน้าบ้าน ทั้งที่ Koontz ตะโกนห้ามมิให้กระทำการดังกล่าว ไม่ถือเป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุข และข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏว่ามีทรัพย์สินอื่นใดของ Koontz สูญหรือเสียหาย หรือ Koontz ถูกทำร้ายร่างกาย

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับกระบวนการบังคับหลักประกันตาม Article 9 ว่าการไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะเป็นธรรมแก่ผู้ให้หลักประกันหรือไม่ เพราะผู้ให้หลักประกันอาจหลงลืมหรือไม่ได้ติดตามหรือตรวจสอบว่ามีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่เมื่อผู้ให้หลักประกันตกลงทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ผู้ให้หลักประกันย่อมมีหน้าที่โดยปริยาย (Implied Duty) ที่จะต้องคอยหมั่นตรวจสอบอยู่เสมอว่ามีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ การละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นความบกพร่องของผู้ให้หลักประกันเอง จึงจะยกเป็นข้ออ้างเพื่อให้ตนต้องหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาอันอาจทำให้ผู้รับหลักประกันต้องเสียหายมิได้ นอกจากนี้ การกำหนดให้มีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการบังคับหลักประกันอาจทำให้ผู้ให้หลักประกันที่ทุจริตชุกช่อนหรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนที่ผู้รับหลักประกันจะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายได้ ซึ่ง Professor Grant Gilmore แห่งมหาวิทยาลัยชิคาโก ผู้มีส่วนอย่างสำคัญในการยกร่าง Article 9 เห็นว่า แม้จะบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาฐานโกงเจ้าหนี้ และผู้รับหลักประกันสามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อลงโทษผู้ให้หลักประกันได้ แต่มาตรการทางอาญาดังกล่าวไม่มีผลเป็นการปลดเปลื้องความเสียหายของผู้รับหลักประกันที่เกิดขึ้นจากการที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่เหลืออยู่มีมูลค่าไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้แต่อย่างใด

3.2.9 วิธีการบังคับหลักประกัน

สำหรับวิธีการบังคับหลักประกันตาม Article 9 (Secured Transaction) ได้กำหนดวิธีการบังคับหลักประกันโดยกำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทันทีเมื่อมีเหตุผิดนัดชำระหนี้ (Default) โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน แต่การเข้าไปครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต้องไม่เป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Do not of the peach) ทั้งนี้ หากผู้รับหลักประกันไม่สามารถใช้สิทธิเข้าไปครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ ผู้รับหลักประกันต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับหลักประกัน โดยเมื่อคดีขึ้นสู่ศาล ๆ ต้องใช้กระบวนการพิจารณาโดยรวดเร็วและต่อเนื่อง (Summary Proceedings)

เนื่องจากตามบทบัญญัติของ Article 9 ไม่ได้กำหนดหรือให้คำนิยามลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการรบกวนความปกติสุขเอาไว้ ดังนั้น ศาลจึงได้มีดุลยพินิจในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดที่ถือเป็นการรบกวนความปกติสุข¹⁴² หรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป หากผู้รับหลักประกันสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่มีการบุกรุกทำลายทรัพย์สินหรือใช้กำลังก็ถือว่าไม่เป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน¹⁴³ เช่นในคดี Chrysler Credit Corp. v Koontz¹⁴⁴ ศาลพิพากษาว่าการที่ตัวแทนของ Chrysler (ผู้รับหลักประกัน) เข้าครอบครองรถยนต์ที่ Koontz ใช้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยการใช้กุญแจสำรองของรถยนต์คันดังกล่าวที่ Chrysler มีอยู่ในขณะที่ Koontz จอดรถยนต์ไว้ในสนามหน้าบ้าน ทั้งที่ Koontz ตะโกนห้ามมิให้กระทำการดังกล่าว ไม่ถือเป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุข และข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏว่ามีทรัพย์สินอื่นใดของ Koontz สูญหรือเสียหาย หรือ Koontz ถูกทำร้ายร่างกาย

3.3 หลักประกันหนี้ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจเป็นกฎหมายที่มีการเริ่มยกร่างมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2541 เนื่องจากหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องรวมทั้งหน่วยงานภาคเอกชน ผู้ประกอบธุรกิจได้ตระหนักถึงความสำคัญและปัญหาของการขอสินเชื่อในการดำเนินธุรกิจ โดยเฉพาะการนำทรัพย์สินมาเป็น

¹⁴² Richard A. Mann and Barry S. Roberts, *op.cit.*, p.800.

¹⁴³ Miller, Roger LeRoy, Jentz, Gaylord A. and Cross, Frank B, *op.cit.*, p.529.

¹⁴⁴ Fifth District, 1996, 277 Ill. App. 3d 1078, 661 N.E. 2d 1171

หลักประกันทางธุรกิจที่มีข้อจำกัดตามกฎหมายหลายประการ ทำให้การประกอบธุรกิจไม่มีความคล่องตัวเท่าที่ควร ดังนั้น กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจึงถือว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่สามารถนำมาใช้เอื้ออำนวยในการดำเนินธุรกิจให้เกิดความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น เนื่องจาก ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้อย่างหลากหลาย อีกทั้งยังสร้างความเป็นธรรมให้กับลูกหนี้และเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ด้วยระบบการบังคับหลักประกันที่มี ความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม อันจะยังประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ และส่งผลต่อการพัฒนาระบบ เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ อันเป็นการรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของประเทศไทย

3.3.1 สาระสำคัญของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2558 โดยให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 240 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ยกเว้นกรณีบางมาตราให้มีผลใช้บังคับทันที ซึ่งหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งของกฎหมายฉบับนี้คือการเปลี่ยนแปลง ระบบหลักประกันทรัพย์สินของไทย โดยการเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้ เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อได้หลากหลายมากยิ่งขึ้น ประกอบกับการสร้างระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม ซึ่งสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มีดังนี้

3.3.2 ความหมายของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ สัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับหลักประกัน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันอาจตราทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันการชำระหนี้กับบุคคลอื่นต้องชำระก็ได้ (มาตรา 5)

3.3.3 คู่สัญญา

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พบว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีด้วยกัน 2 ฝ่าย คือ ผู้ให้หลักประกันฝ่ายหนึ่ง และผู้รับหลักประกันอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้

1) ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ (มาตรา 6) และผู้ให้หลักประกันอาจตราทรัพย์สินของตนเป็นประกันนี้ของบุคคลอื่นก็ได้

2) ผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา 7) เท่านั้น โดยที่ตามมาตรา 3 “สถาบันการเงิน” หมายความว่า

- (1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยสถาบันการเงิน
- (2) บริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

(3) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น

ทั้งนี้ ต่อมาได้มีการกำหนดกฎกระทรวงเพื่อเพิ่มผู้รับหลักประกันเพื่อเปิดโอกาสให้กับผู้ประกอบการรายย่อยในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนมากขึ้น ดังนี้

1) กฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2559¹⁴⁵ กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน

(1) นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

(2) ทรัสต์ในนามทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

(3) บริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม หรือผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(4) นิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

(5) บริษัทบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์

(6) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริง

2) กฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2561¹⁴⁶ กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน

(7) สำนักงานปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเฉพาะกรณีกองทุนพัฒนาเอสเอ็มอีตามแนวประชารัฐ

(8) ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงิน

(9) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าแบบ

ลิสซิ่ง

(10) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้สินเชื่อ

¹⁴⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133/ที่ 103 ก/หน้า 1/9 ธันวาคม 2559

¹⁴⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135/ที่ 11 ก/หน้า 1/23 กุมภาพันธ์ 2561

3.3.4 ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ โดยหลักทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น โดยมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้ ดังนี้

- 1) กิจการ ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น เช่น ที่ดิน อาคาร รถยนต์ รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เป็นต้น
- 2) สิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ไม่ว่าจะได้รับชำระหนี้เป็นเงินหรือได้รับชำระหนี้เป็นทรัพย์สินอย่างอื่นและสิทธิอื่น ๆ แต่ไม่รวมถึงสิทธิที่มีตราสาร
- 3) สิ่งหามทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า
- 4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีให้ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง ได้แก่ ที่ดิน อาคารสถานที่ เช่น ผู้ประกอบกิจการหมู่บ้านจัดสรร หรือจัดสรรที่ดินเปล่าสามารถนำที่ดินหรืออาคาร สถานที่มาเป็นหลักประกันได้
- 5) ทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และความลับทางการค้า เป็นต้น
- 6) ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้หากในอนาคต มีทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่น ๆ อีกที่กฎหมายยังไม่ได้บัญญัติครอบคลุมเอาไว้ก็สามารถกำหนดเพิ่ม โดยกฎกระทรวงได้

3.3.5 แบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน (มาตรา 13)

3.3.6 การจดทะเบียน

การจดทะเบียน กฎหมายกำหนดให้มีการจัดตั้งสำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ มีหน้าที่รับจดทะเบียน แก้ไขรายการจดทะเบียน และยกเลิก การจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยมีอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นเจ้าพนักงานทะเบียนให้มีอำนาจหน้าที่รับจดทะเบียน แก้ไขรายการจดทะเบียน หรือยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยผู้มีหน้าที่ดำเนินการขอจดทะเบียน คือ ผู้รับหลักประกัน โดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ให้หลักประกัน ส่วนในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนให้เจ้าพนักงานทะเบียนแจ้งไปยังนายทะเบียน และเจ้าหน้าที่อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือ

ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียน ทราบถึงการจดทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกการประกันลงในทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยเร็ว เมื่อได้รับแจ้ง (มาตรา 14 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 และมาตรา 19)

รายการจดทะเบียน อย่างน้อยต้องมีรายการ คือ วันเดือนปี และเวลาที่จดทะเบียน ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และผู้รับใบอนุญาตซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันรวมถึง ค่าตอบแทนในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน หน้าที่กำหนดให้มีการประกัน การชำระ รายละเอียดของทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกัน ข้อความที่แสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และรายการอื่นตามที่เจ้าพนักงานทะเบียนกำหนด โดยประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา 18) ผลของการจดทะเบียน คือ สิทธิในหลักประกันย่อมใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ และผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น และผู้รับหลักประกัน มีสถานะเป็นเจ้าหนี้อื่นมีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย (มาตรา 17)

3.3.7 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันประการสำคัญ ๆ ได้แก่

1) สิทธิของผู้ให้หลักประกัน

(1) สิทธิในการครอบครอง ใช้สอยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจโดยหลักการทั่วไป ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใช้สอยแลกเปลี่ยน จำหน่ายจ่ายโอน และจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือกล่าวง่าย ๆ ก็คือทรัพย์สินต่าง ๆ ที่โดยสภาพต้องใช้ในการประกอบธุรกิจผู้รับหลักประกันเข้าใจและยินยอมให้ผู้ให้หลักประกันครอบครองยึดถือใช้ประโยชน์ได้ เพราะยอมเป็นไปตามสภาพของทรัพย์สินนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม หลักการทั่วไปดังกล่าวนี้ ยังเปิดโอกาสให้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ เพื่อให้คู่กรณีสามารถตกลงไปตามเหมาะสมแก่กรณีได้ อาทิเช่น ในกรณีของการนำสิทธิเรียกร้องในเงินฝากมาเป็นหลักประกัน เนื่องจากเงินฝากเป็นทรัพย์สินพิเศษที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจไม่ยินยอมให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอยได้อย่างไม่มีข้อจำกัด หรือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้เป็นเงินที่นำมาเป็นหลักประกัน ก็อาจมีข้อตกลงให้ต้องนำส่งเงินตามสิทธิเรียกร้องนั้นให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเป็นต้น เหตุที่ผู้รับหลักประกันยินยอมให้ผู้ให้หลักประกันยังคงการครอบครอง ยึดถือ ใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ตามปกติทางการค้า ก็เพราะเป็นไปตามสภาพของทรัพย์สิน ที่หากไม่

ยินยอม ก็คงจะมีการนำทรัพย์สินนั้นมาเป็นหลักประกันไม่ได้โดยสภาพ อย่างไรก็ตามโดยสภาพการใช้สอยของผู้ให้หลักประกันย่อมไม่รวมไปถึงการนำทรัพย์สินนั้นไปจำหน่ายเป็นหลักประกัน เพราะการนำไปจำหน่าย เท่ากับต้องนำทรัพย์สินนั้นไปไว้ในการครอบครองของบุคคลอื่นหรือผู้รับจำหน่าย ย่อมขัดกับสภาพของทรัพย์สินที่ตนต้องครอบครองใช้สอยในการประกอบธุรกิจ หรืออาจกล่าวได้ว่า การนำทรัพย์สินที่ตนต้องยึดถือครอบครองเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ตนนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ไปจำหน่ายต่อกับบุคคลอื่น อาจแสดงให้เห็นว่าผู้รับหลักประกันนั้นฉ้อฉลผู้รับหลักประกัน (มาตรา 22)

(2) สิทธิที่จะตรวจสอบจำนวนหนี้ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิที่จะตรวจสอบจำนวนหนี้จากผู้รับหลักประกัน โดยวิธีการก็คือ ผู้ให้หลักประกันจะต้องมีหนังสือไปยังผู้รับหลักประกันโดยระบุจำนวนหนี้ที่ยังมิได้ชำระแก่ผู้รับหลักประกัน เพื่อให้ผู้รับหลักประกันรับรองความถูกต้อง ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือตอบยืนยันหรือระบุจำนวนหนี้ที่เห็นว่าถูกต้องไปยังผู้ให้หลักประกันภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว หากไม่ดำเนินการภายในระยะเวลา ผู้รับหลักประกันต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้หลักประกันการขอให้รับรองยอดหนี้ดังกล่าว ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิที่จะดำเนินการได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย เว้นแต่การใช้สิทธิดังกล่าวได้กระทำภายในระยะเวลาหกเดือนนับแต่วันที่มีหนังสือไปยังผู้รับหลักประกันครั้งก่อนในกรณีนี้ผู้ให้หลักประกันต้องชำระค่าใช้จ่ายแก่ผู้รับหลักประกันในแต่ละครั้ง (มาตรา 26)

(3) สิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในเวลาใด ๆ ก็ได้ ผู้ให้หลักประกันย่อมมีสิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมอ ทั้งนี้ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือก่อนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน โดยชำระหนี้ตามจำนวนหนี้ที่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกัน รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควร และค่าธรรมเนียมหรือค่าฤชาธรรมเนียมอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน เนื่องจากในบางกรณีผู้ให้หลักประกันมิใช่ลูกหนี้ จึงเปิดโอกาสให้ผู้ให้หลักประกันซึ่งไม่ประสงค์จะสูญเสียทรัพย์สินไปจากการบังคับหลักประกันอาจไถ่ถอนทรัพย์สินนั้นได้ (มาตรา 27)

(4) สิทธิในการได้รับหนังสือยกเลิกการจดทะเบียนจากผู้รับหลักประกันเมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปหรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับหนังสือยินยอมให้ยกเลิกการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ หากผู้รับหลักประกันไม่ออกหนังสือดังกล่าวให้ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกันหากเกิดความเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน

2) หน้าที่ของผู้ให้หลักประกัน

(1) หน้าที่แจ้งให้ผู้รับหลักประกันทราบหารายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เปลี่ยนแปลงไปจากที่จดทะเบียนตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ (มาตรา 20 วรรคสอง)

(2) หน้าที่ดำเนินการขอยกเลิกการจดทะเบียน เมื่อหน้าที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใด อันมิใช่เหตุอายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการ โถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มาตรา 21 วรรคหนึ่ง)

(3) หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพเช่นนั้นผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังดูแลสงวนรักษาทรัพย์สินและต้องบำรุงรักษารวมทั้งซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นด้วย ถ้ามิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น และมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ให้หลักประกันจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคาลงเว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าความเสียหายดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นจากเหตุที่ตนต้องรับผิดชอบ (มาตรา 23)

(4) หน้าที่ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวิธีการปฏิบัติทางการค้าหรือตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงหน้าที่นี้กำหนดขึ้นเพื่อให้ผู้รับหลักประกันสามารถตรวจสอบและควบคุมการเคลื่อนไหวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ตามสมควร (มาตรา 24)

หน้าที่ให้ผู้รับหลักประกันหรือตัวแทนเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราวในเวลาและระยะเวลาอันสมควรผู้ให้หลักประกันต้องยินยอมให้ผู้รับหลักประกันหรือตัวแทนเข้าตรวจดูทรัพย์สินได้ตามสมควร โดยวิธีการคือผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้ให้หลักประกันทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับหรือวิธีการอื่นที่แสดงว่าผู้ให้หลักประกันได้รับหนังสือแล้วก่อนเข้าดำเนินการไม่น้อยกว่าสามวันการเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินจะต้องกระทำต่อหน้าผู้ให้หลักประกันหรือผู้ซึ่งผู้ให้หลักประกันมอบหมายและผู้ให้หลักประกันต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้รับหลักประกันตามสมควร (มาตรา 25)

3) สิทธิของผู้รับหลักประกัน

(1) สิทธิได้รับค่าเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหาย หรือเสื่อมราคาลง อันเนื่องมาจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ (มาตรา 23)

(2) สิทธิเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราว (มาตรา 25)

(3) สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่าสิทธิ ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ (มาตรา 29)

(4) สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ นี้ เรียกในภาษากฎหมายว่า บุริมสิทธิ ซึ่งเป็นลักษณะที่สำคัญของกฎหมายหลักประกันทุกชนิด

ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมเข้ากับทรัพย์สินของบุคคลอื่นจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ สิทธิของผู้รับหลักประกันจะมีตามส่วนของค่าแห่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของตนในเวลาที่ทรัพย์สินรวมเข้ากันทรัพย์สินนั้น และในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันได้ทรัพย์สินมาจากการจำหน่ายจ่ายโอน แลกเปลี่ยน หรือได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วย รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวสูญหายหรือเสียหาย ให้ถือว่าทรัพย์สินที่ได้มานั้นเป็นหลักประกันด้วยแต่อย่างไรก็ตาม ผู้รับหลักประกันมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินนั้น และในกรณีที่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้อง ผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้ต่อเมื่อได้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วยแล้ว อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจนี้ หากเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีลักษณะหมุนเวียนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยการค้าปกติของทรัพย์สินนั้นหรือโดยความยินยอมของผู้รับหลักประกันย่อมได้ทรัพย์สินนั้นโดยปลอดภาระหลักประกัน แต่ถ้าทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้น มิใช่ทรัพย์สินที่มีลักษณะหมุนเวียนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยความยินยอมของผู้รับหลักประกัน ย่อมได้ทรัพย์สินนั้นโดยปลอดภาระหลักประกันเช่นกัน

4) หน้าที่ของผู้รับหลักประกัน

(1) หน้าที่ดำเนินการขอแก้ไขรายการจดทะเบียนในกรณีคู่สัญญาตกลงแก้ไขรายการ จดทะเบียนเป็นประการอื่น หรือในกรณีที่รายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงไปจากที่จดทะเบียนตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ (มาตรา 20 วรรคหนึ่งและวรรคสอง)

(2) หน้าที่ดำเนินการขอยกเลิกการจดทะเบียนเมื่อมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน (มาตรา 21 วรรคสอง)

(3) หน้าที่ต้องมีหนังสือตอบยืนยันหรือระบุจำนวนหนี้ที่เห็นว่าถูกต้องไปยังผู้ให้หลักประกัน มิเช่นนั้นหากเกิดความเสียหายผู้รับหลักประกันต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 26)

(4) หน้าที่ออกหนังสือยินยอมให้ยกเลิกการจดทะเบียนแก่ผู้ให้หลักประกัน เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกัน ทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน มิเช่นนั้นหากเกิดความเสียหายผู้รับหลักประกันต้อง ชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 28)

5) สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่าสิทธิในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ (มาตรา 29)

3.3.8 การบังคับหลักประกัน

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจำแนกวิธีการบังคับหลักประกันเป็น 2 ประเภท คือ การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

3.3.8.1 การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน อาจบังคับหลักประกันได้เป็น 2 วิธี

- (1) จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้หรือ
- (2) เอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ (มาตรา 36)

วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน อาจดำเนินการได้ใน 2 กรณี คือ กรณีที่ผู้ให้หลักประกันยินยอม หรือ กรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอม กรณีที่ผู้ให้หลักประกันยินยอม เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกันได้มีหนังสือ แจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำหลักประกันไปจำหน่าย

3.3.8.2 ขั้นตอนการดำเนินการ

ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้ผู้รับหลักประกัน มีหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้และผู้ให้หลักประกันชำระหนี้ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าวและให้แจ้ง ไปด้วยว่าหากไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันหลุดเป็นสิทธิ หรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ และให้ส่งสำเนา หนังสือดังกล่าวให้ผู้รับหลักประกันอื่นและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏ รายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบด้วย (มาตรา 39)

3.3.8.3 ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันไม่ได้รับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือ และจะบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

- ให้จำหน่ายโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย โดยผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่ และวิธีการจำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกันผู้รับหลักประกันอื่น และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันก่อนดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน (มาตรา 40) ผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็น

หลักประกันจากการจำหน่ายจะได้รับ โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยปลอดภาระหลักประกัน และจำนอง (มาตรา 42)

3.3.8.4 ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันไม่ได้รับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ใน หนังสือ และจะบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุด เป็นสิทธิ

(1) กรณีผู้ให้หลักประกันไม่มีหนังสือคัดค้านการบังคับหลักประกันหลุด เป็นสิทธิภายใน ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือดังกล่าว ให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและดอกผลที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่ ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ ผู้รับหลักประกัน

(2) กรณีผู้รับหลักประกันได้รับหนังสือคัดค้านภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้รับหลักประกันจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย (มาตรา 44)

3.3.8.5 กรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอม เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา หลักประกันทางธุรกิจ หากผู้ให้หลักประกันหรือ ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

(1) ขั้นตอนการดำเนินการ

ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับ หลักประกัน โดยให้ระบุในคำร้องด้วยว่าจะบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุด เป็นสิทธิ หรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ (มาตรา 46) ในกรณีที่ ศาลเห็นว่าเหตุบังคับหลักประกัน ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจและข้อตกลงเกี่ยวกับเหตุบังคับ หลักประกันที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นเป็นเหตุบังคับ หลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไม่ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ศาล พิพากษาบังคับหลักประกันตาม วิธีการที่ผู้รับหลักประกันร้องขอ เว้นแต่ผู้รับหลักประกันจะร้องขอให้บังคับ หลักประกันหลุดเป็นสิทธิ แต่กรณีไม่เข้าเงื่อนไขการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิให้ศาลพิพากษา ให้จำหน่าย ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แต่หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุ บังคับ หลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจหรือข้อตกลงเกี่ยวกับเหตุบังคับหลักประกันที่ ผู้รับหลักประกันยกขึ้นเป็น เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง และคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลให้ อุตสาหกรรมต่อศาลอุตสาหกรรมภายใน 15 วันนับแต่ วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และให้นำบทบัญญัติ ว่าด้วยการทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ของศาลชั้นต้นตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่การอุตสาหกรรมโดยอนุโลม คำพิพากษาหรือ คำสั่งของศาลอุตสาหกรรมให้ เป็นที่สุด (มาตรา 48)

(2) การดำเนินการทางทะเบียน

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียน เมื่อผู้รับหลักประกันมีหนังสือ แจ้งให้ทราบถึงการจำหน่ายหลักประกัน หรือเมื่อผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งข้อเท็จจริงและเอกสารหรือหลักฐานเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ หรือเมื่อผู้รับหลักประกันแสดงคำพิพากษาบังคับหลักประกัน ให้นำทะเบียนเปลี่ยนแปลงทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยถือว่าหนังสือแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับ หลักประกันหรือคำพิพากษาบังคับหลักประกันเป็นเสมือนการแสดงเจตนาของผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 51)

การจัดสรรเงินที่ได้รับจากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้จัดสรรชำระตามลำดับ คือ

- (1) ค่าใช้จ่ายในการรักษาและสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
- (2) ค่าใช้จ่ายตามสมควรและค่าฤชาธรรมเนียม อันเกิดจากการบังคับหลักประกัน
- (3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ
- (4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่น ซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สิน
- (5) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 52)

ทั้งนี้ หากผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ ให้ถือว่าหนี้ประธานและหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไป (มาตรา 53)

3.3.9 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการกฎหมาย

กำหนดกระบวนการบังคับไว้ใน มาตรา 54 ถึงมาตรา 79 ดังนี้

ผู้ดำเนินการ คือ ผู้บังคับหลักประกัน โดยผู้บังคับหลักประกันต้องมีการขอใบอนุญาต จากเจ้าพนักงานทะเบียน ใบอนุญาตจะมีอายุ 3 ปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต (มาตรา 54 ถึงมาตรา 57) และผู้บังคับหลักประกันอาจถูกคัดค้านได้ (มาตรา 75 ถึงมาตรา 79)

กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ มีดังนี้

เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการแล้ว ให้ผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งให้ ผู้บังคับหลักประกันทราบ ให้ผู้บังคับหลักประกันกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริง โดยเร็วซึ่งต้องไม่เกิน 7 วันนับแต่วันที่ผู้บังคับหลักประกันได้รับหนังสือ และมีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบ โดยไม่ชักช้า โดยต้องแจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นบังคับ

หลักประกัน และประเด็นการพิจารณา รวมทั้งสำเนา หนังสือของผู้รับหลักประกันไปด้วย (มาตรา 63) ผู้ให้หลักประกันต้องมีหนังสือชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการ ที่เป็นหลักประกันที่เป็นอยู่ในวันที่ผู้ให้หลักประกันได้รับหนังสือแจ้ง ต่อผู้บังคับหลักประกันภายใน 7 วัน นับแต่ วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว (มาตรา 64) เมื่อได้มีการไต่สวนข้อเท็จจริงแล้ว ให้ผู้บังคับหลักประกันวินิจฉัยว่า มีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ ในกรณีที่วินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกัน ให้ระบุจำนวนหนี้ที่ต้องชำระไว้ด้วย

ในกรณีที่มีเหตุบังคับหลักประกัน และผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะบังคับ หลักประกันทันที ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ในกรณีที่ไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน คำวินิจฉัยต้องทำเป็นหนังสือและต้องประกอบด้วย สรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เหตุผลในการวินิจฉัย ลายมือชื่อของผู้บังคับหลักประกัน และวันที่มีคำวินิจฉัย (มาตรา 67) ผู้บังคับหลักประกันต้องวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่ วันที่ไต่สวนข้อเท็จจริงวันแรก (มาตรา 68) ให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยให้ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐาน ทางทะเบียนทราบ ในกรณีที่ มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัย ดังกล่าวให้เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบด้วย เมื่อได้รับแจ้งคำวินิจฉัย ให้เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องจัดบันทึกคำวินิจฉัยดังกล่าว ไว้ในทะเบียนโดยเร็ว (มาตรา 69) และห้ามมิให้คัดค้านคำวินิจฉัย เว้นแต่การไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อมีคำวินิจฉัยนั้น ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการหรือคำวินิจฉัยนั้นบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญ โดยให้ผู้คัดค้านคำวินิจฉัยยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยการร้องคัดค้าน ไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับหลักประกันตามคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน เมื่อได้รับคำร้องศาลอาจกำหนดให้ ผู้ยื่นคำร้องวางประกันหรือให้หลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรก็ได้หากผู้ยื่นคำร้องไม่วางประกันหรือให้หลักประกันตามที่ศาลกำหนดให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามิเหตุคัดค้าน ให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยการบังคับหลักประกัน โดยอาจเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ในการนี้ศาลอาจกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันส่วนที่ถูกเพิกถอนนั้นใหม่ หรือหากพยานหลักฐานตามที่ ปรากฏในสำนวนเพียงพอแก่การวินิจฉัย ศาลอาจพิพากษาแก้ไขและมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรก็ได้แต่หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุคัดค้านให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้เป็นที่สุด (มาตรา 70)

ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันให้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันเป็นอันสิ้นสุดลง และให้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวกับทั้งให้บรรดา สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนของผู้ให้หลักประกันในกิจการที่เป็น

หลักประกันยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลตกแก่ผู้บังคับหลักประกันทันที และห้ามมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้บังคับหลักประกันเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการนั้น (มาตรา 71) และภายใน 7 วันเมื่อได้รับคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกัน ดวงตราสมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนังสือติดต่อจนสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับการประกอบกิจการที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้เพราะเหตุสุดวิสัย ในกรณีดังกล่าวผู้ให้หลักประกันต้องแจ้งเหตุนี้ให้ผู้บังคับหลักประกันทราบภายใน 7 วันนับแต่วันที่ทราบเหตุดังกล่าว และต้องดำเนินการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด หากผู้ให้หลักประกันไม่ดำเนินการ ผู้บังคับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อยึดหรืออายัดกิจการที่เป็น หลักประกันและส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน เมื่อศาลมีคำสั่งดังกล่าวให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึด หรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันเพื่อส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกันตามคำสั่งศาล (มาตรา 72)

ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษาจัดการและดำเนินการที่เป็นหลักประกัน จนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกัน กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ดำเนินการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน (มาตรา 73)

การจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันให้จัดสรรชำระ ตามลำดับ คือ

(1) ค่าธรรมเนียมในการยึดหรืออายัด ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา จัดการ และดำเนินการของเจ้าพนักงานบังคับหลักประกัน

(2) ค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าฤชาธรรมเนียมการบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน

(3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏ รายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ

(4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้ จากการจำหน่ายกิจการนั้น

(5) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน (มาตรา 74)

3.3.10 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไปเมื่อ

1) หนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ

2) ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

3) มีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

4) มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน (มาตรา 80)

ทั้งนี้ ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกินกว่า 5 ปีไม่ได้ (มาตรา 81)

3.3.11 บทกำหนดโทษ

บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ ได้กำหนดบทลงโทษ ซึ่งมีทั้งอัตราโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนี้

1) บทบัญญัติที่ลงโทษจำคุกการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ได้แก่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงในการดำเนินการ ทางทะเบียน หรือการขอจดทะเบียน หรือการขอแก้ไขรายการจดทะเบียน หรือการขอยกเลิกการจดทะเบียน (มาตรา 82)

2) บทบัญญัติที่ลงโทษปรับการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งมีหน้าที่กระทำการแต่ไม่กระทำการ ได้แก่ ผู้ให้หลักประกันไม่ไปดำเนินการขอยกเลิกการจดทะเบียน เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิก สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มาตรา 85)

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติ หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558

จากการศึกษาในเรื่องของแนวคิด วิวัฒนาการของหลักประกัน และหลักประกันหนี้ตามกฎหมายของต่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และ 3 พอสรุปได้ว่าการประกันการชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ การประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินหลักประกัน โดยที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สิน จำหน่าย จ่ายโอน และก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทรัพย์สินหลักประกันนั้นได้ตลอดเวลาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของการจำนำ จำนอง เนื่องจากการจำนำนั้นต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน จึงทำให้ผู้จำนำไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ และในขณะที่การ จำนอง ผู้จำนองครอบครองทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้ แต่ทรัพย์สินที่จะนำมาจำนองได้นั้นก็มีจำนวนจำกัด ซึ่งการจำนองนั้นได้แต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่กฎหมายรองรับเท่านั้น จึงทำให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าในเชิงพาณิชย์อีกเป็นจำนวนมากไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้

ดังนั้น กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจึงถือว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่ง สำหรับผู้ประกอบการธุรกิจที่สามารถนำมาใช้เอื้ออำนวยในการดำเนินธุรกิจให้เกิดความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น เนื่องจาก ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้อย่างหลากหลาย อีกทั้งยังสร้างความเชื่อมั่นให้กับลูกหนี้และเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันด้วยระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม อันจะยังประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ และส่งผลต่อการพัฒนาระบบ เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

ทั้งนี้ โดยปกติแล้วทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้น มีลักษณะหมุนเวียนเปลี่ยนมือ และอาจเปลี่ยนแปลงจำนวน และปริมาณอยู่ตลอดเวลา (Culating และ Sniffing Assets) เช่น สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ (Account) หรือสินค้าอุปโภคบริโภค (Consumer Goods) และอาจเป็นทรัพย์สินที่ได้มาในอนาคตตามข้อตกลง ซึ่งอาจเกิดปัญหาว่าเจ้าหนี้มีสิทธิในทรัพย์สินที่เปลี่ยนหรือได้มาจากการจัดการหลักประกันนั้นเพียงใด ยกตัวอย่างเช่น บริษัทผลิตน้ำอัดลมยี่ห้อหนึ่งได้นำเม็ดพลาสติกสำหรับผลิตขวดน้ำไปเป็นหลักประกันหนี้

กับ ธนาคาร ก และได้นำเครื่องหมายการค้าสำหรับน้ำอัดลมยี่ห้อนั้นไปประกันหนี้กับ ธนาคาร ข เมื่อมีการผลิตน้ำอัดลมบรรจุขวดแล้วติดเครื่องหมายการค้าแล้ว และเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ธนาคาร ก และ ธนาคาร ข มีสิทธิในเงินนั้นหรือไม่เพียงใด เป็นต้น เพราะฉะนั้นเมื่อผู้ให้หลักประกันผิดนัดหรือเมื่อมีเหตุต้องบังคับหลักประกันสิทธิของผู้รับหลักประกันในการบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งแม้ว่าจะกำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิในทรัพย์สินที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงจากหลักประกันเดิม ซึ่งอาจจะมีมูลค่าปัจจุบันของทรัพย์สินสูงขึ้นหรือลดลงจากเดิมในขณะทำสัญญาก็เป็นได้เพราะฉะนั้นในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันจากสิ่งที่ได้มาจากทรัพย์สินนั้นจึงมีความสำคัญ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับ “การติดตามมูลค่าของหลักประกัน (Value-Teaching-Concepts) ซึ่งหมายถึง ประเภทของการเปลี่ยนรูปของหลักประกันที่แน่นอนซึ่งสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับหลักประกันจะตามทรัพย์สินหลักประกันนั้น ไปตามวิธีการที่กำหนด¹⁴⁷ เพื่อประกอบการบังคับหลักประกันมาใช้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ จึงเป็นอีกแนวคิดหนึ่งที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้รับหลักประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความชัดเจนในการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน เช่น การกำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิในรายได้จากการขายผลิตภัณฑ์ ค่าเช่ากำไร และดอกผลโดยธรรมชาติจากทรัพย์สินหลักประกัน ซึ่งลูกหนี้มักจะใช้ค่าเหล่านี้ในข้อตกลงว่าด้วยหลักประกันซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

รายได้จากการขาย หมายถึง สิ่งใด ๆ ก็ตามที่ได้จากการขาย แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายโดยประการอื่นซึ่งหลักประกันถ้าผู้ให้หลักประกันขายหลักประกัน¹⁴⁸ ซึ่งสิทธิของผู้รับหลักประกันจะตามหลักประกันไป แม้หลักประกันนั้นจะเปลี่ยนรูปไปและจะตามไปครอบคลุมถึงราคาที่ได้รับชำระมา ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของตัวเลขในบัญชี ตัวสัญญาใช้เงิน หรือเงินสดก็ตาม ซึ่งจะต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับหลักประกันในการบังคับหลักประกัน และในกรณีทรัพย์สินหลักประกันมีการเปลี่ยนแปลงจะต้องกำหนดให้ผู้ให้หลักประกัน ต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงให้นายทะเบียนทราบ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวหากผู้ให้หลักประกันขัดขืนไม่แจ้ง โดยที่มีเจตนาหรือจงใจทุจริตก็ให้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันนำหลักประกันออกให้เช่า “ค่าเช่า” ซึ่งมีใช้รายได้ของหลักประกัน เนื่องจากว่าผู้ให้หลักประกันมิได้จำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันแต่ในกรณีนี้อาจกำหนดไว้ในกฎหมายได้

¹⁴⁷ Lynn M. LoPucki and Elizabeth Warren, **Secured Credit: A Systems Approach**, Boston: Little: Brown, 1995.

¹⁴⁸ Uniform Commercial Code. Article 9-306

ว่า “รายได้รวมทั้งค่าเช่าที่ได้รับจากการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน” ซึ่งเป็นการนำแนวคิดเกี่ยวกับการติดตามมูลค่าหลักประกันมาบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายเช่นกัน

นอกจากนั้น ในกรณีลูกหนี้ล้มละลายผู้เขียนเห็นว่าผู้รับหลักประกันสามารถใช้หลักประกันนี้ได้ถึงวันที่ลูกหนี้ได้ร้องขอให้ตนเองล้มละลายเท่านั้น ส่วนหลังจากนั้นแม้จะมีรายได้จากการจัดการทรัพย์สินหลักประกัน แต่ก็ถือว่าเจ้าหนี้มีสิทธิในรายได้ดังกล่าวนี้ กล่าวคือไม่นำหลักประกันมาใช้เมื่อลูกหนี้ร้องขอต่อศาลให้ตนเองล้มละลาย ทั้งนี้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายล้มละลาย

ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกัน ดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ

4.1.1 บุคคลที่เป็นผู้ให้หลักประกันได้ (มาตรา 6)

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดบุคคลที่จะมาเป็นผู้ให้หลักประกันไว้ในมาตรา 6 บัญญัติว่า ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ จากการกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ได้นั้น ณ ขณะยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่า “เพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่จำเป็นต้องหาสินเชื่อมาใช้ในการประกอบธุรกิจด้วย¹⁴⁹ ซึ่งแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเดิมที่ร่างโดยกระทรวงยุติธรรมที่มีได้กำหนดให้บุคคลธรรมดาสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันได้แต่อย่างใด โดยเหตุผลในชั้นยกร่างขณะนั้นเห็นว่าไม่ต้องการให้บุคคลธรรมดาที่เป็นผู้ประกอบการทั่วไปเป็นผู้ให้หลักประกันทางธุรกิจ โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งประสงค์ที่จะใช้ในเชิงธุรกิจเท่านั้น ไม่ประสงค์ให้นำไปใช้ในเชิงส่วนตัว โดยเรื่องนี้ผู้ร่างได้ระบุไว้ในมาตรา 6(4) จะให้รวมถึงบุคคลภายนอกหรือไม่ และหากให้รวมถึงบุคคลธรรมดาด้วยจะมีปัญหาอย่างไรหรือไม่ เพราะในเรื่องนี้ที่ประชุมได้มีมติไปแล้วว่าต้องการให้ใช้หลักประกันเฉพาะทางธุรกิจ ไม่ประสงค์นำไปใช้เรื่องส่วนตัว¹⁵⁰ นอกจากนี้ยังต้องการให้ระบบจดทะเบียนหลักประกันเชื่อมโยงกับระบบทะเบียนของบริษัท อันเป็นหลักการเดียวกันกับ Floating Charge ของอังกฤษ ดังนั้น บุคคลธรรมดาจึงไม่สามารถนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้ได้ การใช้ระบบทะเบียนนิติบุคคลเชื่อมโยงกับระบบ

¹⁴⁹ รายงานการประชุมกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 1 (1/2552) เอกสารหมายเลข 1 หน้า 12.7 วันอังคารที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2552 ณ ห้องประชุมสมภพ โทตระกิตย์ ชั้น 4

¹⁵⁰ รายงานการประชุมกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 11 (1/2552) หน้า 4 วันจันทร์ที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2543 ระเบียบว่า : เรื่องพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ทะเบียนของหลักประกันจะทำให้บุคคลทั่วไปสามารถตรวจสอบได้เนื่องจากมีระบบตรวจสอบบัญชีต่าง ๆ ได้ง่ายกว่าบุคคลธรรมดา โดยที่ส่วนใหญ่แล้วบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไป ไม่มีอำนาจต่อรองในทางธุรกิจ และอาจต้องนำทรัพย์สินทั้งหมดของตนมาเป็นหลักประกัน และในกรณีที่บุคคลธรรมดานำกิจการมาเป็นหลักประกันจะทำให้เป็นการผูกมัดบุคคลธรรมดามากเกินไป ซึ่งแตกต่างจากนิติบุคคลที่จะมีความรับผิดชอบแบบจำกัดความรับผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการจะเป็นผู้ให้หลักประกันได้ควรต้องไปจดทะเบียนนิติบุคคลเสียก่อน

ดังนั้น จึงเป็นประเด็นให้นำวิเคราะห์ว่าเหตุใดพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงกำหนดให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันได้ โดยในเรื่องนี้เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา Secured Transactions แล้วนั้น แม้ว่าการให้หลักประกันโดยบุคคลธรรมดาจะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เปิดกว้างให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นคู่สัญญาในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้โดยไม่มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้บุคคลประเภทใดเข้าเป็นคู่สัญญา แต่ทรัพย์สินที่จะสามารถนำมาเอามาเป็นหลักประกันได้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะต้องเป็นสิ่งหามทรัพย์เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่ไม่ได้จำกัดประเภทของทรัพย์สินอยู่เฉพาะสิ่งหามทรัพย์เท่านั้น พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเปิดกว้างให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำเอาอสังหาริมทรัพย์ สิทธิเรียกร้อง หรือ แม้แต่กิจการมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น ซึ่งการบัญญัติตามกฎหมายอเมริกันในเรื่องนี้ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องความรับผิดของผู้ให้หลักประกันที่เป็นบุคคลธรรมดาที่ผู้เขียนมองว่าจะได้รับผลกระทบมากเกินไปในกรณีที่บุคคลผู้นั้นนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ส่วนกรณีตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ Floating Charge กำหนดให้เฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้นที่จะสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันตาม Floating Charge ได้ เพราะถ้าหากบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลใช้ทรัพย์สินที่มีรูปร่างอย่างอื่นนอกจากที่ดินเป็นหลักประกันนี้แบบชาร์จแล้ว จะกลายเป็นเรื่องการทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนในฐานะเป็นสัญญาจำนองมิใช่การประกันนี้แบบชาร์จ ดังนั้น หลักเกณฑ์เรื่องนี้ บางส่วนจึงได้บัญญัติอยู่ใน Company Act โดยบุคคลธรรมดาผู้ให้หลักประกันจะอยู่ภายใต้ Bill of Sell Act แทน

เมื่อพิจารณาในประเด็นนี้แล้วผู้เขียนเห็นว่าแม้การบัญญัติให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้นั้นจะมีข้อดีคือเป็นประโยชน์ต่อภาคธุรกิจ เพราะนอกจากจะช่วยลดข้อจำกัดในด้านหลักประกัน ทำให้ผู้ประกอบการมีทางเลือกในการใช้หลักประกันที่หลากหลายในการขอสินเชื่อกับสถาบันการเงินได้มากขึ้น อีกทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการทุกภาคส่วนมีโอกาสเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้น และการมีกฎหมายรองรับดังกล่าวจะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่ สถาบันการเงินในการให้สินเชื่อซึ่งจะส่งผลดีต่อการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของ

ผู้ประกอบการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นก็ตาม แต่ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาได้อย่างมากมาย เพราะการให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันได้นั้นจะเป็นการกระทบบุคคลธรรมดามากเกินไป เนื่องจากบุคคลธรรมดาส่วนใหญ่แล้วไม่มีอำนาจต่อรองในทางธุรกิจ และอาจต้องนำเอาทรัพย์สินทั้งหมดของตนมาเป็นหลักประกัน ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ซึ่งต่างจากนิติบุคคลที่จะมีความรับผิดชอบจำกัด หรือในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันตายหรือไร้ความสามารถก็จะมีปัญหาตามมาได้มาก ดังนั้นแล้วจึงควรให้เฉพาะแต่บริษัทเท่านั้นที่สามารถให้หลักประกันประเภทนี้ได้ อีกทั้งในเรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ก็ไม่ควรให้นำกิจการมาเป็นหลักประกันด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากการดำเนินการของทั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญดังกล่าวไม่ค่อยแตกต่างจากกิจการประเภทเจ้าของคนเดียว และไม่มีมาตรฐานการกำกับดูแลจากทางราชการเหมือนกับบริษัท จึงอาจมีการทุจริตได้ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาถึงโดยสภาพของการให้หลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ผู้ให้หลักประกันยังคงเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และยังสามารถใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอน ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และยังสามารถใช้เป็นหลักประกันได้อีกด้วย ซึ่งอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้หลักประกันใช้เป็นช่องทางในการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายได้ อันจะทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติ ดังนั้น การมีมาตรการป้องกันความเสียหายในเบื้องต้น เช่น การกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องทำบัญชีทรัพย์สิน หรือต้องยินยอมให้ผู้รับหลักประกันเข้าตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นต้น ต่างก็เป็นมาตรการเบื้องต้นในการป้องกันความเสียหายของฝ่ายผู้รับหลักประกันเท่านั้น ไม่ได้แก้ปัญหในเรื่องของการให้หลักประกันของบุคคลธรรมดาที่อาจเป็นการผูกมัดบุคคลธรรมดามากเกินไปแต่ประการใด

ดังนั้น หากต้องการที่จะกำหนดให้บุคคลธรรมดาสามารถให้หลักประกันได้นั้นควรต้องมีมาตรการการป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันย่อมจะต้องมีประสิทธิภาพด้วยเช่นเดียวกันเนื่องจากโดยสภาพของการใช้หลักประกันตามกฎหมายฉบับนี้ ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน ทั้งยังสามารถใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอน รวมทั้งนำไปเป็นหลักประกันต่อไปได้ด้วย ผู้ให้หลักประกันจึงอาจใช้เป็นช่องทางในการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายได้ อันจะทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติ และการกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องทำบัญชีทรัพย์สิน หรือต้องยินยอมให้ผู้รับหลักประกันเข้าตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต่างก็เป็นมาตรการเบื้องต้นในการป้องกันความเสียหายของฝ่ายผู้รับหลักประกันเท่านั้น ไม่ได้แก้ปัญหในเรื่องของการให้หลักประกันของบุคคลธรรมดาที่อาจเป็นการผูกมัดบุคคลธรรมดามากเกินไปแต่ประการใด เพราะฉะนั้นแล้วในเรื่องของผู้ให้หลักประกัน การจะกำหนดตัวผู้ให้

หลักประกันตามกฎหมายนี้ว่าจะครอบคลุมเพียงใดนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบทั้งในเรื่องของผลดีผลเสียที่อาจจะเกิดขึ้นด้วย

4.1.2 บุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันได้ (มาตรา 7)

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ได้กำหนดบุคคลที่จะมาเป็นผู้ให้หลักประกันไว้ในมาตรา 7 บัญญัติว่า ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁵¹ ซึ่งสถาบันการเงินตามความหมายที่ระบุในมาตรา 3 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน

- 1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน
- 2) บริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

3) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายจัดตั้ง

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดบุคคลที่จะมาเป็นผู้รับหลักประกันได้ตามกฎหมาย โดยกำหนดให้สถาบันการเงินและนิติบุคคลที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อเท่านั้นที่จะมาสามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ โดย ณ ขณะยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่า “เนื่องจากการให้ประกันชำระหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ เป็นการให้หลักประกันอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นการให้สินเชื่อรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น เพื่อให้การให้สินเชื่อเป็นไปอย่างมีระบบและอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐจึงกำหนดให้สถาบันการเงินเป็นผู้ให้หลักประกัน”¹⁵² ซึ่งต่อมาได้มีการกำหนดกฎกระทรวงเพื่อเพิ่มผู้รับหลักประกันเพื่อเปิดโอกาสให้กับผู้ประกอบการรายย่อยในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนมากขึ้น ดังนี้

- 1) กฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2559¹⁵³ กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน

(1) นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

(2) ทรัสต์ในนามทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

¹⁵¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133/ที่ 103 ก/หน้า 1/9 ธันวาคม 2559

¹⁵² รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 1 (1/2552) เอกสารหมายเลข 1 หน้า 12.7 วันอังคารที่ 11 สิงหาคม 2552 ณ ห้องประชุมสมภพ โทตระกิตย์ ชั้น 4

¹⁵³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133/ที่ 103 ก/หน้า 1/9 ธันวาคม 2559

- (3) บริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม หรือผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (4) นิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- (5) บริษัทบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์
- (6) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจแฟ็กเตอร์ริง
- 2) กฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2561¹⁵⁴ กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้รับหลักประกัน
- (7) สำนักงานปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเฉพาะกรณีกองทุนพัฒนาเอสเอ็มอีตามแนวประชารัฐ
- (8) ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงิน
- (9) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าแบบลีสซิ่ง
- (10) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้สินเชื่อ
- ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 3 มาตรา 7 และกฎกระทรวงกำหนดผู้ที่จะสามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้ โดยกำหนดให้เฉพาะสถาบันการเงินและผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อเท่านั้นที่จะสามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นได้ โดยจากการศึกษาพบว่า ณ ขณะยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่า “เนื่องจากการให้ประกันชำระหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นการให้หลักประกันอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นการให้สินเชื่อ รูปแบบหนึ่ง ดังนั้น เพื่อให้การให้สินเชื่อเป็นไปอย่างเป็นระบบและอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐจึงกำหนดให้สถาบันการเงินเป็นผู้ให้หลักประกัน”¹⁵⁵ เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้เห็นได้ว่าไม่สอดคล้องกับหลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัติ เนื่องจากหลักการและเหตุผลมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวก และกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ซึ่งแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเดิมที่ร่างโดยกระทรวงยุติธรรมที่ระบุไว้ว่า

¹⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135/ที่ 11 ก/หน้า 1/23 กุมภาพันธ์ 2561

¹⁵⁵ รายงานการประชุมกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 1 (1/2552) เอกสารหมายเลข 1 หน้า 12.7 วันอังคารที่ 11 สิงหาคม 2552 ณ ห้องประชุมสมภพ โทตระกิตย ชั้น 4

“มาตรา 7 ผู้รับหลักประกันต้องเป็นบุคคลต่อไปนี้บริษัทจำกัด บริษัทมหาชน ห้างหุ้นส่วนจำกัด และห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกันตามกฎหมายของต่างประเทศ

1) นิติบุคคลที่กฎหมายไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ
 2) นิติบุคคลที่ดำเนินการโดยรัฐบาลต่างประเทศ นิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ องค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การที่จัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

3) บุคคลอื่นที่กำหนดโดยรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

อย่างไรก็ตามจากการที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดผู้รับหลักประกันตามมาตรา 3 และมาตรา 7 และกฎกระทรวงที่กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงิน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจำกัดการเป็นผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ดังนั้น จึงทำให้นิติบุคคลต่างประเทศอื่น ๆ ไม่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามกฎหมายพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ซึ่งเป็นการปิดโอกาสในการขอสินเชื่อโดยใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันจากนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศ รวมถึงองค์การที่จัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นแหล่งเงินทุนสำคัญ โดยหน่วยธุรกิจเหล่านี้ในทางปฏิบัติก็มีการให้สินเชื่อกันอยู่แล้ว และอาจทำให้นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศผู้ให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการในไทยรู้สึกว่าจะได้รับการปฏิบัติไม่เท่าเทียม หรืออาจส่งผลให้ผู้ขอสินเชื่อได้รับกระทบต่อการพิจารณาการให้สินเชื่อของสถาบันการเงินของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศ

เมื่อพิจารณาประเด็นในเรื่องนี้ตามกฎหมายต่างประเทศทั้งหลักเกณฑ์ของ Floating Charge และ Secure Transaction ต่างก็กำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศเหล่านั้นมองว่าการให้หลักประกันนั้นมีลักษณะ คล้ายกับสิทธิอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับการจำนำซึ่งบุคคลธรรมดาสามารถเป็นผู้รับจำนำได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าว ดังนั้น เมื่อมีหลักเกณฑ์ทางทะเบียน (การจดทะเบียน, การจดทะเบียน) ที่ดำเนินการอย่างจริงจังแล้ว เฉพาะผู้ที่มีความจำเป็นและความพร้อมเท่านั้นจึงจะสามารถเข้ามาดำเนินการเป็นผู้รับหลักประกัน ซึ่งหลักการนี้ค่อนข้างที่จะกว้างกว่าหลักการตามร่างพระราชบัญญัตินี้มาก และส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบการที่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายมากกว่า และยังสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติฉบับนี้อีกด้วย

ดังนั้น ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาถึงผลดีและผลเสียของการกำหนดขอบเขตผู้ที่จะสามารถรับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้ แม้การควบคุมการให้สินเชื่อจะมีความจำ

เป็น แต่วิธีการในการควบคุมการให้สินเชื่อดังกล่าวขัดกับหลักการพื้นฐานของพระราชบัญญัติที่ต้องการให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ตนมีเพื่อเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากขึ้น

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มาตรา 8)

เมื่อพิจารณาถึงทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกันได้นั้น พบว่ามีข้อจำกัดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่กำหนดให้ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้มี 4 ประเภทเท่านั้น อันได้แก่ กิจการ สิทธิเรียกร้อง สหกรณ์ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ และอสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง โดยทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ นั้น หากเห็นว่ามีเหมาะสมก็จะกำหนดเพิ่มเป็นรายการ ๆ ไปในกฎกระทรวง การบัญญัติในลักษณะนี้ ทำให้ประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีจำนวนจำกัด ซึ่งนอกจากจะไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติที่มีการนำทรัพย์สินประเภทอื่นนอกจาก 4 ประเภท ข้างต้น เช่น สิทธิการเช่า ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้าไปเป็นหลักประกันแล้ว การบัญญัติเช่นนี้ยังไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการแก้ปัญหาข้อจำกัดของการนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่สามารถกำหนดประเภทของทรัพย์สินเพิ่มเติมในกฎกระทรวงก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ รวมถึงวิธีพิจารณาประเภทของทรัพย์สินที่จะเพิ่มเติมเข้าไป อีกทั้งยังเป็นการสิ้นเปลืองเวลาที่จะต้องออกกฎกระทรวงทุกครั้งเมื่อมีทรัพย์สินที่ต้องการเพิ่มเติมให้ใช้เป็นหลักประกันได้ นอกจากนี้การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดปัญหาการตีความตามมา รวมถึงความลักลั่นทางตัวบทกฎหมายในกรณีทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันไม่ได้มีลักษณะที่สามารถจัดแบ่งให้เข้ากับประเภทของทรัพย์สินตามทีระบุไว้ในมาตรา 8 ได้ แต่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินอันประกอบอยู่ในกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน

4.2.1 ประเภทของทรัพย์สินและการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติ

4.2.1.1 การกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นสิ่งสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ก็คือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ในส่วนนี้จะได้พิเคราะห์ถึงปัญหาในการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติโดยแบ่งพิเคราะห์เป็นประเด็น ดังนี้

- 1) การกำหนดประเภทของทรัพย์สินตามมาตรา 8

มาตรา 8 บัญญัติว่า หลักประกัน ได้แก่

- (1) กิจการ
- (2) สิทธิเรียกร้อง
- (3) สंहारิมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า
- (4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์โดยตรง
- (5) ทรัพย์สินทางปัญญา
- (6) ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติกำหนดขอบเขตของทรัพย์สินนำมาใช้เป็นหลักประกันเอาไว้ในลักษณะ Positive List กล่าวคือกำหนดประเภทของทรัพย์สินเอาไว้เป็นประเภท เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่า “ระบบหลักประกันทางธุรกิจเป็นระบบกฎหมายใหม่สำหรับประเทศไทย จึงสมควรกำหนดให้ชัดเจนว่าทรัพย์สินใดบ้างที่สามารถนำมาใช้ประกันการชำระหนี้ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ในทำนอง Positive List เพื่อมิให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ”¹⁵⁶ อีกทั้งการประชุมประเภทของทรัพย์สินนี้จะทำให้ไม่เกิดปัญหาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่กำหนดในลักษณะที่ว่าคนต่างด้าวจะประกอบกิจการได้หมด การกำหนดห้ามภายหลังจากที่คนต่างด้าวได้ประกอบกิจการนั้น ๆ ไปแล้วก็จะไปไม่กระทบไม่ได้ ดังนั้น ผู้ร่างจึงไม่ต้องการให้มีการร่างกฎหมายในทำนองเดียวกันอีก โดยประเด็นนี้ผู้ร่างได้ทำความเข้าใจในรายงานการประชุมไว้ว่า “ผมเห็นด้วยที่จะมีการระบุประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันได้ มิฉะนั้นจะเหมือนกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่กำหนดลักษณะที่ว่าคนต่างด้าวจะประกอบกิจการได้ก็ได้ เว้นแต่กิจการที่กำหนดห้ามไว้ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะเขียนในลักษณะอย่างนี้”¹⁵⁷ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการเสนอแก้ไขร่างกฎหมายเดิมที่กระทรวงยุติธรรมเสนอเอาไว้ในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน¹⁵⁸

¹⁵⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 1 (1/2552) เอกสารหมายเลข 1 หน้า 12.8 วันอังคารที่ 11 สิงหาคม 2552 ณ ห้องประชุมสมพ โทตระกิตต์ ชั้น 1

¹⁵⁷ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 3 (1/2543) หน้า 5 วันจันทร์ที่ 7 สิงหาคม พ.ศ.2543 ระเบียบวาระ เรื่อง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ...

¹⁵⁸ มาตรา 8 ทรัพย์สินไม่ว่าจะประเภทใดที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและที่จะมีขึ้นในอนาคต อาจใช้เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ทั้งนี้ ทรัพย์สินดังต่อไปนี้จะใช้เป็นหลักประกันมิได้อสังหาริมทรัพย์ ยกเว้นหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีอสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย

โดยบทบัญญัติออกมาในรูปแบบ Positive List กำหนดลักษณะของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้เป็นการเฉพาะ

ดังนั้นมาตรา 8 จึงถูกร่างออกมาโดยได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันไว้เพียง 5 ประเภท ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 8 และที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง มาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้ ทั้งที่ในทางปฏิบัติได้มีการนำทรัพย์สินนอกจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 มาเป็นหลักประกันอยู่แล้ว เช่น สิทธิการเช่า ดังนั้น จึงทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการแก้ปัญหาข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน อีกทั้งการระบุประเภทของทรัพย์สินเป็นรายการที่เป็นไปได้ยากที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมทรัพย์สินที่มีค่าทางเศรษฐกิจทุกประเภท แม้จะมีการออกกฎกระทรวงเพิ่มเติมประเภททรัพย์สินเป็นครั้งคราวก็ตาม การบัญญัติในลักษณะนี้ย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศแต่อย่างใด

อีกทั้งในเรื่องสิทธิเรียกร้องอันอาจนำมาเป็นหลักประกัน สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 8 นี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 3 ซึ่งเป็นบทนิยามศัพท์จะเห็นได้ว่าหมายความถึง สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินเท่านั้น ทำให้สิทธิเรียกร้องที่ผู้ประกอบการมีอีกหลายอย่างไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบสินค้า หรือสิทธิการเช่า เป็นต้น การที่บัญญัติกำหนดขอบเขตของสิทธิเรียกร้องให้หมายถึงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินเท่านั้นจะทำให้สิทธิเรียกร้องอย่างอื่นไม่อาจนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้สูงสุด อีกทั้งยังไม่คุ้มครองหลักประกันที่ทำในทางปฏิบัติด้วย

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ ตามกฎหมายต่างประเทศ Floating Charge ของอังกฤษให้อิสระแก่ผู้ให้หลักประกันในการที่จะนำทรัพย์สินใด ๆ ก็ตามมาเป็นหลักประกันรวมถึงกิจการด้วย หรือ Secured Transaction ของกฎหมายอเมริกันที่กำหนดให้สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทสามารถเป็นหลักประกันตาม Article 9 ใน UCC ได้ทั้งหมดนอกจากจะมีบทบัญญัติห้ามไว้

4.2.1.2 ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 8 ทำให้เกิดความคลั่งในการใช้กฎหมาย

ในที่นี้กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงเนื้อความในมาตรา 8(1) ที่กำหนดให้สามารถนำกิจการไปเป็นหลักประกันได้ แสดงว่าทรัพย์สินที่มีอยู่ในมาตรา 8 (2) – (5) แต่หากเป็นทรัพย์สินของกิจการก็สามารถที่จะนำไปเป็นหลักประกันได้ แต่หากทรัพย์สินประเภทเดียวกันนั้นแยกออกมา

ทรัพย์สินและสิทธิที่ยึดหรืออายัดไม่ได้ตามกฎหมายหรือไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีทรัพย์สินและสิทธิที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย รวมทั้งสิทธิโดยสภาพไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ สิทธิที่มีตราสารเงิน ยกเว้นที่ได้มาตามมาตรา 14 และมาตรา 29

ต่างหากทรัพย์สินดังกล่าวนี้กลับไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันได้จึงทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการให้หลักประกัน

4.2.2 ทรัพย์สินตามรายการของมาตรา 8 สามารถก่อให้เกิดปัญหาการตีความ และ บังคับใช้กฎหมาย

เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติกำหนดทรัพย์สินที่สามารถเป็นหลักประกันเป็นประเภท ไม่ได้กำหนดให้ทรัพย์สินทุกประเภทสามารถใช้เป็นหลักประกันได้ การบัญญัติเช่นนี้จะก่อให้เกิดปัญหาในแง่การตีความตามมา เนื่องจากถ้อยคำที่แสดงถึงทรัพย์สินที่กำหนดในมาตรา 8 ไม่ได้มีความหมายชัดเจนและครอบคลุมเพียงพอ ตัวอย่างเช่น มาตรา 8 (3) บัญญัติว่า สິงหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า ก้อาจเกิดคำถามได้ว่า รถยนต์ของบริษัทที่ให้กรรมการบริษัทใช้ หรือเครื่องปรับอากาศที่ใช้ในสำนักงานเป็นสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8(3) หรือไม่ หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสามารถนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้หรือไม่ เป็นต้น ซึ่งเป็นความไม่แน่ใจในทางกฎหมายและอาจก่อให้เกิดข้อถกเถียงตามมาอีกได้มาก

ดังนั้น การที่มาตรา 8 ได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันไว้เพียง 4 ประเภท ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 8 มาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้ ทั้งที่ในทางปฏิบัติก็ได้มีการนำทรัพย์สินนอกจากที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 8 มาเป็นหลักประกันอยู่แล้ว การบัญญัติถ้อยคำในมาตรา 8 ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการแก้ไขปัญหาข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ก็ยังคงถูกจำกัด อีกทั้งระบุประเภทของทรัพย์สินเป็นรายการที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจทุกประเภท แม้จะมีการออกกฎกระทรวงเพิ่มประเภททรัพย์สินเป็นครั้งคราวก็ตาม แต่การบัญญัติในลักษณะนี้ย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

ส่วนในเรื่องของสิทธิเรียกร้องอาจนำมาเป็นหลักประกัน เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 3 จะเห็นได้ว่า สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินเท่านั้น ทำให้สิทธิเรียกร้องที่ผู้ประกอบการมีอีกหลายอย่างไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบสินค้าหรือสิทธิการเช่า เป็นต้น การที่บัญญัติกำหนดขอบเขตของสิทธิเรียกร้องให้หมายถึงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินเท่านั้นจะทำให้สิทธิเรียกร้องอย่างอื่นไม่อาจนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้สูงสุด อีกทั้งยังไม่คุ้มครองหลักประกันที่ทำในทางปฏิบัติด้วย

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ ตามกฎหมายต่างประเทศ Floating Charge ของอังกฤษให้อิสระแก่ผู้ให้หลักประกันในการที่จะนำทรัพย์สินใด ๆ ก็ตามมาเป็นหลักประกันรวมถึงกิจการด้วย หรือ Secured Transaction ของกฎหมายอเมริกันที่กำหนดให้สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทสามารถเป็นหลักประกันตาม Article 9 ใน UCC ได้ทั้งหมดนอกจากจะมีข้อยกเว้นห้ามไว้

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญาและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับผู้รับหลักประกัน

4.3.1 แบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ (มาตรา 13)

กรณีของเรื่องจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ตามที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนนั้นโดยการจดทะเบียนดังกล่าว เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบได้ ในเบื้องต้นว่ามีการตราทรัพย์สินเป็นหลักประกัน และเพื่อควบคุมว่าใครจดทะเบียนก่อนเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินประกันนั้นก่อนเพื่อให้เป็นข้อมูลตรวจสอบได้ที่สำนักงานทะเบียนและทำให้เกิดผลเป็นบุริมสิทธิ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาประการแรกคือการจดทะเบียนของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ตามมาตรา 13 เป็นแบบของนิติกรรมหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 13 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 2” การที่มาตรา 13 บัญญัติไว้เช่นนี้นักกฎหมายโดยทั่วไปจะเข้าใจได้ว่าถ้าไม่ปฏิบัติตามแล้วจะตกเป็นโมฆะแต่การที่จะตกเป็นโมฆะได้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 กำหนดไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบไว้และผลของการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ตกเป็นโมฆะ หมายความว่า ในถ้อยคำของกฎหมายใดที่ต้องการให้นิติกรรมใดเป็นแบบจะต้องมีถ้อยคำตอนท้ายเสมอว่าให้ตกเป็นโมฆะจึงจะเป็นแบบ ถ้าไม่เขียนไว้ก็ไม่ใช่แบบ ดังนี้แล้วมาตรา 13 จะแปลว่าถ้าไม่จดทะเบียนต่อพนักงานทะเบียนจะตกเป็นโมฆะมิได้

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ มีความเห็นจากนักกฎหมายต่อผลของการ ไม่จดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจออกпен 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรกเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานทะเบียน เป็นแบบแห่งนิติกรรมเช่นเดียวกับการจำนอง กล่าวคือ หาก คู่สัญญา

ไม่ทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นหนังสือ หรือทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็น หนังสือ แต่มี ได้มีการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจก็จะตกเป็น โฆษะ¹⁵⁹

ฝ่ายที่สองเห็นว่า การที่นิติกรรมใดจะตกเป็นโฆษะเพราะเหตุที่ไม่ทำตามแบบที่ กฎหมาย กำหนด ตามมาตรา 152 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของ การไม่ทำตามแบบเอาไว้ให้ตกเป็นโฆษะ ถ้อยคำของกฎหมายใดที่ประสงคจะกำหนดให้ เป็นแบบจะต องจะต้องมีคำต่อท้ายเสมอให้ตกเป็นโฆษะ อีกทั้งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็น หลักประกัน รูปแบบใหม่แตกต่างจากสัญญาจำนอง เมื่อมีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็น หนังสือก็ย่อม เกิดบุคคลสิทธิสามารถบังคับใช้ไต่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะมีผลยืนยันต่อบุคคลภายนอกใด ก็ต่อเมื่อมี การจดทะเบียน¹⁶⁰ หากบัญญัติให้เป็นเช่นเดียวกับสัญญาจำนอง อาจทำให้เกิดการหลีกเลี่ยง ไม่ปฏิบัติ ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยอาจหาเหตุอ้างไม่มีการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน ทะเบียนใด

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สอง เนื่องจากสัญญา หลักประกันทาง ธุรกิจเป็นการให้หลักประกันรูปแบบใหม่ ที่ไม่ควรจะยึดติดกับการให้หลักประกันใน รูปแบบเดิม เช่น การจำนอง หรือการจำนำ อีกทั้งวัตถุประสงค์ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีขึ้น เพื่อลดข้อจำกัด และความยุ่งยากของการจำนอง เพื่อให้การให้หลักประกันนี้ไปไปด้วยความ สะดวกแก่คู่สัญญา มากขึ้น การเกิดขึ้นของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจึงต้องมีความยืดหยุ่น ซึ่งตั้งอยู่ บนพื้นฐานของ หลักเสรีภาพในการการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐเพียงต้องเข้ามา กำหนดขอบเขตของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อให้อายุสัญญาได้มีเวลาในการ ตัดสินใจเขาทำ สัญญา และเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างกัน ก็จะได้มี หลักฐานใน การฟ้องร้องเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกัน จึงกำหนดให้ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ อีกทั้ง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มิได้มีบทบัญญัติใดที่กำหนดว่าหากมิได้มีการ จดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแล้ว สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะตกเป็นโฆษะ ไซ้บังคับ ไม่ได้ แต่อย่างไร ซึ่งจะคล้ายคลึงกับการให้หลักประกันแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษ ที่ไม่มี

¹⁵⁹ เอกสารประกอบหลักสูตรความรู้ด้านกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ และ ผลกระทบต อสถาบันการเงิน ในการอบรมหลักสูตรความรู้ด้านกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ และ ผลกระทบต อสถาบันการเงิน จัดโดยสมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินของไทย ร่วมกับ สมาคม ธนาคารไทย และสมาคมนักกฎหมาย (Banking Lawyer Club) เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2558

¹⁶⁰ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาและปรับปรุงกฎหมายवादวย หลักประกัน ทางธุรกิจ, ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาและปรับปรุงกฎหมายवादวย หลักประกันทางธุรกิจ ครั้งที่ 1/2555 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย อาคารซอฟต์แวร์ ปาร์ค ชั้น 19 ถนนแจ้ง วัฒนะ อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี วันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2555, น.14-15

แบบของสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ จะขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก เพียงแต่ตามปกติจะต้องมีถ้อยคำที่สื่อให้เห็นว่าเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge เพื่อเป็นการยืนยันเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอาจไม่มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเลยก็ได้ 135 40 เพราะหลักการสำคัญ อยู่ที่เจตนาของคู่สัญญาที่แสดงออกมาโดยไม่มีข้อสงสัยว่า ประสงค์จะให้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ ซึ่งมีอยู่ในขณะทำสัญญา หรืออาจได้รับมาในอนาคต เป็นหลักประกันหนี้แบบ Floating Charge และยังคงคล้อยคลึงกับ Article 9 ของ UCC ของประเทศ สหรัฐอเมริกา ซึ่งหลักการให้หลักประกันจะอยู่บนพื้นฐานของการตกลงกันเป็นหนังสือ โดยทำขึ้นเป็น Security Agreement เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดสิทธิที่จะยึดติดกับหลักประกัน (Attach) ซึ่งเมื่อการทำ Security Agreement เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว Security Agreement ก็จะใช้ บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา แม้จะยังไม่ได้มีการทำ Perfection¹⁶¹

เมื่อพิจารณาประเด็นในเรื่องนี้ ตามกฎหมาย Floating Charge ของประเทศอังกฤษไม่ได้กำหนดให้สัญญาต้องมีแบบโดยจะทำได้เป็นหนังสือหรือทำได้ด้วยวาจาก็ได้ หรือในกรณี Secure Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกาก็มิได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบ (Security Agreement) ในกรณีตามพระราชบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาหลักประกันต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น หากไม่ทำตามแบบสัญญาหลักประกันทางธุรกิจก็จะตกเป็นโมฆะ ซึ่งจะส่งผลเสียต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ คู่สัญญาจะกลับคืนสู่สถานะเดิม โดยถือว่าสัญญาหลักประกันไม่เคยเกิดขึ้น ซึ่งจะทำให้ผู้รับหลักประกันไม่มีประกันในการชำระหนี้ และทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถเรียกให้ผู้ให้หลักประกันชำระหนี้ได้ทันที ซึ่งจะส่งผลเสียต่อผู้ให้หลักประกันด้วย กรณีจึงไม่ควรกำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำตามแบบ

4.3.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

ในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้น ได้ถูกกำหนดเอาไว้ใน มาตรา 22 ถึงมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยที่มาตรา 22 บัญญัติว่า ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำเข้าไปรวมกับทรัพย์สินอื่นใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สอย และได้ออกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ต่อไปไม่ได้ มิฉะนั้นการจำนำนั้นตกเป็นโมฆะ

¹⁶¹ R. M. Goode, *op cit.*, p.710.

ประเด็นแรกในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามมาตรา 22 นั้น เป็นเรื่องที่พระราชบัญญัติกำหนดห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ไปจำหน่ายเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้

ทั้งนี้ การที่พระราชบัญญัติกำหนดห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจำหน่ายเพื่อประกันการชำระหนี้ เนื่องจากในขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายเห็นว่า “เพื่อให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในระหว่างที่นำทรัพย์สินนั้นมาเป็นหลักประกันที่แท้จริง”¹⁶²

ในประเด็นนี้ทางผู้เขียนเห็นว่า การใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสูงสุดนั้นไม่ควรจะจำกัดอยู่ในรูปแบบของการใช้ทรัพย์สินในการประกอบธุรกิจแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรหมายรวมถึงการนำเอาทรัพย์สินนั้นไปเป็นหลักประกันอีกทอดหนึ่งด้วย เพราะการนำเอาทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันนั้น ย่อมจะทำให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำเงินทุนเข้ามาหมุนเวียนในธุรกิจได้อีก บทบัญญัติกฎหมายจึงไม่ควรที่จะกำหนดห้ามไว้ในเรื่องนี้ ควรจะปล่อยให้สิทธิของคู่สัญญาในการตกลงกันว่าทรัพย์สินใดบ้างที่ผู้รับหลักประกันไม่ต้องการให้มีการนำออกไปจำหน่ายเป็นประกันการชำระหนี้อีกทอดหนึ่ง ดังบทเดิมที่ร่างโดยกระทรวงยุติธรรม มาตรา 22¹⁶³

ประเด็นที่ 2 เป็นเรื่องในวรรคสองตอนท้ายของมาตรา 22 ที่บัญญัติในเรื่องของ “โมฆะ” ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ไปจำหน่ายเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ต่อไปอีก ซึ่งแต่เดิมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ แต่ได้ถูกเพิ่มเติมเข้าไปในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการพิเศษกฤษฎีกา ด้วยเหตุผลที่จะให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้อย่างสูงสุด โดยผู้เขียนเข้าใจว่าผู้ร่างมองว่าด้วยสถานะของคู่สัญญาที่ไม่เท่าเทียมกันอาจทำให้ผู้รับหลักประกันกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบให้ผู้ให้หลักประกันโดยกำหนดเรื่องจำหน่ายจ่ายโอนให้ผู้ให้หลักประกันไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินได้ หรือผู้ให้หลักประกันเองอาจมีการนำทรัพย์สินออกไปจำหน่ายแล้วทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่ได้รับประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินนั้นใน

¹⁶² รายงานประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 1 (1/2552) เอกสารหมายเลข 1 หน้า 12.10 ข้อ (11) วันอังคารที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2552 ณ ห้องประชุมสมภพ โทตระกิตย ชั้น 4

¹⁶³ มาตรา 22 ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจำหน่าย จ่ายโอน ใช้สอย ใช้ในการผลิตนำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลืองและได้ดอกผลของทรัพย์สินนั้น จนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน

ระหว่างที่เอาจำนำ จึงบัญญัติในเรื่องของโมฆะเพิ่มเติมเข้าไปเพื่อให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่ได้เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปจำนำอีก แต่การบัญญัติในลักษณะนี้ ทำให้ในทางปฏิบัติ ไม่ได้มีความยืดหยุ่นในการปรับใช้

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศทั้ง Floating Charge และ Secured Transaction ก็ไม่ได้กำหนดห้ามเช่นเดียวกัน ผู้ที่นำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกัน ตาม Floating Charge หรือ Secured Transaction ยังสามารถนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นไปจำนำหรือก่อภาระผูกพันอื่น ๆ ได้อีก โดย Secured Transaction กำหนดเอาไว้ชัดเจนในมาตรา 9-205 โดยการให้อิสระแก่คู่สัญญาในการที่จะตกลงกันเองรวมถึงนำเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปเป็นหลักประกันอีกทอดหนึ่งได้ด้วย ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจำนำเพื่อประกันหนี้ ในกรณีนี้ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วย เนื่องจากการบัญญัติในลักษณะนี้ ไม่ได้ช่วยในการแก้ปัญหาการเข้าถึงเงินทุนของผู้ประกอบการอย่างครบถ้วนทุกด้าน เมื่อพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องการให้ผู้ประกอบการได้ใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสูงสุดดังนั้นจึงไม่ควรที่จะจำกัดไม่ให้มีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และไปจำนำต่ออีก เพราะเป็นการตัดโอกาสการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบการอีกวิธีหนึ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้เสียใหม่โดยให้เป็นสิทธิของผู้ให้หลักประกันที่จะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำนำต่อ หรือไม่ได้

4.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับ

บุคคลภายนอก

แม้ถึงว่าสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะเป็นสัญญาระหว่างผู้ให้หลักประกัน และผู้รับหลักประกันก็ตาม แต่คู่สัญญาดังกล่าวก็อาจมีความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกได้ เนื่องจากหลักการของการให้หลักประกันตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้เปิดโอกาสให้มีการนำทรัพย์สินที่ให้ไว้เป็นหลักประกันแล้วยังสามารถนำไปจำนองได้อีก โดยในเรื่องนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องของการขัดกันของบุริมสิทธิตามพระราชบัญญัติฉบับนี้กับกฎหมายอื่น ประเด็นปัญหานี้จะกล่าวไว้ในมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจให้ถือลำดับบุริมสิทธิ” ดังนี้

1) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกัน กับผู้รับจำนองตามมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีการจดทะเบียนจำนอง สังหาริมทรัพย์นั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำนองตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกัน กับผู้รับจำนองตามมาตรา 287¹⁶⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีการจำลำดับบุริมสิทธิไว้แล้ว เมื่อมีพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงกำหนดให้มีบุริมสิทธิเท่ากับผู้รับจำนอง¹⁶⁵

ในประเด็นนี้จะมีปัญหาในกรณีที่มีกฎหมายอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งมีหลักเกณฑ์เฉพาะเจาะจงที่ใช้บังคับกับเฉพาะเรื่อง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจอาจไม่ได้มีความเหมาะสมในการปรับใช้ การขาดหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติดังกล่าว อาจนำไปสู่ปัญหาในการบังคับหลักประกันอย่างไร จึงจำเป็นต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุง เช่น ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันนำเรือมาเป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจากตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจสิทธิของผู้รับหลักประกันเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำนอง แต่ตามหลักเกณฑ์เรื่องบุริมสิทธิทางทะเลซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สากลทางพาณิชย์นาวี และเป็นบุริมสิทธิพิเศษที่มีสิทธิดีกว่าผู้รับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเด็นจึงมีความเห็นว่าหากมีการบังคับจำนองจริงสิทธิของผู้รับหลักประกันจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใด

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน

ในการบังคับทรัพย์สินหลักประกันตามกฎหมายนี้มีข้อจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการบังคับหลักประกันซึ่งอาจมีปัญหาคือเหตุขัดข้องในการบังคับ และไม่เป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจซึ่งจะต้องอาศัยความคล่องตัวและรวดเร็ว เพราะหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจอาจเกิดการเปลี่ยนแปลง เปลี่ยนมือ หรือเปลี่ยนสภาพของหลักประกันได้ตลอดเวลา และการบังคับหลักประกัน โดยการกำหนดให้เจ้าหนี้สามารถบังคับทรัพย์สินหลักประกันได้ด้วยตนเองก็อาจเกิดปัญหาในการเข้าครอบครองทรัพย์สินเมื่อมีการบังคับหลักประกันได้ รวมทั้งปัญหาในการเข้าครอบครองทรัพย์สินเมื่อมีการบังคับหลักประกันได้ รวมทั้งปัญหาในการประเมินราคาทรัพย์สินเมื่อมีการบังคับหลักประกัน ก็อาจมีผลกระทบต่อระบบการประกันชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจดังกล่าวได้ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้สามารถพิจารณาได้ดังนี้

¹⁶⁴ มาตรา 287 บุริมสิทธิได้ได้ไปจดลงทะเบียนแล้วตามบทบัญญัติแห่งมาตราทั้งสองข้างบนนี้ บุริมสิทธินั้นท่านว่าอาจจะใช้ได้ก่อนสิทธิจำนอง

¹⁶⁵ รายงานประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ครั้งที่ 6 (6/2543) หน้า 8 วันจันทร์ที่ 8 กันยายน พ.ศ.2543 ระเบียบวาระ : เรื่องพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ....

4.4.1 วิธีการบังคับหลักประกัน

จากการศึกษาถึงการบังคับหลักประกัน ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ พอสรุปได้ว่ามี 2 วิธีด้วยกัน คือ วิธีบังคับด้วยตนเอง (Self Help) และวิธีการบังคับ โดยผ่านกระบวนการทางศาล (Judicial Foreclosure) โดยวิธีการบังคับหลักประกันด้วยตนเอง (Self Help) ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ในการบังคับหลักประกันทางธุรกิจฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เนื่องจากทรัพย์สินหลักประกันสามารถเปลี่ยนแปลง จำนวน และปริมาณอยู่ตลอดเวลาจนกว่าจะมีการบังคับหลักประกัน ซึ่งข้อพิจารณาในกรณีการบังคับหลักประกันตามกฎหมาย

ประเด็นปัญหา คือ กระบวนการในการบังคับหลักประกันเมื่อมีเหตุที่จะบังคับหลักประกันย่อมมีปัญหาในการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน หากว่าลูกหนี้ไม่ยินยอม ซึ่งกรณีนี้จะแตกต่างจากการบังคับจำนำ ทั้งนี้ เพราะว่าการลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันนั้นเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน เพราะฉะนั้นในการบังคับย่อมมีปัญหาเกิดขึ้นในการที่เจ้าหนี้จะเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกันเพื่อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นมากกว่ากรณีการบังคับจำนำอย่างแน่นอน จากที่กล่าวมานี้ อาจเกิดปัญหาในการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกันของเจ้าหนี้ แม้จะมีสิทธิตามกฎหมายก็ตาม

เพราะฉะนั้นในกรณีนี้จึงต้องอาศัยมาตรการเสริม เช่น การควบคุมของรัฐในการบังคับหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งอาจจะเป็นในลักษณะของเจ้าพนักงานบังคับคดี หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลายก็ตาม เป็นต้น เพื่อให้การบังคับหลักประกันมีประสิทธิภาพ และเพื่อลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการบังคับหลักประกันในระดับหนึ่ง

นอกจากนั้นปัญหาวิธีการบังคับหลักประกันยังอาจเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหนี้มีความประสงค์เอาทรัพย์สินหลักประกันยังอาจเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหนี้มีความประสงค์เอาทรัพย์สินหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ กล่าวคือกฎหมายอนุญาตให้เจ้าหนี้เอาทรัพย์สินหลักประกันหลุดเป็นสิทธิได้ตามมาตรา 37¹⁶⁶ ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิก็ต่อเมื่อผู้ให้หลักประกันค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี โดยไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบริมสิทธิอื่นอันจดทะเบียนไว้ เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ทั้งนี้การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้มีการคำนึงถึงมูลค่าของหลักประกันในขณะบังคับหลักประกันซึ่งอาจมีมูลค่าน้อยกว่ามูลหนี้เงินต้นก็ได้

¹⁶⁶ มาตรา 37 ห้ามมิให้ผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ เว้นแต่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี โดยไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบริมสิทธิอื่นอันจดทะเบียนไว้ เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ภายใต้การเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินหลักประกันอันเนื่องมาจากการใช้สอยในกิจการของลูกหนี้ เป็นต้น

4.4.2 การบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ของผู้ให้หลักประกันกรณีผิดนัดชำระหนี้ต่อผู้รับหลักประกัน

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนที่ประกอบธุรกิจระหว่างกัน ซึ่งการประกอบธุรกิจย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความไว้วางใจ ซึ่งกันและกันและความเสมอภาคในการทำสัญญาหากเกิดเหตุบังคับหลักประกันขึ้นและคู่สัญญาสามารถตกลงกันได้กรณีไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว โดยในเรื่องการบังคับหลักประกันกรณีนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 39 วรรคสี่ได้บัญญัติถึง กรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสิทธิเรียกร้อง เมื่อผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิแล้ว ห้ามมิให้ลูกหนี้แห่งสิทธิชำระหนี้แก่ผู้ให้หลักประกันนับแต่วันได้รับหนังสือดังกล่าวเพื่อหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องถึงกำหนดชำระให้ลูกหนี้แห่งสิทธิชำระหนี้แก่ผู้รับหลักประกันจึงเห็นว่า เพื่อให้ผู้ให้หลักประกันมีความมั่นใจมากขึ้นจึงควรเปิดช่องให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเพื่อกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันได้เองซึ่งจะเป็นการลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับหลักประกัน นอกจากนี้การให้กระบวนการ บังคับหลักประกันเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี ก็อาจจะเกิดปัญหาการบังคับคดีล่าช้าและจำหน่ายทรัพย์สิน (สิทธิเรียกร้อง) ได้ในราคาไม่สูงมากนัก ทั้งยังเป็นการทำให้ผู้รับหลักประกันต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นกว่าในกรณีที่ให้ผู้รับหลักประกันเข้าบังคับใช้สิทธิได้ทันทีที่ผู้ให้หลักประกันผิดนัด จึงควรเขียนเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ว่า “กรณีนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน หากสิทธิเรียกร้องเป็นตัวเงินให้สิทธิเรียกร้องตกเป็น สิทธิของผู้รับหลักประกันในทันทีที่ผู้ให้หลักประกันผิดนัดแต่ไม่เกินวงเงินที่ผู้ให้หลักประกันรับไปจากผู้รับหลักประกัน”

4.4.3 การบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้มีการแบ่งการบังคับหลักประกันออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน คือ

ส่วนที่ 1 เป็นการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินโดยบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดไว้ในหมวด 5 ซึ่งส่วนนี้นำแบบอย่างการร่างมาจาก Secured Transactions ของกฎหมายอเมริกา

ส่วนที่ 2 เป็นการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องไว้ในหมวด 6 โดยหมวดนี้มีต้นแบบมาจาก Floating Charge ของอังกฤษ

โดยในเรื่องการบังคับหลักประกันนั้นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ กำหนดกระบวนการบังคับหลักประกันก็เพื่อวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับหลักประกันได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม เนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ส่วนใหญ่ต่างเป็นสิ่งหาปริมาณทรัพย์ อีกทั้งอยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกัน ความล่าช้าในการบังคับหลักประกันจะเป็นผลเสียต่อผู้รับหลักประกัน เพราะผู้ให้หลักประกันอาจเบียดบังทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นได้

ประการที่สอง เพื่อลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับหลักประกัน เนื่องจากการกำหนดให้ศาลมีอำนาจบังคับหลักประกันเช่นเดียวกับการบังคับจำนอง อาจทำให้กระบวนการพิจารณาบังคับหลักประกันเป็นไปโดยล่าช้าเช่นเดียวกับการพิจารณาบังคับจำนอง ซึ่งเป็นผลเสียต่อการประกอบกิจการของทั้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน เนื่องจากศาลมีผู้พิพากษาจำนวนจำกัด ในขณะที่มีคดีประเภทต่าง ๆ รอการพิจารณาพิพากษาจำนวนมาก นอกจากนี้การให้กระบวนการบังคับหลักประกันเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะเกิดปัญหาการบังคับคดีล่าช้า เพราะเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบแบบแผนของทางราชการ ทั้งยังมีแนวโน้มที่จะทำให้ราคาจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในระดับต่ำเช่นเดียวกับการบังคับคดีจำนอง ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อทั้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในเรื่องการบังคับหลักประกันที่กล่าวข้างต้น ทำให้สามารถแยกสาระสำคัญออกได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก เป็นเรื่องการคุ้มครองผู้รับหลักประกันในกระบวนการบังคับหลักประกัน

ประการที่สอง เป็นเรื่องกระบวนการบังคับหลักประกันที่ต้องการให้รวดเร็วมีประสิทธิภาพ ซึ่งคำว่าประสิทธิภาพในที่นี้ย่อมาความรวมถึง การเลือกวิธีจำหน่ายได้เหมาะสมกับตัวทรัพย์สิน และการจำหน่ายนั้นสามารถก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับหลักประกันสูงสุดกล่าวคือได้จำนวนราคาที่สูงนั่นเอง โดยในเรื่องการบังคับหลักประกันมีประเด็นที่น่าจะพิจารณาดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ประเด็นผู้รับหลักประกันมีบุริมสิทธิเหนือผู้ให้หลักประกัน

ในเรื่องนี้มาตราที่เกี่ยวข้องคือมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่”

ตามบทบัญญัติในมาตรา 29 เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีบุริมสิทธิเหนือกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันนำมาเป็นหลักประกันเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ผู้รับหลักประกัน (ธนาคาร หรือสถาบันการเงิน ฯลฯ) ไม่ได้อยากขายทรัพย์สิน

ของลูกหนี้ เป้าหมายสูงสุดของผู้รับหลักประกันคือได้รับชำระหนี้คืนเท่านั้นซึ่งมีหลายวิธีการในการที่จะให้ได้รับชำระหนี้คืนไม่จำกัดอยู่เฉพาะวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติจำกัดอยู่เฉพาะวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับหลักประกันหรือปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับหลักประกันทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพในการบังคับหลักประกัน ยกตัวอย่างเช่น ผู้ให้หลักประกันเอาเครื่องหมายการค้าของ Pizza Company มาขายทอดตลาดไม่ได้เกิดประโยชน์ต่อผู้รับเรื่องกรรมสิทธิ์เท่านั้น ทำให้เกิดการบังคับหลักประกันต้องทำโดยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทั้งที่จริงแล้วในกิจการลักษณะนี้สิ่งที่ผู้รับหลักประกันต้องการคือ Cash Flow หรือรายได้ที่เข้ามาของ Pizza Company ซึ่งจะทำให้การบังคับหลักประกันได้ง่ายกว่ามาก และไม่ก่อให้เกิดปัญหาวุ่นวายเหมือนการนำเอาเครื่องหมายการค้า Pizza Company ขายทอดตลาดหรือในกรณีของรถไฟฟ้า MRT หากมีการนำกิจการของ MRT มาเป็นหลักประกัน สิ่งที่ผู้รับหลักประกันจะบังคับได้จากกิจการ MRT นั้น จะมีอยู่อย่างจำกัด เนื่องจากทรัพย์สินส่วนใหญ่ของ MRT จะเป็นรางรถไฟ เป็นต้น เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้วทรัพย์สินเหล่านี้จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ทำให้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถบังคับทรัพย์สินเหล่านี้ฐานะหลักประกันของ MRT ได้ ซึ่งกิจการที่มีลักษณะดังกล่าว คุณค่าของกิจการจะอยู่ที่เงินรายได้ของกิจการนั้น ๆ หรือ Cash Flow นั้นเอง แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้กลับไม่ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีบุริมสิทธิเหนือรายได้ของกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน ซึ่งถ้ากำหนดในลักษณะดังกล่าว แม้ทรัพย์สินในกิจการจะตกเป็นของรัฐ กรณีก็ไม่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับหลักประกัน

(2) ประเด็นผู้รับหลักประกันกรณีการแจ้งการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

ในเรื่องนี้ มาตรา ที่เกี่ยวข้องด้วยกันคือ มาตรา 38 บัญญัติว่า “เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกัน ได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือกระทำการใด ๆ อันทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันบอบสลายหรือเสื่อมค่าลง และให้ผู้รับหลักประกัน มีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”

“การใช้สิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

กรณีผู้รับหลักประกันได้มีหนังสือแจ้งการเข้าครอบครองทรัพย์สินของผู้รับหลักประกันนั้น แม้ตัวบทจะไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดเจนถึงหน้าที่ของผู้รับหลักประกันในการแจ้งให้ผู้ให้หลักประกันทราบว่าตนจะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันว่าต้องแจ้งภายในระยะเวลาเท่าใด หรือต้องแจ้งภายในกี่วันก็ตาม แต่ในชั้นร่างกฎหมายได้มีการเสนอแนวความคิดให้มีการแจ้งให้ผู้ให้หลักประกันทราบก่อนที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เนื่องจากต้องการให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับ

หลักเกณฑ์ของการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 728¹⁶⁷ ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่าหากการเข้าครอบครองนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ และนอกจากนี้ หากจะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก็จะก่อให้เกิดปัญหาอีกประการหนึ่งตามมา นั่นคืออาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้หลักประกันยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน เนื่องจากการให้หลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้น ผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เมื่อมีเหตุที่มีผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้หากมีข้อกำหนดว่าต้องการบอกกล่าวก่อนเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก็เท่ากับว่าเป็นการเตือนให้ผู้ให้หลักประกันได้ทราบถึงเจตนาเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้รับหลักประกัน ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ ตาม Secure Transaction กำหนดเอาไว้ว่าผู้รับหลักประกันที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเมื่อมีเหตุให้บังคับหลักประกันนั้น สามารถเข้าไปบังคับเอาทรัพย์สินนั้นเลยโดยมิต้องบอกกล่าวให้ผู้ให้หลักประกันทราบล่วงหน้า แต่ทั้งนี้การเข้าไปยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าวนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย

(3) ประเด็นการจำกัดวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ในประเด็นเรื่องการจำกัดประเภทของวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเฉพาะในเรื่องของอำนาจในการเลือกวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้รับหลักประกัน โดยที่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ได้ถูกกำหนดไว้มาตรา 40 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 43 ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือตามมาตรา 39 วรรคสอง และผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการจำหน่ายหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย ในการนี้ ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้ง วัน เวลา สถานที่ และวิธีการจำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกันเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนดำเนินการจำหน่ายหลักประกันโดยไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับหรือโดยวิธีการอื่นที่แสดงว่าผู้รับได้รับหนังสือแล้ว”

กรณีนี้จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 40 ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจจำกัดวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่เพียงเฉพาะวิธีการประมูลโดยเปิดเผยเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติในลักษณะนี้ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในส่วนของ การบังคับหลักประกันในเรื่อง

¹⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาด

ประสิทธิภาพในการบังคับหลักประกัน เนื่องจากทรัพย์สินแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันออกไป การจำหน่ายทรัพย์สินแต่ละประเภทจึงควรต้องมีความเหมาะสมต่างกันไปด้วย และการจำกัดประเภทของการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ในราคาที่เหมาะสมกับทรัพย์สินนั้น ๆ

ในเรื่องนี้ Secured Transactions ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้หลายวิธีมากกว่า ไม่ว่าจะเป็นการขายทอดตลาดโดยรัฐ การประมูลขายโดยเอกชน หรือวิธีการที่สมควรในทางธุรกิจ ตามมาตรา 9-504(3) ซึ่งเห็นได้ว่ามีความยืดหยุ่นมากกว่า และสามารถเลือกวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินให้เหมาะสมกับทรัพย์สินในแต่ละประเภทได้มากกว่า

(4) ประเด็นการให้ความยินยอมของผู้ให้หลักประกัน

ในเรื่องของการยินยอมของผู้ให้หลักประกัน ในส่วนนี้จะเกี่ยวข้องกับการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอันไม่ใช่กิจการ โดยที่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ได้ถูกกำหนดไว้มาตรา 39 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกัน ได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำหลักประกันไปจำหน่าย ห้ามมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกัน เพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขาย ทรัพย์สินนั้น”

กรณีนี้เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องเฉพาะถ้อยคำที่บัญญัติซึ่งทางผู้เขียนมองว่าการที่ให้ความยินยอมของผู้ให้หลักประกันอาจไม่มีผลเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความมุ่งหมายของมาตรานี้ ที่จะคุ้มครองผู้รับหลักประกัน ให้ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องด้วยองค์การภาคธุรกิจประสบปัญหาในการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ เหตุเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องจำนองและจำนำมีข้อจำกัด กล่าวคือกฎหมายกำหนดว่าการจำนำจะต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำซึ่งเป็นผลให้ลูกหนี้หรือผู้จำนำไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ในการผลิต จำหน่าย หรือทำประโยชน์อย่างอื่นในทางเศรษฐกิจ ส่วนการจำนองแม้ว่ากฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนอง แต่กฎหมายจำกัดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้ไว้เพียงไม่กี่ประเภท ด้วยความที่กฎหมายประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของไทยในปัจจุบันมีเพียงจำนองและจำนำเท่านั้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ยกร่างมาเป็นเวลานานแล้ว ดังนั้น กฎหมายหลักประกันของไทยจึงมีลักษณะไม่ยืดหยุ่นและไม่สามารถรองรับสภาพการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันที่เกิดขึ้นได้ ผู้ประกอบธุรกิจในปัจจุบันนั้นแม้จะมีทรัพย์สินในเชิงพาณิชย์อยู่มาก แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายได้ ดังนั้น จึงได้มีการเล็งข้อจำกัดของกฎหมายโดยใช้หลักการทางสัญญาและการโอนสิทธิเรียกร้องเข้ามาใช้ เช่น กรณีของการนำสิทธิการเช่ามาเป็นประกัน แต่ผลทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนและมีปัญหาตามมาอยู่หลายประการ สภาพการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการประกอบธุรกิจ และมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ และด้วยเหตุที่กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เหมาะสมกับสภาพความเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจที่มีความซับซ้อนมากขึ้น จึงมีความคิดที่จัดทำกฎเกณฑ์หลักประกันทางธุรกิจรูปแบบใหม่เพิ่มจากกฎหมายเดิมที่มีอยู่ เพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจอันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจขึ้นเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยในการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประเทศไทยได้ต้นแบบมาจากหลักกฎหมายในเรื่องหลักประกันแบบลอยของประเทศอังกฤษ หรือที่เรียกว่า Floating Charge โดย Floating Charge เป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่ง หนี้ที่เป็นประกันนั้นเป็นหนี้ที่มีอยู่ในปัจจุบัน เป็นการประกันหนี้ที่มีผลผูกพันทรัพย์สินบางประเภทที่บริษัทลูกหนี้มีอยู่ในขณะที่ยังก่อให้เกิดสัญญาและที่จะได้รับมาในอนาคต โดยทรัพย์สินนั้นจะระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่า เป็นทรัพย์สินสิ่งไหน โดยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันจะเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะหมุนเวียนตลอดเวลา บริษัทลูกหนี้สามารถดำเนินการในทางธุรกิจตามปกติกับ

ทรัพย์สินประเภทดังกล่าวได้อย่างอิสระจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เป็นผลให้บริษัทลูกหนี้ไม่มีสิทธิดำเนินธุรกิจตามปกติกับทรัพย์สินนั้นได้อีก ครอบครองได้ที่ยังไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน สิทธิของเจ้าหนี้ตาม Floating Charge จะยังไม่มีเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่เป็นหลักประกัน และหลักกฎหมายในเรื่อง Secured Transaction ของกฎหมายอเมริกันนั้นการประกันหนี้ในรูปแบบนี้เรียกว่า Floating Lien ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อยู่ใน UCC (Uniform Commercial Code) Article 9 ซึ่งจากหลักการดังกล่าวนี้มา ให้ผู้ให้หลักประกัน สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ตัวเองมีอยู่ได้สูงสุด ด้วยหลักเกณฑ์การให้หลักประกันในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง หรือจะเลือกส่งมอบการครอบครองก็ได้ ทำให้ผู้ให้หลักประกันสามารถเลือกได้ว่าทรัพย์สินที่ตนมีอยู่นั้นจะนำไปเป็นหลักประกันแบบใดจึงจะเหมาะสม ซึ่งสาระสำคัญในหลักการของทั้ง Floating Charge และ Secured Transaction นี้ได้มาเป็นวัตถุประสงค์ในการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ เพื่อที่จะขยายประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันโดยไม่ต้องส่งมอบให้กว้างขวางขึ้น ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อผู้ประกอบการธุรกิจในการที่จะสามารถขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ง่ายขึ้น เพราะสามารถนำทรัพย์สินอีกหลายประเภทมาเป็นหลักประกันโดยไม่กระทบกระเทือนต่อการประกอบธุรกิจโดยปกติของตน และยังส่งผลให้สถาบันการเงินสามารถพิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการได้อย่างกว้างขวางขึ้น เพราะมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นอีกหลายประเภทที่จะรับเป็นหลักประกันโดยมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้อื่นๆ ได้

โดยแต่เดิมนั้นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจถูกจัดทำขึ้นโดยกระทรวงยุติธรรม โดยมีเนื้อหา และกฎหมายใกล้เคียงกับหลักประกันแบบลอยของอังกฤษ ต่อมาได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา และได้มีการปรับปรุงแก้ไขจนแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2545 จากนั้นได้มีการส่งไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแต่ก็มิได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติจนถึงวันที่ 9 กรกฎาคม 2552 คณะรัฐมนตรีจึงมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมอบหมายให้กฤษฎีกาตรวจพิจารณาอีกครั้งหนึ่งตามประเด็นที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีข้อสังเกต และด้วยความที่กฎหมายหลายฉบับที่อ้างถึงในร่างพระราชบัญญัตินี้ได้เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งได้มีการเสนอความคิดเห็นและข้อเสนอแนะจากกระทรวงต่าง ๆ ต่อร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ แต่ร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยต้องตกไปในระหว่างการพิจารณาหลายครั้ง เนื่องจากการเปลี่ยนรัฐบาล ในปัจจุบันพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2558 และพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กรกฎาคม 2562 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการได้มีโอกาสเข้าถึงแหล่งเงินทุนเพื่อนำมาใช้หมุนเวียนในการประกอบกิจการได้ง่ายขึ้น และเป็นการลดข้อจำกัดของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันหนี้ตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ซึ่งได้แก่ การจำนอง และการจำนำ โดยผู้ให้หลักประกัน สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ

อื่น อาทิเช่น กิจการ สิทธิเรียกร้อง สंहาริมทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง ทรัพย์สินทางปัญญา หรือทรัพย์สินอื่นที่กำหนดในกระทรวง มาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน ผู้ประกอบกิจการจึงยังสามารถใช้สอย หรือใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นในกิจการของตนตามปกติต่อไปได้ จนกว่าจะมีเหตุบังคับกับหลักประกันเกิดขึ้น อีกทั้งกระบวนการบังคับจำนองมีความล่าช้าอันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ การตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น จะเป็นการสร้างระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมอันจะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจ

ทั้งนี้ โดยที่ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากร่างพระราชบัญญัติเดิมที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรมอยู่หลายแห่ง และได้มีการปรับ ลดจำนวนหมวดในพระราชบัญญัติลงเหลือเพียง 8 หมวด จากเดิม 10 หมวด ได้แก่

หมวด 1 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

หมวด 2 การดำเนินการทางทะเบียน

หมวด 3 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

หมวด 4 สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

หมวด 5 การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

หมวด 6 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

หมวด 7 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

หมวด 8 บทกำหนดโทษ

โดยในงานวิจัยฉบับนี้ได้มุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ทั้งในแง่ปัญหาในข้อบทกฎหมายและปัญหาในภาคปฏิบัติ โดยผู้เขียนได้แบ่งปัญหาออกเป็น 4 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ

ประเด็นที่ 2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ประเด็นที่ 3 ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญาและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

ประเด็นที่ 4 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันแต่ละประเด็น ปัญหาตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเป็นการศึกษาในหลักการของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งมีต้นแบบมาจาก Floating Charge และ Secured Transaction ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ทั้งสองมาเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นถึงข้อแตกต่างและส่วนดีส่วนเสียเพื่อชี้ให้เห็นถึง

ความเหมาะสม หรือแนวทางในการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งรายละเอียดแต่ละประเด็นปัญหามีดังนี้

ประเด็นที่ 1 ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ

1) ผู้ให้หลักประกัน ในเรื่องของผู้ให้หลักประกันที่พระราชบัญญัติให้ผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ นั้น ทางผู้เขียนมองว่าหากมีการให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันได้จริงจะเป็นการกระทบบุคคลธรรมดามากเกินไป เนื่องจากบุคคลธรรมดาส่วนใหญ่แล้วไม่มีอำนาจต่อรองในทางธุรกิจ และอาจต้องนำเอาทรัพย์สินทั้งหมดของตนมาเป็นหลักประกัน (ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน) จะทำให้เป็นการผูกมัดบุคคลธรรมดามากเกินไป ซึ่งต่างจากนิติบุคคลที่จะมีความรับผิดชอบจำกัด หรือในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันตายหรือไร้ความสามารถก็จะมีปัญหาตามมาได้มาก ซึ่งในเรื่องนี้เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศ Secured Transactions ทรัพย์สินที่จะสามารถนำไปเป็นหลักประกันจะต้องเป็นสิ่งฮาริมทรัพย์สินเท่านั้นแต่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจไม่ได้จำกัดประเภทของทรัพย์สินอยู่เฉพาะสิ่งฮาริมทรัพย์สินนั้น อสังหาริมทรัพย์ สิทธิเรียกร้องหรือแม้แต่กิจการก็สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น ซึ่งการบัญญัติตามกฎหมายอเมริกันในเรื่องนี้ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้หลักประกันที่เป็นบุคคลธรรมดาที่ผู้เขียนมองว่าจะได้รับผลกระทบมากเกินไปในกรณีที่บุคคลผู้นั้นนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ส่วนกรณี Floating Charge ของอังกฤษกำหนดให้เฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้ให้หลักประกันตาม Floating Charge ได้ ซึ่งการบัญญัติในรูปแบบเดียวกันนี้จะช่วยลดปัญหาที่เกิดขึ้นในพระราชบัญญัติได้ เพราะในกรณีของการเอากิจการมาเป็นหลักประกัน ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นสามารถมีได้มากกว่า ดังนั้นแล้วจึงควรให้เฉพาะแต่บริษัทเท่านั้นที่สามารถให้หลักประกันประเภทนี้ได้ อีกทั้งในเรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ก็ไม่ควรให้นำกิจการมาเป็นหลักประกันด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากการดำเนินการของทั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญดังกล่าวไม่ค่อยแตกต่างจากกิจการประเภทเจ้าของคนเดียว และไม่มีมาตรฐานการกำกับดูแลจากทางราชการเหมือนกับบริษัท จึงอาจมีการทุจริตได้

แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติของพระราชบัญญัติในลักษณะนี้ผู้เขียนก็ยังคงเห็นด้วยเนื่องจากมองว่าประโยชน์จากการที่ทำให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากขึ้น มีมากกว่าข้อเสียของปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการให้บุคคลธรรมดาสามารถให้หลักประกันได้ แต่ทั้งนี้ก็ต้องมีมาตรการคุ้มครองที่ดี เพื่อไม่ให้ผู้ให้หลักประกันถูกเอารัดเอาเปรียบจากคู่สัญญาอีกฝ่าย รวมทั้งควรที่จะมีบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้บุคคลธรรมดาเอาทรัพย์สินทั้งหมดของตนมาเป็นหลักประกันด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้วกฎหมายฉบับนี้อาจก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์ได้

ดังนั้น ในเรื่องของผู้ให้หลักประกันผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไขจากเดิม ดังนี้¹⁶⁸
 มาตรา 6 ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ เว้นแต่ในกรณีที่
 นำกิจการเป็นหลักประกันบุคคลธรรมดาไม่อาจเป็นผู้ให้หลักประกันได้

2) ผู้รับหลักประกัน ในเรื่องของผู้รับหลักประกัน พระราชบัญญัติหลักประกันทาง
 ธุรกิจกำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
 ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติ และไม่ได้แก้ไขปัญหาของ
 ผู้ประกอบการในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ไปจำกัด
 ขอบเขตของผู้ที่สามารถรับหลักประกันตามกฎหมายนี้ไว้ จึงเป็นการปิดโอกาสในการขอสินเชื่อโดยใช้
 ทรัพย์สินเป็นหลักประกันจากสถาบันการเงินของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของ
 ต่างประเทศ รวมถึงองค์กรที่ตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นแหล่งเงินทุนสำคัญ ในเรื่องนี้
 เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศทั้งหลักเกณฑ์ของ Floating Charge และ Secure Transaction
 ต่างก็กำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศ
 เหล่านั้นมองว่าการให้หลักประกันนั้นมีลักษณะคล้ายกับสิทธิอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับการจำนำซึ่งบุคคล
 ธรรมดาสามารถเป็นผู้รับจำนำได้ ดังนั้น เมื่อมีหลักเกณฑ์ทางทะเบียน (การจดทะเบียน, การจดทะเบียน)
 ที่ดำเนินการอย่างจริงจังแล้ว เฉพาะผู้ที่มีความจำเป็นและมีความพร้อมเท่านั้นจึงจะสามารถเข้ามา
 ดำเนินการเป็นผู้รับหลักประกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าว อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติ
 หลักประกันทางธุรกิจเดิมที่ร่างโดยกระทรวงยุติธรรมก็บัญญัติไปในทำนองเดียวกันด้วย

ดังนั้นในเรื่องของผู้รับหลักประกันผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไขจากเดิม ดังนี้¹⁶⁹

มาตรา 7 “ผู้รับหลักประกันต้องเป็นบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด และห้างหุ้นส่วนสามัญ นิติ
 บุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกันตามกฎหมายของ
 ต่างประเทศ
- (2) นิติบุคคลที่มีกฎหมายไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ
- (3) นิติบุคคลที่ดำเนินการโดยรัฐบาลต่างประเทศ นิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย
 ของต่างประเทศ
- (4) องค์กรของรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่าง
 ประเทศ

¹⁶⁸ มาตรา 6 ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

¹⁶⁹ มาตรา 7 ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดใน
 กฎกระทรวง

(5) บุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ประเด็นที่ 2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ได้แก่

(1) กิจการ

(2) สิทธิเรียกร้อง

(3) สิ่งหาทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า

(4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีให้ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง

(5) ทรัพย์สินทางปัญญา

โดยทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ นั้นหากเห็นว่ามีความเหมาะสมก็จะกำหนดเพิ่มรายการไปในกฎกระทรวง ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ทำให้ประเภทของทรัพย์สินที่จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีจำนวนจำกัด โดยนอกจากจะไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติที่มีการนำทรัพย์สินประเภทอื่นนอกจาก 5 ประเภทดังกล่าวข้างต้น เช่น สิทธิการเช่า จึงทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการแก้ปัญหาข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน อีกทั้งการระบุประเภทของทรัพย์สินเป็นรายการที่เป็นไปได้อย่างที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมทรัพย์สินที่มีค่าทางเศรษฐกิจทุกประเภท แม้จะมีการออกกฎกระทรวงเพิ่มเติมประเภททรัพย์สินเป็นครั้งคราวก็ตาม การบัญญัติในลักษณะนี้ย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศแต่อย่างใด

นอกจากนี้การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดปัญหาการตีความตามมา รวมถึงความลึกลับทางตัวบทกฎหมายในกรณีที่ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันไม่มีลักษณะที่สามารถจัดแบ่งให้เข้ากับประเภทของทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในมาตรา 8 ได้ แต่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินอันประกอบอยู่ในกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน

1) การกำหนดประเภทของทรัพย์สินและการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติ

ตามพระราชบัญญัติกำหนดขอบเขตของทรัพย์สินนำมาใช้เป็นหลักประกันเอาไว้ในลักษณะ Positive List กล่าวคือกำหนดประเภทของทรัพย์สินเอาไว้เป็นประเภทของทรัพย์สินเอาไว้เป็นประเภทไป ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ของกฎหมายต่างประเทศ Floating Charge ของอังกฤษที่ให้อิสระแก่ผู้ให้หลักประกันในการที่จะนำทรัพย์สินใด ๆ มาเป็นหลักประกัน รวมถึงกิจการด้วย หรือกฎหมายของอเมริกา Secured Transaction ตาม Article 9 ใน UCC ที่

กำหนดให้สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งหมด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้

2) ปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 8 ซึ่งกำหนดให้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้ สามารถก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ และการบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว แต่หากเป็นทรัพย์สินของกิจการก็สามารถนำไปเป็นหลักประกันได้ และหากทรัพย์สินประเภทเดียวกันแยกออกมาต่างหากจากทรัพย์สินนั้นก็ไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันได้จึงก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการให้หลักประกัน ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ของกฎหมายต่างประเทศ Floating Charge ของอังกฤษที่ให้อิสระแก่ผู้ให้หลักประกันในการที่จะนำทรัพย์สินใด ๆ มาเป็นหลักประกันรวมถึงกิจการด้วย หรือกฎหมายของอเมริกา Secured Transaction ตาม Article 9 ใน UCC ที่กำหนดให้สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งหมด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้

ประเด็นที่ 3 ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญาและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับผู้รับหลักประกัน

(1) แบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดไว้ในมาตรา 13 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 2 ในส่วนของเรื่องการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น โดยที่การกำหนดในมาตรา 13 นี้แตกต่างจากหลักเกณฑ์ใน Floating Charge ซึ่งไม่ได้กำหนดให้สัญญาต้องมีแบบ กล่าวคือจะทำด้วยวาจาก็ได้ อีกทั้งตามหลักเกณฑ์ของ Secured Transactions ก็ไม่ได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบ (Security Agreement) เช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดให้ต้องทำตามแบบของสัญญาตามพระราชบัญญัตินี้ หากในกรณีที่ไม่ได้ทำตามแบบตามที่กฎหมายกำหนด คือ ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ จะทำให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจตกเป็นโมฆะ และทำให้ส่งผลเสียต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งจะถือได้ว่าสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไม่เคยเกิดขึ้น และจะทำให้ผู้รับหลักประกันก็ไม่มีหลักประกันในการได้รับชำระหนี้ หรือจะทำให้ผู้รับหลักประกันเรียกให้ผู้ให้หลักประกันทำการชำระหนี้ได้ทันที ดังนั้นในประเด็นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำตามแบบ

(2) นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

โดยปัญหาในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันนั้น เป็นเรื่องการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำนำกับประเด็นปัญหาโมฆะกรรมตามมาตรา 22 นั้น พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำนำเพื่อประกันการชำระหนี้ โดยในเรื่องนี้เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศทั้ง Floating

Charge และ Secured Transaction ก็ไม่ได้กำหนดห้ามเช่นเดียวกัน ผู้ที่นำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกัน ตาม Floating Charge หรือ Secured Transaction ยังสามารถนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นไปจำหน่ายหรือก่อภาระผูกพันอื่น ๆ ได้อีก โดย Secured Transaction กำหนดเอาไว้ชัดเจนในมาตรา 9-205 โดยการให้อิสระแก่คู่สัญญาในการที่จะตกลงกันเองรวมถึงนำเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปเป็นหลักประกันอีกทอดหนึ่งได้ด้วย ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจำหน่ายเพื่อประกันหนี้ ในกรณีนี้ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วย เนื่องจากการบัญญัติในลักษณะนี้ไม่ได้ช่วยในการแก้ปัญหาการเข้าถึงเงินทุนของผู้ประกอบการอย่างครบถ้วนทุกด้าน เมื่อพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องการให้ผู้ประกอบการได้ใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสูงสุดดังนั้นจึงไม่ควรที่จะจำกัดไม่ให้มีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและไปจำหน่ายต่ออีก เพราะเป็นการตัดโอกาสการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบการอีกวิธีหนึ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้เสียใหม่โดยให้เป็นสิทธิของผู้ให้หลักประกันที่จะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำหน่ายต่อ หรือไม่ก็ได้

ประเด็นที่ 4 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับ

หลักประกันกับบุคคลภายนอก (มาตรา 34)

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 34 บัญญัติว่า เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจให้ถือลำดับบุริมสิทธิ ดังนี้

(1) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกัน กับผู้รับจำหน่ายตามมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีการจดทะเบียน จำนอง สังหาริมทรัพย์นั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับ จำนองตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกัน กับผู้รับ จำนองตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้เป็นประเด็นเรื่องของการขัดกันของบุริมสิทธิที่กำหนดในพระราชบัญญัติโดยบุคคลภายนอกในที่นี้หมายถึงเจ้าหนี้มีประกันอื่น ๆ ในทรัพย์สินที่ถูกนำมาเป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจากตัวบทบัญญัติกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ไปเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือตามกฎหมายอื่นได้อีก ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ก็ไต่ระดับถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอกดังกล่าวว่ามีสิทธิในการเรียกร้องตามลำดับของการจดทะเบียน กล่าวคือหากมีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไปจดทะเบียน จำนองอีกทอดหนึ่ง ผู้ที่จดทะเบียน จำนองในภายหลังก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในทรัพย์สินดังกล่าว ภายหลังจากที่ผู้รับหลักประกันทางธุรกิจที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนได้รับخذใช้จนครบถ้วนแล้ว และใน

ขณะเดียวกันในเรื่องของบุริมสิทธิ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดบุริมสิทธิของผู้รับจำนำและจำนอง เป็นลำดับชั้นเดียวกันกับผู้รับหลักประกัน ซึ่งปัญหาจากการบัญญัติเช่นนี้ก็คือ มีกฎหมายบางฉบับที่ ให้บุริมสิทธิแก่ผู้รับหลักประกันไม่ว่าจะเป็นจำนำ หรือจำนองที่ต่ำกว่าบุริมสิทธิตามบทบัญญัติฉบับนี้ เช่น ในเรื่องของการนำเรือไปเป็นหลักประกันตามหลักเกณฑ์ในเรื่องบุริมสิทธิทางทะเล ซึ่งหลักเกณฑ์ ดังกล่าวได้กำหนดให้บุริมสิทธิของผู้รับหลักประกันต่ำกว่าเจ้าหนี้จำนอง ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า สามารถแก้ปัญหาได้โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวเสียใหม่ โดยกำหนดว่าหากกรณีไม่มี หลักเกณฑ์เฉพาะในเรื่องบุริมสิทธิที่ให้สิทธิที่ต่ำกว่าตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้แล้ว ก็ให้เป็นไป ตามกฎหมายเฉพาะนั้นจะไม่นำบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับ

ดังนั้น ในเรื่องของการขัดกันของบุริมสิทธิผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

มาตรา 34 เว้นแต่จะมีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับ สิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจให้ถือลำดับบุริมสิทธิ ดังนี้

(1) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิ เป็นอย่างเดียวกัน กับผู้รับจำนำตามมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีการจด ทะเบียนจำนอง สังหาริมทรัพย์นั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำนอง ตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิ เป็นอย่างเดียวกัน กับผู้รับจำนองตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็นที่ 5 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน

(1) เรื่องของบุริมสิทธิของผู้รับหลักประกันที่มีเหนือผู้ให้หลักประกันตามมาตรา 29¹⁷⁰ ของ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้มีเฉพาะในกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินที่ นำมาเป็นหลักประกันเท่านั้น ทั้งที่สิทธิบางประการของผู้ให้หลักประกันก็มีมูลค่าไม่ยิ่งหย่อนไปกว่า มูลค่าในกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินนั้น ๆ และในเรื่องการบังคับหลักประกันในความเป็นจริงแล้วมีหลาย วิธีการในการที่จะบังคับหลักประกันไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินเท่านั้นซึ่งอาจ ก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดขัดในการบังคับหลักประกัน หรือปัญหาข้อขัดขัดในการบังคับหลักประกันทำให้ ไม่เกิดประสิทธิภาพในการบังคับหลักประกัน โดยทางผู้เขียนเห็นว่าบุริมสิทธินั้นไม่ควรจะจำกัดอยู่ เพียงแค่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น เนื่องจากสิทธิบางประการของผู้ให้หลักประกันก็มีมูลค่าไม่ยิ่ง

¹⁷⁰ มาตรา 29 ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน เจ้าหนี้สามัญไม่ว่าสิทธิในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่

หย่อนกว่ากัน ตัวบทบัญญัติจึงควรเปิดกว้างให้มีการบังคับหลักประกันตามความเหมาะสมในแต่ละสถานการณ์โดยกำหนดบุริมสิทธิของผู้รับหลักประกันให้มีหลากหลายประเภท

ดังนั้น ในเรื่องบุริมสิทธิของผู้รับหลักประกันที่มีเหนือผู้ให้หลักประกันจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

มาตรา 29 “ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และสิทธิเรียกร้องของผู้ให้หลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่าสิทธิในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่”

(2) เรื่องการแจ้งการเข้าครอบครองทรัพย์สินของผู้รับหลักประกัน ในเรื่องนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 38¹⁷¹ ซึ่งเป็นเรื่องการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้รับหลักประกันเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกัน โดยตัวบทไม่ได้ระบุไว้โดยตรงถึงหน้าที่ในการแจ้งการเข้าครอบครองของผู้รับหลักประกัน แต่ในขั้นตอนการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ กำหนดให้มีการแจ้งถึงการที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้รับหลักประกันด้วย ทำให้เข้าใจได้ว่าหากไม่มีการแจ้งการเข้าครอบครองเสียก่อน การเข้าครอบครองนั้นอาจถือว่าเป็นการเข้าครอบครองขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามความในวรรคสองของมาตรา 38 ได้ ซึ่งในเรื่องนี้ทางผู้เขียนมองว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าครอบครองในทางปฏิบัติ เนื่องจากโดยปกติแล้วการให้หลักประกันตามกฎหมายนี้ ผู้ให้หลักประกันจะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากกำหนดให้มีการแจ้งการเข้าครอบครองเสียก่อน ผู้ให้หลักประกันอาจจะยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินอันเป็นหลักประกันทำให้ผู้รับหลักประกันได้รับความเสียหายได้

แต่ด้วยความที่ตัวบทตามมาตรา 38 ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนถึงหน้าที่ดังกล่าว ทางผู้เขียนจึงไม่เห็นถึงความจำเป็นในการแก้ไขตัวบท เพียงแต่ตั้งข้อสังเกตในประเด็นนี้เท่านั้น

(3) ในเรื่องการจำกัดประเภทของวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินตามมาตรา 40¹⁷² ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินของผู้รับหลักประกันไว้เพียงวิธีการ

¹⁷¹ มาตรา 38 เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกัน ได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือกระทำการใด ๆ อันทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันบุบสลายหรือเสื่อมค่าลง และให้ผู้รับหลักประกัน มีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

การใช้สิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹⁷² มาตรา 40 ภายใต้บังคับมาตรา 43 ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลา ที่กำหนดไว้ในหนังสือตามมาตรา 39 วรรคสอง และผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกัน

เดียวคือวิธีการประมูลโดยเปิดเผยเท่านั้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้รับหลักประกันควรที่จะสามารถกำหนดวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินได้เอง เนื่องจากทรัพย์สินแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันการจำหน่ายทรัพย์สินแต่ละประเภทจึงมีความเหมาะสมต่างกันไปด้วย การบังคับให้ใช้วิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพียงวิธีเดียวจะทำให้ขาดความยืดหยุ่น ในหลายกรณีอาจทำให้ขายทรัพย์สินไม่ได้ราคาตามควร ราคาที่ได้ไม่คุ้มกับต้นทุนที่ใช้ในการขายทรัพย์สินหรือการขายที่ไม่เหมาะสมทำให้ระยะเวลานานกว่าจะขายได้ หากพระราชบัญญัติเปิดช่องให้มีการเลือกใช้วิธีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ตามความเหมาะสม จะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่า

ดังนั้น ในเรื่องของการจำกัดประเภทของวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

มาตรา 40 ภายใต้บังคับมาตรา 43 ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือตามมาตรา 39 วรรคสอง และผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย หรือวิธีการอื่นแทนการประมูลโดยเปิดเผยก็ได้ ในการดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีการอื่นแทนการประมูลโดยเปิดเผย ให้ผู้รับหลักประกันแสดงหลักเกณฑ์ วิธีการ ระยะเวลา สถานที่ และผู้ดำเนินการจำหน่าย รวมทั้งรายละเอียดอื่นเท่าที่จำเป็นต่อผู้ให้หลักประกันด้วย ในการนี้ ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่ และวิธีการ จำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกันอื่น และเจ้าหนี้อื่น ซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตราปลงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนดำเนินการจำหน่ายหลักประกันโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ หรือโดยวิธีการอื่นที่แสดงว่าผู้รับได้รับหนังสือแล้ว

โดยการจำหน่าย ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย ในการนี้ ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่ และวิธีการ จำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกันอื่น และเจ้าหนี้อื่น ซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตราปลงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนดำเนินการจำหน่ายหลักประกันโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ หรือโดยวิธีการอื่นที่แสดงว่าผู้รับได้รับหนังสือแล้ว

(4) ในเรื่องของการให้ความยินยอมของผู้ให้หลักประกันในการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน ซึ่งในเรื่องนี้ มาตรา 39 วรรคแรก¹⁷³ ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดว่า

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าสมควรตัดถ้อยคำ “ยินยอม” ออกจากตัวบท เนื่องจากในทางปฏิบัติเมื่อมีเหตุที่จะบังคับหลักประกันแล้ว หากผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองให้ผู้รับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันอาจได้รับความเสียหายได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นอาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นได้ ทั้งที่สิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจของผู้รับหลักประกันได้เกิดขึ้นแล้ว

ดังนั้น ในเรื่องของการให้ความยินยอมของผู้ให้หลักประกันในการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไข ดังนี้

มาตรา 39 เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หากผู้รับหลักประกันแสดงเจตนาที่จะบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกัน เพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขาย ทรัพย์สินนั้น

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นได้ว่าการให้หลักประกันในรูปแบบที่ผู้ให้หลักประกันยังสามารถครอบครอง ใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้นั้นเป็นหลักการที่มีมานานแล้วในประเทศไทย โดยสถาบันการเงินผู้รับหลักประกันในทางปฏิบัติก็มีการทำสัญญาลักษณะเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็นการนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกัน การรับจำนำสินค้าคงคลัง สินค้าหมุนเวียน หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า ตลอดจนการนำสิทธิในบัญชีเงินฝากมาเป็นหลักประกัน เพียงแต่ยัง

¹⁷³ มาตรา 39 เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกัน ได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำหลักประกันไปจำหน่าย ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกัน เพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขาย ทรัพย์สินนั้น”

ไม่มีกฎหมายที่เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อรองรับการสร้างหลักประกันในลักษณะดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงมีการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเพื่อแก้ไขปัญหาในเรื่องการให้หลักประกัน ถึงแม้ว่าแต่เดิมนั้นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจจะได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อไขวีกฎการณ์ทางเศรษฐกิจในปี พ.ศ.2541 ก็ตาม แต่หลักการของพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักการที่ช่วงส่งเสริมสนับสนุนการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบการ ด้วยหลักการพื้นฐานที่ต้องการให้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันได้มากขึ้น เพื่อคลายข้อจำกัดของการให้หลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องของจำนำจำนอง ทำให้หลักเกณฑ์ในการให้หลักประกันในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันยังครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่นั้นได้รับการรองรับโดยกฎหมาย แต่โดยที่การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน ทั้งยังสามารถใช้สอยจำหน่าย จ่าย โอน รวมทั้งนำไปเป็นหลักประกันต่อไปได้ด้วย การตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจึงเป็นกระบวนการที่จำเป็นต่อการให้หลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ หากไม่แล้วผู้ให้หลักประกันอาจใช้เป็นช่องทางในการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายได้ อันจะทำให้ไม่มีผู้ใดกล้าทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าว

อีกทั้งในเรื่องของลักษณะการบัญญัติพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่มีแนวทางมาจากกฎหมายของต่างประเทศในเรื่อง Floating Charge ของประเทศอังกฤษ และ Secured Transaction ของอเมริกา เมื่อศึกษากฎหมายของ 2 ประเทศที่นำระบบกฎหมายในเรื่องนี้มาใช้เป็นเวลานานแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีหลักการพื้นฐานคล้าย ๆ กัน นอกจากนั้นกฎหมายในเรื่องนี้ยังเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนทั้งในระดับภายในประเทศและในระดับต่างประเทศ หากกฎหมายใหม่มีหลักการพื้นฐานที่แตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศมากก็อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการค้าและการลงทุน ทั้งนี้ เพราะนักลงทุนและผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศที่คุ้นเคยกับระบบกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องนี้อาจจำเป็นต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายในการศึกษาระบบกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของประเทศไทยเป็นพิเศษ และอาจจะต้องรอดูว่าระบบดังกล่าวใช้ได้ผลดีหรือมีปัญหาในทางปฏิบัติอย่างไรก่อนที่จะมีความมั่นใจในการลงทุนในประเทศไทยหรือทำการค้ากับผู้ประกอบการธุรกิจไทยซึ่งจะส่งผลเสียต่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ และยังไม่เป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แต่ในทางตรงกันข้ามหากกฎหมายของไทยในเรื่องนี้มีหลักการพื้นฐานที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับและคุ้นเคยของประเทศต่าง ๆ ก็จะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยส่งเสริมให้มีการค้าและการลงทุนจากต่างประเทศมากขึ้น อันจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจของ

ประเทศไทย การออกกฎหมายในเรื่องนี้โดยบัญญัติให้มีหลักการพื้นฐานที่แตกต่างออกไปจากระบบที่ใช้ในระดับสากลต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง โดยต้องเป็นกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นจริง ๆ แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า จะต้องบัญญัติให้เหมือนกับหลักเกณฑ์ในต่างประเทศเสียทั้งหมด บทบัญญัติอันใดที่ไม่เหมาะสมกับสภาพทางสังคมหรือบริบททางสังคมของไทย หรือสามารถคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้มากกว่า ก็สมควรที่จะบัญญัติให้แตกต่าง ดังเช่นในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจที่ผู้เขียนค่อนข้างเห็นด้วยกับหลักการในข้อนี้ ที่ให้สิทธิแก่ผู้รับหลักประกันที่ได้จดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจที่กรมพัฒนาธุรกิจทางการค้า กระทรวงพาณิชย์แล้ว สามารถอ้างยืนยันสิทธิของตนเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ตลอดไปจนกว่าสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะระงับลง ซึ่งในหลักการเรื่องนี้แม้จะมีต้นร่างมาจาก Secured Transaction ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้นำเอาหลักการต่ออายุการจดทะเบียนทุก 5 ปีของ Secured Transaction มาบัญญัติไว้ด้วย โดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า น่าจะก่อให้เกิดความไม่ธรรมแก่ผู้รับหลักประกันมากกว่า เนื่องจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิ ผู้รับหลักประกันจึงย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจนกว่าหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไป หรือคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาหรือมีการไถ่ถอนหลักประกัน ทรัพย์สินสิทธิของผู้รับหลักประกันจึงต้องคงอยู่ตลอดไปตราบเท่าที่ยังไม่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว การที่จะกำหนดให้การจดทะเบียนมีระยะเวลาที่แน่นอนและหากไม่มีการต่ออายุการจดทะเบียน ผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิตามสัญญาขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ จึงไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับหลักประกัน และอาจก่อให้เกิดความไม่ไว้วางใจกันระหว่างคู่สัญญาขึ้นได้ ซึ่งขัดต่อธรรมชาติของการประกอบธุรกิจที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อใจและความไว้วางใจกัน หรือในเรื่องของกฎการจดทะเบียน 21 วันของ Floating Charge ที่อาจจะก่อให้เกิดปัญหาความสับสนในลำดับชั้นของบุริมสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็ไม่ได้นำมาบัญญัติไว้ด้วย โดยกำหนดไว้ในเรื่องนี้ว่าผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนก่อนเป็นผู้มีสิทธิเหนือผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนหลัง โดยไม่คำนึงถึงวันที่ทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจว่าได้ทำก่อนหลังกันอย่างไร ซึ่งจะช่วยให้การจัดเรียงลำดับบุริมสิทธิทำได้เรียบร้อยมากขึ้น และคุ้มครองผู้รับหลักประกันที่นำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนก่อน อันส่งผลโดยตรงต่อความน่าเชื่อถือของระบบทะเบียน อีกทั้งบทบัญญัติในเรื่องการบังคับหลักประกันที่บัญญัติเอาไว้ต่างหากเป็นหลักการเฉพาะที่มีความแตกต่างไปจากหลักการบังคับหลักประกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งในแง่ของประสิทธิภาพและความรวดเร็วในการบังคับคดี โดยเป็นการบัญญัติให้แตกต่างจาก Secured Transaction ที่ให้การบังคับหลักประกันเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐนั้น ๆ เป็นต้น กรณีจึงเห็นได้ว่าส่วนที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ของต่างประเทศก็ยังคงมีอยู่ ซึ่งทางผู้เขียนก็ไม่ได้คัดค้านในเรื่องนี้แต่อย่างใด เพียงแต่ในการศึกษานี้ผู้เขียนต้องการที่จะนำเสนอถึงบทบัญญัติที่

อาจก่อให้เกิดปัญหาหากมีการนำบังคับใช้ในทางปฏิบัติเท่านั้น และแนวทางการนำเสนอบางเรื่องของผู้เขียนก็ไม่ได้อิงกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศเสียทั้งหมด เพราะสุดท้ายแล้วการบัญญัติกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจก็ยังคงต้องคำนึงถึงความเหมาะสมกับการบังคับใช้กับบริบทของสังคมไทย

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้เพื่อให้พระราชบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม แต่ควรกำหนดห้ามมิให้บุคคลธรรมดานำกิจการมาเป็นหลักประกัน เพราะการให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันได้นั้นจะเป็นการกระทบบุคคลธรรมดามากเกินไป เนื่องจากบุคคลธรรมดาส่วนใหญ่แล้วไม่มีอำนาจต่อรองในทางธุรกิจ ดังนั้นแล้วจึงควรให้เฉพาะแต่บริษัทเท่านั้นที่สามารถให้หลักประกันประเภทนี้ได้ อีกทั้งในเรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นก็สมควรให้นำกิจการมาเป็นหลักประกันด้วยเช่นเดียวกัน เพราะดำเนินการของทั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญดังกล่าวไม่ค่อยแตกต่างจากกิจการประเภทเจ้าของคนเดียว และไม่มีมาตรฐานการกำกับดูแลจากทางราชการเหมือนกับบริษัท จึงอาจมีการทุจริตได้

2) แม้การกำหนดให้ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เพื่อให้การให้สินเชื่อเป็นไปอย่างมีระบบควบคุมตรวจสอบได้ อย่างไรก็ตาม การจำกัดการเป็นผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ดังนั้น จึงทำให้นิติบุคคลต่างประเทศอื่น ๆ ไม่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามกฎหมายพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ซึ่งเป็นการปิดโอกาสในการขอสินเชื่อโดยใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันจากนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศ รวมถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นแหล่งเงินทุนสำคัญ โดยหน่วยธุรกิจเหล่านี้ในทางปฏิบัติก็มีการให้สินเชื่อกันอยู่แล้ว และอาจทำให้นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศผู้ให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการในไทยรู้สึกว่าจะได้รับการปฏิบัติไม่เท่าเทียมหรืออาจส่งผลให้ผู้ขอสินเชื่อได้รับกระทบต่อการพิจารณาการให้สินเชื่อของสถาบันการเงินของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศ

3) การบัญญัติถ้อยคำในมาตรา 8 ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการแก้ไขปัญหาค้ำจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ก็ยังคงถูกจำกัด ผู้เขียนเห็นว่าควรปรับแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 8 ดังนี้

มาตรา 8 ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ ได้แก่

- (1) กิจการ
 - (2) สิทธิเรียกร้องยกเว้นสิทธิที่มีตราสาร
(ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิที่มีตราสารแล้ว)
 - (3) สหกรณ์ทรัพย์สินที่มีผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร
สินค้าคงคลัง วัสดุที่ใช้ในการผลิตสินค้า
 - (4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่มีผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์
โดยตรง
 - (5) ทรัพย์สินทางปัญญา
 - (6) ทรัพย์สินอื่นที่ได้มาในอนาคตอันต้องได้มาตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์
(เพื่อให้ผู้รับประกันเกิดความมั่นใจว่าสามารถบังคับหลักประกันได้อย่างแน่นอน)
 - (7) ทรัพย์สินแนบตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- 4) ความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนเนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันสามารถจำหน่ายโอนได้ง่ายจึงต้องมีการจดทะเบียนเพื่อความคุ้มครองการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เป็นระบบ
- 5) ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่

บรรณานุกรม

- จรัญ ภัคดีชานากุล. **กฎหมายฟื้นฟูกิจการ: บทบาทของศาลในการฟื้นฟูกิจการใน รวมเอกสาร ประกอบการอบรมหลักสูตรเศรษฐศาสตร์และกลไกธุรกิจสำหรับผู้พิพากษา.** กรุงเทพมหานคร: สำนักส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2543.
- ชุมพล จันทราทิพย์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำประกัน จำนอง จำนำ.** พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ถาวร โพธิ์ทอง. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคลและทรัพย์.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. **คำบรรยายกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอน.** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. **ระบบกฎหมายอังกฤษ.** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- นิลุบล เลิศนุวัฒน์. **การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ในระบบกฎหมายของไทย.** วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 44, 3 (2558): 669-696.
- บริษัท กรุงไทยกฎหมาย จำกัด. **รายงานการศึกษา วิเคราะห์ เปรียบเทียบแนวคิด หลักกฎหมาย และข้อกฎหมายเรื่อง หลักประกันแบบลอยหรือไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) กับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ.** กรุงเทพมหานคร: กรุงไทยกฎหมาย, 2557.
- ปกรณ์ นิลประพันธ์. **แนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้.** วารสารกฎหมายปกครอง. 20, 1 (2544): 80-96.
- ประชุม โฉมฉาย. **หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น.** กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2541.
- ประชุม โฉมฉาย. **หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2546.
- ประภักดิ์ ศรีสัตยากุล. **การร่างสัญญาหลักประกัน เอกสารการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง เทคนิคการเจรจาต่อรองและการร่างสัญญาทางธุรกิจ.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

- ประเสริฐ ตัณศิริ, สุรพล วิเศษโกสิน และชูชาติ ศิรินิล. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.
- ปิติกุล วีระมงคลพาณิชย์. **งานวิจัยเสริมหลักสูตรวิชากฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.
- พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่. **ราชกิจจานุเบกษา**. 72 (11 พฤศจิกายน 2468)
- ร.เลงกาด์. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน): คำสอนชั้น ป.โท พุทธศักราช 2480**. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480.
- ร.เลงกาด์. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526.
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2557**. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2557.
- วิทยา จิณญกาญจน์. **การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ... เรื่องเสร็จที่ 736/2545**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2545.
- สุดา วิศรุตพิชญ์. **หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- อานนท์ ศรีบุญโรจน์. **กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- Beale, Hugh, Bridge, Michael, Gullifer, Louise and Lomnicka, Eva. **The Law of Security and Title-Based Financing**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Black, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 5th ed. St. Paul Minn Port Neches, TX: West, 1979.
- British, Hoare v. **Columbia Development Association**. United Kingdom: Robert Hoare, 1912.
- Burke, John. **Osborn's Concise Law Dictionary**. 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1976.

- Colonial Trusts Corp. 1879. 12 Ch.D.456
- Companies Act. **General Introductory Provisions**. England: Ukpga, 2006.
- Equus Financial Services Ltd V Boambee Bay Resort Pty Ltd (In Liq), Supreme Court of New South Wales, 07 June 1991
- Ferran, Eilis and Look, Chan Ho. **Principles of Corporate Finance Law**. Oxford University Press: Oxford, 2014.
- Gilmore, Grant. **A Grammar of the Sgaw Karen**. Rangoon: American Baptist, 1970.
- Gilmore, Grant. **Security Interest in Personal Property**. Chicago: Chicago law school, 1965.
- Goode, R. M. **Commercial Law**. 4th ed. Middlesex: Penguin Books, 2010.
- Goode, R. M. **Principles of Corporate Insolvency Law**. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Goode, Royston M. and Gullifer, Louise. **Goode on Legal Problems of Credit and Security**. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Gough, William James. **Company Charge**. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Jowitt, Earl and Walsh, Clifford. **The Dictionary of English Law**. Volume I A-H London: Sweet & Maxwell, 1959.
- Lang, Paul and Hartwig, H. J. **The Law and practice of administrative Receivership and Associated Remedies**. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Loo, Wee Ling. **Law of Credit and Security**. Singapore: LexisNexis, 2012.
- LoPucki, Lynn M. and Warren, Elizabeth. **Secured Credit: A Systems Approach**. Boston: Little: Brown, 1995.
- Mann, Richard A. and Roberts, Barry S. **Smith and Roberson Business Law**. 11th ed. New York: Cengage Learning, 2000.
- Mann, Robert. **Richard A Mann and Barry S Roberts, Smith and Robertson's Business Law**. 11th ed. Minnesota: West, 2000.
- Miller, Roger LeRoy, Jentz, Gaylord A. and Cross, Frank B. **West's Business Law: Text, Summarized Cases, Legal, Ethical, Regulatory, and International Environment**. 7th ed. Minnesota: West Educational, 1999.
- Morse, Geoferey, Marshall, Enid A. and Morris, Richard. **Charlesworth and Cain Company Law**. London: Steven & Sons, 1983.

- Panama. 1870. **New Zealand, etc.co 1870 L.R.5 Ch318**. Retrieved December 15, 2019 from: https://en.wikipedia.org/wiki/In_re_Panama,_New_Zealand,_and_Australian_RoyalMai.
- Pennington, Robert R. **Company Law**. 6th ed. London: Butter Worths, 1990.
- Robbie, M. J. and Gill, C. P. Fixed and Floating Charge: A New Look at the Bank's Position. **The Journal of Business Law**. (1981): 96.
- Spiers, Jersmiah J. **Doing Business in the United States**. New York: Woodrow Wilson Center Press, 2000.
- Wood, Phillip R. **Comparative Law of Security and Guarantees**. London: Sweet & Maxwell, 1995.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นามสกุล

นางสาวระวีวรรณ ทวีขันธ์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2545

ประวัติการทำงาน

พ.ศ. 2560 – ปัจจุบัน

เจ้าหน้าที่อาวุโส

ธนาคารกรุงไทยจำกัด (มหาชน)

พ.ศ. 2558 – 2560

ผู้จัดการอาวุโส

บริษัท อีซีบาย จำกัด (มหาชน)

พ.ศ. 2557-2558

รองผู้จัดการ

ธนาคารไทยเครดิตเพื่อรายย่อย จำกัด (มหาชน)

พ.ศ. 2555 – 2557

ผู้ช่วยผู้จัดการ 5

บริษัท บริหารสินทรัพย์สุขุมวิท จำกัด

พ.ศ. 2551 – 2555

เจ้าหน้าที่อาวุโส

ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย

พ.ศ. 2547-2551

นิติกร สัญญาจ้าง

บริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย