

การทำกิจกรรมมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ :
ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับเกี่ยวกับกิจการ

บงกช ชาญศิลป์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2552

**Collateral Enterprise Processing for the Solicitation of Credit :
Case Study on the Execution Enterprise**



BONGKOT CHANSIL

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law
Graduate School, Dhurakij Pundit University**

2009

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ : ศึกษาเฉพาะกรณีการ บังคับเอาประกันกิจการ
ชื่อผู้เขียน	บงกช ชาญศิลป์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2551

บทคัดย่อ

ในการศึกษาเรื่องการบังคับคดีหลักประกันที่เป็นกิจการนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา
มาตรการทางกฎหมายในบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อทั้งกิจการ
ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ และวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีต่อทรัพย์สิน
ซึ่งใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อทั้งกิจการ

ทั้งนี้ โดยที่การใช้กิจการเป็นหลักประกันย่อมเป็นทรัพย์สินที่ทำให้เจ้าหนี้ มีความ
มั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้ จากลูกหนี้ และในส่วนของลูกหนี้โดยเฉพาะผู้ประกอบการย่อมที่
จะได้รับความเชื่อถือจากเจ้าหนี้ ในการที่จะรับสินเชื่อ เพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินกิจการ อย่างไรก็ตาม
ก็ตาม การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนี้ได้ นั้น ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้
โดยเฉพาะ ดังนั้น เจ้าหนี้และลูกหนี้จึงต้องนำเอาทรัพย์สินของกิจการในแต่ละส่วนมาใช้เป็น
หลักประกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จำกัดไว้แต่เพียงการจำนองและจำนำ รวมไปถึง
ถึงกฎหมายพิเศษอื่น ๆ ได้แก่ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เป็นต้น เท่านั้น โดย
หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจฟ้องร้องและดำเนินการบังคับคดีตามที่กำหนดไว้ในประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งก่อให้เกิดอุปสรรคในการ
บังคับคดีที่เป็นกิจการ

ผู้วิจัยเห็นว่าควรตรากฎหมายพิเศษขึ้น โดยเฉพาะเพื่อให้สามารถนำเอากิจการเป็นหลัก
ประกันได้รวมทั้งกำหนดกระบวนการบังคับคดีทรัพย์สินที่เป็นกิจการ

Thesis Title Collateral Enterprise Processing for the Solicitation of Credits : Case Study on the Execution Enterprise

Author Bongkot Chansil

Thesis Advisor Associate Professor Dr. Poom Chokmoh

Department Law

Academic Year 2008

ABSTRACT

The purpose of research of the execution of enterprise collateral is to study the legal measures concerning the execution of all property of enterprise as collateral in loan according to thai and foreign laws and to analyze the problems concerning the execution of enterprise as collateral.

It is reliable for creditors to give the enterprise as collateral for creditors while the entrepreneur as debtor can receive the credit loan to pay for his business. However, there is no legal measures concerning the enterprise as collateral in thai laws. So, the creditor and debtor have to apply the provisions in Civil and Commercial Code, such as Pledge and Mortgage, to make security agreement including the special laws such as the Act concerning machinery mortgage B.E.2514 ,etc. In case the debtor does not performance his debt, the creditor can sue and execute according to Civil Procedural Code and Civil and Commercial Code which hamper the execution of enterprise collateral.

It is advisable to enact the special law to grant permission the enterprise as collateral and execution the enterprise.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ บรรลุความสำเร็จลงได้เป็นอย่างดี ด้วยความกรุณาของ
รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ ที่ท่านได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และคอยให้คำชี้แนะ
แนวทาง ให้คำปรึกษา ตรวจสอบแก้วิทยานิพนธ์

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ชีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่ท่านกรุณารับเป็นประธาน
และให้คำชี้แนะแนวทาง และขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. กลมชัย รัตนสกววงศ์ และ
ศาสตราจารย์สมชัย ทรัพย์วณิช ที่ให้เกียรติรับเป็นกรรมการ และให้คำชี้แนะเพื่อให้วิทยานิพนธ์
สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบไว้แต่อาจารย์ให้
ความรู้ทุกท่าน หากมีข้อผิดพลาดและข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอยอมรับในความผิดพลาด
ทุกประการไว้แต่เพียงผู้เดียว

บงกช ชาญศิลป์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. ความหมายและแนวความคิดของการบังคับคดี	
ทรัพย์สินหลักประกันการชำระหนี้.....	8
2.1 การนำเอากิจการเป็นหลักประกัน.....	8
2.2 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับหนี้.....	9
2.3 การนำเอากิจการเป็นหลักประกันในลักษณะ Project Finance.....	22
2.4 การนำกิจการเป็นหลักประกันตามกฎหมายไทย.....	25
3. การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ.....	37
3.1 การบังคับคดีตามกฎหมายไทย.....	37
3.2 การบังคับคดีตามกฎหมายต่างประเทศ.....	60
4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีหลักประกันที่เป็นกิจการ.....	94
4.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวการก่อให้เกิดสิทธิ	
เหนือหลักประกันที่เป็นกิจการ.....	94
4.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบังคับคดีทั้งกิจการ.....	108
4.3 วิเคราะห์รูปแบบความเป็นไปได้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการ	
ใช้กิจการเป็นหลักประกันโดยการเปรียบเทียบกับ Model Law	
ของประเทศประชาคมยุโรป และประเทศในกลุ่มคอมมอนลอร์.....	122

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	125
5.1 บทสรุป.....	125
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	126
บรรณานุกรม.....	129
ประวัติผู้เขียน.....	133

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การใช้ทรัพย์สินที่มีอยู่ให้เกิดผลประโยชน์ตอบแทนสูงสุด เป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในวงการธุรกิจในปัจจุบัน กล่าวคือ การใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่สามารถสร้างรายได้ (Income Generation) และความสามารถในการใช้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันสินเชื่อ (Collateral Security) อันจะทำให้ธุรกิจนั้นมีความคล่องตัวทางการเงิน (Liquidity) และย่อมส่งผลให้เกิดการขยายตัวในทางธุรกิจนั้นต่อไป¹

แต่อย่างไรก็ตาม การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันเพื่อขอสินเชื่อต่อสถาบันการเงินนั้นจำกัดอยู่เพียงภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจำนองและจำนำเท่านั้น เพื่อที่ธนาคารจะได้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันในการรับชำระหนี้จากการบังคับหลักประกันก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งการจำนองเป็นกรณีที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้จำนอง”² แต่ทรัพย์สินที่สามารถจำนองได้ถูกจำกัดไว้แต่เพียง ต้องเป็น อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์บางประเภท ได้แก่ เรือที่มีระวางตั้งแต่ 6 ตัน ขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ และสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ เช่น เครื่องจักร ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 สิทธิเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ส่วนการจำนำเป็นกรณีที่ผู้จำนำ ใช้สังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ โดยส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้รับจำนำ³

การประกันหนี้ ด้วยทรัพย์สินในลักษณะของการจำนองและจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีข้อความจำกัดหลายประการ กล่าวคือ

¹ เทพ รุ่งชนาภิรมย์. (2524). *หลักและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเครดิต*. หน้า 7 – 8.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747.

1.1.1 ในเรื่องการจัดจ้าง

1) ข้อจำกัดในเรื่องประเภทของทรัพย์สิน ซึ่งจำกัดไว้เพียงไม่กี่ประเภท คือ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภทเท่านั้น

2) ในกรณีที่จะต้องบังคับจ้างตามกฎหมายกระบวนการพิจารณาคดีบังคับจ้างก่อนข้างล่างทำให้เป็นผลเสียต่อผู้ประกอบการและธนาคารพาณิชย์รวมทั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีมีความชำนาญในการจำหน่ายทรัพย์สินไม่เท่าเอกชน จึงมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่จ้างได้ในราคาไม่มากนัก

1.1.2 ในเรื่องการจัดนำ

1) ข้อจำกัดในเรื่องประเภทของทรัพย์สิน เนื่องจากรูปแบบของการนำมาจะต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับนำมาเป็นเหตุให้สังหาริมทรัพย์ที่มีค่าหลายประเภทไม่สามารถนำมาจำหน่ายหรือนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง เป็นต้น ทำให้ผู้ประกอบการเสียโอกาสในการนำทรัพย์สินที่มีค่าอื่นๆ เหล่านั้น นำมาเป็นหลักประกันต่อสถาบันการเงิน และสถาบันการเงินก็เสียโอกาสในการปล่อยสินเชื่อ

2) การใช้ประโยชน์จากหลักประกันของผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของหลักประกันนั้น จะเห็นได้ว่าการประกันการชำระหนี้โดยการนำมา ทรัพย์สินที่นำมาจำหน่ายจะต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับนำมาครอบครอง ทำให้ผู้ให้หลักประกัน ไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ และเป็นการเพิ่มภาระแก่สถาบันการเงิน ในการที่จะต้องดูแลทรัพย์สินที่นำมาจำหน่าย

แต่โดยที่ในปัจจุบันนี้ได้มีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก ซึ่งในแต่ละประเทศได้พยายามที่จะเร่งพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมและส่งเสริมการลงทุนเพื่อตอบสนองต่อการพัฒนาที่เกิดขึ้นและได้มีการสนับสนุนให้ภาคเอกชนได้เข้ามาดำเนินการแต่ในสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นการลงทุนดำเนินการทำกิจการใหญ่ๆ เช่น การทำบริการสาธารณะหรือการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก

ด้วยเหตุนี้ การหาเงินทุนเพื่อจัดทำกิจการใหญ่ ๆ ในภาคเอกชนไม่ว่าจะเป็นกรณีการสร้างโรงงานปิโตรเคมี การสร้างทางด่วน กิจการก่อสร้างรถไฟฟ้ามอเตอร์ เป็นต้น มักจะใช้วิธีการที่เรียกว่า การทำสินเชื่อสนับสนุนกิจการ หรือ Project Finance ซึ่งเป็นวิธีการที่กลุ่มผู้ลงทุนได้จัดทำขึ้นเพื่อระดมทุนในการทำกิจการใดกิจการหนึ่งให้แล้วเสร็จ ซึ่งการทำ Project Finance เป็นวิธีการที่กลุ่มผู้ร่วมลงทุนเข้ามาร่วมตัวกันและจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นมาดำเนินการ ซึ่งนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นนั้นมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ การดำเนินการกิจการให้แล้วเสร็จโดยกลุ่มผู้ริเริ่มกิจการดังกล่าวจะเป็นผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นและนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นจะนำความเป็นไปได้ของกิจการเสนอต่อสถาบันการเงิน เพื่อประกอบการพิจารณาการให้สินเชื่อของผู้ให้กู้ และหากสถาบันการเงินได้พิจารณาแล้วเห็นว่า กิจการดังกล่าวสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จและ

สามารถก่อให้เกิดรายได้เพียงพอที่จะชำระหนี้แก่สถาบันการเงินได้ก็จะอนุมัติวงเงินสินเชื่อและทำสัญญาให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการนั้น อย่างไรก็ตาม ในการทำสัญญาให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการนิติบุคคลที่ทำการไม่สามารถทำการให้แล้วเสร็จหรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ สถาบันการเงินต้องสามารถเข้าไปครอบงำกิจการหรือดำเนินกิจการให้แล้วเสร็จหรือให้นิติบุคคลอื่นเข้ามาดำเนินกิจการแทนหรือสามารถดำเนินการบังคับหลักประกันโดยจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการได้ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนับได้ว่าเป็นที่นิยมอย่างมากในกลุ่มผู้ลงทุน เนื่องจากนิติบุคคลที่ทำการประสบภาวะขาดทุน กลุ่มผู้เข้าร่วมลงทุนก็จะรับผิดชอบและความเสียหายเพียงเท่าที่จำนวนทุนที่ลงไว้ในนิติบุคคลที่ทำการเท่านั้น แต่หากนิติบุคคลที่ทำการได้ผลกำไร กลุ่มผู้ร่วมลงทุนก็จะได้ผลกำไรในรูปของเงินปันผล ซึ่งเป็นการลดความเสี่ยงและไม่เป็นภาวะทางการเงินที่ต้องปรากฏในบัญชีงบดุลของกลุ่มผู้ร่วมลงทุน

จากที่กล่าวมาข้างต้น แม้การใช้วิธีการนำกิจการหรือกิจการเป็นหลักประกันสินเชื่อในลักษณะของ Project finance จะได้รับการยอมรับเป็นอย่างดีในวงธุรกิจ แต่ปัญหาว่าในระบบ Project Finance ที่มีการกำหนดให้มีการนำกิจการทั้งกิจการไปเป็นหลักประกันนั้นจะได้รับการยอมรับตามกฎหมายไทยมากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่น่าพิจารณาเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงรูปแบบและวิธีการของกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายไทยจะพบว่ามีรูปแบบและวิธีการที่จำกัด คือ มีเพียงการจำนอง จำนำ เท่านั้น การนำกิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันจึงยังไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ในการทำ Project Finance ในประเทศไทยมักใช้วิธีการทำเป็นสัญญาระหว่างสถาบันการเงิน กับนิติบุคคลเจ้าของกิจการว่า เมื่อนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดนัดชำระหนี้หรือไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวจนแล้วเสร็จ สถาบันการเงินมีสิทธิที่จะเข้าดำเนินกิจการแทนหรือให้นิติบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนให้แล้วเสร็จและทำเป็นสัญญาระหว่างนิติบุคคลเจ้าของกิจการ กับรัฐในสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนว่า เมื่อนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดสัญญาหรือไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จและสถาบันการเงินได้พิจารณาเข้าดำเนินการแทนหรือให้นิติบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทน โดยฝ่ายรัฐจะพิจารณาให้นิติบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนนิติบุคคลเจ้าของกิจการเดิมตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา ดังกล่าว ซึ่งในการดำเนินการลักษณะเป็นการนำกิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นกฎหมายไทยยังไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองและเมื่อเป็นเช่นนั้น ปัญหาว่าการทำสัญญาในลักษณะข้างต้นจะมีผลตามกฎหมายไทยอย่างไร การบังคับหลักประกันตามสัญญาจะทำได้หรือไม่เพียงใด การทำสัญญาโดยการกำหนดให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้ให้กู้จะเป็นการฉ้อฉลหรือให้เปรียบแก่เจ้าหนี้หรือไม่และสถานะของสถาบันการเงินในคดีล้มละลายจะอยู่ในฐานะของเจ้าหนีที่มีประกันหรือไม่อย่างไร โดยเหตุที่รัฐบาลได้ตระหนักถึง ข้อจำกัดของจำนองและการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว อันจะส่งผลต่อการระดมทุนต่อภาคธุรกิจต่างๆ ดังนั้น

กระทรวงพาณิชย์และกระทรวงยุติธรรม จึงได้ร่วมมือกันจัดทำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ... เพื่อเป็นช่องทางให้แก่ผู้ประกอบการสามารถนำเอาทรัพย์สินที่มีค่าทางธุรกิจมาใช้เป็นหลักประกัน ในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้

ทั้งนี้ ในการจัดทำร่างกฎหมายดังกล่าว ได้อาศัยประมวลแพ่งเอกรูป (Revised Uniform Commercial Code) มาตรา 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Model Law on Secured Transactions ของยุโรปเป็นหลัก ซึ่งให้หลักการที่สำคัญพอสรุปได้ดังนี้

1) ตัวบุคคลผู้ให้หลักประกัน ไม่ควรที่จะมีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล

2) ตัวบุคคลผู้รับหลักประกัน ไม่ควรจะมีข้อจำกัดเช่นเดียวกัน

3) หนี้ที่จะใช้เป็นหลักประกัน ครอบคลุมทั้งหนี้ปัจจุบันและอนาคต

4) ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันครอบคลุมทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ สิทธิเรียกร้อง หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างต่างๆ ทรัพย์สินที่ได้รับมาในภายหลัง รวมทั้งทรัพย์สินที่มีการเปลี่ยนแปลงหมุนเวียนได้

5) การใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะต้องมีหลักการที่ยอมรับให้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกัน เพื่อให้สามารถใช้ทรัพย์สินนั้นๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อย่างคงรูป หรือใช้ในการผลิต

6) การยอมรับการนำเอากิจการเพื่อใช้เป็นหลักประกัน

โดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ... ได้ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกาและได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2547 และคาดว่าจะนำเข้าสู่ความเห็นชอบของรัฐสภาในไม่ช้านี้ อย่างไรก็ดี หากพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่ายังมีจุดอ่อนหลายประการที่เกี่ยวกับการบังคับคดีต่อกิจการซึ่งนำมาเป็นหลักประกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อสถาบันการเงินโดยตรง กล่าวคือ

(1) ความไม่สอดคล้องของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ... กับพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ได้แก่ การถือครองทรัพย์สินที่รอการขายของธนาคาร ซึ่งตามพระราชบัญญัติ สถาบันการเงิน พ.ศ. 2505 กำหนดให้ธนาคารต้องจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตกเป็นของสถาบันการเงิน ไม่รวมไปถึงสังหาริมทรัพย์หากแต่พระราชบัญญัติสถาบันการเงิน พ.ศ. 2505 ได้กำหนดห้ามมิให้ธนาคารหากำไรจากการเก็งกำไรในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ได้กำหนดให้หลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ตกเป็นของสถาบันการเงินซึ่งเป็นเจ้าหนี้ก็อาจทำให้สถาบันการเงินไม่อาจแสวงหากำไรจากสังหาริมทรัพย์ได้ทำให้ขัดต่อหลักการตามกฎหมายธนาคารในที่สุด

(2) ในกรณีที่ผู้ให้กู้กำหนดในสัญญาให้สินเชื่อนับสนุนกิจการว่าหากนิติบุคคลเจ้าของกิจการไม่สามารถดำเนินกิจการแล้วเสร็จหรือผิดนัดชำระหนี้ ผู้ให้กู้ต้องสามารถเข้าสวมสิทธิในการดำเนินกิจการแทนได้ซึ่งจะเกิดปัญหาว่าผู้ให้กู้หรือบุคคลอื่นจะเข้าสวมสิทธิในการดำเนินกิจการได้อย่างไร มีข้อจำกัดในด้านความสามารถของผู้ให้กู้ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการเข้าสวมสิทธิในบัตรอนุญาตในลักษณะต่างๆซึ่งบางเรื่องก็เป็นกรณีที่ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของผู้ได้รับการอนุญาต

(3) ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันซึ่งเป็นผู้ดูแลและบริหารกิจการอาจทำให้กิจการได้รับความเสียหายปัญหาดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการประกาศใช้บังคับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจในส่วนที่เกี่ยวกับการนำกิจการเป็นหลักประกันเท่านั้น เท่านั้นยังมีประเด็นอื่นๆที่น่าสนใจที่สมควรนำมาศึกษาวิเคราะห์อีกเพื่อแก้ไขปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ...

เมื่อพิจารณาถึงจุดอ่อนของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันของไทยแล้ว หากไปพิจารณาคูประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีการจัดทำประมวลแพ่งเอกรูป (Revised Uniform Commercial Code) เพื่อเป็นแบบอย่างได้แต่ละมลรัฐ นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายใช้ภายในแต่ละมลรัฐ โดยในส่วนการนำเอาทรัพย์สินเป็นหลักประกัน (Secured Transaction) บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกา ได้รับการพัฒนามาเป็นอย่างดี โดยได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมาย Floating Charge ของอังกฤษ ส่วนในยุโรปก็ได้มีการจัดทำ Model Law on Secured Transaction เพื่อเป็นกฎหมายตัวอย่างให้ประเทศในยุโรปนำไปเป็นแม่บทสำหรับในแต่ละประเทศจะนำไปปรับใช้ ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศไทยที่ใช้ Model Law เป็นต้นแบบในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ การศึกษาวิเคราะห์การบังคับคดีกิจการที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ...รวมทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า จำนองและจำนำโดยเปรียบเทียบกับประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของมาตรา 9 ประมวลกฎหมายแพ่งเอกรูปของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Model Law on Secured Transactions ของยุโรป จึงยอมทำให้นำมาเป็นข้อพิจารณาในการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดีแก่กิจการที่เป็นหลักประกันให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไปในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงความหมาย แนวความคิดเกี่ยวกับการนำเอาทรัพย์สินรวมถึงกิจการเป็นหลักประกันและทฤษฎีการบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินซึ่งหลักประกัน

1.2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อทั้งกิจการตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อทั้งกิจการ

1.2.4 เพื่อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันทั้งกิจการ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

โดยที่ในการขอสินเชื่อต่อสถาบันการเงิน ผู้ประกอบการซึ่งต้องใช้เงินทุนเป็นจำนวนมากเพื่อใช้ดำเนินการธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการจำเป็นต้องเอาทรัพย์สินทั้งกิจการใช้เป็นหลักประกันต่อสถาบันการเงิน ซึ่งหากพิจารณามาตรการทางกฎหมายในการนำเอาทรัพย์สินเป็นหลักประกันของไทยจะเห็นได้ว่าจำกัดเฉพาะการจำนองและจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งกฎหมายพิเศษบางฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เป็นต้น ทั้งนี้ผู้ประกอบการจำเป็นที่จะต้องนำเอาทรัพย์สินทั้งหมดที่เป็นของกิจการไปดำเนินการตามกฎหมายประกันด้วยทรัพย์สินในแต่รายการ แต่หากผู้ประกอบการผิคนัดชำระหนี้และสถาบันการเงินฟ้องร้องรวมทั้งบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน สถาบันการเงินย่อมที่จะบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในแต่ละรายการ แต่หากทรัพย์สินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งจดทะเบียนจำนองซ้อนกันหลายราย การบังคับคดีก็ย่อมมีความยุ่งยาก ทั้งนี้ หากพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในภาคบังคับคดีย่อมจะเห็นได้ว่ายังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับคดีในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันทั้งกิจการได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาและหามาตรการทางกฎหมายในการบังคับคดีทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันทั้งกิจการที่เหมาะสม

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตการศึกษาในการนำกิจการเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ....รวมทั้งประมวลกฎหมายแพ่งเอกรูป มาตรา 9 ของสหรัฐอเมริกา (Revised Uniform Commercial Code Section 9) และ Model Law on Secured Transactions ของยุโรป และกฎหมายหลักประกันของอังกฤษ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากหนังสือ บทความ งานวิจัย และคำพิพากษาของศาลทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยนำมาวิเคราะห์ตามระเบียบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงความหมาย แนวความคิดเกี่ยวกับการนำเอาทรัพย์สินรวมถึงกิจการเป็นหลักประกันและทฤษฎีการบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินซึ่งหลักประกัน

1.6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อทั้งกิจการตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อทั้งกิจการ

1.6.4 ทำให้ได้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นหลักประกันทั้งกิจการ

บทที่ 2

ความหมายและแนวความคิดของ การบังคับคดีทรัพย์สินหลักประกันการชำระหนี้

สำหรับในบทที่ 2 จะได้ศึกษาถึงความหมายของหลักประกันทางกฎหมาย การแบ่งประเภทของหลักประกัน ตลอดจนความสำคัญของการนำกิจการเป็นหลักประกันในลักษณะ Project Finance เพื่อเป็นความคิดพื้นฐานในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการนำเอากิจการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.

2.1 การนำเอากิจการเป็นหลักประกัน

2.1.1 ความหมายของการนำกิจการเป็นหลักประกัน (enterprise charge)

เป็นกรณีที่ผู้ให้หลักประกันนำเอากิจการซึ่งประกอบด้วยทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการมาเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้หรือสถาบันทางการเงิน

ทั้งนี้ ในการนำเอากิจการเป็นหลักประกันจะครอบคลุมทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการไม่ว่าจะเป็น

- 1) อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ส่วนควบของที่ดิน รวมทั้งสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวกับที่ดิน
- 2) สงหาริมทรัพย์ ได้แก่ ทรัพย์สินที่สามารถจับต้องและยึดถือได้ทางกายภาพ
- 3) ทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ความลับทางการค้า เป็นต้น
- 4) สิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้ของกิจการ
- 5) ทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคต ฯลฯ

2.1.2 รูปแบบของการนำกิจการเป็นหลักประกัน

โดยมากจะมักมีการทำสัญญาหลักประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้และมีการจดทะเบียนทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันเพื่อเป็นหลักฐานในการเปิดเผยให้แก่บุคคลภายนอกที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้รับรู้

2.1.3 กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

โดยจะต้องมีการกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน ได้แก่ การใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกัน รวมไปถึงหน้าที่ในการรักษาทรัพย์สินที่ให้เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกัน เป็นต้น⁵

2.1.4 การผิณฑ์ชำระหนี้ของลูกหนี้

ในกรณีที่ลูกหนี้ผิณฑ์ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะต้องดำเนินการต่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างไร

2.1.5 การบังคับคดี

โดยที่ทรัพย์สินที่เป็นกิจการที่นำมาใช้หลักประกันมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากหลักประกันอื่นๆ จึงต้องมีการบังคับคดีที่แตกต่างจากการบังคับคดีในทรัพย์สินอื่นๆ

2.2 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับหนี้

2.2.1 ทฤษฎีหนี้โดยทั่วไป

1) **ทฤษฎีเจตนา หรือทฤษฎีอัตตวิสัย (The Will Theory of The Subjective Theory)** ทฤษฎีเจตนาหรือทฤษฎีอัตตวิสัยเป็นทฤษฎีดั้งเดิม ซึ่งเน้นความสำคัญของเจตนาว่าเป็นปัจจัยสำหรับหนี้ทุกประเภท ความผูกพันทางกฎหมาย (legal bond) ซึ่งก่อให้เกิดหนี้ เป็นความสัมพันธ์ระหว่าง “หน้าที่” กับ “สิทธิเรียกร้อง” อันเกิดจากเจตนาของบุคคล 2 ฝ่าย สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ เป็นสิทธิประเภทบุคคลสิทธิ ซึ่งผู้ทรงสิทธิมีเจตนาจะควบคุมการปฏิบัติของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถูกผูกมัดไว้ ทฤษฎีนี้อธิบายหนี้ในแง่ของสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ (credit-right) หรืออำนาจของเจ้าหนี้ที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และลูกหนี้มีเจตนาขอมงานต่อเจ้าหนี้ อันเป็นการสมยอมในแง่ของอัตตวิสัย

2) **ทฤษฎีภาวะวิสัย (The Objective Theory)** ทฤษฎีนี้เกิดจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันซึ่งไม่ยอมรับทฤษฎีดั้งเดิมโดยถือว่าหนี้เป็นความสัมพันธ์ทางด้านภาวะวิสัยระหว่างกองทรัพย์สิน 2 กอง มิใช่เป็นเรื่องสิทธิส่วนตัวของเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ทฤษฎีนี้วิเคราะห์หนี้ด้วยการเอาสภาพบังคับของกฎหมายเป็นจุดเริ่มต้น สิ่งที่สำคัญของหนี้คือการที่ลูกหนี้ต้องจำนนต่อการถูกเจ้าหนี้ฟ้องคดี โดยถือว่า การที่สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้

⁵ อวาท โปธิ์ทอง. (2528). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 3. หน้า 121.

ต่างหากที่เป็นสาระสำคัญของหนี้ หาใช่หน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ของลูกหนี้ไม่ หน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้เป็นเพียงเหตุจูงใจหรือเหตุผลของหนี้เท่านั้น

แนวความคิดนี้สอดคล้องกับกฎหมายโรมัน เรื่องหนี้เหนือบุคคล (personal obligate) ซึ่งเจ้าหนี้มีอำนาจเหนือเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้และหนี้เหนือทรัพย์สิน (res obligate) ซึ่งเจ้าหนี้มีอำนาจเหนือทรัพย์สินที่จำนำ จำนอง ทั้งสองกรณีนี้เจ้าหนี้หาได้เข้าไปควบคุมเจตนาของลูกหนี้ ไม่แต่ตัวลูกหนี้หรือตัวทรัพย์สินเข้าไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ตามทฤษฎีเจตนาเมื่อไม่มีการชำระหนี้ ก็จะเริ่มต้นพิจารณาจากจุดที่ว่า ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้อย่างไร แต่ตามทฤษฎีภาวะวิสัยจะเริ่มต้นจาก “สิ่ง” ที่ต้องตอบสนองต่อสิทธิของเจ้าหนี้ คือตัวลูกหนี้เอง แม้ในปัจจุบันไม่อาจบังคับชำระหนี้เอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้ การฟ้องบังคับชำระหนี้จะต้องฟ้องบังคับเอาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ตาม แต่การฟ้องคดีก็ต้องฟ้องบังคับเอากับลูกหนี้ กองทรัพย์สินเป็นเพียงส่วนอุปกรณ์ของตัวลูกหนี้เท่านั้น และไม่อาจถูกบังคับแยกจากตัวลูกหนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งตัวลูกหนี้นั่นเองเป็นผู้ตกอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบในเรื่องหนี้

3) ทฤษฎีระบบคู่ (The Dualist Theory) ทฤษฎีนี้เป็นแนวความคิดใหม่ที่พัฒนามาจากกฎหมายเยอรมัน โบราณและกฎหมายโรมัน โดยถือว่าหนี้ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วน เกี่ยวโยงกันคือหน้าที่และความรับผิดชอบ แต่ก็มีหนี้บางอย่างไม่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบ และความรับผิดชอบบางอย่างไม่เกี่ยวข้องกับหนี้ เช่น ตัวประกันหนี้ในสมัยโบราณมีความรับผิดชอบโดยไม่มีหนี้ และลูกหนี้ในกรณีนี้มีแต่หนี้โดยไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะตัวประกันชำระหนี้แทน ในสมัยดั้งเดิมผู้ทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบโดยไม่มีหนี้เพราะสมัยนั้นให้มีการแก้แค้นกันได้ ยังไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายกัน แม้ว่าในปัจจุบันหน้าที่กับความรับผิดชอบผสมผสานกัน แต่ในบางกรณีก็ยังคงแยกกันไว้ได้ เช่น กรณีของสัญญาหมั้น และคำมั่นจะเข้าทำสัญญา เป็นต้น

ทฤษฎีนี้ถือว่าหนี้มีไซมิแต่เพียง “หน้าที่” อย่างเดียว ดังแนวความคิดของทฤษฎีเจตนา และมีไซมิว่าจะมีแต่ “ความรับผิดชอบ” อย่างเดียว ดังแนวความคิดของทฤษฎีภาวะวิสัย แต่เป็นการผสมผสานขององค์ประกอบ 2 ประการนั้น ทฤษฎีนี้มักถูกอ้างไปสนับสนุนว่า “หนี้ธรรมดา” นั้นลูกหนี้ไม่มีหน้าที่ต้องชำระ แต่มีความรับผิดชอบ ฉะนั้นเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ธรรมดาก็เรียกคืนไม่ได้

แนวความคิดของทฤษฎีนี้สอดคล้องกับแนวความคิดในคอมมอนลอว์ ที่ว่า สัญญาก่อให้เกิดหน้าที่ และหน้าที่เท่านั้นที่จะกลายเป็นพันธวิสัย หาใช่ความรับผิดชอบไม่ ส่วนละเมิดก่อให้เกิดความรับผิดชอบเท่านั้น หาได้ก่อให้เกิดหนี้ไม่ นอกจากนั้นในเรื่อง โอนสิทธิหน้าที่อาจกล่าวได้ว่าแม้หน้าที่อาจมอบหมายกันได้ ถ้าไม่มีลักษณะเป็นการส่วนตัว แต่ความรับผิดชอบหาอาจโอนกันไม่ได้

จะเห็นได้ว่าทฤษฎีเจตนาถือว่าหนี้เป็นความสัมพันธ์ของสิทธิ-หน้าที่ มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการชำระหนี้ การฟ้องคดีเป็นเรื่องของสภาพบังคับซึ่งอยู่นอกความสัมพันธ์ของหนี้ ส่วนทฤษฎีภาวะวิสัยไม่ถือว่าหนี้เป็นหน้าที่ แต่เป็นการตกอยู่ภายใต้สภาพถูกบังคับ ลูกหนี้ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้

หน้าที่ แต่ต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้ โดยเป็นวัตถุประสงค์ที่ต้องสนองต่อสิทธิของเจ้าหนี้ เรื่องหน้าที่ชำระหนี้ นั้นถือว่าเป็นเรื่องของศีลธรรมอยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ทางหนี้

ในทางทฤษฎี หน้าที่และความรับผิดชอบแยกกันได้ หน้าที่เป็นเรื่องที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติ ส่วนความรับผิดชอบเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ การที่ลูกหนี้มีหนี้ต้องชำระเงินจำนวนหนึ่ง เพราะลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอ หน้าที่มีอยู่อย่างไรก็มีอยู่อย่างนั้น แต่ความรับผิดชอบเปลี่ยนแปลงได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือข้อตกลงการแยกหน้าที่และความรับผิดชอบออกจากกันอาจทำให้เข้าใจเรื่องหนี้ได้ชัดเจนขึ้น แต่ประโยชน์ในทางปฏิบัติมีน้อย หน้าที่และความรับผิดชอบเป็นเรื่องที่มองกันคนละแง่มุม และเป็นคนละขั้นตอนของกฎหมายยิ่งกว่าเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมาย 2 เรื่องที่แยกจากกันหน้าที่ไม่อาจมีอยู่ได้โดยไม่มีมาความรับผิดชอบ และไม่อาจมีความรับผิดชอบโดยปราศจากหน้าที่ ทั้ง 2 เรื่องเกี่ยวโยงกัน และเป็นส่วนหนึ่งของกันและกัน

2.2.2 คำจำกัดความของหนี้

คำว่า “หนี้” คำนี้แม้จะเป็นคำไทย แต่ความหมายและแนวความคิดในเรื่องหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หาใช่ของไทยเราเองไม่ เราเอาแนวความคิดเรื่องหนี้มาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันอีกต่อหนึ่ง หนี้คำนี้จึงเป็นคำแปลของสิทธิชนิดหนึ่งซึ่งเรียกกันในกฎหมายโรมันว่า obligation ถ้าจะแปลสั้นๆ ตามถ้อยคำก็คงแปลได้ว่าเป็น “ภาระ” หรือ “หน้าที่” คำว่าหนี้มีความหมายเป็น 2 ทาง ทำนองเดียวกับเหรียญซึ่งมี 2 ด้าน ความหมายทางหนึ่งหมายถึง “สิทธิ” ซึ่งเรียกว่าสิทธิเรียกร้อง เป็นความหมายซึ่งมองทางด้านเจ้าหนี้ หรือผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ แต่ความหมายของคำว่าหนี้อีกทางหนึ่งหมายถึง “ภาระหนี้” หรือความเป็นหนี้ ซึ่งเป็นการมองจากทางด้านลูกหนี้ผู้มีความผูกพันจะต้องชำระหนี้ มองทางด้านเจ้าหนี้ “หนี้” ถือว่าเป็น “สินทรัพย์” (assets) อันเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ แต่เมื่อมองทางด้านลูกหนี้ “หนี้” ก็เป็นความรับผิดชอบทางการเงินของลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม หนี้เป็นจริงหนี้ที่เกิดจากสัญญา มักจะไม่ได้มีหนี้อย่างเดียว มักจะมีหลายอย่างและคู่สัญญาอาจมิได้เป็นเฉพาะเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ แต่มักจะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วย ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขาย ผู้ขายเป็นเจ้าของหนี้ที่จะได้รับชำระราคาของที่ขาย แต่ขณะเดียวกันก็เป็นลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์ที่ขาย ส่วนผู้ซื้อก็เป็นเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์ และเป็นลูกหนี้ที่จะต้องชำระราคาทรัพย์ให้แก่ผู้ขายด้วย

พระยาเทพวิฑูร กล่าวไว้ว่า คำว่าหนี้ที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตรงกับคำว่า obligation ซึ่งเคยมีผู้แปลใช้ต่างๆ กัน เดิมทีเดิยมีผู้แปลว่า ความจำต้องทำ ต่อมาแปลกันว่า หน้าที่ทางแพ่ง ต่อมาอีกสมัยหนึ่งแปลว่า หนี้ หรือความเป็นหนี้ และต่อมามีผู้แปลว่า พันธธรรม ในที่สุดจึงกลับมาใช้คำว่าหนี้

คำว่าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องไม่นำไปปะปนกับคำว่า “หนี้” หรือ “นี้” ซึ่งเราเคยใช้มาแต่เดิม ตั้งแต่ในสมัยอยุธยา ซึ่งหมายถึงการเอาเงินเอาทองของเขามาแล้ว ยอมตัวลงเป็นทาส หรือความหมายต่อ ๆ มาซึ่งขยายไปถึงการกู้หนี้ยืมสิน

ตามกฎหมายเก่าไม่มีบทกฎหมายที่ใช้คำว่า “หนี้” หรือ “เจ้าหนี้” ผู้ที่มีความผูกพันกัน ตามสัญญาอื่นนอกจากสัญญากู้ยืม ไม่ว่าจะเป็นผู้รับฝาก ผู้ยืม ผู้ขาย หรือผู้ซื้อ หาเรียกว่าเป็น “ลูกหนี้” ไม่ คนเหล่านี้เป็นเพียงผู้ถือสินท่าน และความผูกพันตามสัญญาเหล่านี้ก็ไม่เรียกว่าหนี้

หนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เอามาจาก obligation ตามกฎหมายโรมันนี้ มีความหมายกว้างกว่ากู้หนี้ยืมสินตามกฎหมายเก่าของเรา ในการกู้หนี้ยืมสินนั้นก็มีผู้ที่เป็นหนี้หรือ ลูกหนี้ ลูกหนี้มี “ภาระ” หรือ “หน้าที่” จะต้องชำระหนี้เหมือนกัน การกู้หนี้ยืมสินจึงรวมอยู่ในเรื่อง หนี้ที่เอามาจาก obligation ด้วย หนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายรวมถึง “ภาระ” หรือ “หน้าที่” ในกรณีอื่นๆ อีกมากมาย แต่ก็คงไม่รวมไปถึง “ภาระ” หรือ “หน้าที่” ทุกชนิด มิฉะนั้นหน้าที่หรือภาระอะไร ๆ ก็จะกลายเป็นหนี้ไปทั้งหมด

หนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ให้คำจำกัดความ แต่ได้บัญญัติถึงอำนาจของเจ้าหนี้ไว้ดังนี้

- 1) กระทำการ
- 2) งดเว้นกระทำการ หรือ
- 3) ส่งมอบทรัพย์สิน

ฎีกาที่ 3090/2538 ต. ทำสัญญาจะซื้อที่ดินพิพาทจากจำเลยร่วมที่ 1 ซึ่งเป็นผู้มีชื่อใน โฉนดที่ดินพิพาท และทำสัญญาจะขายที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 2 แต่ต่อมา ต.ให้จำเลยร่วมที่ 1 โอน ที่ดินพิพาทให้จำเลยร่วมที่ 2 และจำเลยร่วมที่ 2 โอนที่ดินพิพาทให้โจทก์ โดยรู้อยู่แล้วว่า ต.ได้ทำ สัญญาจะขายที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 2 ก็ตาม แต่จำเลยร่วมที่ 1 ไม่ใช่ลูกหนี้ของจำเลยที่ 2 เพราะ จำเลยร่วมที่ 1 ไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับจำเลยที่ 2 ฉะนั้นการที่จำเลยร่วมที่ 1 โอนที่ดินพิพาทให้ จำเลยร่วมที่ 2 จำเลยที่ 2 จึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมการโอนตาม ป.พ.พ.มาตรา 237 วรรคแรกได้ ต. ซึ่งทำสัญญาจะขายที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 2 โดยไม่มีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ในโฉนดที่ดินพิพาท ต.เพียงแต่ทำสัญญาจะซื้อที่ดินพิพาทจากจำเลยร่วมที่ 1 ซึ่งเป็นผู้มีชื่อเป็น เจ้าของกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินพิพาทเท่านั้นจำเลยที่ 2 จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับจำเลยร่วมที่ 1 จำเลยที่ 2 จึงไม่ใช่เจ้าหนี้ของจำเลยร่วมที่ 1 ทั้งมิใช่บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจะให้จำเลยร่วมที่ 1 จด ทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้จำเลยที่ 2 ได้ก่อน ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1300 จำเลยที่ 2 จึงไม่มีสิทธิฟ้อง ขอให้เพิกถอนนิติกรรมการโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างจำเลยร่วมที่ 1 กับจำเลยร่วมที่ 2 ได้

ฎีกาที่ 642/2518 การรับสภาพหนี้อันจะทำให้อายุความสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 นั้นต้องเป็นการรับสภาพหนี้ภายในกำหนดอายุความ การที่จำเลยเพียงแต่มีหนังสือแจ้งให้โจทก์ทราบว่าเป็นหนี้โจทก์อยู่เท่าใด และขอให้โจทก์ช่วยจัดการให้ ป. ชำระหนี้ที่ค้างให้แก่จำเลย แล้วจำเลยจะชำระหนี้ส่วนที่เหลือให้โจทก์ โดยโจทก์ก็ได้กระทำการอย่างใดอันเป็นการสนองรับ ข้อเสนอของจำเลยดังกล่าวหาใช่เป็นเรื่องการรับสภาพความรับผิดชอบโดยสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 188 วรรคท้ายไม่ หนี้การพนันชั้นต่อ ไม่ว่าจะเป็นการพนันที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หนี้ที่เกิดขึ้นจากการพนันไม่ ก่อให้เกิดมูลหนี้ที่จะฟ้องร้องได้ สิทธิเรียกร้องย่อมมีอายุความ เพราะฉะนั้นการใช้สิทธิติดตามเอา คืบในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ไม่ใช่การใช้สิทธิ เรียกร้อง เพราะไม่มีหนี้ต่อกัน จึงไม่มีอายุความ

ฎีกาที่ 3129/2536 โจทก์โอนที่ดินพร้อมตึกแถวพิพาทให้จำเลย เพื่อเป็นหลักประกัน การที่โจทก์รับวิทยุจากห้างหุ้นส่วนจำกัด ป. ไปจำหน่าย และคู่กรณีไม่มีหนี้ต่อกันแล้ว จำเลยจึงต้อง โอนที่ดินและตึกแถวคืนให้โจทก์ เช่นนี้เป็นการที่โจทก์ฟ้องติดตามเอาทรัพย์สินพิพาทคืน ซึ่งไม่มี กำหนดเวลา เว้นแต่จะถูกจำกัดเรื่องอายุความได้สิทธิ

ฎีกาที่ 7275/2537 ใบสำคัญรับเงินค่ากระเบื้องมิใช่สัญญาซื้อขายหรือจะซื้อขายใบสำคัญ รับเงินดังกล่าวไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องมีเอกสารมาแสดง การที่โจทก์นำสืบพยานบุคคล เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารดังกล่าวจึงไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังตาม ป.วิ.พ. มาตรา 94 อายุความตาม ป.พ.พ. มาตรา 448 ใช้บังคับเฉพาะกรณีฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิด แต่ คดีนี้โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 1 พนักงานของโจทก์ในตำแหน่งปลัดจังหวัดซึ่งเบิกเงินทรวงไปจาก โจทก์เพื่อจัดซื้อกระเบื้องตามกิจการพระราชดำริ และเมื่อจ่ายค่ากระเบื้องที่ซื้อแล้วมีเงินเหลือให้คืน เงินส่วนที่เหลือแก่โจทก์ อันเป็นการขอให้บังคับจำเลยที่ 1 คืนหรือใช้เงินของโจทก์ที่อยู่ในความ รับผิดชอบของจำเลยที่ 1 แก่โจทก์ จึงเป็นเรื่องที่เจ้าของทรัพย์สินฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนจากจำเลยที่ 1 ซึ่ง ไม่มีสิทธิจะยึดถือได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1336 ไม่มีกำหนดอายุความ

ฎีกาที่ 4033/2530 แม้โจทก์ผู้รับโอนสิทธิการเช่าจากเจ้าของเดิมยังไม่เคยเข้าครอบครอง ตึกแถวพิพาทซึ่งเป็นทรัพย์สินที่เช่าเลย แต่จำเลยผู้ครอบครองตึกแถวพิพาทได้ทำสัญญากับโจทก์ว่า จะยอมออกจากตึกแถวพิพาทภายในเวลาที่กำหนด เมื่อครบกำหนดแล้วจำเลยไม่ยอมออก จึงเป็น ฝ่ายผิดนัด โจทก์มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยได้โดยอาศัยสิทธิตามสัญญานั้น

ฎีกาที่ 2510/2516 ในขณะที่เกิดเหตุละเมิดขึ้นนั้น ห้างหุ้นส่วนจำกัด สหมิตรหล่ออย่างยัง มิได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญโจทก์ในฐานะผู้เป็น หุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนดังกล่าว ย่อมมีอำนาจฟ้องร้องจำเลยที่ 2 และที่ 3 ให้ร่วมรับผิดชอบในผลแห่ง การละเมิดซึ่งลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ที่ 3 ได้กระทำต่อทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนนั้นได้ และอำนาจ

ฟ้องหรือสิทธิเรียกร้องของโจทก์ที่มีต่อผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินนั้นเป็นบุคคลลึทธิ มิใช่ทรัพย์สินที่ติดตามไปกับตัวทรัพย์สิน เมื่อสิทธิดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว แม้ต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัด สหมิตรหล่อยางได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนนั้นก็ตาม อำนาจฟ้องหรือสิทธิเรียกร้องดังกล่าวก็หาโอนไปยังห้างหุ้นส่วนจำกัด สหมิตรหล่อยางด้วยไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ รถยนต์ของจำเลยที่ชนรถโจทก์ได้ประกันไว้กับบริษัทประกันภัย เมื่อเกิดเหตุแล้วตัวแทนบริษัทประกันภัยไปตรวจ เห็นว่ารถฝ่ายจำเลยผิดจึงได้รับรถโจทก์ไปซ่อมให้ ได้มีการไปทำบันทึกกันที่สถานีตำรวจมีข้อความตอนหนึ่งว่า ส่วนค่าเสียหายนอกจากการซ่อมซึ่งบริษัทประกันภัยรับผิดชอบ ตัวแทนของโจทก์จะไปเจรจาตกลงกันเองกับจำเลยที่ 2 ผู้เป็นเจ้าของรถคันที่เป็นฝ่ายชนต่อไป บันทึกนี้เป็นเพียงบันทึกระหว่างตัวแทนโจทก์กับตัวแทนบริษัทประกันภัยเท่านั้น โจทก์หาหมิ่นหน้าที่แจ้งให้จำเลยทราบไม่

ฎีกาที่ 2303/2533 โจทก์ซื้อทาวน์เฮาส์ พิพาทไว้เพื่อจะขายต่อเอากำไร และได้ชำระเงินค่าทาวน์เฮาส์ ให้แก่ผู้ขายครบถ้วนแล้ว แต่ยังมีได้จดทะเบียนโอนกัน ดังนั้นการที่โจทก์ให้บริษัทผู้ขายโอนทาวน์เฮาส์ให้แก่บริษัท ข. โดยตรงโดยโจทก์ได้รับค่าตอบแทนจาก อ. แม้มิได้ทำสัญญาซื้อขายก็มีความหมายเช่นเดียวกับการขายทาวน์เฮาส์ มิใช่เป็นการขายสิทธิในการซื้อทาวน์เฮาส์ตามที่โจทก์อ้าง และถือได้ว่าเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าหรือหากำไร โจทก์จึงเป็นผู้ประกอบการค้า ต้องเสียภาษีการค้าตามประมวลรัษฎากร มาตรา 77, 78 ประกอบด้วยบัญชีอัตราภาษีการค้าประเภทการค้า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 161 บัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปว่า ความรับผิดชอบขั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมของคู่ความในคดียอมตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดี ดังนั้น ศาลย่อมมีหน้าที่ต้องวินิจฉัยสั่งเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมตามกฎหมายอยู่แล้ว แม้จำเลยจะมีได้มีคำขอเกี่ยวกับค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นอุทธรณ์ศาลอุทธรณ์ก็มีหน้าที่ต้องสั่งเกี่ยวกับเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมด้วย

ฎีกาที่ 515/2525 จำเลยขายฝากเรือนเลขที่ 126 แก่โจทก์ ต่อมาระหว่างอายุสัญญาจำเลยรื้อเรือน แล้วสร้างเป็นเรือนหลังใหม่ในที่เดิม โดยใช้ไม้ของเรือนหลังเดิมบางส่วนและใช้บ้านเลขที่ 126 ตามเดิม ดังนี้ ถือได้ว่าเรือนหลังเดิมซึ่งตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์ตามสัญญาขายฝากและเป็นวัตถุแห่งหนี้ได้สิ้นสภาพไปแล้ว เรือนหลังใหม่คือเรือนพิพาทยอมไม่ตกอยู่ในบังคับของสัญญาขายฝาก โจทก์ไม่มีกรรมสิทธิ์ในเรือนพิพาท ไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยออกจากเรือนพิพาท คงมีอำนาจที่จะว่ากล่าวแก่จำเลยในกรณีที่ว่าจำเลยรื้อเรือนหลังเดิม อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาขายฝากเท่านั้น

ฎีกาที่ 803/2539 กรมสรรพากรผู้ร้องได้แจ้งการประเมินภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาและภาษีการค้าไปยังผู้จัดการมรดกของจำเลยเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2535 ผู้จัดการมรดกของจำเลยได้รับหนังสือแจ้งการประเมินดังกล่าวแล้วไม่นำเงินภาษีอากรชำระให้ผู้ร้อง ผู้ร้องยอมสามารถใช้อำนาจ

ได้ สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาท และสัญญาซื้อขายที่ดินพิพาททั้งสองฉบับ จำเลย สามี่จำเลยและ บุตรรู้เห็นการทำสัญญาทั้งสองฉบับ วัตถุประสงค์แห่งหนึ่งกับวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งเป็นอย่างเดียวกัน คือการ โอนที่ดินพิพาทในราคาและกำหนดเวลาเดียวกัน ทั้งเมื่อทำสัญญาซื้อขายที่ดินพิพาทกันแล้ว ได้มี การเปิดทางให้ตามที่มีข้อตกลงในสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทนานถึง 2 ปีเศษ แม้ตามสัญญาซื้อ ขายที่ดินพิพาทจำเลยร่วมเป็นผู้ซื้อมิใช่จำเลย และไม่มีข้อตกลงเปิดทางก็ตาม โดยพฤติการณ์ย่อม แสดงว่าจำเลยทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของจำเลยร่วม และเท่ากับเป็นการตกลงโดยปริยายของจำเลย ร่วมยอมรับและถือเอาข้อตกลงเรื่องเปิดทางตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทเป็นข้อตกลง ระหว่างโจทก์กับจำเลยร่วมด้วย ข้อตกลงเปิดทางตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาท มีลักษณะ คล้ายภาระจำยอมอันเป็นทรัพย์สิน ถ้าไม่จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่บริบูรณ์ เป็นทรัพย์สินตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 แต่ก็เป็นอันใช้ได้ระหว่างคู่สัญญาซึ่งรวมทั้งโจทก์กับ จำเลยร่วมด้วยในฐานะบุคคลสิทธิ

ฎีกาที่ 446/2541 เดิม ค.สามี่โจทก์ที่ 1 และ โจทก์ทั้งสองได้ใช้ทางเดินบนที่ดินของ พ. ทางด้านทิศตะวันออกออกสู่ทางสาธารณะโดยสงบและเปิดเผยติดต่อกันเกินกว่า 10 ปี ที่ดินของ พ. ดังกล่าวจึงตกเป็นภาระจำยอมแก่ที่ดินของ ค.ตาม ป.พ.พ.มาตรา 1401 ประกอบกับมาตรา 1382 ต่อมา พ.ขอให้ ค.ย้ายทางภาระจำยอมเดิมมายังทางพิพาทเพื่อประโยชน์ของ พ. ซึ่งประสงค์จัดสรร ที่ดินขาย ทางพิพาทจึงตกเป็นภาระจำยอมแทนทางเดิม ตาม ป.พ.พ.มาตรา 1392 เมื่อโจทก์ได้รับ โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินสามยทรัพย์มาจาก ค. และโจทก์ที่ 2 ได้รับ โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินสามยทรัพย์ มาจากโจทก์ที่ 1 โจทก์ทั้งสองจึงมีสิทธิฟ้องบังคับให้จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นผู้รับโอนที่ดินจาก พ. ซึ่งมี ทางพิพาทอันเป็นภาระทรัพย์ให้เปิดทางพิพาทและจดทะเบียนภาระจำยอมให้แก่ที่ดินของ โจทก์ทั้ง สองได้ เพราะการจดทะเบียนภาระจำยอมนั้นถือว่าเป็นการอันจำเป็นเพื่อรักษาและใช้ภาระจำยอม ประการหนึ่ง ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1391วรรคแรก โจทก์ทั้งสองใช้ทางเดินในที่ดินของ พ. โดยความ สงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาให้เป็นทางภาระจำยอมมิใช่ถือวิสาสะ จนได้ภาระจำยอมโดยอายุ ความแล้ว แม้โจทก์ที่ 1 จะทราบหรือไม่ทราบระหว่างโจทก์ที่ 1 หรือ ค.เจ้าของที่ดินเดิมที่โจทก์ที่ 1 รับโอนที่ดินมา ผู้ใดเป็นผู้ได้สิทธิภาระจำยอมตามกฎหมาย ก็ไม่ใช่สาระสำคัญ เหตุที่ พ.ขอให้ ค. ย้ายทางภาระจำยอมนั้นเนื่องจาก พ.จะนำที่ดินแปลงที่เป็นภาระทรัพย์มาจัดสรรขาย ดังนั้นการย้าย ทางภาระจำยอมไปใช้ทางพิพาทจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ พ. การย้ายทางภาระจำยอมดังกล่าวไม่ มีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ และการที่ ค.เจ้าของที่ดินแปลง ที่เป็นสามยทรัพย์ตกลงจ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ พ.ก็เป็นค่าตอบแทนในส่วนที่ ค.จะได้ใช้ทาง พิพาทกว้างขึ้นจากเดิมนั้น คู่กรณีย่อมสามารถตกลงกันด้วยความสมัครใจได้ ตาม ป.พ.พ.มาตรา 1392 โจทก์ทั้งสองจึงสามารถสืบพยานบุคคลถึงข้อตกลงดังกล่าวเพื่ออธิบายประกอบให้เห็นถึง เจตนารมณ์ของคู่กรณีได้ โจทก์ทั้งสองได้ใช้ทางพิพาทจนได้สิทธิภาระจำยอมในที่ดินของจำเลย

โดยอายุความ และโจทก์ฟ้องโดยอาศัยสิทธิที่ได้ภาระจำยอมในทางพิพาทโดยอายุความ มิใช่ฟ้องโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่าง ค.กับโจทก์ แม้ว่า ค.จะผิดสัญญาการชำระเงินหรือไม่ก็ตาม ก็หาทำให้สิทธิภาระจำยอมในทางพิพาทของโจทก์ทั้งสองที่มีอยู่สิ้นไปไม่ การที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ทางพิพาทตกเป็นภาระจำยอมแก่ที่ดินของโจทก์ทั้งสองทุกแปลง ตามรายละเอียดในแผนที่เอกสารหมาย จ.1 ที่โจทก์อ้างส่ง แต่ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ระบุเลขโฉนดที่ดินของโจทก์ที่ 1 ไม่ครบทุกแปลงโดยไม่ระบุที่ดินตามฟ้องของโจทก์ที่ 1 ด้วย ย่อมทำให้คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในส่วนที่ดินของโจทก์ที่ 1 แปลงดังกล่าวนั้นไร้ผล เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยและแก้ไขเสียให้ถูกต้องได้ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 142 (5) การหย่าคู่สมรสไม่จำเป็นต้องไปแสดงเจตนาต่อนายทะเบียน ดังนั้นคำของของโจทก์ที่ให้ศาลพิพากษาให้จำเลยไปจดทะเบียนหย่ากับโจทก์ หากจำเลยไม่ไปให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของจำเลยนั้น ศาลบังคับให้ไม่ได้

ฎีกาที่ 2754/2540 ฟ้องโจทก์ได้บรรยายแล้วว่า ส.ลูกจ้างโจทก์ปล่อยปลละเลยไม่กระทำการตามหน้าที่อย่างไร ผิดข้อบังคับอย่างไร และจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างไร ซึ่งเป็นเหตุให้สินค้าของโจทก์ขาดหรือสูญหายไป ซึ่งจำเลยผู้ค้าประกันการทำงานของ ส.ต้องรับผิดชอบ ดังนี้ ฟ้องของโจทก์ได้แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาและข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาแล้ว ฟ้องโจทก์จึงไม่เคลือบคลุม โจทก์ฟ้อง ส.กับพวกในคดีของศาลแรงงานกลาง โดยบรรยายฟ้องว่า ส.กับพวกเป็นลูกจ้างของโจทก์ตำแหน่งผู้จัดการ มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการจัดการกิจการและดำเนินงานของโจทก์ ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามระเบียบข้อบังคับและคำสั่งของโจทก์ ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย กล่าวคือ มีหน้าที่เก็บรักษาตรวจสอบจัดทำทะเบียนคุมสินค้าและวัสดุของโจทก์ตามระเบียบข้อบังคับ แต่หาได้ปฏิบัติเช่นนั้นไม่ เป็นเหตุให้สินค้าและวัสดุของโจทก์ขาดหรือสูญหายไป นับว่าเป็นมูลละเมิดระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเกี่ยวกับการทำงานตามสัญญาจ้างแรงงาน หาใช่เป็นมูลละเมิดอย่างเดียวไม่ แต่มีมูลเป็นการผิดสัญญาจ้างแรงงานรวมอยู่ด้วย เมื่อสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การผิดสัญญาจ้างแรงงาน ไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความไว้โดยเฉพาะ จึงต้องใช้อายุความทั่วไป คืออายุความ 10 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/30 เมื่อคณะกรรมการดำเนินการของโจทก์ประชุมมีมติให้ ส.ใช้บุคคลค้าประกันเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะจัดหาที่ดินมาจ้างเองเป็นประกันแทน ต่อมา ส.ได้จัดหาที่ดินมาจ้างเองแล้วโดยจำเลยที่ 2 เป็นผู้นำที่ดินมาจ้างเอง ดังนั้น สัญญาค้าประกันที่จำเลยที่ 1 ทำไว้กับโจทก์ย่อมสิ้นความผูกพันนับแต่จำเลยที่ 2 นำที่ดินมาจ้างเองจำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ค้าประกันตามสัญญาค้าประกันต่อโจทก์

ฎีกาที่ 5398/2538 ตามคำฟ้องของโจทก์มิได้บรรยายให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญาฝากทรัพย์ ฟ้องโจทก์มีแต่เรื่องละเมิด เรื่องฝากทรัพย์จึงไม่เป็นประเด็นแห่งคดี ศาลจะพิพากษาให้บังคับชำระหนี้ตามสัญญาฝากทรัพย์ไม่ได้ และเรื่องฝากทรัพย์มิใช่เป็นข้อที่โต้แย้งว่ากันมาแล้วในศาลชั้นต้น ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 225 การที่ศาลอุทธรณ์หยิบยกเรื่องสัญญาฝากทรัพย์ขึ้นวินิจฉัยนั้นจึงเป็นการไม่ชอบ แต่พยานหลักฐานในสำนวนเพียงพอแก่การวินิจฉัยคดี ศาลฎีกาจึงเห็นควรพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยไม่ต้องย้อนสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาพิพากษาคดีใหม่ จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย จำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 เป็นเจ้าหน้าที่แต่งกายเช่นเดียวกับจำเลยที่ 1 ยืนเก็บบัตรจอดรถและปล่อยรถยนต์ออกจากอาคารจอดรถ จำเลยที่ 5 เป็นเจ้าของอาคารจอดรถ อาคารจอดรถของจำเลยที่ 5 มีทางเข้า 1 ทาง ทางออก 1 ทาง ปากทางมีเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยยืนอยู่ที่คอกกั้นคอยเก็บเงิน 5 บาท พร้อมกับออกบัตรค่าเช่าที่จอดรถราคา 5 บาท โดยจดทะเบียนรถไว้ในบัตรด้วย ซึ่งที่ด้านหน้าบัตรตอนล่างมีข้อความว่าบริการรักษาความสะอาดและรักษาความปลอดภัย ด้านหลังของบัตรมีข้อความว่า 1. ผู้ขับขี่ต้องเก็บบัตรไว้กับตัว เพื่อป้องกันรูดหาย 2. กรุณาคืนบัตรทุกครั้ง ก่อนออกจากบริเวณที่จอดรถ ฯลฯ 6. บัตรสูญหายหรือไม่นำมาแสดงบริษัทจะไม่อนุญาตให้นำรถออกจนกว่าจะหาหลักฐานมาแสดงจนเป็นที่พอใจ และในที่จอดรถมีเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยเดินตรวจตรา ที่กำแพงบริเวณลานจอดรถก็มีคำเตือนว่า กรุณาอย่าลืมบัตรจอดรถเพราะรถยนต์อาจสูญหาย สำหรับทางขาออกมีเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยยืนอยู่ที่คอกกั้นคอยตรวจรับบัตรและปล่อยรถออก พฤติการณ์ดังกล่าวแม้จะปรากฏว่าผู้มาใช้บริการที่จอดรถจะเป็นผู้เลือกที่จอดรถเอง ดูแลปิดประตูรถและเก็บกุญแจรถไว้เอง และที่บัตรค่าเช่าจอดรถด้านหลังจะมีข้อความว่า หากมีการสูญหายหรือเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นทุกกรณี ผู้ครอบครองต้องรับผิดชอบเองทุกประการก็ตาม แต่ก็ย่อมจะทำให้ผู้ใช้บริการจอดรถโดยทั่วไปเข้าใจได้ว่าที่อาคารจอดรถของจำเลยที่ 5 นี้ มีบริการรักษาความเรียบร้อย ความปลอดภัยสำหรับรถยนต์ที่จะนำรถเข้ามาจอดขณะมาติดต่อบริการหรือซื้อสินค้าที่ห้างสรรพสินค้าของจำเลยที่ 5 โดยรับดูแลความเรียบร้อย ความปลอดภัยทั้งขณะที่รถจอดอยู่ในอาคารและขณะที่รถจะออกจากอาคาร ซึ่งผู้ที่มีใช้เจ้าของรถและถือบัตรค่าเช่าที่จอดรถจะลักลอบนำรถออกไปไม่ได้ เพราะจะมีเจ้าหน้าที่คอยตรวจสอบก่อน ทั้งนี้โดยที่ผู้ใช้บริการที่จอดรถจะต้องเสียเงิน 5 บาทเป็นค่าตอบแทน การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำก่อน ๆ ของจำเลยทั้งห้า ก่อให้เกิดหน้าที่แก่จำเลยทั้งห้าต้องดูแลรักษาความเรียบร้อย ความปลอดภัยแก่รถยนต์ที่นำเข้ามาจอดจำเลยที่ 1 มีหน้าที่รักษาความปลอดภัยเกี่ยวกับอาคารสถานที่ตลอดจนรถยนต์ที่เข้ามาจอดและความเรียบร้อยโดยทั่วไป ไม่ปรากฏว่ามีหน้าที่โดยเฉพาะในการป้องกันการโจรกรรมรถยนต์ และไม่ปรากฏว่าเหตุโจรกรรมรถยนต์ของโจทก์ได้เกิดต่อหน้าจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 1 จึงเว้นป้องกันการโจรกรรมรถยนต์นั้น การที่รถยนต์ของโจทก์ถูกลักไปจะถือว่าเกิดจากการที่จำเลยที่ 1 เว้นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันผลการโจรกรรมรถยนต์นั้นไม่ได้ จำเลย

ที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ฐานละเมิดตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ยื่นเก็บเงิน ออกบัตร จดทะเบียนรถลงในบัตร และตรวจบัตรขณะที่ยังรถยนต์ออกจากลานจอดรถอยู่ที่คอกกั้นตรงทางเข้าออกลานจอดรถ หน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 จึงเกี่ยวกับการป้องกันไม่ให้ผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของรถนำรถออกไปจากลานจอดรถหรือป้องกันการโจรกรรมรถยนต์โดยตรง ซึ่งที่ลานจอดรถและที่ด้านหลังบัตรจอดรถ มีข้อความว่า ผู้ใช้บริการลานจอดรถจะต้องเก็บรักษาบัตรไว้เพื่อตรวจขณะนำรถออกจากลานจอดรถ มิฉะนั้น บริษัทจะไม่ยอมให้นำรถออกไปจนกว่าจะหาหลักฐานอื่นมาแสดงยืนยัน เมื่อทางเข้าออกลานจอดรถมีอยู่ทางเดียว หากจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ซึ่งอยู่ที่คอกกั้นตรวจบัตรอย่างเคร่งครัดก็ยากที่รถยนต์ของโจทก์จะถูกลักไปได้ การที่จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 มีระมัดระวังตรวจบัตรจอดรถโดยเคร่งครัด อันเป็นการงดเว้นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันการโจรกรรมรถยนต์เป็นผลโดยตรงทำให้รถยนต์ของโจทก์ถูกลักไป และเป็นการประมาทเดินเล่อ จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ เมื่อจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 5 กระทำละเมิดในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 5 จำเลยที่ 5 นายจ้างย่อมต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ต่อโจทก์ด้วย ตาม ป.พ.พ. มาตรา 425

2.2.3 ทฤษฎีการบังคับชำระหนี้

เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเลือกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ซึ่งถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอต่อศาล ให้สั่งบังคับชำระหนี้ โดยมีกองทุนทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น ให้แก่เจ้าหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 194, 213 และ 214

ทั้งนี้ หลักทั่วไปมีอยู่ว่า " ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ตกเป็นประกันในการชำระหนี้ " ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย " มาตรานี้เป็นเพียงรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ให้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากกองทุนทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น หากได้ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการดำเนินการเหนือกองทุนทรัพย์สินลูกหนี้ไม่ ทั้งนี้เป็นเพราะสิทธิทางหนี้ (OBLIGATORY RIGHT) เป็นสิทธิเรียกร้อง ซึ่งในการใช้สิทธินั้นเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการ โดยการเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ จะไปบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิโดยพลการไม่ได้ จึงทำให้ลูกหนี้มีอิสระที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนได้ ดังนั้น ทรัพย์สินอันเป็นประกันในการชำระหนี้ตามมาตรานี้จึงเป็นหลักประกันอันเลื่อนลอย ซึ่งในบางกรณีเจ้าหนี้ก็อาจจะไม่สามารถบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เลย กฎหมายจึงกำหนดมาตรการบางประการขึ้นเพื่อควบคุมกองทุนทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้หรือการเพิกถอน การฉ้อฉล ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ มาตรา 233, 237 ฯลฯ เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับการชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้

การบังคับชำระหนี้เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ทำให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้ จะได้รับการชำระหนี้ ก็ได้อาศัยหลักการบังคับชำระหนี้ 3 กล่าวคือ บุคคลเมื่อตกลงกันอันเกิดเป็นสัญญา หรือในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น จำเป็นต้องมีกระบวนการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อสัญญานั้น หรือ เยียวยาความเสียหายอันเกิดแต่การผิดสัญญาหรือการละเมิดนั้น เจ้าหนี้มีอาจกระทำขึ้นเองได้ ต้องอาศัยอำนาจรัฐเป็นผู้เข้ามาดำเนินการแทน ดังนั้น ศาลจึงเป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือข้อสัญญา หรือการเยียวยาความเสียหายดังกล่าว เพื่อมิให้บุคคลใช้กำลังกันเอง หลักการบังคับชำระหนี้ เป็นหลักการซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายทุกระบบหลักการบังคับชำระหนี้ อาจมีความแตกต่างกันบ้าง เพราะความเป็นมาของระบบกฎหมายและนิติวิธี (Juristic method) ที่แตกต่างกัน แต่มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันคือเป็นกระบวนการที่บังคับให้ลูกหนี้ ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ และความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 208,215)

การบังคับชำระหนี้โดยทั่วไป อาจแบ่งได้ 2 ประการ คือการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (SPECIFIC PERFORMANCE) และการบังคับชำระหนี้โดยค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ การบังคับชำระหนี้ที่มีวิธีการให้ลูกหนี้กระทำการที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่เจ้าหนี้ต้องการ หรือการบังคับชำระหนี้กันอยู่อย่างใด ก็ขอให้บังคับชำระหนี้เช่นนั้น ซึ่งเป็นผลธรรมดาแห่งหนี้ (Normal Execution) เรียกว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งหนี้ เป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียหายอย่างไรเป็นเรื่องของการบังคับชำระหนี้ โดยค่าสินไหมทดแทนเป็นผลผิดธรรมดาของหนี้ (Abnormal Execution)¹

1) แนวความคิดในระบบกฎหมาย Civil Law มีแนวความคิดการบังคับชำระหนี้ซึ่งยึดถือตามกฎหมายโรมัน ถือว่าเมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง ย่อมหวังว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น ก็มีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา 2 เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาได้ อันเป็นการบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง อาทิ ผู้ซื้อก็หวังจะให้ผู้ขายโอนทรัพย์สินที่ขายให้ นายจ้างก็หวังที่จะให้ลูกจ้างทำงานให้ตามที่ตกลงกัน โดยหลักทั่วไปแล้วคู่สัญญาย่อมมีสิทธิบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นในกรณีที่ไม่วางไว้ในวิสัยที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้โดยตรง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน จึงจะมีการชำระค่าเสียหายทดแทนหรือเป็นการเพิ่มเติม

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมาย Civil Law มีแนวความคิดเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ โดยมุ่งบังคับคู่สัญญาที่จะให้มีการปฏิบัติตามชำระหนี้กันตามข้อสัญญาอย่างจริงจัง และป้องกันมิให้มีการผิดสัญญา อันเป็นการคำนึงถึงความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (sanctity of contract) และหน้าที่ในทางศีลธรรม (moral obligation) ที่จะต้องเคารพและรักษาคำมั่นสัญญาที่ได้ให้ต่อกันไว้ถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)

2) แนวความคิดในระบบกฎหมาย Common Law ตามหลักกฎหมายลักษณะสัญญาของระบบ Common Law นั้น เดิมถือว่าเพียงแต่มีสัญญาเกิดขึ้น ยังหาอาจฟ้องร้องตามสัญญาได้ไม่ จะต้องมีการผิดสัญญากันเสียก่อนจึงจะสามารถฟ้องร้องกันได้และฟ้องร้องกันได้ก็แต่เฉพาะการเรียกร้องค่าเสียหายเป็นเงิน ศาล Common Law จะไม่มีการบังคับชำระบังคับหนี้เฉพาะเจาะจงจะบังคับได้แต่เพียงให้ใช้ค่าเสียหายเท่านั้น ต่อมาเกิดหลักกฎหมายที่เรียกกันว่า equity ขึ้นโดยศาลเอควิตี ยินยอมให้มีการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง 2 เพื่อเป็นการเยียวยาหรืออุดช่องว่างของกฎหมาย Common Law ที่มีอยู่แต่เดิมซึ่งไม่เพียงพอ โดยในระยะแรกหากจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาซึ่งบังคับให้จำเลยปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง จำเลยก็จะถูกลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาล แต่ในศตวรรษที่ 17

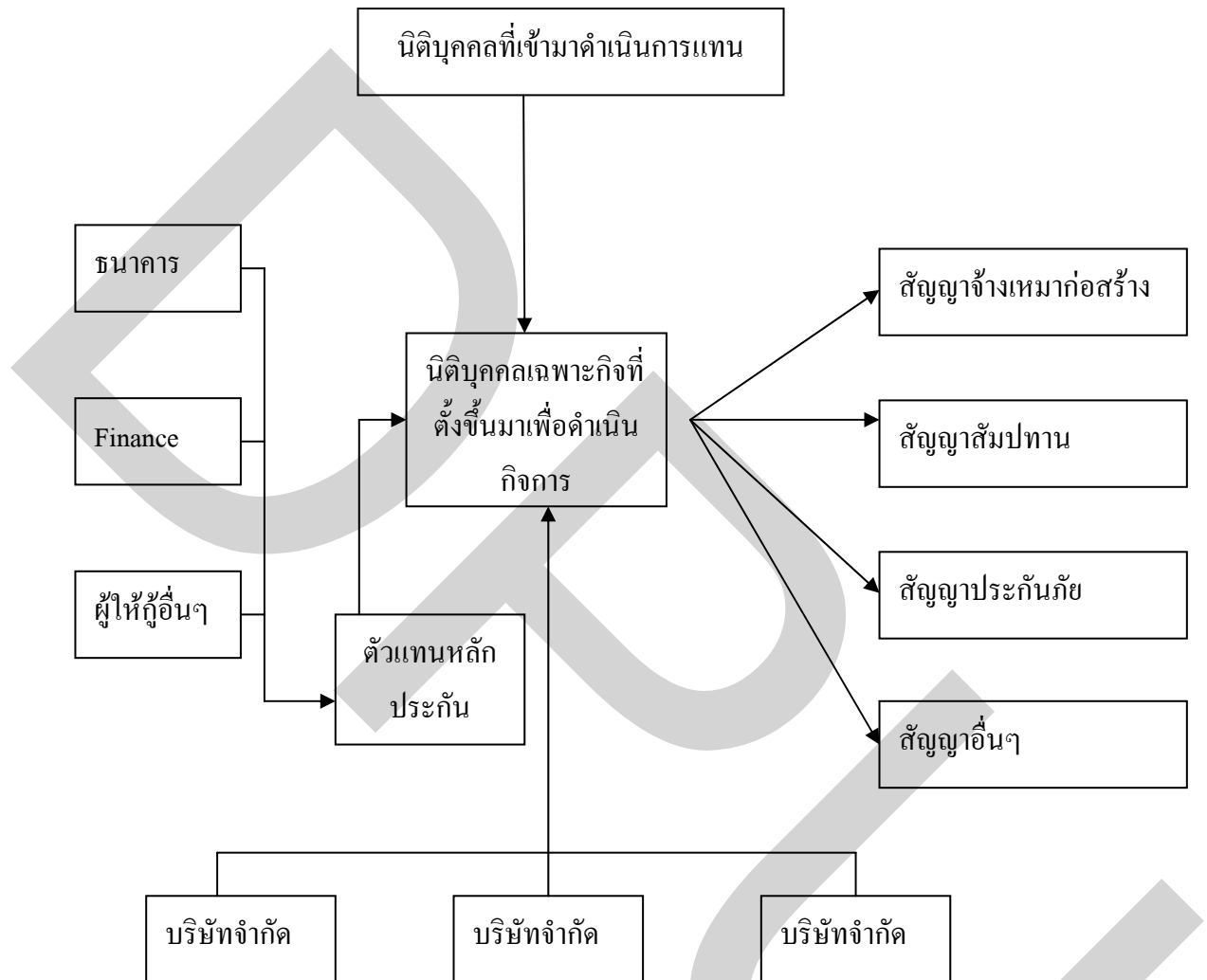
ศาลจะออกหมายยึดอายัดทรัพย์สินต่าง ๆ ของจำเลยเพื่อนำมาจำหน่ายและชำระหนี้ให้แก่โจทก์ตามที่โจทก์เรียกร้อง ซึ่งในบางกรณีโจทก์อาจประสงค์จะให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา มากกว่าต้องการค่าเสียหาย และโดยเหตุนี้ศาลจึงได้ใช้อำนาจออกหมายบังคับจำเลยปฏิบัติตามสัญญา เรียกว่า "specific performance" หรือหมายให้จำเลยงดเว้นการปฏิบัติกรอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า "injunction" แต่อย่างไรก็ดี ในการออกหมายดังกล่าวนี้ ศาลหาได้ออกหมายให้ทุกกรณีไม่ แต่จะอยู่ในอำนาจดุลยพินิจของศาลเมื่อศาลเห็นสมควร และเห็นว่าจะเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่ายมิใช่สิทธิของ คู่สัญญาโดยแท้ ถ้าศาลเห็นว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงทำให้ลูกหนี้เสียหายจนเกินไป และมีได้ทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์มาก ศาลก็จะไม่สั่งบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง คงให้แต่ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาเท่านั้น หรือหากการชำระค่าเสียหายก็เป็นการเพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายให้โจทก์ได้แล้ว หรือในกรณีสัญญาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งลูกหนี้จะต้องปฏิบัติด้วยตัวเอง (contract for personal service) เช่น สัญญารับจ้างร้องเพลง ซึ่งการบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญานั้น ไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลจะบังคับได้ ศาลก็จะไม่ออกหมาย specific performance ให้ ต่อมาได้มีการรวมเอาศาล Common Law กับศาลเอควิตีเข้าด้วยกัน เพื่อผ่อนคลายการครอบงำและการเข้าซ้อนแห่งอำนาจศาล ทำให้ศาลอังกฤษมีอำนาจสั่งบังคับชำระหนี้ตามสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงและสั่งให้ใช้ค่าเสียหายเป็นเงินก็ได้ ตามแต่ดุลยพินิจของศาลเป็นเงินก็ได้ ตามแต่ดุลยพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป

2.3 การนำเอากิจการเป็นหลักประกันในลักษณะ Project Finance

การดำเนินธุรกรรมแบบ Project Finance เริ่มจากกลุ่มผู้ลงทุนและผู้สนับสนุนกิจการซึ่งประกอบด้วยสถาบันการเงินหลายแห่งได้ริเริ่มจะทำกิจการที่ต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก ซึ่งผู้ร่วมลงทุนและผู้สนับสนุนไม่มีเงินลงทุนที่เพียงพอและต้องการลดความเสี่ยงของการลงทุน โดยไม่ต้องการให้เงินลงทุนที่ได้ลงทุนไปมีผลกระทบกับบริษัทของผู้ลงทุนและผู้สนับสนุน ทางกลุ่มผู้ลงทุนและผู้สนับสนุนจึงตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจขึ้นมา โดยให้นิติบุคคลเฉพาะกิจดังกล่าว เป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเป็นวัตถุประสงค์ประการเดียวและให้นิติบุคคลเฉพาะกิจนั้นดำเนินการร่างกิจการ โดยเสนอรายละเอียดวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการ ความเป็นไปได้และขั้นตอนในการชำระหนี้คืนต่อสถาบันการเงินรายเดียว หรือหลายรายเพื่อขออนุมัติสินเชื่อในการดำเนินการกิจการและเนื่องจากการกู้ยืมเงินในการทำกิจการแบบ Project Finance มักเป็นการขอสินเชื่อในวงเงินที่สูง ผู้ให้สินเชื่อจึงมักจะต้องการลดความเสี่ยงของการให้สินเชื่อด้วยการกระจายความเสี่ยงไปให้สถาบันการเงินรายอื่น ดังนั้นในกลุ่มผู้ให้สินเชื่อจึงมักจะทำสัญญากันในลักษณะเป็นสัญญาาร่วมกันให้กู้ (Syndicate Loan)

อย่างไรก็ดี ในการประกอบกิจการนั้นในระยะเริ่มต้น ผู้กู้ซึ่งก็คือนิติบุคคลเฉพาะกิจยังอาจไม่มีทรัพย์สินอะไรให้จับต้องได้มากนัก เพื่อให้ผู้ให้สินเชื่อไว้เป็นหลักประกัน เช่น ที่ดิน ก็ยังต้องเป็นที่ดินเปล่า ยังไม่มีสิ่งปลูกสร้าง ฯลฯ สิ่งในกลุ่มผู้ให้สินเชื่อจะใช้พิจารณาให้สินเชื่อก็คือ รายงานความเป็นไปได้ของกิจการ ความสามารถในการทำกำไรและผลตอบแทนหากกิจการสามารถดำเนินการตามแบบที่วางไว้ ดังนั้น การให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กิจการจะก่อให้เกิดรายได้เพียงพอที่จะชำระหนี้คืน ซึ่งปัจจัยสำคัญที่จะทำให้เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้ให้สินเชื่อได้รับชำระหนี้คืน คือ กิจการนั้นต้องสำเร็จ ซึ่งหากนิติบุคคลเจ้าของกิจการไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จ เจ้าหนี้ต้องสามารถเข้าควบคุมการก่อสร้างหรือดำเนินการให้แล้วเสร็จตามวัตถุประสงค์แทนนิติบุคคลเจ้าของกิจการได้ หรือจะให้นิติบุคคลอื่นเข้ามาสวมสิทธิในการดำเนินการนิติบุคคลเจ้าของกิจการเดิมได้ และหากเป็นกรณีที่นิติบุคคลเจ้าของกิจการสามารถดำเนินการได้สำเร็จ นิติบุคคลเจ้าของกิจการก็ยังมีหน้าที่ต้องดำเนินงานเพื่อก่อให้เกิดรายได้เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญาให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการ หากนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องสามารถเข้าควบคุมกิจการหรือให้นิติบุคคลอื่นเข้ามาสวมสิทธิในการดำเนินการแทนได้

การนำเอากิจการเป็นหลักประกันในลักษณะ Project Finance



การดำเนินธุรกรรมแบบ Project Finance โดยทั่วไปมักจะเป็นการทำบริการสาธารณะ หรือเป็นการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ ซึ่งรัฐต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการทำกิจการด้วย ดังเช่น สัญญากิจการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 เป็นต้น ซึ่งนิติบุคคลเจ้าของกิจการจะต้องทำสัญญาอย่างน้อยสองฉบับในการทำกิจการดังกล่าว คือ สัญญากู้ยืมเงินจากกลุ่มผู้ให้กู้เพื่อทำกิจการหรือ สัญญาให้สิทธิเชิ้อสนับสนุนกิจการและสัญญาสัมปทานจากรัฐเพื่อให้นิติบุคคลเจ้าของกิจการได้ สิทธิในการหาประโยชน์กิจการดังกล่าวในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในลักษณะที่เป็นสัญญาที่ต้องดำเนินการไปพร้อมกันและในสัญญาทั้งสองฉบับต่างก็มีผลกระทบซึ่งกันและกัน กล่าวคือในสัญญาให้สิทธิเชิ้อสนับสนุนกิจการนั้นมักจะ กำหนดเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ผู้กู้ การเบิกวงเงินกู้ในแต่ละงวดการชำระคืนเงินกู้ ซึ่ง โดยมากกลุ่ม

ผู้ให้กู้มักจะให้นิติบุคคลเจ้าของกิจการชำระคืนเงินกู้ เมื่อกิจการแล้วเสร็จ และนิติบุคคลเจ้าของกิจการได้เข้าทำประโยชน์ในกิจการแล้วตลอดจนเหตุแห่งการผิดนัดและเลิกสัญญา ซึ่งหากนิติบุคคลเจ้าของกิจการซึ่งเป็นผู้กู้ไม่สามารถทำกิจการให้แล้วเสร็จหรือไม่ชำระหนี้ตามสัญญา กลุ่มผู้ให้กู้ต้องสามารถเข้าดำเนินกิจการแทนหรือให้บุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนได้ ซึ่งในกรณีนี้ข้อสัญญาดังกล่าวต้องสอดคล้องกับสัญญาสัมปทานที่นิติบุคคลเจ้าของกิจการโดยมีระยะเวลาเริ่มต้นกิจการและกำหนดการแล้วเสร็จของกิจการไว้และกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาที่รัฐอนุญาตให้สัมปทานรวมทั้งเหตุแห่งการผิดนัดและผิดสัญญาและหากนิติบุคคลเจ้าของกิจการไม่สามารถดำเนินการกิจการให้แล้วเสร็จ หรือผิดสัญญาใด ๆ รัฐมีสิทธิเลิกสัญญาสัมปทานได้ และในกรณีที่นิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดสัญญาให้สินเชื่อนับสนุนกิจการต่อกลุ่มผู้ให้กู้และกลุ่มผู้ให้กู้ได้ดำเนินการแทนหรือให้บุคคลที่เข้าดำเนินการแทนดังกล่าวมีสิทธิและหน้าที่ที่นิติบุคคลเจ้าของกิจการเดิมมีอยู่แต่เดิม ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวมีความสัมพันธ์และมีผลกระทบต่อกัน โดยหากนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งก็จะมีผลทำให้กิจการไม่แล้วเสร็จได้

ดังนั้น การทำกิจการจึงมีลักษณะคล้ายกับมีคู่สัญญาสามฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง คือ กลุ่มผู้ให้กู้ นิติบุคคลเจ้าของกิจการ และภาครัฐ

การทำ Project Finance โดยทั่วไปแล้วมักจะทำขึ้นมาในลักษณะของ B.O.T., B.T.O. และ B.O.O. โดยแต่ละประเภทมีลักษณะดังนี้¹

1) B.O.T. (Build Operate Transfer) คือ เป็นลักษณะของการดำเนินกิจการที่กลุ่มที่ผู้ร่วมลงทุนสร้างทรัพย์สินขึ้นมา จะต้องเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุน ทรัพย์สิน และดำเนินการก่อสร้าง ซึ่งเมื่อก่อสร้างหรือดำเนินการเสร็จแล้ว ผู้ลงทุนจะมีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวได้ ในช่วงระยะเวลาที่ได้รับสัมปทาน เมื่อหมดระยะเวลาที่ได้รับสัมปทานก็จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่รัฐ

2) B.T.O. (Build Transfer Operate) คือ เป็นลักษณะของการดำเนินกิจการที่กลุ่มผู้ร่วมลงทุนสร้างทรัพย์สินขึ้นมา จะต้องเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุน ทรัพย์สิน และดำเนินการก่อสร้าง ซึ่งเมื่อก่อสร้างหรือดำเนินการเสร็จแล้ว ผู้ลงทุนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่รัฐเสียก่อนและผู้ลงทุนจะมีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวได้ในช่วงระยะเวลาที่ได้รับสัมปทาน

¹ ตุลย์ ศิริกุลพิพัฒน์. (2540). สัญญาสัมปทานที่ไม่เป็นธรรม : ศึกษากรณีการขึ้นค่าทางด่วนระหว่างรัฐกับเอกชน. หน้า 25.

3) B.O.O. (Build Own Operate) คือ เป็นลักษณะของการดำเนินกิจการที่กลุ่มผู้ร่วมลงทุนสร้างทรัพย์สินขึ้นมา จะต้องเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุน ทรัพย์สิน และดำเนินการก่อสร้างซึ่งเมื่อสร้างหรือดำเนินการเสร็จแล้ว ผู้ลงทุนจะมีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวได้ในช่วงระยะเวลาที่ได้รับสัมปทาน โดยไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่รัฐ

นอกจากนี้ กรณีของ Project Finance ยังใช้ในกรณีของบุคคลธรรมดาอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีกิจการผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ดังจะเห็นได้ในกรณีของสถาบันการเงินหลายแห่งได้มีการให้สินเชื่อแก่บุคคลธรรมดาที่ดำเนินการในลักษณะของกิจการธุรกิจไม่ว่าจะเป็นธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งมีตราให้สินเชื่อกว่า 100 ล้านบาท

2.4 การนำกิจการเป็นหลักประกันตามกฎหมายไทย

โดยที่การนำเอากิจการทั้งกิจการเป็นหลักประกันไม่สามารถทำได้ตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงต้องนำทรัพย์สินแต่ละประเภทมาดำเนินการตามกฎหมายการประกันหนี้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถทำได้โดยการจำนองและจำนำซึ่งเป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

โดยปกติแล้วตามกฎหมายเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมถึงสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อบุคคลภายนอก เรื่องนี้สินทรัพย์ของลูกหนี้ถือเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ แต่ในทางความเป็นจริงเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ลูกหนี้อาจหลบหนีไม่ยอมชำระหนี้อันมีผลทำให้เจ้าหนี้เสียหาย เพื่อความมั่นใจในการที่เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้อย่างแน่นอน เจ้าหนี้อาจให้ลูกหนี้หาหลักประกันไว้ว่าเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับเอาจากหลักประกันนั้นเป็นการทดแทนได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้วางหลักเกณฑ์ในการที่เจ้าหนี้จะได้รับความมั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้ไว้ 2 ประเภทคือ การประกันหนี้ด้วยบุคคลหรือที่เรียกว่าการค้ำประกัน และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในลักษณะของการจำนองและการจำนำ

เจ้าหนี้สามัญซึ่งไม่มีประกันหรือไม่มีบุริมสิทธิ คือ ไม่มีสิทธิพิเศษอันเกิดจากสัญญาหรือจากกฎหมายแล้ว เจ้าหนี้ทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอกันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ที่มีอยู่ ดังที่บัญญัติใน ป.พ.พ. มาตรา 214 ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” การที่จะให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ละเสียไม่ชำระมีทางเดียวเท่านั้นที่เจ้าหนี้จะต้องฟ้องต่อศาลขอให้พิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เว้นแต่จะเป็นหนี้บางชนิด ซึ่งกฎหมายกำหนดทางแก้ไขเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ยึดเอาไว้ หรือที่ลูกหนี้มอบให้

ไว้ตามวิธีการของกฎหมาย ออกจำหน่ายเอาเงินชำระหนี้เสียเอง แทนที่จะฟ้องร้องต่อศาล แต่ก็ได้เพียงเท่าที่ขายทรัพย์สินนั้นได้ ขาดเท่าใดยังต้องมาฟ้องศาล การที่เจ้าหนี้ต้องมาฟ้องศาล ศาลพิพากษาให้แล้ว การที่จะได้รับใช้หนี้ก็มีวิธีบังคับคดี ตาม ป.วิ.พ. คือขอบังคับยึดเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้²

คำว่า “ประกัน” ตาม ป.พ.พ. มีอยู่เพียง 3 ชนิด คือค้ำประกันด้วยบุคคล จำนองและจำนำ สิทธิพิเศษของเจ้าหนี้โดยประการอื่น เช่น สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ หาใช้ประกันในความหมายดังกล่าวมาไม่ สำหรับสิทธิยึดหน่วงตามมาตรา 241 กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เพียงแต่จะยึดทรัพย์สินไว้จนกว่าจะมีการใช้หนี้ ต่างกับจำนอง จำนำ ซึ่งถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินที่เป็นประกันออกขายทอดตลาดชำระหนี้ได้ บุริมสิทธิก็เหมือนกัน กล่าวคือไม่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินในบังคับบุริมสิทธิของลูกหนี้ไปขายทอดตลาดชำระหนี้ตามมาตรา 251 บุริมสิทธิเป็นเรื่องเจ้าหนี้หลายคนแย่งกันเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีอยู่ไม่พอใช้หนี้เจ้าหนี้ได้ทุกคน ใครมีบุริมสิทธิดีกว่า คนนั้นได้รับชำระหนี้ไปก่อนตามส่วนจำนวนที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย จึงต่างกับประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ซึ่งเกิดขึ้นโดยสัญญา มิใช่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย³

ปัญหาว่าอะไรเป็นประกัน มีความสำคัญเกี่ยวข้องกับตัวบทมาตรา เช่น มาตรา 690 ที่บัญญัติว่า ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ยึดถือไว้เป็นประกัน ผู้ค้ำประกันจะร้องขอให้เจ้าหนี้เอาชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อนได้ ปัญหาเกี่ยวโยงจึงอาจมีขึ้นได้ว่าในกรณีสิทธิยึดหน่วงที่เจ้าหนี้ยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ หรือเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิด้วยประการใดๆ ผู้ค้ำประกันจะร้องขอเช่นนั้นได้หรือไม่ คำตอบคือไม่ได้⁴ สิทธิยึดหน่วงได้แก่สิทธิของเจ้าหนี้ผู้ครองทรัพย์สินของผู้อื่นที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นไว้ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้อื่นเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นจนสิ้นเชิง เมื่อใดเจ้าหนี้ครองทรัพย์สินและมีหนี้อันเป็นคุณเกี่ยวกับทรัพย์สินแล้ว ก็อยู่ในเกณฑ์ที่จะเกิดสิทธิยึดหน่วงขึ้นได้ ป.พ.พ. วางหลักทั่วไปในมาตรา 241 มูลเหตุนี้จะเกิดขึ้นอย่างไรก็ตาม ถ้ามาเข้าอยู่ในขอบเขตของมาตรา 241 เจ้าหนี้อย่อมเป็นผู้มีสิทธิยึดหน่วง โดยไม่ต้องมีบทกฎหมายอื่นระบุไว้ โดยเฉพาะ ซึ่งในบทมาตราอื่นให้สิทธิยึดหน่วงแก่เจ้าหนี้บางจำพวกไว้โดยเฉพาะเหมือนกัน เช่น ตามมาตรา 452, 468, 630, 670, 697, 772, 819, 835 บางทีถึงแก่ให้ผู้ทรงสิทธิได้รับผลพิเศษยิ่งกว่า

² พจน์ บุษปาคม. (2540). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ พิมพ์ครั้งที่ 4. หน้า 1.

³ เสนีย์ ปราโมช. (2519). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ. หน้า 1-2.

⁴ แหล่งเดิม

หลักทั่วไปด้วยซ้ำ เช่น ตามมาตรา 470 ถ้าผู้ซื้อไว้ผิคนัดผู้ขายซึ่งได้ยึดหน้าทรัพย์สินของผู้ซื้อไว้ เมื่อปฏิบัติตามวรรคแรกแล้ว ผู้ขายก็อาจนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้ ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้ ให้ได้รับผลพิเศษแล้ว ก็อาจบังคับไปตามบทบัญญัติพิเศษนั้นๆ ได้ เรื่องใดไม่มีผลพิเศษบัญญัติไว้ ก็ดี หรือไม่มีกฎหมายว่าไว้เลยก็ดี ย่อมบังคับตามหลักทั่วไป⁵

ปัญหายังมีเกี่ยวกับมัดจำว่าเป็นประกันตามที่ว่ามานี้หรือไม่ ตามมาตรา 377 เมื่อมีการ ให้มัดจำไว้แก่กัน นอกจากจะเป็นหลักฐานแห่งการทำสัญญาแล้ว ยังเป็นประกันการปฏิบัติตาม สัญญาด้วย เช่น ในการทำสัญญาจะซื้อขายที่ดิน ถ้าได้ให้แหวนกันไว้ 1 วงเป็นมัดจำ ตามมาตรา 456 วรรค 2 แหวนนั้นย่อมใช้เป็นหลักฐานให้ฟ้องบังคับคดีกันโดยไม่ต้องมีหนังสือ มัดจำที่ให้แก่ กันนี้ ตามมาตรา 378 (2) ท่านให้รับ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ เช่นเดียวกับสำหรับของ หมั้น (มาตรา 1436, 1442) เฉพาะในข้อนี้มัดจำจึงเป็นประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งเหมือนกัน แต่ต่าง กับจำนำในข้อที่ว่า การบังคับจำนำ ตามมาตรา 746 ต้องเอาทรัพย์สินจำนำออกขายทอดตลาด ส่วนการ บังคับมัดจำ มาตรา 378 (2) ให้รับเป็นของเจ้าหนี้โดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด ข้อนี้คล้ายกับเอา ทรัพย์สินจำนำหลุดเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 729 แต่เพราะมีเงื่อนไขต่างๆ บัญญัติไว้ในมาตรา 729 การเอาทรัพย์สินจำนำหลุดเป็นสิทธิจึงทำไม่ได้ง่าย ไม่เหมือนการรับมัดจำ ซึ่งไม่มีเงื่อนไขเหมือน ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 729 จึงคล้ายกับขายฝาก⁶

นอกจากนั้นยังเป็นการขัดกับมาตรา 711 ในเรื่องจำนองที่ห้ามไม่ให้ผู้สัญญาไปทำ สัญญากันว่าถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือให้จัดการทรัพย์สินที่ จำนองเป็นประการอื่นนอกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ ถ้าไปทำข้อตกลงอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้ง สองอย่าง ข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์ การตกลงดังกล่าวนั้นต้องเป็นการตกลงก่อนเวลานี้ถึงกำหนด ชำระหมายความว่าตกลงในขณะที่ทำสัญญาจำนองหรือหลังจากทำสัญญาจำนองแต่ก่อนหน้าถึง กำหนดชำระ ถ้าผู้จำนองกับผู้รับจำนองไปทำสัญญากันไว้เป็นอย่างอื่นหลังจากหน้าถึงกำหนดชำระ แล้ว ข้อตกลงนั้นก็สมบูรณ์ใช้บังคับได้ บทบัญญัติมาตรา 711 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยของประชาชน คู่กรณีจะทำสัญญาตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นไม่ได้

ส่วนในเรื่องจำนำ มาตรา 756 บัญญัติเหมือนกับมาตรา 711 ในลักษณะจำนองห้ามมิให้ ตกลงล่วงหน้ากันระหว่างผู้รับจำนำกับผู้จำนำ ก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระ เพราะบทบัญญัติ เกี่ยวกับการบังคับจำนำนั้นมุ่งที่จะคุ้มครองมิให้ผู้รับจำนำซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่าเอารัดเอา เปรียบโดยไม่เป็นธรรม โดยห้ามมิให้ตกลงว่าถ้าผู้จำนำไม่ชำระหนี้ (1) ให้ผู้รับจำนำเป็นเจ้าของ

⁵ เสนีย์ ปราโมช. (2527). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2. หน้า 1028-1029.

⁶ เสนีย์ ปราโมช. เล่มเดิม. หน้า 3.

ทรัพย์สินที่จำนำ หรือ (2) ให้จัดการทรัพย์สินที่จำนำเป็นประการอื่น นอกเหนือจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนำ ข้อตกลงเช่นนี้ไม่สมบูรณ์เป็นโมฆะ เช่น ในกรณีที่มีการจำนำทอง มีการตกลงให้ผู้รับจำนำทองไปขายที่ร้านทองเอาเงินมาใช้ดีกว่าการขายทอดตลาดซึ่งเสียค่าใช้จ่ายมากกว่า และยังยุ่งยากมากกว่า การตกลงเช่นนี้หากตกลงก่อนที่หนี้ถึงกำหนดชำระไม่สามารถกระทำได้ ถึงแม้ว่าวิธีการเช่นนี้จะเป็วิธีการที่ดีกว่าหรือก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าวิธีการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนำกำหนดไว้ก็ตาม เพราะกฎหมายต้องการปิดช่องไม่ให้ผู้รับจำนำเอาธิดเอาเปรียบผู้จำนำ

การตกลงกันที่เสมือนเป็นการให้ทรัพย์สินตกเป็นของคู่ความฝ่ายตรงข้ามทันทีเมื่อผิดสัญญามิใช่เป็นการประกันหนี้ เพราะเสมือนเป็นการบังคับทรัพย์สินหลุด อันเป็นการขัดต่อหลักการพื้นฐานของการประกันหนี้ แต่อาจจะเป็นเรื่องเบี่ยงปรับตามมาตรา 379 แต่ศาลมีดุลพินิจลดลงได้ตามส่วน โดยนำเรื่องการเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญามาใช้บังคับ

ดังนั้น เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันด้วยสัญญา หรือด้วยอำนาจกฎหมายย่อมขาดความมั่นคง ไม่อาจจะวางใจได้ว่าคนจะได้รับชำระหนี้หรือไม่ เพราะการที่ไม่มีประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน ลูกหนี้ อาจจำหน่ายโอนหรือถูกยึดเอาไปชำระหนี้ตามบังคับของศาลโดยเจ้าหนี้ถึงกำหนดชำระก่อน เจ้าหนี้ที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ก็ยังไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ เว้นแต่จะเข้าหลักเกณฑ์ที่ลูกหนี้ไม่อาจจะถือเอาประโยชน์จากเงื่อนเวลาได้ จึงจะขอเข้าไปเกลี้ยหนี้โดยวิธีฟ้องร้องแล้วขอเกลี้ยหนี้โดยวิธีฟ้องร้องแล้วขอเกลี้ย หรือร้องขอชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ซึ่งเป็นการยากลำบาก และได้มาเพียงบางส่วน เหตุนี้เจ้าหนี้จึงต้องขวนขวายหาวิธีให้มีประกันหรือหลักทรัพย์เป็นประกัน เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ มิฉะนั้นเจ้าหนี้ไม่ยอมให้กู้ยืมหรือทำสัญญากับลูกหนี้ การค้าขาย การลงทุนผลิตสินค้า ต้องอาศัยเงินหรือวัตถุจากบุคคลอื่นมาช่วย จึงจะสามารถดำเนินงานหรือขยายงานซึ่งเป็นผลดีแก่เศรษฐกิจของรัฐ และรัฐเองก็ต้องใช้วิธีให้มีประกันในการดำเนินงานบางประการ กับให้มีสิทธิเอาชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้คนอื่นบางกรณีสำหรับเอาชำระหนี้ภาษีอากร เหตุนี้รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้มีประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน เพื่อเจ้าหนี้จะได้ให้กู้ยืมให้สินเชื่อ โดยมีการประกันด้วยบุคคลหรือหลักทรัพย์อันควรไว้วางใจที่จะเอาชำระหนี้ได้

สิทธิยึดหน่วงและสิทธิจำนำจะเกิดขึ้นได้ก็ต้องอาศัยสิทธิครอบครองอันเป็นอุปกรณ์แห่งสิทธิ ถ้าไม่มีการครอบครองทรัพย์สินหรือที่เรียกว่าสิทธิครอบครอง จะมีสิทธิยึดหน่วงหรือสิทธิจำนำไม่ได้ ต่างกับสิทธิรับจำนอง ผู้ทรงสิทธิไม่จำเป็นต้องครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดที่ยึด

⁷ พจน บุษปาคม. เล่มเดิม. หน้า 2.

หวังไว้จนกว่าจะชำระหนี้สิ้นเชิง (มาตรา 244) และผู้ทรงสิทธิรับจำนองชอบที่จะยึดทรัพย์สินที่จำนองกว่าจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วน (มาตรา 758)⁸

โดยเหตุที่ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงหรือรับจำนองทรัพย์สินที่จะยึดหน่วงหรือครอบครองทรัพย์สินตามสิทธิจนกว่าจะได้รับชำระหนี้โดยสิ้นเชิงครบถ้วน ดังนั้นถ้าหากได้รับชำระหนี้แล้ว ไม่ว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาตลอดจนเจ้าพนักงานบังคับคดี หรือบุคคลภายนอกอื่นใดเป็นผู้ชำระในนามของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหาประกันให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษตามสมควร หรือผู้รับจำนองยอมให้ทรัพย์สินที่จำนองกลับคืนสู่ความครอบครองของผู้จำนอง สิทธิยึดหน่วงหรือสิทธิจำนองจะสิ้นสุดลง แม้ผู้ทรงสิทธิจะยังไม่ส่งคืนทรัพย์สินนั้นต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษา ยังคงครอบครองทรัพย์สินอยู่ก็ตาม เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาย่อมมีสิทธิและเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ย่อมทำการยึดทรัพย์สินนั้นต่อไป⁹

ทั้งนี้ จะได้พิจารณาโดยลำดับดังนี้

2.4.1 การจำนอง (Mortgage)

การจำนองนับเป็นวิธีการที่สถาบันการเงินมักจะพิจารณาให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันในการให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้มากที่สุดในปัจจุบัน เนื่องจากความมีสิทธิพิเศษเหนือกว่าเจ้าหนี้สามัญ โดยมีทรัพย์สินจำนองเป็นหลักประกันว่าจะได้รับชำระหนี้แน่นอนหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ก่อน ถ้ามีเงินเหลือจากการใช้หนี้จำนองจึงจะเอาไปใช้หนี้แก่เจ้าหนี้สามัญ การจำนองตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีลักษณะทั่วไป ดังนี้

1) **จำนองมีสัญญาประจักษ์และสัญญาอุปกรณ์ในการจำนอง** ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง”

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับคำจำกัดความของการจำนองที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702 สามารถพิจารณาได้ว่าการจำนองเป็นสัญญา (นิติกรรมสองฝ่าย) ระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง สัญญานี้เป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์จะต้องมีสัญญาประจักษ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้แห่งสัญญาประจักษ์หรือหนี้ประจักษ์ก่อน¹⁰ อันเป็นหนี้ที่มีจำนวนเงินระบุไว้เป็นจำนวนแน่นอนตายตัว หรือจำนวนสูงสุดที่จะเป็นหนี้ในอนาคตและเมื่อเจ้าหนี้ประสงฆ์จะให้เกิดความ

⁸ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์. (2531). จะยึดหน่วงหรือจำนองไว้ได้หรือไม่. หน้า 7.

⁹ แหล่งเดิม. หน้า 12.

¹⁰ สุรพล วิเศษโกสิน. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกันจำนอง จำนอง สิทธิยึดหน่วง และบุริมทรัพย์. หน้า 71.

มั่นใจว่าหนี้หลักของตนจะได้รับการชำระคืนจนสิ้นเชิง¹¹ เจ้าหนี้ก็จะเรียกให้มีการประกันหนี้หลักนั้นด้วยคือ หนี้อุปกรณ์หรือสัญญาอุปกรณ์ เพื่อเป็นหลักประกันในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ประธาณัน¹²

สัญญาอุปกรณ์อันเกิดจากการจำนองนี้จะเป็นการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ประธาณันอันเป็นการประกันด้วยทรัพย์ โดยที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้ครอบครอง ลูกหนี้ประธาณันหมายถึงผู้เป็นลูกหนี้ชั้นต้น ลูกหนี้อุปกรณ์หมายถึงลูกหนี้ผู้จำนอง และหนี้อุปกรณ์ย่อมจะระงับสิ้นไปพร้อมกับการระงับไปแห่งหนี้ประธาณัน ตัวอย่างคำพิพากษาที่ 2044/2526

เมื่อหนี้ตามสัญญาผู้เป็นหนี้ประธาณันและหนี้ตามสัญญาจำนองเป็นหนี้อุปกรณ์ หนี้ทั้งสองประเภทจึงอาจแยกเป็นส่วนออกต่างหากจากกันได้ โดยอำนาจแห่งมูลหนี้โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญาผู้หรือสัญญาจำนองก็ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 มิได้บังคับว่าโจทก์มีสิทธิฟ้องบังคับจำนองได้แต่ทางเดียว

2) ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของในขณะจำนองด้วย ไม่ว่าจะผู้จำนองจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์อยู่ในขณะที่ทำสัญญาจำนอง¹³ ในขณะจำนอง¹⁴ และไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีเจ้าของรวมหลายคนก็ตาม ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองนั้นมีความสำคัญมากเนื่องจาก การจำนองทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำนอง เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดตามมาตรา 728 หรือด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตามมาตรา 729 ผลคือทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองนั้นต้องเปลี่ยนมือไป¹⁵

3) สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน สัญญาจำนองก่อให้เกิดทรัพย์สินติดเหนือตัวทรัพย์สินที่จำนองเสมอ¹⁶ สิทธิจำนองอันเกิดจากสัญญาจำนองนั้นมิใช่เป็นสิทธิเรียกร้องหรือบุคคลสิทธิ¹⁷ ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินในอันที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรง ผลก็คือ

¹¹ แหล่งเดิม.

¹² แหล่งเดิม.

¹³ ชุมพล จันทราทิพย์. (2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันจำนอง จำนำ พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. หน้า 69.

¹⁴ วรวิทย์ ฤทธิพิศ. (2540). สรุปวิชากฎหมาย คำประกัน จำนอง จำนำ พิมพ์ครั้งที่ 3. หน้า 108.

¹⁵ แหล่งเดิม

¹⁶ คำพิพากษาศฎีกา ที่ 3332/27.

¹⁷ ชุมพล จันทราทิพย์. เล่มเดิม. หน้า 137.

(1) ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจ้างสามารถใช้สิทธินั้นยกขึ้นอ้างแก่คนทั้งหลายได้ทั่วไป¹⁸ แม้ทรัพย์สินซึ่งจ้างจะถูกโอนไปหรือถูกขายต่อไปให้กับบุคคลภายนอก หรือไม่ว่าทรัพย์สินจะตกไปอยู่ในมือใคร การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จ้างก็ไม่มีผลกระทบต่อจนถึงการจ้าง เจ้าหนี้ผู้รับจ้างก็ยังมีสิทธิที่จะติดตามบังคับจ้างได้และชอบที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนใครอื่น

(2) ทำให้สิทธิจ้างเป็นสิทธิที่ไม่มีเวลาสิ้นสุด ไม่มีอายุความ¹⁹ และไม่สูญไปด้วยกาลเวลา²⁰ ทำให้ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินที่ยึดถือไว้ในการใช้สิทธิบังคับจากทรัพย์สินที่จ้างไว้นั้นได้แม้สิทธิเรียกร้องนั้นจะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้ผู้รับจ้างจะบังคับจ้างเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจ้างเกินกว่าห้าปีไม่ได้²¹

4) การบังคับจ้าง การบังคับจ้างมีหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังนี้ การดำเนินการของเจ้าหนี้ผู้รับจ้างเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้ผู้รับจ้างมีสิทธิตามกฎหมายกล่าวคือ²²

(1) การบังคับจ้างด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินที่จ้างออกขายทอดตลาด

(2) การบังคับจ้างด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินที่จ้างหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจ้าง ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 และมาตรา 729

2.4.2 การจำนำ (Pledge)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บัญญัติเรื่อง “จำนำ” ไว้ตั้งแต่มาตรา 747 – 769 โดยแบ่งออกเป็นกรณำทรัพย์สินซึ่งต้องมีการส่งมอบ และการจำนำสิทธิที่มีตราสาร

1) การจำนำทรัพย์สินซึ่งต้องมีการส่งมอบ ลักษณะของสัญญาจำนำ บัญญัติไว้ในมาตรา 747 “อันว่าจำนำนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้” การจำนำจึงประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก ผู้จำนำต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินก็ไม่เป็นการจำนำ การส่งมอบจึงเป็นสาระสำคัญ และถือเป็นแบบแห่งสัญญาจำนำ เพราะสิทธิจำนำนั้นเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดย

¹⁸ เสนีย์ ปราโมช. (2527). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้*. เล่ม 1 (ภาค 1-2). หน้า 71.

¹⁹ พจน์ บุญปกาศม. เล่มเดิม. หน้า 188.

²⁰ ชุมพล จันทราทิพย์. เล่มเดิม. หน้า 137.

²¹ *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 745*.

²² สุรพล วิเศษโกสิน. เล่มเดิม. หน้า 137.

บทบัญญัติของกฎหมาย จึงเป็นทรัพย์สิน มิได้ก่อตั้งขึ้นโดยสัญญาหรือข้อตกลง ดังจะเห็นได้ว่าแม้ คู่สัญญาจะตกลงกันทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำสัญญาหรือข้อตกลง แต่ถ้ามิได้มีการส่งมอบ ทรัพย์สินที่จำนำแล้ว แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการจำนำตามกฎหมาย เพราะกฎหมายมุ่งถึงผลแห่งการใช้ ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกัน คือให้เจ้าหนี้มีอำนาจที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ ชำระหนี้ โดยการนำทรัพย์สินไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ซึ่งการที่จะบังคับตามทรัพย์สินที่มีอยู่ เหนือทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์เช่นนั้นได้ จะต้องมิได้ทรัพย์สินรองรับการใช้สิทธิดังกล่าว ดังนั้น หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิ บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ ทำให้ขาดสภาพของการเป็นหลักประกันตามกฎหมาย เพราะไม่ ก่อให้เกิดทรัพย์สินใดๆ เหนือทรัพย์สินที่จำนำ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่าด้วยการระงับสิน ไปแห่งการจำนำในมาตรา 769 (2) ว่า จำนำย่อมระงับสินไปเมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำ กลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ แต่ในส่วนของการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ คู่สัญญาอาจจะ ตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำได้ ตามมาตรา 749

การส่งมอบ สามารถกระทำได้โดยการโอนการครอบครอง จึงนำหลักเรื่องการโอน การครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 และ 1379 มาใช้สำหรับเรื่อง การส่งมอบด้วย โดยเทียบเคียงกับความหมายของการส่งมอบตามมาตรา 2 แห่ง Bill of Exchange Act, 1882 ของอังกฤษ ซึ่งบัญญัติว่า “Delivery means transfer of possession, actual or constructive from one person to another” ซึ่งแปลความได้ว่า “ส่งมอบ หมายความว่า การโอนการครอบครอง โดยตรง หรือโดยปริยาย จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง” และ “การครอบครอง” นั้น คือ การ แสดงกิริยาอาการยึดถือหรือหวงกันไว้เพื่อตน

นอกจากนั้น การส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว ยังต้องประกอบด้วยเจตนาเพื่อเป็น หลักประกันในการชำระหนี้ด้วย มิฉะนั้นมิใช่การจำนำ เช่น ก. กู้เงิน ข. ต่อมา มีกิจธุระจึงฝาก รถยนต์ไว้กับ ข. ดังนี้มิใช่จำนำ ดังนั้น ต้องมีหนี้ประจักษ์ก่อน แล้วจึงมีการตกลงส่งมอบทรัพย์สิน เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น สัญญาจำนำจึงเป็นสัญญาอุปกรณ ซึ่งหากหนี้ประจักษ์ เสื่อมเสียหรือระงับไปไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม การจำนำซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณก็จะต้องระงับไป ด้วย แม้ว่าผู้รับจำนำจะยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำคืนให้แก่ผู้จำนำก็ตาม สิทธิที่ผู้รับจำนำมีอยู่ เหนือทรัพย์สินนั้นก็สิ้นสุดลง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 769 (1) ว่า จำนำย่อมระงับสินไป เมื่อหนี้ซึ่ง จำนำเป็นหลักประกันอยู่นั้นระงับสินไปเพราะเหตุประการอื่นมิใช่เพราะอายุความ

ลักษณะสำคัญของสัญญาจำนำประการต่อมา คือ ทรัพย์สินที่จำนำต้องเป็น สังหาริมทรัพย์ ซึ่งคำว่า “สังหาริมทรัพย์” ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140 ว่า “สังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความ รวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย” จึงมีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า เมื่อ

สังหาริมทรัพย์นั้น หมายถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ด้วย ฉะนั้น สิทธิอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จึงย่อมจำนำกันได้ หากกฎหมายไม่ได้ยกเว้นหรือห้ามไว้ และทำได้โดยอาศัย มาตรา 747 นี้เอง เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสังหาริมทรัพย์ และนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง มีความเห็นว่า เมื่อสิทธินี้เป็นสังหาริมทรัพย์แล้ว การจำนำก็ย่อมทำได้ตามมาตรา 747 อันเป็นหลักทั่วไปแห่งสัญญาจำนำ และเมื่อสิทธินั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแล้ว การส่งมอบย่อมทำได้ด้วยการแสดงเจตนาต่อกัน เท่านั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วแต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากพิจารณาประกอบกับลักษณะสำคัญของสัญญาจำนำในประการแรกดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า การจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ ตามความหมายของคำว่า “ส่งมอบ” และ “ครอบครอง” ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงจะก่อให้เกิดสิทธิจำนำขึ้นตามกฎหมาย ดังนั้น สังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาจำนำตามมาตรา 747 จะต้องสามารถส่งมอบให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ได้ด้วย คือ เจ้าหนี้ สามารถแสดงกริยายึดถือไว้ได้ การส่งมอบจึงไม่สามารถกระทำได้เพียงการแสดงเจตนาต่อกัน ดังนั้น วัตถุที่ไม่มีรูปร่าง จึงเป็นทรัพย์สินที่โดยสภาพไม่อาจส่งมอบให้แก่กันได้ แม้จะรวมอยู่ในความหมายของสังหาริมทรัพย์ ผู้วิจัยก็มีความเห็นว่า ไม่สามารถนำมาจำนำได้ตามมาตรา 747 เพราะการจำนำ ตามมาตรา 747 จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วย การจำนำจึงจะสมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอาจนำมาจำนำได้หากเข้าลักษณะของสิทธิที่มีตราสารซึ่งมีกฎหมายในเรื่องจำนำได้กำหนดวิธีการไว้ เพราะมีตราสารที่จะนำมาส่งมอบให้เจ้าหนี้อึดถือไว้แทนตัวทรัพย์สินหรือสิทธินั้น ส่วนสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีใช้สิทธิซึ่งมีตราสารยอมไม่สามารถนำมาจำนำได้ เพราะไม่มีตราสารที่จะนำมาส่งมอบแทนตัวทรัพย์สินหรือสิทธิให้แก่ผู้รับจำนำ

2) ผลแห่งการจำนำและวิธีการบังคับจำนำ สัญญาจำนำเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ ซึ่งทำให้เกิดภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเจ้าหนี้มีสิทธิยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำนำไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ตามมาตรา 758 และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำนั้นก่อนเจ้าหนี้คนอื่น แม้ว่าในบทบัญญัติเรื่องการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติว่าเจ้าหนี้จำนำมีสิทธิจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ เหมือนเจ้าหนี้จำนองก็ตาม ท่านว่าผู้รับจำนำยอมมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่ง ดังที่เรียงไว้ในมาตรา 278 นั้น” ซึ่งตามมาตรา 251 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ผู้ทรงบุริมสิทธิ” ไว้ว่า “ผู้ทรงบุริมสิทธิยอมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้น ก่อนเจ้าหนี้คนอื่น ๆ โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือบทกฎหมายอื่น” ดังนั้น จึงทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำนั้น ก่อนเจ้าหนี้คนอื่น เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง แต่โดยที่การยึดถือครอบครองทรัพย์สินของผู้รับจำนำนั้น มิใช่การยึดถือในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ เจ้าหนี้ผู้รับจำนำจึงมีหน้าที่ที่จะต้องสงวนรักษาทรัพย์สินที่จำนำ

ตามมาตรา 759 แต่ถ้าหากเกิดค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการสงวนรักษาทรัพย์สินนั้น ผู้รับจำนำเรียกจากผู้จำนำได้ ตามมาตรา 762 และนอกจากสิทธิในการยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้แล้ว ในกรณีที่มีดอกผลชนิดนี้เกิดจากทรัพย์สินที่จำนำ เจ้าหนี้จำนำยังมีสิทธิที่จะจัดสรรดอกผลนั้นเพื่อชำระดอกเบี้ยหรือคืนเงินได้ด้วย ตามมาตรา 761

นอกจากสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนำก่อนเจ้าหนี้อื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เจ้าหนี้ผู้รับจำนำยังเป็น “เจ้าหนี้มีประกัน” ตามความหมายของกฎหมายล้มละลายอีกด้วย ซึ่งกฎหมายล้มละลายมีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 95 กล่าวคือ “เจ้าหนี้มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น”

เนื่องจากการประกันนั้น เป็นประกันแห่งหนี้ ดังนั้น หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ กฎหมายจึงให้สิทธิเจ้าหนี้ผู้รับจำนำที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แทนการชำระหนี้ นอกเหนือไปจากการบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งการบังคับจำนำนั้น กำหนดวิธีการไว้ในมาตรา 764 กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้รับจำนำจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดก่อน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนำจึงจะเอาทรัพย์สินที่จำนำนั้นออกขายทอดตลาดได้ โดยเมื่อขายทอดตลาดแล้วให้นำเงินมาชำระหนี้หากมีเงินเหลือก็ให้ส่งคืนผู้จำนำ แต่ถ้าขายได้เงินน้อยกว่าจำนวนหนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดต่อไป ตามมาตรา 767 ซึ่งการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนำนั้นเป็นการขายทอดตลาดโดยผู้รับจำนำเอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ต่างกับการขายทอดตลาดในการบังคับจำนอง ซึ่งต้องฟ้องศาลขอให้สั่งขายทอดตลาด ส่วนวิธีการขายทอดตลาดนั้น ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องการขายทอดตลาด ตามมาตรา 509-517 แต่เนื่องจากมิใช่การขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ผู้ซื้อโดยสุจริตจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1330 แต่อาจได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1332 ถ้าเข้าเกณฑ์ตามมาตรานั้น

2.4.3 การนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกัน

โดยที่เครื่องจักรถือเป็นสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่ง ดังนั้น เจ้าของเครื่องจักรอาจนำเครื่องจักรมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ได้ดังต่อไปนี้

1) การจำนำเครื่องจักรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยการจำนำ ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747 ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าจำนำนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ดังนั้น การนำเอาเครื่องจักรมาจำนำตามกฎหมายได้จะต้อง ผู้จำนำ

(1) เครื่องจักร จะต้องมีการมสทธิในเครื่องจักรนั้น

(2) ผู้จำหน่ายจะต้องส่งมอบเครื่องจักรให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำหน่าย ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญแห่งการจำหน่าย หากไม่ส่งมอบให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำหน่ายแล้ว แม้ว่า จะได้ทำสัญญาจำหน่ายไว้ต่อกัน ย่อมไม่ถือว่ามี การจำหน่ายตามกฎหมาย ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในฎีกาที่ 665/2472

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ประกอบการต้องจำหน่ายเครื่องจักรของตนให้แก่ผู้รับจำหน่าย ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้สอยเครื่องจักรดังกล่าวเพื่อผลิตสินค้าแต่อย่างใด

2) การจำหน่ายเครื่องจักรตามพระราชบัญญัติ จดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 การจำหน่ายเครื่องจักร ซึ่งสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ ก็อาจจำหน่ายได้ดุจเดียวกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพง

(3) สัตว์พาหนะ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ

ฉะนั้น เครื่องจักรซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่งซึ่งมีกฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะ ให้สามารถจดทะเบียนจำหน่ายก็ย่อมที่จะจำหน่ายได้คู่กัน โดยการที่จะจดทะเบียนเครื่องจักรได้นั้น จะต้องเป็นเครื่องจักรตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง กล่าวคือ

(1) จะต้องเป็นเครื่องจักร ที่กำหนดไว้ในบัญชี 1 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 8 ซึ่งก็คือ เครื่องจักรที่ใช้ในกรรมวิธีโดยตรงของกิจการอุตสาหกรรม ได้แก่ เครื่องจักรจ่ายพลังงาน ซึ่งไม่ใช่พลังงานไฟฟ้า เครื่องจักรชั้ว เครื่องจักรขุดดิน หรือยกระดับของเหลว เครื่องจักรขุดดินก้ำช เครื่องจักรทำความเย็น เป็นต้น และ

(2) เป็นเครื่องจักรสำหรับใช้ในกิจการอุตสาหกรรมตามบัญชี 2 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 8 ได้แก่ กิจการอุตสาหกรรม จำนวน 99 กิจการ

(3) เป็นเครื่องจักรที่ยังมิได้ติดตั้งหรือติดตั้งแล้วแต่ยังมิได้ใช้งานก็ได้

ในการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักร เจ้าของเครื่องจักรต้องยื่นคำขอต่อนายทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรกลาง หรือสำนักงานทะเบียน เครื่องจักรประจำจังหวัด ที่เครื่องจักรนั้นตั้งอยู่ พร้อมหลักฐานต่าง ๆ เช่น หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ เครื่องจักร ได้แก่ ใบเสร็จรับเงิน Invoice หรือ Bill of lading แผนผังแสดงที่ตั้งของอาคาร สถานที่ติดตั้งเครื่องจักร

รายการจำนวนเครื่องจักร แบบแสดงรายการแสดงธาตุเครื่องจักร คู่มือการใช้เครื่องจักร ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน รวมทั้งเอกสารต่อไปนี้ได้แก่ สำเนาบัตรประชาชน สำเนาทะเบียนบ้าน หนังสือรับรองการจัดตั้งบริษัท เป็นต้น

เมื่อยื่นคำขอพร้อมเอกสารหลักฐานต่าง ๆ อย่างครบถ้วนแล้ว และเจ้าหน้าที่เห็นว่าเอกสารหลักฐานที่ยื่นนั้นครบถ้วนถูกต้อง เจ้าหน้าที่ก็จะรับเรื่องไว้พร้อมกับนัดหมายวันที่จะไปทำการตรวจเครื่องจักรหลังจากตรวจเครื่องจักรเรียบร้อยแล้ว เจ้าหน้าที่ก็จะจัดทำประกาศการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์โดยจะปิดประกาศไว้ 2 แห่ง คือ ที่สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรที่รับจดทะเบียนและที่ทำการเขต อำเภอ หรือกิ่งอำเภอท้องถิ่นที่มีเครื่องจักรนั้นตั้งอยู่ โดยจะปิดประกาศเป็นเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ลงนามในประเทศ ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลใด ๆ สามารถทำการคัดค้านการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรนั้น ถ้าเห็นว่าการจดทะเบียนนั้นกระทบกระเทือนสิทธิของผู้คัดค้าน โดยต้องแสดงเหตุผลและหลักฐานว่า ผู้ขอจดทะเบียนไม่ใช่เจ้าของเครื่องจักร แต่เครื่องจักรนั้นเป็นของผู้คัดค้านเมื่อประกาศครบกำหนด 30 วัน แล้ว ไม่มีผู้ใดคัดค้าน เจ้าหน้าที่ก็จะแจ้งให้ผู้ขอจดทะเบียนไปชำระค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน เมื่อชำระค่าธรรมเนียมครบถ้วนแล้ว เจ้าหน้าที่จะนัดหมายวันที่ไปติดป้ายหมายเลขทะเบียนเครื่องจักรต่อไป ซึ่งหมายเลขทะเบียนเครื่องจักรแต่ละหมายเลข จะออกให้สำหรับเครื่องจักรแต่ละเครื่องเป็นการเฉพาะของแต่ละเครื่องไป จะนำไปสับเปลี่ยนกันไม่ได้ เพราะเวลาจำนวนหรือโอนกรรมสิทธิ์กันจะต้องระบุหมายเลขทะเบียนประจำเครื่องจักรแต่ละเครื่องหลังจากเจ้าหน้าที่ได้ติดป้ายทะเบียนเครื่องจักรเรียบร้อยแล้ว ก็จะออกหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักร ให้แก่ผู้ขอจดทะเบียนโดยจะออกเป็น 3 ฉบับ คือ ฉบับผู้ยื่นคำขอ ฉบับสำนักงานทะเบียนเครื่องจักรประจำจังหวัด ที่เครื่องจักรนั้นตั้งอยู่ และฉบับสำนักงานทะเบียนเครื่องจักรกลาง เมื่อออกหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรแล้ว เจ้าหน้าที่ก็จะแจ้งให้ผู้ขอจดทะเบียนมารับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรไป

บทที่ 3

การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ในบทที่ 3 จะเป็นการศึกษาการบังคับคดีกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ... รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายในการบังคับคดีหลักประกันที่เป็นกิจการของต่างประเทศ ได้แก่ Model Law on Secured Transaction ของประชาคมยุโรป U.C.C. มาตรา 9 ประเทศอังกฤษ และ ประเทศฝรั่งเศส ดังจะได้พิจารณาโดยลำดับ

3.1 การบังคับคดีตามกฎหมายไทย

3.1.1 การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การบังคับชำระหนี้ของไทยจะมีแนวคิดเช่นเดียวกับระบบกฎหมาย Civil Law คือ เมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง คู่สัญญาขอมประสงค์จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญา มาตรการทางกฎหมายไทยจึงมีลักษณะที่มุ่งบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ให้ต่อกันไว้ หรือให้อยู่ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาให้มากที่สุด โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นหลัก ส่วนการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นกรณียกเว้นในเมื่อไม่อาจจะบังคับให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้จะยึดถือหลักความซื่อสัตย์สุจริตอย่างยิ่งหรือคุณค่าทางด้านศีลธรรมเป็นสำคัญ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา ถ้าหากปล่อยให้มีการละเลยก็จะทำให้ระบบกฎหมายสัญญาขาดความเชื่อถือ อันจะส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขาดความแน่นอนและอาจเป็นอันตรายต่อธุรกิจการค้าหรือต่อระบบเศรษฐกิจได้ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยคำสั่งใหม่ทดแทนนั้น เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเลือกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้อยู่ในอำนาจดุลยพินิจของศาล¹

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นการชี้ขาดในคดีแล้ว หากคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีลักษณะที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายต้องมีการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หากว่ากฎหมายไม่มีมาตรการใดมาเป็นการบังคับคู่ความฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอาจจะละเลยไม่ยอมปฏิบัติตามทำให้คู่ความฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากคำพิพากษา

¹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. (2527). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2.

หรือคำสั่งก็จะไม่ได้รับการเยียวยาจากกระบวนการยุติธรรมอันจะเป็นเหตุให้เห็นว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นเป็นเพียงลายลักษณ์อักษรในกระดาษ ปราศจากความศักดิ์สิทธิ์ที่พลเมืองไม่จำเป็นต้องเคารพและปฏิบัติตาม อันจะไม่เป็นผลในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ ในทางรัฐประศาสนโยบาย (Public policy) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงต้องบัญญัติวิธีการบังคับคดี เพื่อเป็นบทบัญญัติกำหนดแนวทางและวิธีปฏิบัติอันเป็นกระบวนการภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งขาดคดีแล้วเพื่อทำให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ในสถาบันกฎหมายของประเทศ ทำให้บ้านเมืองมีชื่อมีแปอันจะนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคมโดยทั่วไป

1) ลักษณะของการบังคับคดี การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 2 จะถูกนำมาใช้ในการดำเนินคดีต่อเนื่องจากชั้นที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วก็ตามเมื่อต้องมีเหตุที่ขอให้บังคับคดีนั้นด้วย กล่าวคือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ผู้แพ้คดีต้องปฏิบัติตาม เช่น ชำระหนี้ ซดใช้ค่าสินไหมทดแทน ออกไปจากที่พิพาททางเวนกระทำการ หรือแก้ไขจัดทำตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง แต่ผู้แพ้คดี หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน อันเป็นเหตุให้ผู้ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่ได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล โดยที่ผู้ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ไม่อาจจะบังคับเอาากับลูกหนี้ตามคำพิพากษา

แต่การบังคับคดีเชื่อว่าจะต้องเกิดขึ้นกับทุกคดี เพราะบางคดีคำพิพากษาหรือคำสั่งไม่ต้องบังคับอะไรต่อกันเลยระหว่างคู่ความผู้ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ไม่ต้องขอให้บังคับคดี เช่น โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยออกจากที่พิพาท โจทก์ จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันต่อศาล โดยจำเลยยอมให้ที่พิพาทเป็นของ โจทก์ ดังนี้ที่พิพาทก็ตกเป็นของ โจทก์ไม่จำเป็นต้องบังคับอะไรอีก แม้โจทก์จะมีได้บังคับคดีภายใน 10 ปี ตามมาตรา 271 ก็หาทำให้สิทธิของโจทก์ที่ได้ที่พิพาทเสียไปไม่ (ฎีกาที่ 883/2508)

เหตุที่จะขอบังคับคดี

(1) หนี้ที่เกิดจากละเมิด ซึ่งเจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ทดแทนโดยตรงเหมือนกัน มิใช่ว่าจะมีสิทธิเพียงได้รับค่าเสียหายเป็นเงินทองเท่านั้น หลักการทดแทนในเรื่องละเมิดเป็นเรื่องที่ลูกหนี้จะต้องทำให้เจ้าหนี้กลับสู่สถานะเดิมก่อนถูกละเมิดให้มากที่สุด เช่น กรณีเอาทรัพย์สินไปโดยมิชอบ ผู้ละเมิดก็มีหน้าที่จะต้องคืนทรัพย์สินก่อน (ตาม ปพพ.มาตรา 438) เมื่อคืนไม่ได้จึงต้องชดใช้ราคา เป็นต้น²

² โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. หน้า 95.

(2) บังคับให้ผู้แพ้อผิดหรือลูกหนี้และละเมิดเหมือนกับ ข้อ 1) เช่นกัน แต่สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ตามสัญญาเป็นประเภทที่ให้ผู้หนี้กระทำการ หรืองดเว้นการกระทำหรือส่งมอบทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างประกอบกัน อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาและอยู่ในวิสัยที่ลูกหนี้จะกระทำได้ ซึ่งเป็นไปตาม ปพพ. มาตรา 194 ที่ว่า “ด้วยอำนาจแห่งลูกหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระได้ ... ” (By virtue of an obligation the creditor is entitled to claim performance from the debtor) ส่วนหนี้ที่เกิดจากการละเมิด บางกรณีผู้เสียหายมิได้เพียงเฉพาะจะได้รับความเสียหายเป็นการชดใช้ทดแทนเท่านั้น ยังต้องมีการปฏิบัติในประการอื่นของผู้ละเมิดเพื่อทดแทนในความเสียหายด้วย เช่น กรณีที่มีการหมิ่นประมาท ผู้เสียหายอาจจะเรียกร้องให้ผู้กระทำต้องทำการแก้ไขให้ชื่อเสียงของผู้เสียหายกลับคืนดีด้วย³

2) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี บุคคลที่จะมาเกี่ยวข้องกับคดีใด ๆ นั้นจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีด้วย ซึ่งหากไม่มีส่วนได้เสียแล้วก็เข้ามาเกี่ยวข้องไม่ได้ เนื่องจากบทบัญญัติในภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งมีบุคคลอื่นนอกจากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและลูกหนี้ตามคำพิพากษาเข้ามาเกี่ยวข้องกฎหมายจึงต้องบัญญัติว่า บุคคลใดบ้างที่ เป็นผู้มีส่วนได้เสียในวิธีการบังคับ ตาม ปวิพ. มาตรา 280 ได้จำแนกบุคคลที่มีส่วนได้เสียที่จะเกี่ยวกับการบังคับคดีไว้ 2 ประเภทคือ

(1) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง อันได้แก่ บุคคล ที่ระบุไว้ใน ปวิพ. มาตรา 280 (1) คือ บุคคลเหล่านี้เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นคู่ความตั้งแต่ชั้นพิจารณาคดี จนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง และมีการบังคับคดี โดยมี

ก. เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งเป็นผู้ที่จะได้รับสิทธิหรือประโยชน์จากคำพิพากษา โดยเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานี้ เมื่อครั้งอยู่ในขั้นตอนการฟ้องและการดำเนินคดีอาจจะเป็นโจทก์หรือจำเลยก็ได้ ต่อมาเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วฝ่ายใดเป็นผู้ที่จะได้สิทธิ หรือประโยชน์อย่างใดจากผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งฝ่ายนั้นจะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

แต่ทั้งนี้ในบางคดี เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วปรากฏว่าทั้งโจทก์และจำเลยมีสิทธิและหน้าที่ตามคำพิพากษาที่จะต้องปฏิบัติตามให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น พิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เงินให้โจทก์และโจทก์ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้จำเลยแล้ว โจทก์จึงเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะบังคับเอาหนี้เงินจากจำเลย และจำเลยก็จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะบังคับให้โจทก์ส่งมอบทรัพย์สินให้เช่นกัน

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 447.

นอกจากโจทก์และจำเลยในคดีแล้ว อาจจะมีคู่ความฝ่ายที่สามขึ้นมาได้ คือ ผู้ร้องสอด ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 57 (1) และผู้ร้องสอดนี้อาจจะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้เช่นกัน เช่น ศาลพิพากษาให้ทรัพย์สินที่พิพาทในคดีเป็นของผู้ร้องขอ ผู้ร้องสอดก็เป็นผู้ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา มีสิทธิบังคับตามคำพิพากษาต่อโจทก์และจำเลยได้

ข. ลูกหนี้ตามคำพิพากษา คือ ผู้ที่ถูกคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้ต้องปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งจะมีที่มาเป็นไปในประการเดียวกับที่กล่าวถึง เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในข้อ 1)

ค. ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง ซึ่งหากพิจารณาอย่างผิวเผิน อาจเห็นว่า ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องควรจะอยู่ห่างไกลจากคดีอันเป็นต้นสายของการบังคับคดี แต่เหตุใด ปวิพ.มาตรา 280 (1) จึงบัญญัติว่า ในกรณีที่มีการอายัดสิทธิเรียกร้อง “ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง” เป็น “ผู้มีส่วนได้เสีย” ซึ่งเมื่อพิจารณาพิเคราะห์โดยละเอียดแล้วจะพบว่า “ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง” ก็คือ ลูกหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิที่จะอายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีต่อ “ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง” ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้กฎหมายจึงจัดเป็นบุคคลประเภทเดียวกันกับลูกหนี้ตามคำพิพากษา⁴

(2) บุคคลที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง ได้แก่ บุคคลที่มีได้เกี่ยวข้องกับคดีดำเนินคดีของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและลูกหนี้ตามคำพิพากษามาแต่เดิม แต่ต่อมาในชั้นบังคับคดีบุคคลภายนอกเหล่านี้กลับถูกระทบกระเทือนในสิทธิ เนื่องจากวิธีการบังคับคดี จึงถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี ซึ่ง ปวิพ. มาตรา 280 (2) ได้บัญญัติว่า “บุคคลอื่นใดซึ่งชอบที่จะใช้สิทธิอันได้จดทะเบียนไว้โดยชอบหรือที่ได้ยื่นคำร้องขอตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 288, 289 และ 290 อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้อง เช่นว่ามานั้น เว้นแต่คำร้องขอเช่นว่านี้จะได้ถูกยกเลิกในชั้นที่สุด” จึงมีบุคคลที่อาจจะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แต่มิได้เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง ดังนี้

ก. ผู้ร้องขอทรัพย์สิน ตาม ปวิพ. มาตรา 288 โดยผู้ร้องขอทรัพย์สินไม่ต้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินในทรัพย์สินที่ถูกยึด เพียงแต่มีส่วนได้เสียก็สามารถเป็นผู้ร้องขอทรัพย์สินได้ และการร้องขอทรัพย์สินต้องแสดงว่ามีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งด้วย เช่น ผู้ร้องได้ชำระเงินค่าไถ่ถอนการขายฝากแก่ผู้ซื้อฝากแล้ว แม้ยังไม่จดทะเบียนไถ่ถอนเนื่องจากโจทก์อายัดไว้ถือว่าผู้ร้องมีส่วนได้เสีย (ฎีกาที่ 5562/2531)

⁴ พิพัฒน์ จักรางกูร. (2533). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : การบังคับคดี. หน้า 209.

การร้องขอทรัพย์ต้องกล่าวอ้างด้วยคำว่า ทรัพย์ที่ถูกยึดไว้ไม่ใช่ของลูกหนี้ ตามคำพิพากษาหรือทรัพย์บางส่วนไม่ใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เช่น กรณีเจ้าของรวมที่ยังไม่ได้ครอบครองทรัพย์เป็นสัดส่วนหรือสามีหรือภรรยาถูกยึดทรัพย์ที่เป็นสินสมรส เป็นต้น

ข. ผู้รับจ้างนองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ตาม ป.วิพ. มาตรา 289 ซึ่งมาตรานี้เป็นการกล่าวถึงสิทธิของเจ้าหนี้จ้างนองและเจ้าหนี้บุริมสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ของตนแต่ได้ตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาและถูกเจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์อันเป็นหลักประกันของหนี้ เพื่อการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่เนื่องจากเจ้าหนี้จ้างนองหรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิเป็น

3) กระบวนการบังคับคดีแพ่ง วิธีการที่มีขั้นตอนการดำเนินการแตกต่างกันออกไปในรายละเอียดคงจะได้แยกพิจารณาต่อไปเป็นกรณี ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การบังคับคดีโดยการยึดอายัดและจำหน่ายทรัพย์สิน ในกรณีศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระเงินนั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้⁵

ก. ยึด หรือ

ข. อายัด และ

ค. ขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ยึดหรืออายัดได้นั้น

ความหมายของการยึด

การยึด คือ การเอาทรัพย์สินมาอยู่ในความดูแลรักษาของเจ้าพนักงานบังคับคดี โดยปกติการยึดนั้นเป็นวิธีการที่ใช้เมื่อทรัพย์นั้น เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาและมีตัวตนอยู่ที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ความหมายของการอายัด

การอายัด คือ การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีส่งบุคคลภายนอก มิให้ทำการโอนทรัพย์ หรือชำระหนี้ตามคำพิพากษา โดยปกติการอายัดนั้นเป็นวิธีการที่ใช้เมื่อทรัพย์สินหรือสิทธิอยู่ที่บุคคลภายนอก หรือเป็นของบุคคลภายนอกซึ่งจะต้องส่งมอบหรือโอนกรรมสิทธิ์หรือชำระให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาในภายหลัง

อนึ่ง คำว่า "ยึด" และ "อายัด" นี้อาจใช้ไขว้เขวกันและมีความหมายปนเปกัน แม้จะใช้คำว่า "ยึด" และ "อายัด" ไขว้เขวกันก็ไม่ทำให้เสียผลอย่างใด ต้องถือเอาลักษณะอันแท้จริงตามกฎหมายของกรณีนั้นๆ (คำพิพากษาฎีกาที่ 187/2490)

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 817-818.

สำหรับการยึดทรัพย์นั้น มีอยู่ด้วยกัน 2 ประการคือ

1. ยึดสังหาริมทรัพย์อันมีรูปร่าง เช่น ยึดเงิน ยึดเรือ ยึดทอง รูปพรรณ เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งการยึดนั้น ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบ ถ้าไม่อาจแจ้งได้ก็ต้องแจ้งให้บุคคลซึ่งครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ทราบ และต้องกระทำการยึดนั้นให้เป็นประจักษ์แจ้ง โดยการประทับตราหรือกระทำโดยวิธีอื่นใดที่เห็นสมควร ส่วนทรัพย์สินนั้นต้องยึดเอามาเก็บรักษาไว้ หรือฝากไว้ ณ สถานที่ใด หรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควร หรือถ้าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายินยอม จะมอบไว้ในความอารักขาของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือมอบไว้ในความอารักขาของผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก็ได้

2. ยึดสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องจัดทำ โดยนำเอาหนังสือสำคัญสำหรับทรัพย์สินนั้นมาและฝากไว้ ณ สถานที่ใด หรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควร และแจ้งการยึดนั้น ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากับเจ้าพนักงานที่ดินผู้มีหน้าที่ทราบเจ้าพนักงานที่ดินต้องบันทึกการนั้นไว้ในทะเบียน ถ้าหนังสือสำคัญแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้น ยังไม่ได้้ออก เช่น ยึดที่ดินซึ่งไม่ได้้ออกโฉนด หรือนำมาแสดงไม่ได้ หรือ หาไม่พบ ถ้าว่าการที่ได้แจ้งการยึดต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินนั้น เป็นการยึดตามกฎหมายแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าพนักงานบังคับคดียึดที่ดินมีโฉนด แต่มิได้แจ้งการยึดแก่เจ้าพนักงานที่ดิน ไม่ทำให้การยึดและขายทอดตลาดที่ดินนั้นเป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 471/2520) ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 602/2524 สำหรับการแจ้งที่มีผลตามกฎหมายอาจยกตัวอย่างได้ ดังนี้ คือ เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งการยึดบ้านพิพาทแก่จำเลย ซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา และนายอำเภอ ซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 71(2) ขอบตามมาตรา 304 เป็นการยึดตามกฎหมาย หากจำต้องแจ้งการยึดต่อเจ้าพนักงานที่ดินอีกไม่

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3835/2526 โจทก์นำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดที่ดินของจำเลยเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2523 ย่อมมีผลต่อจำเลยตั้งแต่วันยึด แต่เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งให้เจ้าพนักงานที่ดินทราบวันที่ 17 เมษายน 2523 ปรากฏว่าจำเลยโอนขายที่ดินซึ่งถูกยึดให้แก่ พ. ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไปแล้วตั้งแต่วันที่ 15 เมษายน 2523 การยึดที่ดินดังกล่าวจึงให้ชั้น พ. ไม่ได้และเมื่อ พ. จดทะเบียนขายฝากที่ดินให้แก่ผู้ร้องในวันเดียวกับที่รับโอนและไม่ไถ่ตามกำหนด ผู้ร้องจึงมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ปล่อยที่ดินที่ถูกยึดได้

2) ขั้นตอนการยึดทรัพย์และจำหน่ายทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดี อาจกำหนดได้ดังนี้

(1) ตรวจสอบสำนวน โดยเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายืนคำขอยึดทรัพย์และหนังสือมอบอำนาจยึดทรัพย์ หรือคำสั่งศาลให้บังคับคดีแทนในกรณียึดทรัพย์นอกเขตอำนาจศาล และวางเงินค่าใช้จ่าย

(2) ออกไปทำการยึดทรัพย์ โดยปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278-285 , มาตรา 303 - 304.

(3) ตรวจสอบสำนวนยึดทรัพย์

(4) เสนอรายงานการยึดทรัพย์ และขออนุญาตขายทอดตลาดทรัพย์

(5) ศาลอนุญาตให้ขายทอดทรัพย์ที่ยึด

(6) ประกาศขาย โดยพิมพ์ประกาศสั่งให้ผู้มีส่วนได้เสียและเสนอให้ศาลทราบ

(7) ทำการขาย โดยวิธีการประมูลให้ได้ราคาสูงสุด

(8) เมื่อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ ต้องรายงานศาลให้สั่งเจ้าพนักงานที่ดินโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้ผู้ซื้อ และแจ้งนายทะเบียนที่เกี่ยวข้อง

(9) ทำบัญชีการขาย แบ่งเงินให้แก่ผู้มีสิทธิกับส่วน หรือผู้มีบุริมสิทธิเฉลี่ยทรัพย์

(10) ตรวจสอบบัญชี ถ้าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาไม่รับรองและเจ้าพนักงานบังคับคดีสั่งยื่น ต้องร้องต่อศาลให้มีคำสั่ง ถ้ารับรองบัญชี ให้จ่ายเงินต่อไป

(11) จ่ายเงินให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเข้าไปและรายงานศาลทราบ

(12) ถ้าผู้มีหน้าที่ชำระค่าธรรมเนียมการบังคับคดีต่าง ๆ ไม่ชำระเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องรายงานศาลให้ออกหมายบังคับคดีแก่ผู้อื่น

3) ขั้นตอนการอายัดทรัพย์สิน มีดังนี้

(1) ตรวจสอบสำนวนโดยตรวจหมายบังคับคดี และคำขออายัด และคดียอดหนี้ตามคำพิพากษาในกรณีอายัดเงินที่ชำระได้ในคราวเดียว

(2) เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือผู้แทนวางเงินค่าใช้จ่ายและดำเนินการอายัด

(3) ออกหนังสือแจ้งอายัดไปยังบุคคลภายนอกให้ส่งเงินหรือทรัพย์สินที่อายัด

(4) ถ้าบุคคลภายนอกปฏิเสธหนี้ โดยสิ้นเชิงให้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาทราบ ถ้าไม่ปฏิเสธ ให้มีหนังสือเตือนไป แล้วรายงานศาลทราบและขอให้ศาลเรียกบุคคลภายนอกมาให้ส่งเงินหรือทรัพย์สินที่อายัด

(5) เมื่อบุคคลภายนอกส่งเงินที่อายัด ให้รับเงินแล้วส่งกองคลัง แล้วแจ้งตอบรับเงิน

(6) เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายื่นขอรับเงิน

(7) ตรวจสอบระบบล้มละลาย และให้เป็น พื้น 14 วัน ตามมาตรา 290

(8) ส่งเรื่องให้กองคลังจ่ายเงิน และแจ้งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบ โดยแสดงรายการรับ-จ่าย และเสนอบัญชีการรับ-จ่าย ให้ศาลทราบด้วย

(9) เมื่ออายัดครบหนี้แล้ว ต้องรายงานศาลให้ถอนการบังคับคดี หรือแจ้งถอนอายัดไปยังบุคคลภายนอกในกรณีอายัดเงินชำระเป็นคราว ๆ และรายงานศาลให้ถอนการบังคับคดี

4) วิธีการยึดทรัพย์และจำหน่ายทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดี

สำหรับวิธีการในการดำเนินการยึดและอายัดทรัพย์นั้นอาจแสดงวิธีปฏิบัติในการแสดงหมายบังคับคดีเพื่อเริ่มต้นกระทำการค้น การกระทำเมื่อถูกขัดขวางการกะประมาณจำนวนทรัพย์ที่จะทำการยึด การงดเว้น ไม่ยึดหรืออายัด การปิดประกาศ การยึดทรัพย์อายัดทรัพย์ประเภทต่างๆ ทั้งสังหาริมทรัพย์มีรูปร่าง ไม่มีรูปร่างทั้งที่มีชีวิต ไม่มีชีวิต ตลอดจนกระทั่งอสังหาริมทรัพย์ต่างๆ การทำบัญชี การประเมินหรือการกะประมาณราคาทรัพย์ การแจ้งการยึดอาศัยแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ตามขั้นตอนดังกล่าวแล้ว ได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

(1) ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีกระทำการยึดทรัพย์ในช่วงพระอาทิตย์ขึ้น และพระอาทิตย์ตก ในวันทำงานปกติ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน โดยได้รับอนุญาตจากศาล

(2) ก่อนกระทำการยึดทรัพย์ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแสดงหมายบังคับคดีต่อลูกหนี้ ตามคำพิพากษา ถ้าไม่ปรากฏตัวลูกหนี้ให้แสดงต่อบุคคลที่อยู่ในสถานที่นั้น

(3) ในการที่จะดำเนินการบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมมีอำนาจหน้าที่เท่าที่มีความจำเป็นเพื่อที่จะค้นสถานที่ใดๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือ ที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ครอบครองอยู่ เช่น บ้านที่อยู่ คลังสินค้า โรงงานและร้านค้าขาย ทั้งที่มีอำนาจที่จะยึดและตรวจสอบบัญชีหรือแผ่นกระดาศ และกระทำการใดๆ ตามสมควรเพื่อเปิดสถานที่ หรือบ้านที่อยู่ หรือโรงเรียนดังกล่าวแล้ว รวมทั้งตู้โทรศัพท์ ตู้ หรือ ที่เก็บของอื่นๆ แล้วรายงานให้ศาลทราบ

(4) ในการยึดทรัพย์รายใด ถ้ามีผู้ขัดขวาง ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีชี้แจงว่ากล่าวแต่โดยดีก่อน ถ้าผู้นั้นยังขัดขวางอยู่อีก ก็ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานตำรวจ เพื่อดำเนินการบังคับคดีจนได้

(5) ให้ยึดทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแต่เพียงประมาณราคาที่ควรจะขายทอดตลาดได้พอชำระหนี้ตามหมายบังคับคดี พร้อมทั้งค่าธรรมเนียมในการบังคับคดี เว้นแต่จะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ หรือ ศาลจะได้มีคำสั่งเป็นอย่างอื่น แต่ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีทรัพย์ซึ่งมีราคามากกว่าจำนวนหนี้ และมีอาจแบ่งยึดโดยมิให้ทรัพย์นั้นเสื่อมราคา (เช่น ทำให้เปลี่ยนสภาพและราคาตกต่ำ) ทั้งทรัพย์อื่นที่จะยึดให้พอคุ้มจำนวนหนี้ไม่ปรากฏด้วยแล้ว ก็ให้ยึดทรัพย์ที่ว่านั้นมาขายทอดตลาด ถึงแม้ผู้นายึดจะชี้ให้ยึดแต่เพียงบางส่วนก็ดี

(6) เจ้าพนักงานบังคับคดีชอบที่จะงดการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำชี้ เมื่อสงสัยว่าทรัพย์สินนั้นไม่อาจยึดอายัดได้ตามกฎหมาย เช่น ปรากฏว่ามีบุคคลอื่นนอกจากลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลซึ่งทรัพย์สินต้องถูกยึดหรืออายัดเป็นเจ้าของในทะเบียน เมื่อได้งดการยึดหรืออายัดแล้วให้รับรายงานต่อผู้อำนวยการกอง กองยึด และจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อจะได้รายงานต่อไปยังศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 283 วรรค 2 เมื่อยึดหรืออายัดทรัพย์สินมาแล้ว ปรากฏว่าทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดนั้นมีชื่อบุคคลอื่น นอกจากลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลซึ่งทรัพย์สินต้องถูกยึดหรืออายัดนั้นมีชื่อบุคคลอื่น นอกจากให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาทราบเพื่อถอนการยึดทรัพย์สินนั้น

(7) เจ้าพนักงานบังคับคดียอมไม่ยึดหรืออายัดทรัพย์สินซ้ำหรือที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285, 286, 290 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการยึดทรัพย์สินของกลศกร พ.ศ. 2475 หรือกฎหมายอื่นๆ

(8) ถ้าในหมายบังคับคดีกล่าวเฉพาะเจาะจงให้ยึดทรัพย์สินสิ่งใด ให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดแต่เฉพาะทรัพย์สินนั้น

(9) ถ้าจะยึดทรัพย์สินที่มีทะเบียน ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสอบถามผู้นำยึดเสียก่อนว่าผู้ใดมีชื่อเป็นเจ้าของทะเบียนนั้น

(10) เมื่อกระทำการยึดทรัพย์สินเสร็จแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีปิดประกาศยึดทรัพย์สินไว้ ณ สถานที่ๆ ยึด โดยเปิดเผย และให้ทำรายงานและบัญชีทรัพย์สินที่ยึดเสนอผู้อำนวยการกอง กองยึดอายัดและจำหน่ายทรัพย์สิน

(11) เมื่อได้มีการยึดทรัพย์สินแล้ว สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้อันมีต่อบุคคลภายนอกในเรื่องพันธบัตรหลักทรัพย์ที่เป็นประกัน ตราสารเปลี่ยนมือหรือสิทธิเรียกร้องขอให้ชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือสิทธิเรียกร้องอื่น ๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 310

(12) เมื่อผู้นำยึดขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีร้องขอไปยังเจ้าพนักงานที่ดินให้งดการทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่จะยึดชั่วคราว (อายัด) โดยเสียค่าธรรมเนียมตามระเบียบ และเจ้าพนักงานที่ดินได้มีคำสั่งอนุญาตคำขอนั้นแล้ว ผู้นำยึดต้องจัดการนำยึดภายในกำหนด 15 วัน มิฉะนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีอาจขอให้เจ้าพนักงานที่ดินถอนคำสั่งนั้นเสียได้

(13) ในการยึดที่ดินให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรังวัดเขตกว้างยาวของที่ดินที่ยึดกับแผนที่จำลองตามข้อ 13 ว่าจะเป็นที่ดินแปลงเดียวกันหรือไม่ หากควรเชื่อได้ว่าเป็นที่ดินแปลงเดียวกันแล้ว ให้จดชื่อเจ้าของที่ดินข้างเคียงเท่าที่ควรทราบกำกับไว้ในแผนที่จำลอง และแสดงให้เห็นสภาพและทำเลที่ตั้งของที่ดินที่ยึด และแสดงด้วยว่าอยู่ใกล้ไกลจากสถานที่ราชการหรือที่ชุมนุมชน หรือทางบกทางน้ำประมาณระยะทางเท่าใด

(14) ในการยึดที่ดินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ถ้าที่ดินที่ยึดนั้นมีสิ่งปลูกสร้างหรือไม่ล้มลุกหรือธัญชาติอื่นจะเก็บเกี่ยวหรือรับผลได้คราวหนึ่งหรือหลายคราวต่อปี เป็นของผู้อื่นปลูกอยู่ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีบันทึกถ้อยคำของเจ้าของสิ่งนั้นๆ ให้ปรากฏว่ามีสิทธิในที่ดินอยู่อย่างไรเป็นต้นว่า อาศัยหรือมีสัญญาเช่าต่อกัน ฯลฯ

(15) การยึดเรือน โรง หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจดขนาด กว้างยาว และบรรยายสภาพแห่งสิ่งนั้นๆ เช่น พื้น ฝา ประตู หน้าต่าง เสา เครื่องบนใช้ไม้ชนิดใด หลังคา อะไร มีกี่ชั้น และเก่าใหม่อย่างไร เลขทะเบียนเท่าไร ถ้าเป็นสถานที่ให้เช่า ค่าเช่าเท่าใด

(16) การยึดสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างและอสังหาริมทรัพย์ย่อมครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์นั้นด้วย เว้นแต่จะได้มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่ประสงค์ให้ยึดดอกผลนั้นๆ

(17) การยึดที่ดินซึ่งมีไม้ยืนต้น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจดชนิดและประมาณจำนวนต้นไม้ไว้ด้วย ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการยึดทรัพย์สินกสิกร พ.ศ. 2475 การยึดที่ไร่นาซึ่งมีไม้ล้มลุกหรือธัญชาติอื่นจะเก็บเกี่ยวได้ตามฤดูกาล จะยึดแต่ที่ดินไม่ยึดไม้ล้มลุกและธัญชาติหรือจะยึดทั้งที่ดินและไม้ล้มลุกหรือธัญชาติด้วยก็ได้

(18) ถ้าอสังหาริมทรัพย์ที่ยึดมีดอกผลธรรมดาที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องเป็นผู้เก็บเกี่ยวหรือบุคคลอื่นเป็นผู้เกี่ยวในนามของลูกหนี้ เมื่อผู้ยึดร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเก็บเกี่ยว และเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นสมควรจัดการให้ เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ทราบเสียก่อนในขณะทำการยึด แล้วจึงทำการเก็บเกี่ยวดอกผลนั้นเมื่อถึงกำหนด

(19) ในการยึดทรัพย์นั้น ให้ยึดเฉพาะส่วนของลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่ถ้ามีบุคคลอื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย และไม่ปรากฏว่าส่วนเป็นของลูกหนี้ให้ยึดมาทั้งหมด

(20) เมื่อยังไม่มีกรยึดทรัพย์ ถ้าปรากฏว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของผู้ใดอยู่โดยมีสิทธิได้รับเงินหรือทรัพย์สินอื่นจากผู้ใดก็ตาม เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาร้องขอ เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจจะทำการอายัดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 ไปยังลูกหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษามีให้ชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่ให้มาชำระหรือ ส่งมอบแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีภายในเวลาที่กำหนดไว้

(21) ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแสดงให้เห็นโดยประจักษ์แจ้งตามวิธีที่เห็นสมควรว่า ได้มีการยึดทรัพย์แล้ว เช่น

(ก) สิ่งของ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีปิดหรือผูกแผ่นเลขหมาย สิ่งของที่ยึดสำคัญให้ตรงตามบัญชีทรัพย์ ถ้าสามารถจะเก็บรวบรวมเข้าหีบหรือตู้ได้ ก็ให้รวมไว้แล้วปิดหีบหรือตู้ประทับตราครั้งอีกชั้นหนึ่ง

(ข) ห้องแถว ตึกแถว หรือสิ่งปลูกสร้าง ให้ปิดเครื่องหมายไว้ทุกห้อง

(ค) สัตว์พาหนะและปศุสัตว์ จะใช้สีทาที่เขาด้านในตัวหรือที่ตัว หรือจะใช้แผ่นเลขหมายผูกคอ หรือจะด้อนเข้าคอกแล้วผูกเชือกประทับตราครั้งที่ประตูคอกก็ได้ แล้วแต่จะเห็นสมควร แต่อย่าให้เป็นการขัดข้องต่อการเลี้ยงรักษาสัตว์

(22) ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำบัญชีทรัพย์สินที่ยึด โดยแสดงรายละเอียด เช่น ชื่อ ประเภท จำนวน ขนาด น้ำหนักสภาพของทรัพย์สิน และราคาประมาณแห่งทรัพย์สินตามลำดับหมายเลขไว้ แล้วส่งสำเนาไปยังศาล หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แล้วแต่กรณี

(23) การจดบัญชีทรัพย์สิน ถ้าเป็นทรัพย์สินหลายสิ่งราคาเล็กน้อย จะมีรวมหรือกองรวมกันแล้ว จดเป็นเลขหมายเดียวก็ได้ ถ้าทรัพย์สินที่ยึดเป็นชุดหรือสำหรับ การจดบัญชีให้รวมเป็นชุดเป็นสำหรับ หรือ ไม่รวมก็ได้ แล้วแต่จะเห็นสมควร

(24) การประมาณราคาดินพึงพิจารณาตามหลักเกณฑ์เหล่านี้ ประกอบกัน คือ

ก. ราคาซื้อขายกันในท้องตลาดโดยคำนึงถึงสภาพแห่งที่นั้นว่า เป็นที่อะไร เช่น ที่ปลูกตึกแถวให้เช่า หรือที่บ้านที่สวนที่นาที่ไร่ และที่นั้นอยู่ในทำเลอย่างไร เช่น อยู่ในทำเลค้าขาย ที่ชุมนุมชน หรือใกล้ทางบกทางน้ำ ท่าเรือ หรือมีประโยชน์รายได้มากน้อยเพียงใดเหล่านี้ เป็นต้น

ข. ราคาที่ดินตำบลนั้นหรือตำบลใกล้เคียง ซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดี เคยขายทอดตลาดไปแล้ว

ค. ราคาซื้อขายหรือจ้างหรือขายฝากครั้งสุดท้ายของที่ดินที่ยึดและที่ดินข้างเคียง

ง. ราคาประเมินปานกลางของสำนักงานที่ดิน

(25) การประมาณราคาทรัพย์สินนอกจากที่ดิน ให้ประมาณตามราคาซื้อขายในท้องตลาด ตามสภาพความเก่าใหม่ของทรัพย์สินนั้น ๆ มิใช่ประมาณราคาตามที่คุณค่าตกลงกันเพื่อหลีกเลี่ยงค่าธรรมเนียม

(26) การประมาณราคาทรัพย์สินที่มีการจำนำหรือจ้างให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับข้อ 37 และข้อ 38 แต่ให้หมายเหตุไว้ด้วยว่า จำนำ หรือจ้างใด ต้นเงินเท่าใด เพื่อประกอบดุลยพินิจในการขายทอดตลาด

(27) เมื่อได้ยึดทรัพย์สินแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจัดบัญชีและประมาณราคาทรัพย์สินที่ยึดไว้แล้ว ให้ผู้นำยึดลงนามรับรองบัญชีนั้น ถ้าผู้นำยึดไม่เห็นชอบตามราคาที่เขาพนักงานบังคับคดีประมาณก็ให้บันทึกไว้โดยชัดเจน

(28) เมื่อผู้อำนวยการกอง กองยึดอายัดและจำหน่ายทรัพย์สิน เห็นว่าราคาทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีประมาณยังไม่สมควร ก็ให้มีอำนาจแก้ไขได้ แล้วแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้นำยึดและลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบ

(29) การยึดที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นอันอยู่ในที่ดินนั้น ให้รับแจ้งการยึดไปยังเจ้าพนักงานที่ดิน และหรือหัวหน้าเขตแห่งท้องที่แล้วแต่กรณี แต่ถ้าเป็นการยึดที่ดินที่ยังไม่มีโฉนด تراจอง หรือใบไต่สวนตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือสังหาริมทรัพย์อันอันอยู่ในที่ดินนั้น ให้รับแจ้งการยึดไปยังหัวหน้าเขตแห่งท้องที่

(30) การยึดสิ่งปลูกสร้างซึ่งปลูกอยู่บนที่ดินของผู้อื่นที่มีโฉนด ให้ผู้นำยึดแจ้งเลขโฉนดและชื่อเจ้าของที่ดินนั้นต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี ถ้าหากทราบ

(31) เมื่อได้กระทำการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว ให้แจ้งการยึดราคาและที่กองยึดอายัดและจำหน่ายทรัพย์สิน แพคนอยู่อาศัย ให้แจ้งการยึดไปยังกรมเจ้าท่า หรือหัวหน้าเขตแห่งท้องที่ แล้วแต่กรณี

กรณียึดทรัพย์สินที่มีทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์ เช่น เครื่องจักร ได้แจ้งการยึดไปยังนายทะเบียนแห่งทรัพย์สินนั้น

5) ทรัพย์สินที่ยึดอายัดไม่ได้ อนึ่ง ในการยึดและอายัดทรัพย์สินดังกล่าวข้างนี้ ก็ยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์สินอยู่บางประการที่ทำให้ไม่อาจยึดและอายัดทรัพย์สินนั้นได้ ซึ่งทรัพย์สินที่กฎหมาย ห้ามมิให้ยึดหรืออายัด และทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี และทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี และทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจที่จะไม่ยึดหรืออายัดนั้น ก็ได้แก่ การยึดและอายัดทรัพย์สินในกรณีต่อไปนี้⁶

(1) ถ้าเจ้าพนักงานบังคับคดี มีความสงสัยในทรัพย์สินที่จะยึดหรืออายัดนั้นว่าเป็นของบุคคลอื่นซึ่งไม่ควรยึดหรืออายัด ก็ชอบที่จะงดการยึดหรืออายัดนั้นเสีย

(2) เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ยึดหรืออายัดทรัพย์สินเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้พร้อมค่าฤชาธรรมเนียม

(3) เครื่องนุ่งห่มหลับนอน หรือเครื่องใช้ในครัวเรือนโดยประมาณรวมกันราคาไม่เกิน 5,000 บาท ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งตามกฎหมายเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้ ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีจึงยึดไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นสมควร ศาลจะกำหนดทรัพย์สิน คือ เครื่องนุ่งห่มหลับนอนหรือเครื่องใช้ในครัวเรือน ที่มีราคาเกิน 5,000 บาท ให้

⁶ แหล่งเดิม

เป็นทรัพย์สินที่ไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีได้ ทั้งนี้ศาลต้องคำนึงถึงความจำเป็นตามฐานะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(4) เครื่องมือ หรือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพหรือประกอบอาชีพ โดยประมาณรวมกันราคาไม่เกิน 10,000 บาท ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือของภริยา หรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งตามกฎหมายเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือที่อาจบังคับเอาชำระตามคำพิพากษาได้ เช่น เรือ อวนจับปลา เรือยนต์รับจ้าง เครื่องทอผ้า เป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี จึงยึดไม่ได้ ถ้าหากมีราคาเกินกว่า 10,000 บาท และลูกหนี้ตามคำพิพากษามีความจำเป็นที่จะต้องใช้สอยในการดำเนินการเลี้ยงชีพ หรือประกอบอาชีพ ก็อาจยื่นคำร้องต่อศาลขออนุญาตยึดหน่วงและใช้เครื่องมือหรือเครื่องใช้เพื่อประกอบอาชีพได้ กรณีศาลต้องส่งสำเนาคำร้องแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้วทำการไต่สวน ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจอนุญาตหรือไม่อนุญาตภายในบังคับแห่งเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร

(5) วัตถุ เครื่องใช้ และอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้ทำหน้าที่แทน หรือช่วยอวัยวะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เช่น แขนเทียม ขาเทียม แว่นตาสำหรับช่วยสายตา ฟันปลอม หรือรถเข็นสำหรับคนป่วยนั่ง เครื่องช่วยฟัง ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือของภริยา หรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี จึงยึดไม่ได้

(6) ทรัพย์สินที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี เช่น ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 106 สิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/41 ที่ธรณีสงฆ์ ทรัพย์สินของแผ่นดิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 ทรัพย์สินของการรถไฟตามพระราชบัญญัติการรถไฟ พ.ศ. 2498 มาตรา 13 ที่ดินจัดสรรตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2485 มาตรา 8,9 ซึ่งโอนกันไม่ได้จนครบ 5 ปี จากวันที่ได้รับหนังสือสำคัญ (คำพิพากษาฎีกาที่ 704/2508) ที่ดินไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินหรือนัยหนึ่งคือที่ดินมือเปล่าซึ่งยังมีได้รับคำร้องจากนายอำเภอว่า ได้ทำประโยชน์แล้ว จะบังคับให้จดทะเบียนโอนไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2509 ประชุมใหญ่) แต่สำหรับที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกัน ที่เมื่อจำเลยเข้าครอบครองหวงกันจากการใช้สอยของบุคคลอื่นแล้ว ในระหว่างราษฎรด้วยกัน จำเลยย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้อื่น จำเลยปลูกต้นยางพารา ต้นมะพร้าว ต้นสะตอ และต้นผลอาสินอื่นๆ ลงในที่ดินและเก็บเกี่ยวดอกผลตลอดมา ดอกผลของไม้ยืนต้นดังกล่าวจึงเป็นของจำเลย อันอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี โจทก์มีสิทธิยึดดอกผลธรรมดาของไม้ยืนต้นดังกล่าว (คำพิพากษาฎีกาที่ 3348/2539 ประชุมใหญ่)

(7) ทรัพย์สินที่ยึดได้แต่ขายไม่ได้ คือ ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือของภริยา หรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา อันมีลักษณะเป็นของส่วนตัว โดยแท้ เช่น

หนังสือสำหรับวงศ์ตระกูลโดยเฉพาะ จดหมายหรือสมุดบัญชีต่าง ๆ นั้น อาจยึดมาตรวจดูเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับคดีได้ ถ้าจำเป็น แต่ห้ามมิให้เอาออกขายทอดตลาด

(8) สิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี คือ

ก. เมื่อเลี้ยงชีพซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ และเงินรายได้เป็นคราวๆ อันบุคคลภายนอกได้ยกให้เพื่อเลี้ยงชีพเป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร กำหนดจำนวนเงินดังกล่าวนี้ ให้ศาลกำหนดให้ไม่น้อยกว่าอัตราเงินเดือนขั้นต่ำสุดของข้าราชการพลเรือนในขณะนั้น แต่ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีฐานะในครอบครัวดี มีบุพการีและผู้สืบสันดานอยู่ในความอุปการะหลายคน ศาลมีอำนาจกำหนดเงินสูงขึ้นไปกว่านั้นอีกได้

ข. เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ บำเหน็จ และเบี้ยหวัดของข้าราชการ หรือลูกจ้างของรัฐบาล และเงินสงเคราะห์ หรือบำนาญที่รัฐบาลได้จ่ายให้แก่คู่สมรสหรือญาติที่ยังมีชีวิตอยู่ของบุคคลเหล่านั้น ซึ่งเงินประเภทต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่ได้ให้ศาลกำหนดจำนวนเช่นกรณีแรกจึงไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีตามจำนวนที่ได้รับทั้งหมด ตัวอย่างของเงินประเภทนี้ได้แก่ กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1479/2528 ซึ่งตัดสินว่าเทศบาลเป็นทบวงการเมืองตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 7 วรรคสอง จำเลยเป็นลูกจ้างประจำของเทศบาลตำบล จึงเป็นลูกจ้างของรัฐบาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 (2) ค่าจ้างของลูกจ้างของรัฐบาลไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี โจทก์จึงไม่มีสิทธิขอให้ศาลอายัดสิทธิเรียกร้องในเงินค่าจ้างของจำเลย สำหรับเงินยังชีพและเงินช่วยเหลือบุตร เป็นเงินที่กำหนดให้เบิกจ่ายแก่ลูกจ้างเป็นประจำทุกเดือน เพื่อการครองชีพในลักษณะเดียวกับค่าจ้างถือได้ว่าเป็นค่าจ้าง จึงไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีเช่นกัน และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 554/2549 ซึ่งตัดสินว่าสิทธิเรียกร้องเงินค่าเบี้ยเลี้ยงเดินทาง และค่าเช่าที่พักตามพระราชกฤษฎีกา ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2518 เป็นค่าจ้างซึ่งทางราชการหรือลูกจ้างที่เดินทางไปปฏิบัติราชการชั่วคราวนอกที่ตั้งสำนักงานซึ่งปฏิบัติราชการตามปกติ ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 (2)

ค. เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ ค่าชดใช้ เงินสงเคราะห์ หรือรายได้อื่น ในลักษณะเดียวกันของพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน นอกจากที่กล่าวไว้ในข้อ (2) ที่นายจ้างจ่ายให้แก่บุคคลเหล่านั้น หรือคู่สมรส หรือญาติที่ยังมีชีวิตอยู่ของบุคคลเหล่านี้ เป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร ในการกำหนดจำนวนเงินดังกล่าวนี้ กฎหมายบัญญัติเช่นเดียวกับข้อ (1) กล่าวคือ ให้ศาลกำหนดได้ไม่น้อยกว่า อัตราเงินเดือนขั้นต่ำสุดของข้าราชการพลเรือนไทยในขณะนั้น แต่ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีฐานะในทางครอบครัวดี มีบุพการีและผู้สืบสันดานอยู่ในความอุปการะหลายคน ศาลมีอำนาจกำหนดจำนวนเงินสูงขึ้นไปกว่านั้นอีกได้ ตัวอย่างของเงินประเภทนี้ได้แก่กรณีตามคำพิพากษาศาล

ฎีกาที่ 2888/2526 ซึ่งตัดสินว่าการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจดำเนินการโดยคณะกรรมการเป็นอิสระ เงินเดือนและเงินอื่น ๆ ของลูกจ้างของการรถไฟได้รับงบประมาณของการรถไฟ มิใช่จากเงินจัดสรรงบประมาณเหมือนข้าราชการและลูกจ้างของรัฐบาล จำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างของการรถไฟฯ จึงมิใช่เป็นลูกจ้างของรัฐบาลตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286(2) เมื่อจำเลยมิใช่ลูกจ้างของรัฐบาล สิทธิเรียกร้องของจำเลยอันมีต่อการรถไฟในอันที่จะได้รับเงินกองทุนสงเคราะห์ทดแทน จึงตกอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีตามมาตรา 286 (3)

ง. เงินฉापนกิจสงเคราะห์ ที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับ อันเนื่องมาแต่ความตายของบุคคลอื่น เป็นจำนวนตามที่จำเป็นในการดำเนินการฉापนกิจศพตามฐานะของผู้ตายที่เห็นสมควร

(9) ทรัพย์สินที่มีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นยึดอยู่ก่อนแล้วจะยึดซ้ำอีกไม่ได้

10) ทรัพย์สินของภคิกรดังต่อไปนี้ ยึดไม่ได้ตามพระราชบัญญัติการยึดทรัพย์ภคิกร

พ.ศ. 2475 คือ

ก. พืชผลที่ยังไม่ถึงเวลาเก็บเกี่ยว

ข. พืชพันธุ์ที่จะใช้ในปีต่อไปตามปริมาณอันสมควร โดยเทียบเคียงกับเนื้อที่ซึ่งภคิกรทำได้ในปีหนึ่ง

ค. พืชที่เก็บไว้สำหรับเลี้ยงสัตว์ และครอบครัวตามฐานานุกรมสำหรับปีหนึ่ง

ง. สัตว์และเครื่องมืออันประกอบอาชีพที่มีไว้พอควรแก่การดำเนินอาชีพต่อไป

(11) ในระหว่างที่เป็นสามีภริยากัน ฝ่ายใดจะยึดทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งไปไม่ได้ เว้นแต่สำหรับค่าอุปการะเลี้ยงดู และค่าฤชาธรรมเนียมที่ยังมิได้ชำระตามพิพากษา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อนึ่ง ทรัพย์สินอันเป็นของภริยา หรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 และ 285 วรรคท้ายนั้น ทรัพย์สินที่จะยึดหรืออายัดได้ตามนี้ต้องเป็นทรัพย์สินที่อาจถือได้ว่าเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา คือ เป็นทรัพย์สินที่จะยึดหรืออายัดได้ตามนี้ต้องเป็นทรัพย์สินที่อาจถือได้ว่าเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา คือ เป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นเอง เช่น ลูกหนี้ตามคำพิพากษาซื้อที่ดินแล้ว ไล่ชื่อบุตรผู้เยาว์ของตนในโฉนด ดังนี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะยึดที่ดินแปลงนี้ไม่ได้ เพราะไม่ใช่ทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่มาตราซื้อที่ดินให้แก่ผู้เยาว์ ซึ่งหาใช่เพียงมารดาตามคำพิพากษาจึงยึดเอาที่ดินของผู้เยาว์ดังกล่าว ตาม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 วรรคท้าย ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 481/2495) หรือกรณีที่ดินและเรือนที่ปูซื่อให้แก่หลาน (คือบุตรของลูกหนี้ตามคำพิพากษา) ย่อมเป็นทรัพย์สินของหลานนั้น และไม่เป็นทรัพย์สินที่เป็นของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จึงไม่อาจบังคับเอาชำระหนี้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1317/2503)

6) การยึดทรัพย์ในกรณีอื่นๆ ในการบังคับคดีโดยยึดทรัพย์ของเจ้าพนักงานบังคับคดี นอกจากจะทำการยึดในคดีแพ่งธรรมดาแล้ว ก็ยังมีหน้าที่ในการยึดทรัพย์นายประกัน ยึดทรัพย์จำเลยใช้ค่าปรับและยึดทรัพย์แทนศาลแรงงานอีกด้วย ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเพียงสังเขป ดังนี้⁷

(1) การยึดทรัพย์ชำระค่าปรับนายประกัน เมื่อศาลส่งหมายบังคับคดีและแจ้งหลักทรัพย์นายประกันให้ เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดหลักทรัพย์นั้น ตามคำสั่งศาลตามวิธีดำเนินการยึดทรัพย์ในคดีแพ่ง แล้วรายงานศาลขออนุญาตขายทรัพย์ที่ยึดต่อไป ในกรณีเงินทรองค่าใช้จ่ายที่ได้รับจากศาลไม่เพียงพอหรือไม่มีเงินทรองค่าใช้จ่ายจากงบประมาณของกรมบังคับคดี ในกรณีที่ไม่มีสำนักงานบังคับคดีและวางทรัพย์ตั้งอยู่ในเขตศาลที่ออกหมายบังคับคดี ให้เบิกเงินทรองค่าใช้จ่ายจากงบประมาณของกระทรวงยุติธรรม

(2) การยึดทรัพย์ชำระค่าปรับจำเลย เมื่อศาลส่งหมายบังคับคดีตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีจัดการยึดทรัพย์ของจำเลยชำระค่าปรับ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเรียกจำเลยมาชำระค่าปรับ หากจำเลยไม่ชำระค่าปรับ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการตามหมายบังคับคดีนั้น และให้นำวิธีการยึดทรัพย์ลูกหนี้ตามคำพิพากษามาใช้บังคับโดยอนุโลม ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีให้เบิกจากงบประมาณของกรมบังคับคดี ถ้าหมายบังคับคดีของศาลมิได้กำหนดผู้นำยึดก็ดี หรือกำหนดผู้นำยึดก็ดี ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการโดยมิชักช้า หากไม่สามารถทำการยึดด้วยประการใด ๆ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรายงานศาลทราบโดยเร็ว กรณีทำการบังคับคดีในเขตอำนาจศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรายงานการยึดทรัพย์ พร้อมกับบัญชีทรัพย์ต่อศาลเป็นคราว ๆ และขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ขายทอดตลาดทรัพย์ที่ได้ยึดหรือทำการบังคับคดีไว้ แต่ถ้าเป็นการยึดทรัพย์ตามหมายยึดทรัพย์ชั่วคราวก่อนคำพิพากษาก็ให้ขออนุญาตขายต่อเมื่อมีหมายบังคับคดีแล้ว ส่วนกรณีทำการบังคับคดีแทนศาลอื่น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรายงานเกี่ยวกับการบังคับคดีที่ได้กระทำไปตามที่ศาลสั่งภายในเขตอำนาจศาล เสนอให้ศาลที่ทรัพย์ทำการบังคับคดีตั้งอยู่ในเขต แจ้งเรื่องการบังคับคดีแทนรวมทั้งจัดส่งเอกสารเรื่องราวการบังคับคดีที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ไปยังศาลที่ออกหมายบังคับคดีทราบ เพื่อดำเนินการบังคับคดีต่อไป

⁷ กระทรวงยุติธรรม. (2525). คู่มือธุรการศาล เล่ม 2. หน้า 1339-1340.

4) กระบวนการข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นกับการบังคับคดี ในการบังคับคดีนั้นเมื่อดำเนินมาถึงขั้นยึด อัยคทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อขายทอดตลาดแล้ว ในระหว่างนี้อาจมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับบังคับคดี โดยอาจจะเกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินที่ถูกยึดหรืออายัดโดยตรง เช่น การร้องขอทรัพย์ และการขอถอนส่วน หรือเกี่ยวข้องกับตัวลูกหนี้ตามคำพิพากษา เช่น การขอเฉลี่ยทรัพย์ เป็นต้น

(1) การร้องขอให้ปล่อยทรัพย์ที่ยึด มาตรา 288 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลภายนอกร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่เจ้าพนักงาน บังคับคดีได้ยึดไว้ หรือซึ่งเรียกกันว่า "ร้องขจัดทรัพย์"

"ร้องขจัดทรัพย์" มิได้เป็นคำตามกฎหมาย แต่เป็นคำที่เรียกขานกันเองถึงวิธีการที่มีผู้ร้องคัดค้านว่าทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ นั้น ไม่ใช่ของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา จึงขอให้ศาลสั่งปล่อยทรัพย์สินนั้น คำว่า "ร้องขจัดทรัพย์" จึงเหมือนกับคำว่า "ครอบครองปรปักษ์"

การร้องขจัดทรัพย์ คือ การที่มีผู้อ้างตนว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงที่ได้ถูกเจ้าพนักงานบังคับคดียึดมา โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินนั้น และต้องการให้ศาลสั่งถอนการยึด โดยผู้ที่ร้องขอให้ศาลสั่งถอนการยึดนั้นจะต้องยื่นคำร้องก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะได้เอาทรัพย์สินนั้นออกขายตลาด หรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น และการขายทอดตลาดนี้จะต้องเป็นการขายทอดตลาดที่สมบูรณ์คือการที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้มีการตกลงด้วยการเคาะไม้หรือด้วยกิริยาอย่างใดอย่างหนึ่งตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด หรือศาลมีคำสั่งให้ขายทรัพย์สินนั้นแล้ว

การร้องขจัดทรัพย์ ถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ผู้ถูกระทบกระเทือนจากการบังคับคดี ซึ่งกำหนดไว้ใน ปวิพ. มาตรา 288

มาตรา 288 กำหนดเงื่อนไขในการที่จะยื่นคำร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินไว้ว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 55" ซึ่งหมายความว่า ผู้ร้องขจัดทรัพย์จะต้องมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ผู้ร้องขจัดทรัพย์จะต้องมีส่วนได้เสียอยู่ในทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้

ดังนั้น ผู้มีสิทธิร้องขจัดทรัพย์จึงมีข้อพิจารณาดังนี้

ก. ต้องเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ เช่น ผู้ครอบครองที่ดินที่เจ้าของวางประกันเงินกู้ โดยที่ดินนั้นไม่ใช่ของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา ผู้ครอบครองที่ดินนั้นเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ จึงมีอำนาจร้องขจัดทรัพย์ ฎีกาที่ 28/2506 เจ้าหนี้ยื่นคำขอซึ่งบุคคลผู้ไม่ใช่ลูกหนี้ตามคำพิพากษานำมาเป็นเงินประกันเงินกู้ผู้ร้อง ถือได้ว่ามีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิในการที่ผู้ร้องจะครอบครองที่นาที่ถูกยึด การร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ถูกยึดตามมาตรา 288

ประเด็นมีอยู่ว่า ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือไม่ ถ้าไม่ใช่เป็นเจ้าของ ศาลก็ต้องสั่งปล่อยทรัพย์สินที่ยึดนั้นไป ผู้ร้องจึงมีสิทธิร้องขอให้ปล่อยนาที่ยึดนั้นได้

ข. ผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดหรือจำนองทรัพย์สินได้ ผู้ร้องขอทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกยึดเสมอไป ถ้าบุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ก็ย่อมใช้สิทธิในทางศาลในการร้องขอจำนองทรัพย์สิน เช่น ฎีกาที่ 1823 / 2493 โจทก์ฟ้องจำเลยเรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีผิดสัญญาประนีประนอมยอมความชำระเงินให้โจทก์ ศาลพิพากษาตามยอม จำเลยไม่ชำระ โจทก์นำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดไม้สักแปรรูปซึ่งไม่มีรอยดวงตราหรือเครื่องหมายกรรมสิทธิ์ของผู้ใด โดยอ้างว่าเป็นของจำเลย กรมป่าไม้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด อ้างว่าไม่ใช่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หากเป็นไม้ที่พวกจำเลยสมคบกันตัดฟันและแปรรูปไม้หวงห้ามอันเป็นไม้ในป่าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานจำเลยได้มา โดยการกระทำความผิด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในปัญหาเรื่องกรมป่าไม้จะยื่นคำร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดไว้นี้ได้หรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า ประเด็นในเรื่องร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินนั้น มิใช่จะต้องวินิจฉัยว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของใคร ประเด็นมีแต่เพียงแต่ว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือไม่ ถ้าไม่ใช่เจ้าของ ศาลก็ต้องสั่งปล่อยทรัพย์สินที่ยึดนั้นไป เงื่อนไขแห่งการที่จะยื่นคำร้องให้ปล่อยทรัพย์สินได้นั้น ก็มีอยู่แต่เพียงในบทบัญญัติมาตรา 55 การใช้สิทธิทางใดในทรัพย์สินนั้นเสมอไปหรือไม่ เช่น เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียอย่างอื่นก็อาจสอดเข้ามาในคดีได้ กรณีเรื่องนี้ ผู้ร้องอ้างว่าผู้ร้องเป็นผู้ครอบครองดูแลป่าไม้ของรัฐ จำเลยได้สมคบกันตัดฟันและแปรรูปไม้สักสดที่ขึ้นอยู่ในป่าโดยไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นการฝ่าฝืนและผิดพระราชบัญญัติป่าไม้ ทรัพย์สินที่ถูกยึดจึงมิใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา กรมป่าไม้ซึ่งรัฐหรือแผ่นดินมอบหน้าที่ให้เป็นผู้ดูแลรักษาไม้หวงห้าม ย่อมมีสิทธิร้องจัดทรัพย์สินให้ปล่อยไม้นั้นได้

ค. ผู้อยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิได้ก่อนร้องขอจำนองทรัพย์สินได้ เช่น

- ผู้ที่ครอบครองปรปักษ์จนได้กรรมสิทธิ์ ตาม ปพพ. มาตรา 1382
- ผู้ที่ซื้อสังหาริมทรัพย์จากการขายทอดตลาดของศาล
- ผู้ที่ได้สิทธิตามคำพิพากษา

เมื่อมีผู้ใช้สิทธิทางศาลโดยการร้องขอต่อศาลให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดตาม ปวิพ. มาตรา 288 นี้ ก็เพื่อให้ศาลสั่งปล่อยทรัพย์สินที่โจทก์หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำเจ้าพนักงานบังคับคดี ไปยึดซึ่งศาลจะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดี โดยการสืบพยานทั้งสองฝ่ายเสร็จแล้ว ถ้าศาลจะฟังได้ว่าผู้ร้องขอมีส่วนได้ส่วนเสียในทรัพย์สินที่ยึด แม้จะเพียงบางส่วน และทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว ศาลก็ต้องสั่งให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดนั้นทั้งหมด และถ้าหากศาลฟังได้ว่าทรัพย์สินที่ยึดเป็นของจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา ศาลก็จะสั่งให้พนักงานบังคับคดีดำเนินขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทนั้นต่อไป

เพื่อนำเงินจากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า เมื่อมีผู้ร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด กระบวนการต่างๆ ที่ต้องตามมาจะต้องใช้เวลาให้เพิ่มขึ้น จึงทำให้การบังคับคดีนั้นๆ จะต้องล่าช้าออกไป อันเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา "หากผู้ร้องขอทรัพย์สินเป็นผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ยึด กระบวนการนี้ก็เป็นกรคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้สุจริต แต่ก็มักจะเป็นวิธีการประวิงคดีให้ล่าช้าอีกวิธีหนึ่งของลูกหนี้ด้วย

(2) การขอคืนส่วน เมื่อมีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ถ้าบุคคลภายนอกมีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ เหนือทรัพย์สินนั้น การบังคับคดีย่อมไม่กระทบกระเทือนกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ของบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกมีสิทธิร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย มาตรา 267

มาตรา 287 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติ มาตรา 288 และ 289 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย"

สิทธิที่จะขอให้บังคับได้พอจะแยกได้ดังนี้

ก. บุริมสิทธิซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย

"บุริมสิทธิ" คือ สิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งโดยสภาพหรือลักษณะแห่งหนี้ตนเอง กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้บางจำพวกนั้น ในอันที่จะได้รับชำระหนี้ของตนได้สิ้นเชิงจากทรัพย์สินทั้งหมด หรือเฉพาะบางสิ่งบางอย่างของลูกหนี้ ได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ซึ่งแบ่งได้เป็น 3 ชนิด คือ

- บุริมสิทธิสามัญ คือ สิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นจากกองทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ตาม ปพพ. มาตรา 253 ถึง 258

- บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ คือ สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ จากสังหาริมทรัพย์เฉพาะอย่างของลูกหนี้ ตาม ปพพ. มาตรา 259 ถึง 272

- บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์คือ สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ จากสังหาริมทรัพย์เฉพาะอย่างของลูกหนี้ ตาม ปพพ. มาตรา 273 ถึง 276

ข. สิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย สิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้จะต้องเป็นสิทธิที่บุคคลภายนอกมีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตนเอง และจะต้องเป็นสิทธิเทียบเคียงได้กับบุริมสิทธิอันเป็นสิทธิประเภทแรกด้วย (ฎีกาที่ 751/2516. ฎีกาที่ 3323/2528)

(3) การขอเฉลี่ยทรัพย์สิน การขอเฉลี่ยทรัพย์สินคือ การขอให้ได้รับชำระหนี้โดยส่วนเฉลี่ยกับเจ้าหนี้ผู้ทำการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ถูกยึดไว้ ฉะนั้น ถ้าไม่มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้วการขอเฉลี่ยทรัพย์สินตาม ป.วิพ. มาตรา 290 ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1324/2503 (ที่ประชุมใหญ่) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นเข้ามาขอเฉลี่ยได้ตามมาตรา 290 นั้น ก็เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินอย่างใดของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ แต่เงินรายนี้เป็นเงินที่จำเลยที่ 3 นำมาชำระเอง เพื่อชำระให้แก่โจทก์ตามคำพิพากษาให้พ้นจากความรับผิดชอบในหนี้จำนวนนี้ระงับสิ้นไป มิได้สงวนสิทธิหรือโต้แย้งการจะจ่ายไว้แต่ประการใด และโจทก์ก็ได้ถือสิทธิขอรับเงินจำนวนนี้จากศาล ต้องถือว่าเป็นสิทธิแก่โจทก์แล้ว ศาลฎีกา โดยมติที่ประชุมใหญ่มีมติว่า ผู้ร้องขอเฉลี่ยไม่ได้

เจ้าหนี้ตาม ป.วิพ. มาตรา 287, 289 ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าหนี้ ตามคำพิพากษาแต่การขอเฉลี่ยทรัพย์สินต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ที่ว่าต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานั้น ไม่ว่าจะ เป็นศาลชั้น 1 โทษตัดสินก็ไม่สำคัญ คดีจะถึงที่สุดแล้วหรือไม่ก็ไม่สำคัญ แต่ต้องมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในขณะที่ยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้ ตามคำพิพากษาซึ่งคดียังไม่ถึงที่สุดขอเฉลี่ยทรัพย์สินตาม ป.วิพ. มาตรา 290 ได้ เจ้าหนี้ซึ่งเพียงแต่ฟ้องคดีไว้ ยังไม่ใช่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งจะขอเฉลี่ยหนี้ได้ และจำขอให้คงจ่ายเงินเพื่อรอคดีของเจ้าหนี้นั้นให้ถึงที่สุดก่อนไม่ได้

เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นที่จะขอเฉลี่ยทรัพย์สินได้นั้น หมายความว่าถึง เจ้าหนี้ของจำเลยในคดีนั้นเท่านั้น ไม่หมายรวมถึงเจ้าหนี้ของสามีหรือภริยาของจำเลยต้องไม่สามารถชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินอื่นๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้โดยสิ้นเชิง กรณีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นขอเฉลี่ยทรัพย์สิน ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นได้ยึดหรืออายัดไว้แล้ว ป.วิพ. มาตรา 290 วรรคสองบัญญัติว่า "ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลอนุญาตตามคำขอเช่นว่านี้ เว้นแต่ศาลเห็นว่าผู้ยื่นคำขอไม่สามารถเอาชำระได้จากทรัพย์สินอื่น ๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา" การห้ามขอเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 290 วรรคสอง นั้นมิได้หมายความว่าห้ามเพียงว่า ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาของผู้ร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินยังมีทรัพย์สินอื่นให้ผู้ร้องเรียกหรือบังคับเอาได้แล้ว ก็ต้องห้ามมิให้เฉลี่ย แต่หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องมีอยู่เพียงพอที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา คือ ผู้ร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินจะสามารถเอาชำระได้ด้วยจึงจะต้องห้ามมิให้เฉลี่ยซึ่งยึดขายในคดีอื่น ฉะนั้น ถ้าเจ้าหนี้แสดงได้ว่า แม้ทรัพย์สินของลูกหนี้จะยังมีอยู่อีกแต่ก็ยังไม่เพียงพอจะชำระหนี้ได้แล้วศาลก็น่าจำให้เฉลี่ยได้ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 290 วรรคสอง

3.1.2 การบังคับคดีตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ...

1) ความหมายของกิจการ ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ได้ให้นิยามของกิจการที่นำมาใช้เป็นหลักประกันว่า "ทรัพย์สินทั้งหมดที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจรวมทั้งสิทธิต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น ที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยผู้ให้หลักประกันสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมทั้งสิทธิต่างๆที่เกี่ยวข้องให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้"

2) สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ในการนำเอากิจการเป็นหลักประกัน กฎหมายได้กำหนดให้ทำเป็นสัญญา กล่าวคือ "สัญญาหลักประกันทางธุรกิจคือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้หลักประกันเอาทรัพย์สินตราไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับหลักประกันเป็นประกันการชำระหนี้ โดยจะส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับหลักประกันหรือไม่ก็ได้" ตามปกติแล้วสัญญาโดยทั่วไปกฎหมายมิได้กำหนดเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้ เพียงแต่แสดงเจตนาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนารับก็เป็นสัญญาแล้ว กล่าวคือการทำสัญญาก็คือ⁸ "การแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันที่มุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์" และการที่จะแสดงเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ต่อกันต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีก็สามารถทำนิติกรรมสัญญาได้แต่ก็มี สัญญาบางประเภทกฎหมายระบุให้ทำเป็นหนังสือ "การแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันที่มุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์" และการที่จะแสดงเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ต่อกันต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีก็สามารถทำนิติกรรมสัญญาได้แต่ก็มี สัญญาบางประเภทกฎหมายระบุให้ทำเป็นหนังสือ⁹ หรือ บางประเภทต้องทำเป็นหนังสือและต้องทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดรูปแบบของสัญญาคือ ต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด

(1) บุคคลที่สามารถทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ในการทำสัญญาการนำกิจกรรมมาเป็นหลักประกันนั้นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดประเภทของบุคคลที่จะให้หลักประกันและรับหลักประกันไว้ว่าจะต้องเป็นบุคคลประเภทใด ซึ่งจะแตกต่างกับการจำนองและจำนำที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้ ดังนั้นผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันจึงต้องเป็นบุคคลดังต่อไปนี้คือ¹⁰

⁸ จำปี โสคติพันธ์. (2538). นิติกรรมสัญญา. หน้า 138.

⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2536). ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม พิมพ์ครั้งที่ 2. หน้า 30.

¹⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ มาตรา 6 และ 7.

ก. กรณีที่เป็นผู้ให้หลักประกันนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

ข. กรณีที่เป็นผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันทางการเงินหรือบุคคลอื่น

ตามที่กฎหมายกำหนด

การจดทะเบียน ต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

- วัน เดือน ปีและเวลาที่จดทะเบียน
- ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน
- ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน
- ชื่อและที่อยู่ของผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันและอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

ผู้บังคับหลักประกันและอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

- หนี้ที่กำหนดให้มีการประกันการชำระหนี้
- รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน
- ข้อความซึ่งแสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้
- จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน
- เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา

(2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

เมื่อมีการนำหลักทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันที่สำคัญดังต่อไปนี้

ก. สิทธิของผู้ให้หลักประกัน

- มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอน ใ้สอย ใ้ใช้ในการผลิต นำไปรวมกับทรัพย์สินอื่น ใ้ไปสั้่นไปใ้ในกรณีที่ครอบครองใ้ใ้ไปสั้่นไป

- มีสิทธิใ้ได้ดอกผลจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหนี้
- มีสิทธิขอใ้ผู้รับหลักประกันยื่นยันหนี้ที่ยังไม่ใ้ได้รับชำระเป็นหนังสือ
- มีสิทธิใ้ถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเวลาใ้ได้ใ้ ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

- สิทธิที่ยอมใ้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ

ข. หน้าที่ของผู้ให้หลักประกัน

- มีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเช่น วิทยุชุมชน ฟังรักษาทรัพย์สินของตนเองหากผู้ให้หลักประกันมีวิชาชีพเฉพาะการค้าขาย หรือมีอาชีพที่จะต้องใช้เวลาว่างและฝีมือเช่นว่านั้น ในกรณีผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครอง

- มีหน้าที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นครั้งคราว

- มีหน้าที่รับผิดชอบหากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมค่า โดยความประมาทเลินเล่อของผู้ให้หลักประกัน ในกรณีผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ค. สิทธิของผู้รับหลักประกัน

- มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหาย หรือเสื่อมราคา เนื่องจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ

- มีสิทธิได้ทรัพย์สินที่แทนได้จากการจำหน่ายจ่ายโอน แลกเปลี่ยน หรือได้แทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายมาเป็นหลักประกัน

- มีสิทธิเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นครั้งคราว

- ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญ

ง. หน้าที่ของผู้รับหลักประกัน มีหน้าที่ต้องตอบหนังสือยืนยันหนี้ หรือระบุจำนวนหนี้ที่ถูกต้องเป็นหนังสือให้กับผู้รับหลักประกันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ให้หลักประกัน

(3) การบังคับหลักประกัน การบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ มีวัตถุประสงค์ที่ให้การบังคับคดีดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว กล่าวคือ

ก. ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินมากกว่าร้อยละหกสิบ

ข. กรณีที่มีเหตุจำเป็นบังคับหลักประกันตามสัญญา หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นจะยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ได้

3.2 การบังคับคดีตามกฎหมายต่างประเทศ

3.2.1 กฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่ต้องมีหลักประกัน (Model Law on Secured Transaction)

เมื่อมีการก่อตั้งธนาคารยุโรปในปี ค.ศ. 1991 ประเทศยุโรปตอนกลางและทางด้านตะวันออกได้สนับสนุนให้มีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการหลักประกันในการประชุมครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1992 ณ กรุงบูดาเปสต์ ประเทศฮังการี ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ประเทศส่วนใหญ่ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการหลักประกัน หรือมีก็อยู่ในสภาพที่ล้าสมัย หลังจากการประชุมจึงได้มีการร่างกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการจัดการหลักประกันอันนำไปสู่ร่างสุดท้ายของกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการจัดการหลักประกันและได้มีการเสนอเข้าสู่การประชุมประจำปีครั้งที่ 3 ในเดือนเมษายน ค.ศ. 1994 ที่เซนต์ปีเตอ์เบิร์ก ประเทศรัสเซีย

กฎหมายแม่แบบดังกล่าวนี้มีได้มีจุดมุ่งหมายที่จะให้รายละเอียดในการนำไปปรับใช้กับกฎหมายภายในแต่ละรัฐโดยตรง แต่มีความตั้งใจที่จะใช้เป็นพื้นฐานในการร่างกฎหมายในรัฐซึ่งเป็นการผสมผสานแนวความคิดของระบบ Civil Law และ Common Law เข้าด้วยกัน เพื่อสามารถปรับใช้ได้ในทุกระบบกฎหมาย ดังนั้นในรายละเอียดของเนื้อหาของกฎหมายแม่แบบดังกล่าวจึงเลือกใช้ถ้อยคำอย่างระมัดระวังและมีความยืดหยุ่นสูง โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) **ลักษณะทั่วไป** กฎหมายแม่แบบดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ โดยกำหนดเรียกทรัพย์สินและสิทธิที่นำมาเป็นหลักประกันดังกล่าว หลักประกัน (Charge) ซึ่งบุคคลที่สามารถนำทรัพย์สินหรือสิทธิมาเป็นหลักประกันได้ต้องเป็นเจ้าของ (Owner) ทรัพย์สินหรือเป็นผู้มีสิทธิในนั้น ซึ่งเรียกว่าเป็นผู้ให้หลักประกัน (chargor) ซึ่งเป็นบุคคลใดก็ได้ เว้นแต่ในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน (Enterprise charge) ผู้ให้หลักประกันเป็นนิติบุคคลในเวลาที่มีการทำหลักประกันซึ่งจะได้กล่าวต่อไป¹¹ ซึ่งทรัพย์สินหนึ่งเดียนั้นจะนำไปเป็นหลักประกันหนี้จำนวนเดียวหรือหลายจำนวนก็ได้ บุคคลตามกฎหมายย่อมสามารถเป็นผู้รับหลักประกัน (Chargeholder) จากผู้ให้หลักประกันได้และสามารถแต่งตั้งบุคคลใดให้จัดการแทนตนเกี่ยวกับหลักประกันได้ เรียกว่า “ผู้จัดการหลักประกัน” (Charge Manager)¹² หนี้ทุกประเภทสามารถนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันได้โดยหนี้ดังกล่าวเรียกว่า “หนี้ที่มีประกัน” (Secured Debt) โดยหนี้นั้นต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็หนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว หนี้ที่มีเงื่อนไข หรือหนี้ในอนาคตก็ตาม หรือแม้กระทั่งหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาหลักประกันแล้วก็ตาม หากในสัญญาประกันหนี้ได้กำหนดให้หนี้

¹¹ Model Law on secured Transaction Article 2.

¹² Model Law on secured Transaction Article 3.

ที่เกิดขึ้นภายหลังสามารถครอบคลุมถึงหลักประกันตามสัญญาหลักประกันเดิม แต่อย่างไรก็ตาม หนี้ที่สามารถทำสัญญาหลักประกันได้นั้นจะต้องเป็นหนี้เงิน ไม่ว่าจะระบุเป็นเงินสดทุกชนิด หรือเป็น หน่วยเงินทางบัญชี หรือหลายประเภทรวมกันก็ได้ ซึ่งหากหนี้ที่มีประกันนั้นเป็นหนี้ประเภทอื่นที่ไม่ใช่หนี้เงิน สัญญาหลักประกันจะยังคงไม่มีผลผูกพันจนกว่าหนี้ดังกล่าวจะได้แปลงเป็นหนี้เงินเรียบร้อยแล้ว¹³ ทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ สิทธิต่างๆ ตามกฎหมายที่สามารถถือครองได้ สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น เว้นแต่ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้¹⁴

2) การเกิดสิทธิในหลักประกัน สิทธิในหลักประกันจะเกิดขึ้นได้เพียง 3 วิธี กล่าวคือ

(1) สิทธิในหลักประกันที่ได้รับการจดทะเบียน (Registered Charge) จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันได้เข้าทำสัญญาหลักประกัน (Charging Instrument) และนำสิทธิในหลักประกันนั้นไปจดทะเบียนตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิในหลักประกันจะเกิดขึ้นทันทีที่ได้มีการจดทะเบียนดังกล่าว

(2) สิทธิในหลักประกันของผู้ขายที่ยังไม่ได้รับการชำระ (Unpaid Vendor's Charge) เป็นกรณีที่ผู้ขายจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งต้องมีการทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรว่า ผู้ขายจะยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวจนกว่าจะได้รับการชำระราคาจากผู้ซื้อ ซึ่งสิทธิในหลักประกันดังกล่าวจะเกิดขึ้นทันทีที่ได้มีการทำข้อตกลงโดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน เว้นแต่ในการทำสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อตกลงดังกล่าวไว้ กรรมสิทธิ์จะโอนเป็นของผู้ซื้อทันที ซึ่งสิทธิในหลักประกันดังกล่าวจะคุ้มครองเพียงส่วนของราคาที่ยังไม่ได้รับการชำระในเวลาที่สิทธิในหลักประกันเกิดขึ้นและจำนวนที่ผู้ขายและผู้ซื้อได้ตกลงไว้ในข้อตกลง ซึ่งสิทธิในหลักประกันของผู้ขายที่ยังไม่ได้รับการชำระนั้น อาจเปลี่ยนแปลงไปเป็นหลักประกันที่ได้รับการจดทะเบียนได้ หากภายในเวลา 6 เดือน ผู้ขายยังไม่ได้รับชำระหนี้เงินเสร็จ

(3) สิทธิในหลักประกันที่ต้องเข้าครอบครอง (Possessory Charge) จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันเข้าทำสัญญาหลักประกัน (Charging Instrument) และผู้ให้หลักประกันได้โอนการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน สิทธิในหลักประกันจึงจะเกิดขึ้น ซึ่งในกรณีนี้ไม่ต้องมีการดำเนินการจดทะเบียนสิทธิดังเช่นสิทธิในหลักประกันที่ต้องเข้าครอบครองนี้จะสิ้นสุดเมื่อความเป็นเจ้าของได้สิ้นสุดลง (Possession ceases) ในกรณีของหลักประกันที่เป็นกิจการ (Enterprise Charge) นั้น เป็นการนำเอากิจการทั้งหมดของ

¹³ Model Law on secured Transaction Article 4.

¹⁴ Model Law on secured Transaction Article 5.

นิติบุคคลมาเป็นหลักประกัน ซึ่งสิทธิในหลักประกันจะเกิดขึ้น โดยนำเอาหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นไปจดทะเบียน ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นทันทีที่มีการจดทะเบียน ทั้งนี้ การจดทะเบียนนั้นต้องมีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่า หลักประกันนั้นเป็นหลักประกันที่เป็นกิจการ หากไม่มีข้อความดังกล่าวในการจดทะเบียน หลักประกันนี้ย่อมไม่อาจเป็นหลักประกันที่เป็นกิจการได้ จะเป็นได้เพียงหลักประกันที่ได้รับการจดทะเบียนประเภทหนึ่งเท่านั้น แต่ไม่อาจเป็นหลักประกันที่เป็นกิจการได้¹⁵

(4) ผลของการสิทธิในหลักประกัน เมื่อสิทธิในหลักประกันเกิดขึ้นแล้วและยังไม่สิ้นสุดลง ผู้รับหลักประกันย่อมสามารถอ้างสิทธิเหนือหลักประกันเพื่อบังคับชำระหนี้ได้ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และหากมีการโต้แย้งการเกิดหรือความสมบูรณ์ของสิทธิในหลักประกัน หรืออ้างว่าสิทธิในหลักประกันได้มีการสิ้นสุดลงแล้ว ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันอื่นๆ สามารถร้องขอต่อศาล เพื่อให้ประกาศว่าสิทธิในหลักประกันนั้นไม่เกิดขึ้นหรือไม่สมบูรณ์หรือสิ้นสุดลงแล้ว¹⁶ และหากเป็นกรณีสิทธิในหลักประกันที่ต้องเข้าครอบครอง ผู้รับหลักประกันรักษาทรัพย์สินและคงไว้ซึ่งสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทั้งนี้ จะได้กล่าวถึงรายละเอียดในภายหลัง

3) การบังคับหลักประกัน โดยทั่วไปแล้ว สิทธิในหลักประกันสามารถบังคับได้ทันทีเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ที่มีหลักประกันเกิดขึ้น และยังสามารถบังคับได้จนกระทั่งหนี้ที่มีประกันได้รับการชำระหนี้หมดสิ้นไป หรือระงับไป หรือสิ้นสุดลงด้วยเหตุประการอื่น หรือผู้รับหลักประกันตกลงว่า สิทธิในหลักประกันจะไม่มี การบังคับอีกต่อไป¹⁷ วิธีการบังคับหลักประกันต้องมีการบอกกล่าวบังคับหลักประกันต่อผู้ให้หลักประกัน โดยต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องกำหนดรายละเอียดของหนี้ที่มีประกันและข้อความที่กำหนดให้บุคคลที่เป็นหนี้ต้องชำระหนี้ รวมทั้งลงลายมือชื่อของผู้รับหลักประกันด้วย¹⁸ โดยหากเป็นกรณีของสิทธิในหลักประกันที่จดทะเบียนต้องอ้างถึงการจดทะเบียนสิทธิในหลักประกันและวันที่จดทะเบียนด้วย (Registered Charge) แต่หากเป็นกรณีของสิทธิในหลักประกันของผู้ขายที่ยังไม่ได้รับการชำระ (Unpaid Vendor's Charge) หรือเป็นกรณีของสิทธิในหลักประกันที่ต้องมีการเข้าครอบครอง (Possessory Charge) ต้องอ้างถึงรายละเอียดต่างๆ ที่แสดงให้เห็นว่ามีการทำหลักประกันดังกล่าวเกิดขึ้นจริง

¹⁵ Model Law on secured Transaction Article 5.6 , 8.4 และ 8.4.5.

¹⁶ Model Law on secured Transaction Article 14.

¹⁷ Model Law on secured Transaction Article 22.1.

¹⁸ Model Law on secured Transaction Article 12.3.

กรณีที่ผู้ให้หลักประกันผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาหรือผิดสัญญาเป็นเหตุให้ผู้รับประกันมีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันกฎหมายแม่แบบของ EBRD กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกันไปยังผู้ให้หลักประกัน (Article 22.2)¹⁹

เมื่อได้ส่งหนังสือบอกกล่าวแล้ว ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ (Article 23.1)²⁰ ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันไม่มีสิทธิที่จะเข้าไปในสถานที่ที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตั้งอยู่ ผู้ให้หลักประกันอาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเข้าไปดำเนินการได้ (Article 23.7)²¹ เมื่อเป็นที่พอใจของเจ้าหน้าที่ว่ามีกรณีฉุกเฉินและผู้รับหลักประกันส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกันแล้ว เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นผู้ดำเนินการแทนผู้รับหลักประกัน

ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้ มาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ (Article 23.5)²² เมื่อพ้นระยะเวลา 60 วัน นับตั้งแต่ส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำมาชำระหนี้

¹⁹ Article 22.2 “The shareholder of a charge which has become immediately enforceable may commence enforcement proceedings by delivering an enforcement notice to the chargor containing the information set out in Article 22.7.”

²⁰ Article 23.1 “When an enforcement notice has been delivered pursuant to Article 22.2 the chargeholder has the right to possession of charged property which is in the form of movable things.”

²¹ Article 23.7 “If in order to obtain possession as referred to in Article 23.1 or to take other steps as provided in Article 23.2 the chargeholder does not have the right to enter upon the site where the charged property is situated or where any such rights are refused to the chargeholder he may appoint a {bailiff} for such purpose. The {bailiff} may on the chargeholder’s behalf take the protective measures to which the chargeholder is entitled provided

23.7.1 he is satisfied that the charge is registered or, in the case of an unpaid vendor’s charge or a possessory charge, the enforcement notice is registered; and

23.7.2 he receives from the chargeholder a copy of the enforcement notice delivered pursuant to Article 22.2.

²² Article 23.5 “Upon application by the chargeholder the court may make an order for other appropriate measures to protect the charged property after the enforcement notice has been registered as required by Article 22.4.1.”

(Article 24.1)²³ ในการขายดังกล่าวผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะขายโดยวิธีที่สมควร เช่น การขายทอดตลาดโดยรัฐการประมูลขายโดยเอกชน หรือการขายในท้องตลาด (Article 24.4)²⁴

อย่างไรก็ตามหากผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกันรายอื่นหรือผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน มีข้อโต้แย้งว่าการบังคับหลักประกันไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถที่จะขอให้ศาลพิจารณาสั่งให้มีการบอกกล่าวบังคับหลักประกันไม่มีผลบังคับได้ ศาลจะต้องพิจารณาโดยเร่งด่วน ในระหว่างการพิจารณาของศาลการบังคับหลักประกันจะยังคงดำเนินต่อไป (Article 29.1 และ 29.1.2)²⁵

ตาม Article 29.3 ศาลมีอำนาจที่จะสั่งห้ามมิให้มีการโอนขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะมีคำสั่งชี้ขาดว่าการบังคับหลักประกันชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁶ ตามกฎหมายแม่แบบของ EBRD เมื่อมีการจดทะเบียนหลักประกันที่เป็นกิจการ ผู้รับหลักประกันสามารถ

²³ Article 24.1 When at least 60 days have elapsed since delivery of an enforcement notice pursuant to Article 22.2 the chargeholder has the right to transfer title to the charged property by way of sale in order to have the proceeds of sale applied towards satisfaction of the secured debt.”

²⁴ Article 24.4 “The chargeholder may subject to the obligation under Article 24.3.1 transfer title to the charged property by way of sale in such manner as he considers appropriate which may include transfer by private agreement on the open market or at public or private auction. The chargeholder may appoint a person to act on his behalf for the transfer or for any matter connected with it.”

²⁵ Article 29.1 “If at any time after delivery of an enforcement notice pursuant to Article 22.2 a chargor, any other chargeholder with a charge over the same charged property or any other party claiming rights in the charged property disputes the creation, validity or enforceability of the charge or claims termination of the charge he may apply to the court to have the enforcement noticed declared invalid. Any application under this Article 29.1 must be treated by the court as urgent business [state time limit for decision] Notwithstanding such application until the enforcement notice is declared invalid and subject to any order made by the court pursuant to Articles 29.3 to 29.5...”

Article 29.1.2 “the chargeholder may continue to realise the charge pursuant to Article 24;...”

²⁶ Article 29.3 “...the court may if so requested by the applicant make an interim order that the charged property may not be transferred pursuant to Article 24 or 25 until the court has redereed its final decision. The applicant is under an obligation to present at the charges’ registry pursuant to Article 33.1.9 a request for registration of the interim order within seven days of it being made and pursuant to Article 33.1.12 a request for deregistration of the order within seven days of it being terminated. The applicant is liable to third parties for any loss suffered as a result of breach of this obligation.”

เลือกที่จะบังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการทั้งกิจการ โดยผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการดังกล่าวต่อไป หรือจะบังคับและจำหน่ายหลักประกันโดยดำเนินการกับทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการแยกเป็นชิ้นๆ ตามโดยวิธีการทั่วไปตามข้อ 6 ก็ได้ (Article 8.4.5, 25.1 และ 25.3)²⁷ ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการผู้รับหลักประกันต้องแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเพื่อเข้าไปบริหารหลักประกันที่เป็นกิจการ และจำหน่ายกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ (Article 25.5.1, 25.10.2 และ 25.10.4)²⁸ ผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะเข้าไปบริหารหลักประกันที่เป็นกิจการทันทีที่ส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกันแก่ผู้ให้หลักประกัน (Article 25.7)

ผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะเข้าไปบริหารหลักประกันที่เป็นกิจการทันทีที่ส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกันแก่ผู้ให้หลักประกัน (Article 25.7)²⁹ โอนโดยตรงการขายในท้องตลาด การขายทอดตลาดโดยรัฐ หรือการประมุขขายโดยเอกชน (Article 25.19)³⁰

3.2.2 ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป มาตรา 9 (Revised Uniform Commercial Code section 9)

โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบการปกครองแบบสหรัฐ กล่าวคือ แต่ละมลรัฐมีอำนาจที่จะตรากฎหมายใช้บังคับภายในมลรัฐของตน ด้วยเหตุนี้ แต่ละมลรัฐจึงได้มีกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้แต่ละมลรัฐมีกฎหมายเกี่ยวกับ

²⁷ Article 8.4 “In order for a registered charge to be valid the registration statement must include 8.4.5 in the case of an enterprise charge, a statement that the charge is an enterprise charge; and....”

Article 25.1 “An enterprise charge may be enforced pursuant to Articles 23 and 24 or pursuant to this Article 25.”

Article 25.3 “A chargeholder of an enterprise charge who delivers and enforcement notice pursuant to Article 22.2 may elect for the enterprise to be transferred as a going concern pursuant to this Article 25 and in that case the enforcement notice must comply with the requirements of Article 22.7.4, 22.7.5 and 22.7.6.”

²⁸ Article 25.5.1 “the chargeholder must appoint a person (called an enterprise administrator) who has the powers and obligations set out in this Article 25;...”

Article 25.10 “The enterprise administrator must

25.10.2 continue the enterprise as a going concern. And

25.10.5 endeavor to transfer the enterprise as a going concern and to release a fair price; and...”

²⁹ Article 25.7 “Where an election is made pursuant to Article 25.3

25.7.1 the power of the persons authorized by law or by the chargor’s constitution to administer the enterprise and to deal in the charged property cease upon delivery of the enforcement notice”

³⁰ Article 25.19 “The enterprise administrator may subject to the obligation under Article

หลักประกันการชำระหนี้ไปในทำนองเดียวกัน จึงได้มีการร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป มาตรา 9 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้การประกันการชำระหนี้ง่าย แน่นอน และเป็นหนึ่งเดียว ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป มาตรา 9 ได้ใช้มาเป็น เวลานานแล้ว ปรากฏว่ามีสินทรัพย์ทางธุรกิจที่มีค่าเกิดขึ้นหลายประเภท ตลอดจนความต้องการให้ มีการปฏิรูปกระบวนการทำธุรกรรมและการบังคับคดีดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว จึงได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป มาตรา 9 ขึ้น และให้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2001 ในทุกมลรัฐยกเว้นในบางมลรัฐ เช่น แอลาบามา ฟลอริดา เป็นต้น ซึ่งจะมีการรับรองการบังคับ ใช้ในภายหลังจึงจะได้กล่าวพอเป็นสังเขปดังนี้

1) **ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกัน** กิจการหรือกิจการสามารถนำมาใช้เป็น หลักประกันภายใต้ U.C.C. มาตรา 9 ได้ โดยจะต้องทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้

2) **ขั้นตอนการทำให้สัญญาประกันการชำระหนี้สมบูรณ์ (Attachment)** ขั้นตอน Attachment ที่จะทำให้การประกันการชำระหนี้มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับต่อลูกหนี้ได้นั้น U.C.C. มาตรา 9-203 สัญญาประกันการชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้นี้มี 2 ประเภท กล่าวคือ

(1) สัญญาประกันการชำระหนี้ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ลงลายมือชื่อโดยลูกหนี้ การทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก Statute of Frauds ในหลักเกณฑ์การทำสัญญาของ ระบอบคอมมอนลอว์ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญของหลักกฎหมายนี้คือสัญญาหรือข้อตกลงบางชนิดหาก ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบแล้ว ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ซึ่งหลัก ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะใช้เป็นหลักฐานของคู่สัญญาและเนื่องจากสัญญาประกันการชำระ หนี้ดังกล่าวจะต้องระบุค่าจำกัดความของหลักประกันตามสัญญาดังกล่าวจึงจะลดข้อโต้แย้งในเรื่อง ขอบข่ายของหลักประกัน

(2) สัญญาประกันการชำระหนี้โดยการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน หาก คู่สัญญาไม่มีสัญญาประกันการชำระหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การที่จะถือว่าสัญญาประกันการ ชำระหนี้มี Attachment ต่อเมื่อเจ้าหนี้ที่มีการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน โดยความตกลง ยินยอมของลูกหนี้และตรงเท่าที่การครอบครองของเจ้าหนี้ยังคงต่อเนื่องซึ่งในกรณีที่เจ้าหนี้มีการ ครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันของลูกหนี้โดยไม่มีสัญญาประกันการชำระหนี้เป็นลายลักษณ์ อักษรนั้น เจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ได้ว่าการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันดังกล่าวเป็นไปตาม ข้อตกลงด้วยวาจาของเจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการ ชำระหนี้ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาได้เคยตัดสินคดี Grossmann v. Saunders โดยตัดสินว่า การ ครอบครองตัวสัญญาใช้เงินที่ระบุส่งจ่ายลูกหนี้ของเจ้าหนี้แต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ ให้ศาลเห็นว่าตัวสัญญา ใช้เงินดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้เพื่อเป็นหลักประกันการ

ชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าได้ตกลงกับลูกหนี้จะให้เจ้าหนี้ครอบครองตัวสัญญาใช้เงินดังกล่าวเพื่อประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้จริง

องค์ประกอบสำคัญในการทำสัญญาประกันการชำระหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดในมาตรา 9-203 คือ

- ก. ต้องมีการตกลงเข้าทำสัญญาของคู่สัญญา
 - ข. ต้องมีรายละเอียดของหลักประกัน
 - ค. ต้องมีลายมือชื่อของลูกหนี้
 - ง. ต้องมีข้อความที่ระบุถึงการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินดังกล่าว
- ขั้นตอนการทำให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน (Perfection) ตาม Revised U.C.C. การที่เจ้าหนี้จะเป็นผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเหนือกว่าเจ้าหนี้รายอื่น โดยการปฏิบัติตามขั้นตอนที่เรียกว่า Perfection ดังนี้

- วิธีการที่เจ้าหนี้อื่นข้อมูลการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน (Filing of Financing Statement) ซึ่งจะต้องแสดงข้อมูลการให้ความช่วยเหลือทางการเงินและรายละเอียดที่อยู่ของลูกหนี้ ชื่อของเจ้าหนี้ และรายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน และเสียค่าธรรมเนียมให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ สำนักงานเลขานุการรัฐ (Central Filing) สำนักงานของเมืองที่ลูกหนี้อาศัยอยู่ เป็นต้น การยื่นข้อมูลการให้ความช่วยเหลือทางการเงินนี้มีผลบังคับใช้ในระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันยื่น แต่อาจจะยื่นต่ออายุ 6 เดือนก่อนระยะเวลาสิ้นสุด ทั้งนี้ การ Perfection ด้วยวิธีการยื่นข้อมูลการให้ความช่วยเหลือทางการเงินเป็นวิธีที่เจ้าหนี้ใช้มากที่สุด เนื่องจากเป็นวิธีที่เหมาะสมที่ใช้กับหลักประกันเกือบทุกประเภท

- Perfection โดยการครอบครอง ในกรณีที่เป็นสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง สามารถทำการ Perfection โดยการครอบครองสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีตราสารแสดงออกถึงสิทธิของทรัพย์สินดังกล่าวได้³¹

- Perfection อัตโนมัตินี้ (Automatic Perfection) หลักประกันบางประเภทนั้น หากมีการทำสัญญาการประกันการชำระหนี้ถือว่าได้มีการ Perfection ซึ่งมีผลใช้บังคับบุคคลภายนอกอัตโนมัติโดยทันที หากได้ปฏิบัติตามขั้นตอน Attachment แล้ว หลักประกันประเภทนี้ได้แก่ สินค้าอุปโภคบริโภค เป็นต้น

³¹ Revised Uniform Commercial Code Section 9-305.

3) ผลของการทำสัญญาหลักประกันการชำระหนี้ภายใต้ Revised U.C.C. มาตรา 9 เจ้าหนี้ซึ่งทำสัญญาหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินกับลูกหนี้ย่อมประสงค์ที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากตัวทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือหากเกิดกรณีล้มละลายแล้วย่อมบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันในฐานะเป็นเจ้าของหนี้มีประกัน

4) การบังคับหลักประกัน ระบบการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการพัฒนากระบวนการมากขึ้นทั้งการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ วิธีการบังคับคดีเพื่อให้การบังคับคดีของโจทก์นั้นมีความเป็นผลสำเร็จมากที่สุด แต่เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบสหพันธรัฐ (The Federal System) ซึ่งแต่ละรัฐสามารถออกกฎหมายใช้บังคับภายในรัฐได้เองภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งได้มีการผสมผสานรูปแบบของระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายเข้าไว้ด้วยกันจึงทำให้มีทั้งการตัดสินบังคับตามหลักความยุติธรรม (equitable) และการตัดสินบังคับตามกฎหมาย (judicial desisions)³²

ตามหลักเกณฑ์ทั่วไป กฎหมายของสหพันธรัฐ³³ ได้บัญญัติให้ศาลของสหพันธรัฐ (federal courts) เป็นผู้ดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาเองและกฎหมายของรัฐ (state) ก็ได้บัญญัติให้ศาลประจำมลรัฐนั้น (state courts) เป็นผู้ดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาเองและรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐฯ (the Full Faith and Credit Clause) ได้กำหนดหลักการไว้ในมาตรา 4 เรื่องการบันทึกทางทะเบียน (records) และการพิจารณาตัดสินในศาลของมลรัฐอื่นๆ ทุกๆ มลรัฐ นอกจากนี้รัฐอื่นๆ ก็ยังอาจจะนำเอากฎหมายใหม่ที่เกิดจากคำพิพากษาของรัฐอื่นมาใช้ในกฎหมายเรื่องการบังคับคดีตามคำพิพากษาของต่างรัฐร่วมกัน "The Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act, (ปรับปรุงแก้ไขในปี 1964), 13 173 (1980)" ที่บัญญัติถึงเกณฑ์ไว้ว่าในการจดทะเบียนในรัฐหนึ่งซึ่งคำพิพากษาที่ได้กระทำขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง เมื่อได้จดทะเบียนแล้วคำพิพากษานั้นก็จะ มีผลเป็นเช่นเดียวกันกับคำพิพากษาในรัฐที่จดทะเบียนราวกับว่าคำพิพากษานั้นได้เกิดขึ้น

³² Hans Smit. (1986). "Eforcement of Judgments in the United States of America," **The American Journal of Comparative Law**. pp. 225-228.

³³ (Fed. R.Civ.P.) "The procedure on execution... shall be in accordance with the pratice and proce-dure of the state in which the district court is held" ยกเว้นกฎหมายของสหพันธรัฐจะได้อำนาจศาลที่จะกระทำกรใดเป็นพิเศษโดยบุคคลที่ศาลแต่งตั้งโดยค่าใช้จ่ายของคู่ความผู้ที่ถูกบังคับให้กระทำกรนั้น

ในรัฐนั่นเอง ซึ่งมีรัฐต่างๆ หลายสิบรัฐที่ยอมรับเอาตัวบทกฎหมายนี้ไปใช้ อย่างไรก็ตามในการกระทำดังกล่าวรัฐที่ต้องนำไปใช้ต้องยอมรับคำพิพากษาของรัฐอื่นนั้นว่ามีผลอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาของรัฐตนเองและผลของการบังคับคดีตามคำพิพากษาของรัฐอื่นดังกล่าวนี้นั้น เมื่อได้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายนั้นแล้ว การบังคับคดีก็จะมีผลโดยชอบในรัฐที่ทำการบังคับคดีนั้น

ศาลของสหรัฐอเมริกาก็ยังคงใช้หลักกฎหมาย (law) เพื่อทำคำพิพากษาดำเนินคดีตามกฎหมาย (judgment at law) หรือใช้หลักความยุติธรรม (equity) เพื่อทำคำบังคับคดีตามหลักยุติธรรม (decrees in equity) ตามความเหมาะสมแก่คดีและในบางกรณีตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับคดีก็ทำให้กระบวนการบังคับคดีตามหลักความยุติธรรมถูกนำมาใช้เพื่อบังคับคดีตามคำพิพากษาดำเนินคดีได้อีกด้วย ส่วนการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ตัดสินตามกฎหมายจะถูกบังคับโดยการสั่งให้เจ้าพนักงานของศาลเป็นผู้ไปจัดการทำให้คำพิพากษานั้นมีผลบังคับ

(1) บุคคลากรที่ดำเนินการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (American Law) ผู้ทำการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลคือ Sheriff ซึ่ง Black's Law Dictionary³⁴ ให้ความหมายหรือคำนิยามคำว่า Sheriff ไว้ว่า "หัวหน้าเจ้าพนักงานบังคับคดีและเจ้าพนักงานปกครองท้องถิ่นซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยการเลือกตั้ง หน้าที่หลักคือ ช่วยเหลือผู้พิพากษาในศาลอาญาและศาลแพ่ง เช่น ส่งหมายการดำเนินงาน หมายลูกขุนบังคับคดีตามคำพิพากษา ทำการขายตามกฎหมายและที่คล้ายกันและเป็นผู้รักษาความสงบภายในรัฐด้วยเช่นกัน คำนี้เมื่อนำมาใช้ในทางกฎหมายก็อาจหมายถึงรวมถึงตัวแทนของ Sheriff ด้วย" Sheriff ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีตามกฎหมาย³⁵

โดยทั่วไปเป็นเจ้าพนักงานที่ทำการบังคับคดีตามหมายทั้งหมด เว้นแต่มีคำสั่งพิเศษให้บุคคลอื่นกระทำแทน Sheriff ต้องทำการบังคับคดีตามหมายที่ถูกส่งมายังเขาอย่างทันทีไม่ต้องทราบถึงสาเหตุของการเกิดคดีความและต้องปฏิบัติตามกระบวนการด้วยความสุจริต ซึ่งทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นซึ่ง Sheriff ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ดุลพินิจในการบังคับคดี เว้นแต่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีความสงสัยเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินที่จะถูกบังคับคดีก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหาย (demand indemnity) ก่อนดำเนินการได้ และเมื่อทำการยึดทรัพย์สินตามกระบวนการพิจารณานั้นๆ แล้วก็ต้องถูกนำไปอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของ sheriff หรือเจ้าพนักงานอื่น ซึ่งมีหน้าที่รักษาทรัพย์สินไว้อย่างปลอดภัยเพื่อจะนำไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ต่อไป

³⁴ Henry Campbell. (1979). **Black's Law Dictionary**. p. 1543.

³⁵ Banerfy Whitney. (1987). **American Jurisprudence**. pp. 260-279.

(2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับ ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ อาจแยกกล่าวเป็น 3 ประเภทวิธี ใหญ่ด้วยกัน คือ

ก. การบังคับคดีตามคำพิพากษาตามหลักกฎหมาย (Enforcement of Judgments at Law) ซึ่งจะประกอบไปด้วย

- การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เงิน
- การบังคับคดีตามคำพิพากษาเรื่องขับไล่หรือให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินคืน
- การบังคับคดีต่อตัวบุคคล (Body Execution)
- การบังคับโดยการช่วยเหลือด้วยตนเอง (Self-help)

ข. การบังคับคดีตามคำบังคับตามหลักความยุติธรรม (Enforcement of Decrees in Equity) ซึ่งเป็นการบังคับด้วยวิธีการปรับและจำคุกลูกหนี้

ค. การอายัดทรัพย์สินของบุคคลภายนอกและวิธีการเสริมอื่นๆ (Garnishment and other supplementary remedies, หรือเรียกว่า other approaches) เป็นวิธีที่กำหนดขึ้นเพื่อช่วย เสริมให้การบังคับคดีเป็นผลสำเร็จมากยิ่งขึ้น โดยเป็นวิธีที่ใช้ได้ทั้งตามการบังคับตามคำพิพากษา ตามกฎหมาย และตามคำบังคับตามหลักความยุติธรรม วิธีประเภทนี้ได้แก่

- การอายัดภายหลังคำพิพากษา (garnishment after judgment) และการ อายัดต่อบุคคลภายนอก (garnishee execution)

- การบังคับคดีต่อรายได้ (income execution) และ
 - การพิจารณาสอบสวนเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้
- โดยจะได้แยกอธิบายเป็นวิธีๆ ไป ดังต่อไปนี้

1. วิธีการบังคับคดีตามคำพิพากษาตามหลักกฎหมาย (Enforcement of Judgments At Law)

(ก) การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้ชำระหนี้ วิธีการบังคับคดีตามคำพิพากษาดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับลักษณะแรกของคำพิพากษา คำ พิพากษาที่พิจารณาตามตัวบทกฎหมายส่วนมากที่สุดมักจะเป็นคำพิพากษาที่กำหนดให้มีการ จ่ายเงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น ศาลก็จะออกหมาย บังคับคดีไปยังเจ้าหน้าที่ของศาล (court officer) ที่เรียกว่า “the sheriff” สั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นกระทำ การยึดทรัพย์สินของลูกหนี้กันอย่างเพียงพอ แล้วก็จะทำการขาย และจ่ายเงินที่ขายได้นั้นให้แก่ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม ในการยึดทรัพย์สินนี้กฎหมายก็ได้กำหนดให้ทรัพย์สินบางอย่าง ของลูกหนี้ได้รับการยกเว้นไม่ต้องถูกบังคับคดีด้วย ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินส่วนที่จำเป็นของลูกหนี้ซึ่ง อาจรวมถึงเคหสถาน (homestead) ของลูกหนี้ด้วย

(ข) วิธีการบังคับคดีตามคำพิพากษาเรื่องขับไล่หรือส่งมอบตัวทรัพย์สินค้ำ สำหรับคำพิพากษาในเรื่องการขับไล่ออกจากอสังหาริมทรัพย์ (ejectment หรือ eviction หรือ การเรียกเอาตัวทรัพย์สินค้ำ (replevin) ที่พิพากษาให้คืนการครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ตาม คำพิพากษานั้นให้แก่เจ้าหน้าที่นั่นเอง หมายถึงใช้บังคับคดีตามคำพิพากษาเช่นนี้จะเป็นหมายที่สั่งให้ เจ้าหน้าที่ของศาล (the sheriff) ทำการยึดทรัพย์สินนั้น และถ้าจำเป็นก็ให้ขับไล่บุคคลที่เจ้าหน้าที่ นั้นพบว่ากำลังใช้หรือครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ และนำการครอบครองในทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืน มาให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา

อย่างไรก็ดี ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คำพิพากษาที่เป็นการประกาศ สิทธิตามกฎหมายที่เป็นคำพิพากษาที่พิจารณาตามตัวบทกฎหมาย ก็จะไม่จำเป็นต้องบังคับคดีตาม คำพิพากษาแต่อย่างใด

(ค) วิธีการบังคับคดีต่อตัวบุคคล (Execution Against the Person) วิธีนี้ เป็นวิธีแห่งการจับกุมตัวลูกหนี้ไว้เพื่อบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของ เจ้าหนี้ เป็นวิธีที่หลงเหลือมาจากประเพณีปฏิบัติในยุคกลาง โดยเคยเป็นวิธีที่รู้จักกันดีในกฎหมาย จารีตประเพณีตอนต้น (the early common law) ที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายของรัฐหลายรัฐใน สหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากในปัจจุบัน วิญญาณแห่งกฎหมาย (spirit of law) มุ่งต่อต้าน วิธีการคุมขังลูกหนี้และคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในสัญชาติ ดังนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐจำนวน มากที่สุดจึงมีบทบัญญัติห้ามการจับกุมคุมขังสำหรับหนี้ไว้เป็นการทั่วไป โดยบางรัฐได้กำหนดว่า “ไม่มีบุคคลใดๆ จะต้องถูกจับขังสำหรับหนี้” และบางรัฐซึ่งมีจำนวนน้อย ก็ได้กำหนดห้ามการ จำคุกลูกหนี้ไว้ แต่ยกเว้นเฉพาะคดีที่ลูกหนี้หลบหนี (absconding) และบางรัฐซึ่งค่อนข้างมากก็ได้ กำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญว่า การต่อต้านขัดขวางการจำคุกลูกหนี้ นั้น จะยังคงมีอยู่เพียงสำหรับหนี้ ที่ไม่ใช่หนี้ที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการฉ้อโกงเท่านั้น ซึ่งการยกเว้นแก่คดีฉ้อโกงเช่นนี้ จึงทำให้การ ฉ้อโกงนี้เป็นพื้นฐานของการจำคุกต่อไป

(ง) วิธีการบังคับโดยการช่วยเหลือด้วยตนเอง (self-help) แม้ว่าเจ้าหนี้ จะต้องพยายามกระทำการใดเพื่อให้ได้มาซึ่งอะไรก็ตามที่เป็นสิทธิที่เจ้าหนี้พึงจะได้จากลูกหนี้ของ เขาเสมอก็ตาม แต่เจ้าหนี้นั้นก็ไม่สามารถที่จะใช้กำลังหรือเข้าไปโดยมิชอบ หรือกระทำโดยเจตนา ที่ผิดกฎหมายอย่างอื่นๆ ได้ และแม้การบังคับโดยช่วยเหลือตนเอง (self-help) จะถูกยอมให้กระทำ ได้ก่อนการพิพากษาดำเนินคดีก็ตาม แต่ในสถานการณ์เช่นนั้น ก็เป็นที่แน่นอนว่าเจ้าหนี้จะต้องเสี่ยง ต่อการที่เขาอาจจะถูกศาลสั่งในภายหลังว่าไม่มีสิทธิในสิ่งที่เขาได้รับมาด้วยการช่วยเหลือตนเองนั้น สำหรับในสหรัฐอเมริกา (the United States) การช่วยเหลือตนเองนี้จะถูกนำมาใช้ได้เฉพาะในคดี เรื่องการเรียกคืน การครอบครองซึ่งเป็นคดีที่ผู้ขายได้ส่งมอบสิทธิตามข้อตกลงในการขายที่มีเงื่อนไข ไว้แล้วได้เรียกร้องให้คืนมาซึ่งสินค้าที่ได้ถูกขายไปแล้ว ซึ่งผู้ที่ได้รับความครอบครองคืนมาอีกครั้งหนึ่ง

ก็มักจะแสดงความฉลาดได้อย่างน่าทึ่งในการให้คำชี้แจงการครอบครองสินค้านั้น ฉะนั้น วิธีการนี้ จึงได้มีการหยิบยกขึ้นเป็นปัญหาว่าการได้กลับคืนมาซึ่งการครอบครองก่อนที่จะมีคำพิพากษานั้น ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามได้มีการกล่าวอ้างในคดีหนึ่งถึงปัญหานี้อยู่ว่า ความพยายามกระทำเพื่อให้ได้คืนมาซึ่งการครอบครองโดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้า และไม่มีการพิจารณาคดีนั้น ได้ถูกประกาศว่าไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ และได้ถูกระงับไปโดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และในอีกคดีหนึ่งต่อมา ศาลอุทธรณ์แห่งนิวยอร์ก (the New York Court of Appeals) ก็ได้ทำให้กฎเกณฑ์นี้ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐนิวยอร์ก สำหรับการยึดสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของโรงเก็บสินค้าเอกชนโดยฝ่ายเดียว (ex parte) ที่ไม่มีการแจ้งล่วงหน้าและการรับฟังพิจารณาคดี

2. การบังคับคดีตามคำบังคับตามหลักความยุติธรรม (Enforcement of Decrees in Equity) ดังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า การบังคับคดีตามหลักความยุติธรรม (Equity) นั้น โดยทั่วไปจะถูกบังคับในกระบวนการเรื่องละเมิด (contempt proceedings) จะให้อำนาจแก่ มาสเตอร์ (A master) ซึ่งเป็นบุคคลหนึ่งที่ศาลจะแต่งตั้งเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่พิเศษโดยเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ในการที่จะบังคับให้เชื่อฟังและปฏิบัติตามคำบังคับ โดยในการนี้ ศาลอาจจะแต่งตั้ง มาสเตอร์ขึ้นเพื่อให้ปฏิบัติงานต่างๆ ที่ลูกหนี้มีภาระผูกพันที่จะต้องปฏิบัติแทนที่ลูกหนี้ด้วย ค่าใช้จ่ายของลูกหนี้ก็ได้ ตัวอย่างเช่น เมื่อลูกหนี้ถูกสั่งให้โอนอสังหาริมทรัพย์ แต่ไม่ปฏิบัติตามศาลก็อาจจะแต่งตั้งมาสเตอร์ 1 คน ให้ดำเนินการบังคับต่อโฉนด และโอนอสังหาริมทรัพย์นั้น แทนลูกหนี้ เป็นต้น และนอกจากนี้ศาลก็อาจจะแต่งตั้งมาสเตอร์หลายคนเพื่อให้คอยดูแลตรวจตรา การปฏิบัติตามคำบังคับที่ยุ่งยาก หรือที่จำเป็นต้องปฏิบัติชำระหนี้อย่างต่อเนื่องก็ได้เสมอด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งที่ศาลแต่งตั้งมาสเตอร์หลายคน เพื่อให้บังคับตามคำบังคับในเรื่อง การแบ่งแยกโรงเรียนและบังคับดูแลให้เป็นไปตามความเหมาะสมต่อสาธารณะ ทั้งในเรื่องที่ตั้งที่เหมาะสม การออกเสียงและการแบ่งเงินทุนที่เก็บสะสมไว้ เป็นต้น สำหรับหลักการต่างๆ ในเรื่องนี้ อาจแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(ก) ลักษณะรูปแบบเฉพาะของการเยียวยาตามหลักความยุติธรรม (Specific Forms of Equitable Relief) เป็นรูปแบบที่ธรรมดาที่สุดในที่ศาลจะยอมบังคับให้ตาม คำร้องขอของโจทก์ตามหลักความยุติธรรม (common forms of equitable relief) ก็คือ คำสั่งให้ กระทำการและคำสั่งห้ามกระทำการ (mandatory and prohibitory injunction) คำสั่งให้กระทำก็คือ คำสั่งที่ให้ผู้ใดปฏิบัติโดยเฉพาะเจาะจงแก่บุคคลที่ระบุไว้ ส่วนคำสั่งห้ามกระทำ ก็คือคำสั่งที่ สั่งบุคคลให้ไม่ปฏิบัติหรือให้หยุดการกระทำใดโดยเฉพาะที่คำสั่งกระทำอยู่นั้นต่อไป คำสั่ง เหล่านี้ส่วนต้องการที่จะให้มีการปฏิบัติชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้ก็สามารถกระทำได้ในหลัก ความยุติธรรม (in equity) เท่านั้น อย่างไรก็ตามกรณีมีข้อสังเกตอยู่ว่าการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

นี่ก็อาจกระทำในคดีที่ดำเนินการตามหลักกฎหมาย (actions at law) ได้ด้วยเหมือนกัน เช่นในคดีเรื่องขับไล่ (ejectment) หรือการฟ้องเรียกเอาตัวทรัพย์สินคืน (เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ก็อาจกำหนดความแตกต่างระหว่างการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ที่ใช้อยู่ในกระบวนการที่ดำเนินการตามหลักกฎหมาย (legal action) กับที่ใช้อยู่ในกระบวนการที่ดำเนินการตามหลักความยุติธรรม (equitable performance) ได้ว่า คือในกระบวนการตามกฎหมาย คำสั่งที่ไปปฏิบัติชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น จะถูกส่งไปที่อยู่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี (the execution officer) ส่วนในกระบวนการตามหลักความยุติธรรม คำสั่งนั้นจะถูกส่งไปยังที่อยู่ของตัวลูกหนี้นั่นเอง

(ข) ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างการบังคับเยียวยาตามหลักความยุติธรรม (equitable relief) การบังคับเยียวยาตามหลักกฎหมายมีกฎเกณฑ์ที่พัฒนามาตั้งแต่ในประวัติศาสตร์ว่า การบังคับเยียวยาตามหลักความยุติธรรม (equitable relief) ทั้งโดยการปรับและจำคุก และการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น สามารถถูกนำมาใช้ได้เฉพาะเมื่อการบังคับเยียวยาตามหลักกฎหมาย (legal relief) ไม่เพียงพอเท่านั้น ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จึงทำให้การเยียวยาแบบ equitable relief นั้นมีฐานะเป็นเพียงบทบังคับรอง (subordinate basis) เท่านั้น

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการบังคับตาม equitable relief ที่เป็นบทรองนั้น เป็นสิ่งที่ทำให้การบังคับตามคำร้องขอของโจทก์ได้ผลมากที่สุดเสมอ กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จึงได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง ไม่มีความเหมาะสม แต่ในขณะที่มีการวิพากษ์วิจารณ์นั้น ศาลก็หาได้สละกฎเกณฑ์นั้นไม่ได้ แต่ได้แสดงถึงความพยายามที่จะค้นหาวิธีที่จะทำให้ legal relief ไม่เพียงพอ นั้น ได้รับความเป็นผลสำเร็จมากขึ้นกว่าเดิม¹¹⁶ หลักการที่สำคัญสำหรับกฎเกณฑ์นี้ก็คือ ความไม่ใส่ใจหรือความต้องการทางกฎหมายที่จะยอมให้มีการแทรกแซงอย่างรุนแรงต่อเสรีภาพของบุคคลในคดี

นอกจากนี้ ความต้องการแทรกแซงทางเสรีภาพนี้ก็ยังทำให้ศาลปฏิเสธที่จะส่งให้บุคคลปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในการทำงานที่เป็นงานส่วนบุคคลโดยแท้ก็ด้วย เช่น นักร้องโอเปร่าจะไม่ถูกสั่งให้ร้องเพลง หรือนักบาสเกตบอลก็ไม่ถูกสั่งให้เล่นบาสเกตบอล แม้ว่าพวกเขาเหล่านั้นจะมีข้อตกลงที่กระทำเช่นนั้นตามสัญญา และค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้รับการเยียวยาอย่างไม่เพียงพอก็ตาม แต่ในคดีประเภทนี้ ศาลส่วนมากมักจะทำคำสั่งที่ไม่ใช่คำสั่งให้กระทำการ แต่จะสั่งห้ามจำเลยจากการปฏิบัติการชำระหนี้เช่นนั้นแก่ผู้อื่น นอกจากนี้ก็ยังมีเหตุผลเพิ่มเติมสำหรับการไม่ใส่ใจทางกฎหมายในการที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้กระทำการก็คือ กฎหมายไม่ต้องการที่จะต้องผูกพันในการที่จะต้องดูแลตรวจตราการกระทำของลูกหนี้ต่อไป

อย่างไรก็ดี การบังคับเพื่อเยียวยาตามหลักความยุติธรรม (equitable relief) นี้ ก็มีลักษณะที่เป็นความก้าวหน้าอย่างมากอยู่ด้วย กล่าวคือ เป็นวิธีการที่สามารถทำให้เกิดความพอดีต่อสถานการณ์ในคดีแต่ละคดีเป็นส่วนคดีได้ ซึ่งศาลสามารถที่จะสั่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้

ด้วยการกระทำใดๆที่ศาลได้ลงความเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะกระทำเพื่อการเยียวยาสำหรับการกระทำที่ผิดนั้นที่ได้ผลมากที่สุด และศาลอเมริกัน (American courts) ก็ได้ใช้อำนาจนี้เพื่อความเป็นผลสำเร็จอย่างสูงในการชดเชยเยียวยา แม้ว่าจะเป็นคดีที่ต้องมีการตรวจตราอย่างต่อเนื่องควบคู่ไปกับการขอมบังคับให้ตามที่โจทก์ร้องขอก็ตาม เช่นคดี *Broomfield V. Checkoway*, 310 Mass 68, 38 N.E.2d 563 (1941) ที่ยอมให้บังคับให้คืนตัวทรัพย์สินโดยวิธีตามหลักความยุติธรรม ได้เมื่อการบังคับให้คืนทรัพย์สินโดยวิธีตามกฎหมายนั้นดูเหมือนว่าจะต่อสู้ยุ่งยากมากกว่า

(3) วิธีการอายัดทรัพย์สินของบุคคลภายนอกและวิธีการอื่นๆ (Garnishment and other supplementary remedies) ในการบังคับคดีตามคำพิพากษาเรื่องหนี้เงิน ถ้าการบังคับโดยวิธีเก็บรวบรวมยึดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้แบบธรรมดา คงได้กล่าวแล้วนั้น ไม่ได้ผลเพียงพอในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีอำนาจที่จะใช้วิธีการเสริม ซึ่งได้แก่

ก. การอายัดทรัพย์สินภายหลังคำพิพากษา (Garnishment after judgment) และการอายัดทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่เป็นลูกหนี้จำเลยหรือที่ครอบครองทรัพย์สินของจำเลยและถูกศาลสั่งให้อายัดทรัพย์สินนั้น

ข. การบังคับคดีต่อรายได้ (Garnishee execution)

ค. การพิจารณาสอบสวนเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ดังกล่าวเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม การบังคับคดีด้วยวิธีการต่างๆ ดังกล่าวเหล่านี้ มักจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลภายนอกผู้ซึ่งไม่มีผลประโยชน์ด้วยเลยอย่างมากเสมอ ดังนั้น วิธีการเหล่านี้จึงต้องถูกใช้เฉพาะในเวลาและในเงื่อนไขที่บังคับไว้ตามด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยมีหลักการสำคัญดังนี้

- ลักษณะและวัตถุประสงค์ของวิธีการบังคับคดีเสริม กระบวนการบังคับคดีเสริมนี้ เป็นวิธีแห่งการบังคับคดีตามคำพิพากษาวิธีหนึ่งเหมือนกันกับการบังคับตามหมายธรรมดา เป็นวิธีที่มีลักษณะเสมือนเป็นการเยียวยาแบบประกอบปลักย่อยหรือแบบช่วยสนับสนุน เป็นกระบวนการที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อการเยียวยาที่เป็นประโยชน์ที่จะช่วยให้เจ้าหนี้ได้รับผลตามคำพิพากษาสมบูรณ์มากที่สุด ไม่ใช่เพื่อที่จะให้สามารถเอากลับคืนมาและนำมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้สำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่สามารถนำมาใช้หนี้ตามคำพิพากษาได้ ที่ได้ถูกโอนกรรมสิทธิ์ไป หรือสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้ถูกปิดบังซ่อนเร้นและหรือสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในมือของบุคคลภายนอกที่ไม่สามารถบังคับโดยวิธีธรรมดาได้ นอกจากนี้ กระบวนการเสริมนี้ก็ยังเป็นสิ่งที่ช่วยผ่อนคลายการจำกัดรูปแบบ โดยเฉพาะของการบังคับคดีอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการนี้จะไม่ทำให้เกิดคดี ในการโต้แย้งสิทธิกันระหว่างลูกหนี้และบุคคลภายนอก

- ลักษณะของคำพิพากษาที่เป็นพื้นฐานของกระบวนการเสริม กระบวนการนี้อาจบังคับได้ทั้งตามคำพิพากษาใดๆ ที่ให้ชำระเงินตามจำนวนที่แน่นอน และตามคำ

พิพากษาที่พิจารณาตามหลักความยุติธรรม (decree in equity) ซึ่งคำพิพากษานี้จะต้องกำลังมีผลบังคับตามกฎหมาย ส่วนการอุทธรณ์คำพิพากษาก็จะไม่ทำให้สิ้นโอกาสที่จะดำเนินการบังคับตามกระบวนการนี้

สำหรับการอายัดทรัพย์สินนี้ตามสิทธิของผู้ถือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ก็มีกฎหมาย the Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act, ก็ได้กำหนดว่าเป็นเช่นเดียวกันกับผู้ถือคำพิพากษาของศาลในประเทศ

(4) ทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีโดยวิธีเสริม ทรัพย์สินที่กระบวนการบังคับคดีโดยวิธีการอายัด (garnishment) หรือกระบวนการเสริมอื่นๆ สามารถบังคับต่อได้ คือ ทรัพย์สินที่มีรูปร่างใดๆ (tangible) และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างใดๆ (intangible property) และสิทธิต่างๆ (property rights) ที่เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่าที่ไม่ได้ถูกยกเว้นโดยตัวบทกฎหมาย โดยแม้ว่าทรัพย์สินเช่นว่านั้นจะไม่ใช่สิ่งที่สามารถบังคับตามวิธีการบังคับคดีแบบธรรมดาได้ก็ตาม นอกจากนี้ก็ยังปรากฏอีกว่าทรัพย์สินใดๆ ที่สามารถถูกบังคับได้โดยพระราชบัญญัติเจ้าหนี้ (a creditor's bill) ก็จะสามารถถูกบังคับโดยวิธีการบังคับคดีเสริมนี้ได้ด้วย ฉะนั้น กระบวนการบังคับคดีวิธีนี้จึงสามารถบังคับต่อการกระทำหรือหนี้ที่เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ ไม่ว่าหนี้นั้นจะถึงกำหนดชำระในปัจจุบัน (praesenti) หรือในอนาคต (futuro) ก็ตาม และสามารถบังคับต่อทรัพย์สินหรือเงินกองทุน (funds) ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่อยู่ในมือของบุคคลภายนอกฐานเป็นผู้รับฝากสินค้า (bailee) ได้อีกด้วย อย่างไรก็ตามสิทธิของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษตามกระบวนการเช่นว่านี้ก็ต้องถูกจำกัดอยู่ตามสิทธิของลูกหนี้ตามคำพิพากษาคด้วย กล่าวคือ เจ้าหนี้อาจจะเรียกร้องจากบุคคลภายนอก ผู้ที่ถูกอายัด (garnishee) ได้เฉพาะสำหรับเงินเดือนหรือทรัพย์สินที่บุคคลนั้นเป็นหนี้หรือยึดถือไว้เพื่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ส่วนการกระทำหรือเงินกองทุนหรือทรัพย์สินอื่นๆ นอกจากนั้นอาจจะไม่อยู่ภายใต้การบังคับตามกระบวนการนี้ ภายในขอบเขตที่ว่าบุคคลภายนอกนั้นมีผลประโยชน์ในสิ่งนั้นดีกว่า สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ในกรณีเช่นนี้เจ้าหนี้ก็อาจจะไม่ได้รับการจ่ายหนี้ของเขาโดยบังคับเอาจากหนี้ที่ถึงกำหนดของลูกหนี้ตามคำพิพากษาของเขาก็ได้

(5) การพิจารณาสอบสวนเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นวิธีการที่เกิดขึ้นโดยริเริ่มมาจากความไม่พอใจต่อวิธีการบังคับคดีตามธรรมดาวิธีการนี้คือที่เรียกว่า การรับฟังอย่างเปิดเผยซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ (a disclosure hearing) เป็นวิธีที่ศาลอาจจะสั่งให้กระทำได้ ไม่ว่ากรณีนั้นจะมีทรัพย์สินที่ไม่ได้รับยกเว้นจากบังคับคดีอยู่เพียงพอที่จะชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือไม่ก็ตาม ถ้ามีอยู่ศาลก็อาจจะสั่งกำหนดโทษทางละเมิด (penalty of contempt) หรือสั่งดำเนินกระบวนการชำระหนี้ให้มอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ถ้ามีทรัพย์สินไม่เพียงพอ ศาลก็อาจจะสั่งให้มีการจ่ายโดยวิธีผ่อนชำระจากรายได้ในอนาคตของลูกหนี้ และถ้ามีการ

ผัดกันในการผ่อนชำระหนี้ 3 ครั้งติดต่อกัน ศาลนั้นก็จะสั่งให้นายจ้างของลูกหนี้จ่ายเงินนั้น โดยตรงให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้

อนึ่ง วิธีการที่เกิดขึ้นใหม่นี้ เป็นวิธีที่ดำเนินไปได้โดยไม่คำนึงถึงและละทิ้ง ความแตกต่างดั้งเดิมระหว่างวิธีการบังคับคดีทางกฎหมายและทางหลักความยุติธรรม (legal และ equitable) โดยวิธีนี้ก็ช่วยให้เครื่องมือในการบังคับอื่นเป็นสิ่งที่ถูกใช้ได้อย่างเหมาะสมต่อ สภาพแวดล้อมแห่งคดีนั้นๆ มากที่สุดอีกวิธีหนึ่ง³⁶

3.2.3 กฎหมายประกันด้วยทรัพย์สินของประเทศอังกฤษ

กฎหมายประกันด้วยทรัพย์สินของประเทศอังกฤษมีการพัฒนามาจากหลัก Common Law และ Equity ของอังกฤษ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายของอังกฤษแบ่งการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลกฎหมายมีอยู่หลายกรณี เช่น สิทธิยึดหน่วง การหักกลบลบหนี้ ตามหลักเอคควิตี้ การติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลักเอคควิตี้ การยึดอายัดทรัพย์สิน ของจำเลยตามวิธีการพิจารณาของศาล (Procedural Security)

ในส่วนของ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา (consensual security) ในความหมายอย่างแคบตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกัน รวมถึงดอกเบี้ยและรายได้จากทรัพย์สินที่เป็นประกัน ยกเว้นคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ตามหลักกฎหมายอังกฤษการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเกิดจากสัญญามีด้วยกัน 4 แบบ คือ จำนำ (pledge) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (contractual lien) จำนอง (mortgage) และเช่า (charge) ซึ่งจะได้กล่าวโดยลำดับดังนี้

1) จำนำ จำนำเป็นการประกันหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการประกันหนี้ประเภทอื่น หลักการสำคัญ คือ เจ้าหนี้จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าการครอบครองทรัพย์สินจำนำ (possession) เป็นสาระสำคัญของจำนำ การที่ยังคงให้ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินจำนำอยู่นั้น จะเป็นหนทางที่ทำให้ลูกหนี้หลอกลวงเจ้าหนี้รายอื่นได้ ในกรณีที่เจ้าหนี้รายอื่นให้กู้ยืมเงิน โดยเจ้าหนี้นั้นเข้าใจว่าลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนั้น ในระยะแรกของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าการครอบครองทรัพย์สินจำนำของเจ้าหนี้ เป็นเงื่อนไขสำคัญของจำนำ การ จำนองที่ดินในระยะเริ่มแรกก็มีจุดกำเนิดมาจากการจำนำ

³⁶ Hans Smit. (1995). "Enforcement of Judgements in the United States of America," *The American Journal of Comparative Law*, Volum 34. pp. 235-236.

เหมือนกัน โดยผู้รับจำนองที่ดินจะครอบครองที่ดินที่จำนองไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 16 การจำนองจึงได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบ เป็นให้ผู้จำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนองและหลังจากนั้นอีกประมาณ 2 ศตวรรษ จึงสามารถจำนองสินค้าได้ด้วย

เนื่องจากได้มีการพัฒนาเอกสารสิทธิต่างๆ ทำให้ขอบเขตของทรัพย์สินที่จำนองพัฒนาตามไปด้วย จนถึงขณะนี้จะเห็นได้ว่า ไม่เพียงแต่สินค้าต่างๆ แม้แต่เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในสินค้าหรือตราสารแห่งหนี้ (documents of title to goods and instruments embodying a money obligation) ก็สามารถจำนองได้ ยิ่งกว่านั้น ไม่จำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนองโดยตรง แต่อาจครอบครองโดยปริยาย โดยให้บุคคลภายนอกครอบครองแทนก็ได้ หรือแม้แต่จะให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนอง เช่น สัญญาทรัสต์รีซีป (trust receipt)

2) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา สิทธิยึดหน่วงโดยการครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่น (possessory lien) อาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย หรือเกิดจากสัญญาก็ได้ ผลก็คือ ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ได้ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ สิทธิยึดหน่วงที่เกิดจากสัญญา มีผลแตกต่างกับจำนองในประเด็นที่ว่า ข้อตกลงในสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิยึดหน่วง จะจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินไว้ เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินประกันและสิทธิยึดหน่วงโดยสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันได้ ถ้าหากสิทธิยึดหน่วงโดยสัญญาสามารถทำให้ผู้ทรงสิทธิขายทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ได้ ก็เท่ากับเป็นการจำนองนั่นเอง

3) จำนอง จำนอง (Mortgage) มีความหมายโดยทั่วไปว่า เป็นความประสงค์ของผู้กู้หรือผู้จำนอง (Mortgagor) ที่จะนำทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งทรัพย์สินที่นำเป็นหลักประกัน อาจเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การเช่า (Demise) หรือเช่าช่วง (Subdemise) ซึ่งการ Mortgage มีผลทางกฎหมายคือ โดยการโอนทรัพย์สินที่เป็นได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ (Chattle) หรือโดยการโอนสิทธิเรียกร้อง ที่ผู้จำนองมีเหนือทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิในการโอนสิทธิที่มีตราสาร (Chose in Action) หรือเป็นการทำข้อตกลง โดยไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และไม่โอนการครอบครองทรัพย์สิน แต่ให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือหลักประกัน หรือให้สิทธิบังคับหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) ซึ่งการกระทำต่างๆ ดังกล่าวมีเจตนาให้ทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาโดยการทำสัญญา หรือหนังสือที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความประสงค์ที่จะจำนองและมีการตกลงในการไถ่ถอนจำนองด้วย³⁷ การจำนอง (Mortgage) ตามกฎหมายอังกฤษ มีรูปแบบการจำนอง 2 ลักษณะ คือ

³⁷ E.L.G.Typler. (1993). *Halsbury's Law of England : Mortgage* (4 th ed). p.187.

(1) Legal Mortgage คือการโอนสิทธิเรียกร้องในกรรมสิทธิ์เรียกร้องในกรรมสิทธิ์ทางกฎหมาย (Legal Owner) ที่มีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อให้เป็นหลักประกันแห่งหนี้ โดยผู้จำนองมีสิทธิที่จะไถ่ถอนกรรมสิทธิ์เมื่อได้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติ Judicature Act 1873 จึงเป็นที่ทราบกันว่า แม้จะพินกำหนดเวลาชำระหนี้ และ ไถ่ถอนทรัพย์สินตามที่ได้ตกลงกันไว้ก็ตาม ผู้จำนองยังคงมีสิทธิไถ่ถอนการบังคับขาย และ ไถ่ถอนทรัพย์สินตามที่ได้ตกลงกันไว้ก็ตาม ผู้จำนองยังคงมีสิทธิไถ่ถอน การบังคับขาย หรือเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งเรียกสิทธินี้ว่า “Equitable of Redemption” โดย Legal Mortgage จะต้องทำเป็นสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามประเภทของทรัพย์สินนั้น

การจำนอง (Mortgage) แบบ Legal Mortgage นี้ สามารถจำนองได้กับที่ดินทั้งประเภท Freehold Land คือ ที่ดินที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์และประเภท Leasehold Land คือที่ดินที่เอกชนเช่าจากรัฐ โดยมีสิทธิครอบครองภายใต้ระยะเวลาที่จำกัดไว้”³⁸

(2) Equitable Mortgage คือการตกลงที่มีลักษณะเป็นการให้หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินประเภทต่างๆ แบบ Legal Mortgage แต่ไม่ผูกพันว่าจะต้องทำตามแบบใดแบบหนึ่ง โดยเฉพาะสิ่งที่จะถือว่าเป็น Equitable Mortgage หรือ ไม่อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา โดยสาระสำคัญอยู่ที่การแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่อาจแสดงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น การส่งมอบโฉนดที่ดินให้แก่เจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ให้สิ่งตอบแทนโดยการให้ลูกหนี้กู้ยืมเงิน เป็นต้น³⁹

4) ฆา (Charge) ฆาเป็นการประกันการชำระหนี้อื่นทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินเป็นหลักประกัน โดยมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินประกัน แต่อาจหมายถึงการประกันหนี้ที่ไม่มีชื่อ โดยเฉพาะ การประกันหนี้แบบฆาไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครอง หรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกัน แต่เป็นเรื่องของการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภท โดยเฉพาะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ผลก็คือ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินประกันประเภทนั้นหรือจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินประเภทดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน หรือเจ้าหนี้ลำดับรองจากเจ้าหนี้ที่มีประกันแบบฆา หรือบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินประเภทนั้นไว้ในครอบครอง เว้นแต่ผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทนั้นด้วยการซื้อมา เสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต อีกทั้งไม่ทราบทรัพย์สินประเภทนั้นได้ถูกนำไปใช้เป็นประกันชำระหนี้แบบฆา⁴⁰

³⁸ The Hon. Sir Peter Millet, “Mortgage,” in The Encyclopaedia of Forms and Precedents, 5 th ed.

³⁹ William James Gough. (1996). *Company Charge* (2d ed). p. 16.

⁴⁰ R.M.Goode. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 14-15.

อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ชาติที่เกิดมาจากหลักเอควิตี้ เรียกว่า Equitable Charge และชาติที่เกิดมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เรียกว่า Legal Charge

1) การบังคับหลักประกัน เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะมีมาตรการต่างๆที่ตกลงกันไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกันหรือในหุ้นกู้ซึ่งในอังกฤษมีข้อยึดหยุ่น เช่น Private sale หรือ ครอบครองชั่วคราว เพื่อเรียกเก็บรายได้ ความอิสระของการทำสัญญาในของกฎหมายอังกฤษอาจถูกคัดกร่อนโดยเงื่อนไขของสัญญา ดังนั้นผู้ทำสัญญาจะถูกควบคุมโดยหลักเรื่อง Unfair Contract Terms ซึ่งข้อตกลงในการบังคับหลักประกันส่วนใหญ่จะมีมาตรการ 4 แนวคือ

(1) อำนาจในการขาย ในอังกฤษนั้นมีการยึดหยุ่นในการขายเพื่อช่วยเหลือเจ้าหนี้มีประกันภายใต้สัญญาหลักประกันที่เหมาะสม ข้อยึดหยุ่นนั้นรวมถึงการขายโดยเอกชนโดยไม่ผ่านศาล (private sale) เพราะทำให้มีการขายโดยเร็ว โดยปราศจากการชักช้าหรือค่าใช้จ่ายของศาลแต่ก็มีความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในการป้องกันราคาซึ่งเจ้าหนี้จะต้องมีค่าใช้จ่ายของผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการควบคุมการขาย⁴¹ นอกจากนั้นศาลก็ยังคงอำนาจไว้บ้างคือเจ้าหนี้มีประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสม หรือที่ราคาจริงตามตลาด ตรงข้ามกับในหลายประเทศกำหนดให้มีการประมูลขายต่อสาธารณะและต้องหลังจากมีคำสั่งศาลซึ่งกระบวนการนี้มีการล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายมาก⁴² และในบางประเทศจะมีการดำเนินคดีโดยสรุปแทนที่กระบวนการเต็มรูปแบบเพื่อให้มีคำสั่งศาลในการประมูลขายแต่ถ้ามีการคัดค้านโดยลูกหนี้ก็จะต้องมีการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบซึ่งจะทำให้ช้า⁴³

(2) อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver (ในกรณีไม่มีอำนาจนี้ก็สามารถร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้ง Receiver ได้) โดยปกติเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้มีประกันจะเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ผู้ถือหุ้นกู้มีวิธีการขั้นพื้นฐานในการแต่งตั้ง Receiver ได้ 2 ทางด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรก โดยการยื่นคำร้องต่อศาล the High Court เพื่อขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ประการที่สอง โดยผู้ถือหุ้นกู้แต่งตั้ง Receiver ได้เอง ไม่ต้องขอศาลแต่งตั้ง อำนาจที่จะแต่งตั้ง Receiver ได้เองนี้ อาจกำหนดได้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะ เช่น ตามพระราชบัญญัติ Law of Property Act 1925 หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

⁴¹ Ibid. p. 142.

⁴² Ibid. p. 142.

⁴³ Ibid. p. 144.

(3) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน⁴⁴ คือสิทธิที่จะเข้าครอบครองเพื่อที่จะเก็บรายได้ของกิจการและเมื่อหนี้ได้ถูกจ่าย เจ้าหนี้ก็จะสละสิทธิครอบครอง ซึ่งอาจจะเป็นการครอบครองโดยเจ้าหนี้โดยตรงหรือจาก Receiver ซึ่งโดยเทคนิคเป็นตัวแทนของผู้จ้าง การครอบครองนี้จะแตกต่างกับการครอบครองเพื่อการขาย โดยปกติแล้วเจ้าหนี้จะไม่ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันเอง เพราะเจ้าหนี้จะต้องทำรายงานทรัพย์สินที่ได้รับและจะต้องรับผิดชอบในการดูแลทรัพย์สินของเจ้าหนี้และความเสียหายของทรัพย์สินซึ่งทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าลดลง นอกจากนี้จะต้องดูแลทรัพย์สินตามปกติวิญญูชน แต่เจ้าหนี้ก็มีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายในการครอบครองแต่ถ้าครอบครองโดย Receiver ไม่ต้องรายงานเพราะเป็นตัวแทนของลูกหนี้เอง ดังนั้นการครอบครองโดยเจ้าหนี้เองจะใช้เมื่อเป็นการครอบครองเพื่อทำการขาย

(4) สิทธิในการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ⁴⁵ จะทำได้โดยมีคำสั่งศาลเท่านั้นในกรณีถ้าเงินกู้มีมูลค่าเกินกว่าหลักประกันซึ่งการใช้วิธีนี้เจ้าหนี้มักไม่ค่อยใช้เพราะเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดเจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องผู้กู้ยืมอีกได้

โดยปกติในทางปฏิบัติจะใช้มาตรการในการขายและการแต่งตั้ง Receiver และจะใช้การครอบครองในการขายเท่านั้น

2) การบังคับคดีแพ่ง วิธีการในการบังคับคดีอาจแบ่งได้ดังต่อไปนี้

(1) การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ตามหมาย fieri facias (Execution on goods of Judgment debtor)⁴⁶ วิธีนี้เป็นวิธีที่เป็นหลักใหญ่แห่งการบังคับคดีตามหนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เงิน และเป็นวิธีโดยทั่วไปที่ใช้มากที่สุด ทั้งในศาลสูง (High Court) และเป็นวิธีโดยทั่วไปที่ใช้มากที่สุด ทั้งในศาลสูง (High Court) และ facias (หรือ fi-fa) ซึ่งจะกระทำโดยการยึดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยมีความแตกต่างอย่างมากในการบังคับวิธีนี้โดยศาลทั้งสองศาล กล่าวคือ ถ้าบังคับคดีในศาลสูง ซึ่งไม่มีเจ้าพนักงานของตนเองที่จะบังคับวิธีนี้โดยศาลทั้งสองศาล กล่าวคือ ถ้าบังคับคดีในศาลสูง ซึ่งไม่มีเจ้าพนักงานของตนเองที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง การบังคับวิธีนี้ก็จะกระทำโดย the sheriff ของท้องถิ่นนั้น ซึ่งจะใช้หรือจ้างให้ผู้ช่วย under - sheriff กระทำตามวัตถุประสงค์นั้น และผู้ช่วยก็อาจจะใช้หรือจ้าง the bailiff เป็นคราวๆ ทีละคนให้ออกไปบังคับคดีจริงๆ อีกต่อหนึ่ง ในขณะที่ในศาล county court จะกระทำการ

⁴⁴ J R Lingard. **Bank Security Document.** p. 182.

⁴⁵ Ibid. 183

⁴⁶ D.B. Casson and I.H. Dennis. **Odger's Order's Principles of Pleading and Practice in civil**

บังคับโดยเจ้าพนักงานของศาล (officers of court) ที่เรียกว่า the bailiffs ซึ่งกรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าการบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้ ในศาลสูงอยู่ในมือขององค์กรเอกชน (the private enterprise) ส่วนศาล county court อยู่ในมือของการบริหารทางสาธารณะ (public servants) และองค์กรเอกชนของ the sheriff นั่นก็จะมีภาระให้รางวัลเป็นค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย (fees and charges) ที่เรียกว่า "poundage" ซึ่งถือให้เป็นร้อยละ (เปอร์เซ็นต์) ของราคาทรัพย์สินที่ถูกยึดโดย sheriffs ในการยึดทรัพย์สินครั้งแรก ในขณะที่ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของ bailiffs ในศาล county court นั้น จะถูกกำหนดโดยศาลเอง จากลักษณะเช่นนี้ จึงมีการกล่าวถึงกันบ่อยในสังคมนักกฎหมายอาวุโสและทนายความผู้เชี่ยวชาญว่า การบังคับคดีต่อทรัพย์สินในศาลสูงได้ผลสำเร็จมากกว่าศาล county court อย่างมาก เมื่อเปรียบเทียบกัน และได้แสดงให้เห็นข้อเท็จจริงว่า the sheriffs มีผลประโยชน์ส่วนตัวในผลสำเร็จ เมื่อเปรียบเทียบกับ bailiffs ในศาล county court⁴⁷

ข้อแตกต่างที่สำคัญอื่นอีกข้อหนึ่ง คือ ในศาลสูง อาจบังคับหมาย fieri facias ได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ก่อน และนอกจากนั้นก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องส่งสำเนาคำพิพากษาให้แก่ลูกหนี้ก่อนด้วย โดยชั้นแรกที่ลูกหนี้จะารู้ถึงกระบวนการบังคับคดีนั้นก็ต่อเมื่อ sheriffs ได้มาถึงบ้านของเขา เพื่อยึดทรัพย์สินของเขาแล้ว แต่ในศาล county ในชั้นแรก จะต้องมีการบอกกล่าวลูกหนี้ก่อนที่จะใช้บังคับตามหมายแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ และโดยทั่วไปในทางปฏิบัติ ลูกหนี้ก็มีโอกาสที่จะร้องขอต่อศาลเพื่อให้งดการบังคับคดี (stay of execution)⁴⁸ และจ่ายเงินชำระหนี้โดยวิธีผ่อนชำระ (instalments) ได้อีกด้วย และในการผ่อนชำระหนี้ ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาถูกสั่งให้จ่ายโดยผ่อนชำระแล้ว หมายบังคับคดีก็อาจจะถูกใช้บังคับสำหรับการผ่อนชำระแต่ละครั้งเมื่อมีการผิन्छ (falls due) ส่วนในศาลสูงนั้น การรวบรวมทรัพย์สินเพื่อบังคับคดีจะต้องทำสำหรับหนี้ตามคำพิพากษาทั้งหมดทีเดียวยิ่งไปกว่านั้น ในทางปฏิบัติ ก็ได้มีการกล่าวกันเสมอว่า ในศาลสูงปรากฏว่ามักไม่มีกรณีที่ศาลจะสั่งให้มีการจ่ายโดยการผ่อนชำระ แม้ว่าจะมีกฎหมายบัญญัติว่าลูกหนี้สามารถร้องขอเพื่อการงดหรือทุเลาการบังคับ และให้สั่งให้จ่ายโดยผ่อนชำระได้ก็ตาม ในขณะที่การกระทำเช่นนั้นเป็นวิธปฏิบัติธรรมดาสามัญ สำหรับศาล County ที่จะสั่งให้มีการจ่ายโดยวิธีผ่อนชำระ

⁴⁷ Stay of execution มักถูกสั่งเสนอโดยศาล แต่แม้มีการงดการบังคับคดีตามหมาย fi-fa แต่ก็ไม่ป้องกันเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจากการดำเนินการตามวิธีอื่นวิธีหนึ่งหรือหลายวิธีที่จะบังคับ เพราะเป็นทางเลือกที่จะบังคับได้ (คดี Berliner Industriebank Aktien-gesell sch aft V. Jost, (1971) 2 Q.B. 463; (1971) 2 All E.R. 1515.

⁴⁸ Stay of execution มักถูกสั่งเสนอโดยศาล แต่แม้มีการงดการบังคับคดีตามหมาย fi-fa แต่ก็ไม่ป้องกันเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจากการดำเนินการตามวิธีอื่นวิธีหนึ่งหรือหลายวิธีที่จะบังคับ เพราะเป็นทางเลือกที่จะบังคับได้ (คดี Berliner Industriebank Aktien - gesell sch aft V. Jost, (1971) 2 Q.B.463; (1971) 2 All E.R. 1515.

อย่างไรก็ตาม การบังคับวิธีนี้ทั้งในศาลสูงและศาล county ก็ปรากฏในทางปฏิบัติว่า การยึดทรัพย์สินในกลุ่มใหญ่ของคดี ส่วนใหญ่ไม่ได้นำไปสู่การขายอย่างแท้จริง และมักจะเกิดผลเป็นการประนีประนอมระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ตามคำพิพากษาเสมอๆ ซึ่งคณะกรรมการเอ็ดเวิร์ดเช็ค (The Evershed Committee) ก็ได้กล่าวแนะนำว่า ควรสงวนรักษาวิธีบังคับคดีนี้ไว้ ด้วยหลักการที่เรียกว่า "hammer principle" ซึ่งคือหลักแห่งการใช้วิธีทูปตีระของลูกหนี้เหมือนกับใช้ฆ้อน "Hammer" ซึ่งจะทำให้ลูกหนี้นั้นเกิดความรู้สึกและจะทำให้เกิดผลเป็นการชำระหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป⁴⁹

สำหรับหลักกฎหมายที่ใช้ร่วมกันในทั้งศาลสูงและศาล county ก็คือ หลักที่ว่า ทรัพย์สินที่จะถูกยึดบังคับคดีได้ต้องเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น the sheriff และ bailiff จะถูกห้ามไม่ให้ยึดทรัพย์สินที่เป็นของบุคคลที่สามอื่น ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินของภรรยาของลูกหนี้นั้นหรือของสมาชิกในครอบครัวของเขา หรือของกรรมการของบริษัทจำกัด หรือทรัพย์สินส่วนตัวของหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนก็ตาม และถ้าทรัพย์สินของบุคคลอื่นนั้นถูกยึด ผู้เป็นเจ้าของก็อาจจะเรียกร้องทรัพย์สินได้โดยดำเนินกระบวนการรื้องสอด "interpleader proceedings" ซึ่งเป็นกระบวนการที่แยกต่างหากหากเป็นคดีอีกคดีหนึ่ง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และต้องทำเป็นคำตัดสินแยกต่างหากจากคดีเดิม

ในการบังคับคดีตามวิธีนี้ the sheriff หรือ the bailiff มีอำนาจที่จะเข้าไป (enter) ในบ้านหรือที่ดินของลูกหนี้ หรือของบุคคลที่สามอื่นได้ เพื่อยึด (seize) ทรัพย์สินที่เป็นของลูกหนี้อถ้ามีอยู่ในบ้านหรือที่ดินนั้น แต่ก็มีความเสี่ยงอยู่เสมอในกรณีที่ไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในบ้านของบุคคลที่สามนั้น ที่ต่อมา the sheriff หรือ the bailiff นั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ถือว่าเป็นการบุกรุก

ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อาจถูกยึดและขายได้นั้น หมายรวมถึงทรัพย์สินส่วนตัวทั้งหมด (personal goods) และข้าวของ (chattels) ของลูกหนี้ที่สามารถค้นพบและสามารถขายได้ ยกเว้นเฉพาะสิทธิเก็บกินชั่วชีวิตในที่ดิน ผลประโยชน์โดยชอบในที่ดิน หรือสิ่งของอื่นๆ ที่ติดอยู่กับที่ดินนั้น เครื่องนุ่งห่มหลับนอนของลูกหนี้และครอบครัว และเครื่องมือเครื่องใช้ในการค้าของเขา (trade) ซึ่งกำหนดราคารวมกันไม่เกิน 50 ปอนด์ หรือมากกว่า นั้นตามแต่ที่ Lord Chancellor จะกำหนด⁵⁰ สำหรับรัญพืชและพืชผลอื่นๆ ที่เกิดขึ้นจากแรงงาน (อุตสาหกรรม) ของมนุษย์ก็อาจถูก

⁴⁹ Jack I.H. Jacob. (1988). **the Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure**, P.13.

⁵⁰ ตาม the Small Debt Act 1845,S.8 (ที่แก้ไขแล้ว) และ the Administration of Justice Act 1956, S 37 และ County Courts Act 1959, S 124.

บังคับคดีได้ แต่ผลไม่ที่ได้ให้ผลทุกปี หรือที่ให้ผลไม่ได้เกิดจากแรงงานของมนุษย์ที่ไม่อาจถูกบังคับได้ การยึดและจำหน่ายฟาง แกลบ ผักกาด ปุ๋ยธรรมชาติ หญ้าแห้ง รากพืช บก และพืชผลบนที่ดินในฟาร์ม ต้องบังคับตามบทบัญญัติพิเศษของกฎหมายเฉพาะ⁵¹ ซึ่ง the sheriff หรือ the bailiff ไม่สามารถจัดการกับทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองพิเศษดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม เขาอาจเลือกยึดตัวของธนาคาร (bank - notes) เช็ค ตั๋วเงิน สัญญาทำฉันทน์ และหลักประกันอื่นๆ ได้⁵² ซึ่งเมื่อเขายึดแล้วก็สามารถจำหน่ายได้ด้วย เว้นแต่เขาจะได้รับเงินจากบุคคลที่ตามมาตราแห่งทรัพย์สินดังกล่าวแล้ว⁵³

สำหรับในศาลสูง (High Court) มักมีกรณีเกิดขึ้นเสมอๆ ที่เมื่อ the Sheriff ยึดทรัพย์สินแล้วมีบุคคลที่สามร้องขัดทรัพย์สินเข้ามา (intervenes) และเรียกร้องว่าเป็นทรัพย์สินของเขา หรือเขามีสิทธิเรียกร้องตามสัญญาซื้อขายหรืออย่างอื่น ในคดีเช่นนี้ the Sheriff ก็จะถูกเรียกเข้ามาเป็นฝ่ายผู้ร้องเสมอ (interpleader summons) ซึ่งเขาจะต้องให้บริการ (Serves) ต่อทั้งสองฝ่ายคือ ทั้งผู้ร้องและเจ้าหนี้ การดำเนินคดีนี้โดยทั่วไป the master จะยินยอมให้ดำเนินคดีโดยรวบรัด ถ้าข้อโต้แย้งนั้นไม่ใหญ่และไม่ยากทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง แต่ในคดีอื่นๆ ที่ยุ่งยากที่ไม่เหมาะที่จะดำเนินคดีแบบรวบรัดแม้คู่ความจะยินยอม ก็จะต้องดำเนินคดีแบบธรรมดาที่ต้องมีการชี้ประเด็นระหว่างผู้ร้องกับเจ้าหนี้ผู้บังคับคดี และถ้าผู้ร้องจ่ายเงินในจำนวนที่ถูกต้องตามคำสั่งในศาล the sheriff ก็จะถูกสั่งให้ถอนการยึดการครอบครองทรัพย์สิน ถ้าไม่ทำดังนั้น the master ก็อาจจะสั่งให้จำหน่ายทรัพย์สินเท่าจำนวนหนี้ตามพิพาท และถ้าราคาทรัพย์สินนั้นไม่เกินกว่า 2,000 ปอนด์ เขาก็อาจจะโอนคดีนั้นไปยังศาล County Court⁵⁴ ก็ได้

อย่างไรก็ดี การบังคับคดีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้โดยวิธีตามหมาย fieri facias นี้ มีหลักการสำคัญอยู่หลักการหนึ่งว่า หมายนั้นจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายแก่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกบังคับที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของนั้นได้มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน เว้นเสียแต่ว่าเขาจะารู้ถึงหมายบังคับคดีนั้นแล้ว หรือได้รับรู้หมายของศาล County Court นั้นแล้ว ในเวลาที่เขาได้กรรมสิทธิ์นั้นมา

⁵¹ ตาม the Sale of Farming Stock Act, 1816 the Landlord and Tenant Act, 1851, S.2.

⁵² ตาม the Judgement Act, 1838, S.12.

⁵³ ตาม the Bankruptcy and Deeds of Arrangement Act, 1913, S.15.

⁵⁴ ตาม the Supreme Court Act 1981, section 137. ซึ่งกำหนดว่า หมาย fieri facias หรือหมายอื่นๆ ของการบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่ถูกกำหนดโดยศาลสูงจะผูกพันทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในการบังคับคดีของลูกหนี้จากเวลาดังแต่หมายนั้น ได้ถูกส่งไปยัง the sheriff เพื่อให้บังคับคดี.

สำหรับการขายทรัพย์สินที่ได้ยึดมาโดยวิธีนี้ ก็จะต้องทำโดยวิธีการขายทอดตลาดต่อสาธารณะ ซึ่ง sheriff นั้นจะต้องไม่เกี่ยวข้องและไม่ซื้อทอดตลาดด้วยตนเอง

(2) การอายัดสิทธิเรียกร้อง (Attachment of Debt)⁵⁵ เป็นวิธีที่ถูกนำมาใช้โดยพระราชบัญญัติ ในปี 1854 เป็นวิธีที่บังคับสำหรับคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เงิน ในการอายัดหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยการกำหนดให้ลูกหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาจ่ายหนี้ นั้น โดยตรงให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา วิธีนี้เป็นที่รู้จักกันทั่วไป เรียกว่า "garnishee proceedings" ซึ่งเป็นวิธีที่เป็นผลสะท้อนมาจากความต้องการของสังคมธุรกิจที่เติบโตขึ้น ที่ต้องการให้มีวิธีการบังคับที่มีประสิทธิภาพที่สามารถบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้อย่างที่เป็นผลสำเร็จมากขึ้น โดยให้สามารถรองรับระบบเครดิตของสังคมธุรกิจได้

ขอบเขตของการบังคับโดยวิธีนี้ ขยายไปถึง "หนี้ที่ถึงกำหนดทั้งหมด หรือหนี้ที่กำลังถึงกำหนด" ซึ่งคือ ขยายไปถึงไม่เฉพาะหนี้ที่ได้ถึงกำหนดในปัจจุบัน และสามารถจ่ายได้แล้วเท่านั้น แต่รวมไปถึงหนี้ที่ถึงกำหนดในปัจจุบันและสามารถจ่ายได้แล้วเท่านั้น แต่รวมไปถึงหนี้ที่ถึงกำหนดในปัจจุบัน และที่ยังคงมีหนี้อยู่ แม้จะสามารถจ่ายได้ในอนาคตด้วย แต่อย่างไรก็ตาม คำที่สัญญาที่ว่า "debts due or accruing due" ก็ทำให้สิ้นโอกาสที่จะอายัดเอาค่าจ้างหรือเงินเดือนหรือรายได้อื่น ๆ ของลูกจ้าง ซึ่งตามกฎหมายหลัก จะไม่กลายเป็นหนี้ที่สามารถจ่ายได้ จนกว่าการรับบริการหรืองานที่จ้างนั้นจะได้กระทำแล้วทั้งหมด และในทางปฏิบัติ ก็ไม่มีช่วงที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะสามารถถือเอาได้ว่าเป็นหนี้ที่ถึงกำหนด หรือกำลังถึงกำหนดขึ้น ที่จะทำให้สามารถบังคับได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี เพื่อที่เจ้าหนี้จะได้ทราบว่า ลูกหนี้ของคนนั้นมีหนี้อะไรบ้าง ก็มักจะต้องขอให้ศาลทำคำสั่งเพื่อการสอบสวนเสมอ โดยการสอบปากเปล่าลูกหนี้ ซึ่งถ้าลูกหนี้นั้นไม่เชื่อฟังคำสั่งศาล เขาก็อาจต้องถูกจับกุมกักขังได้

(3) การอายัดทรัพย์สิน (Sequestration of Property)⁵⁶ เป็นวิธีที่บังคับตามหมาย ที่เรียกว่า writ of sequestration ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาที่รุนแรงวิธีหนึ่ง ที่ Droco นักปราชญ์ ชาวกรีกได้สร้างขึ้นในศตวรรษที่ 7 ก่อนคริสตกาล (draconian procedure) ซึ่งใช้ในกรณีที่ถูกหนี้ตามคำพิพากษา ได้ทำความผิดเป็นการละเมิดอำนาจศาล (Contempt of court) เช่น เมื่อศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ต้องชำระในวันที่กำหนดโดยเฉพาะเจาะจง และลูกหนี้ปฏิเสธที่จะทำตามคำสั่งนั้น ในวันนั้น และนอกจากนี้ยังถือว่าวิธีนี้ที่ใช้เพื่อป้องกันไม่ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งกับทรัพย์สินของเขาได้อีกด้วย

⁵⁵ Jack I.H. Jacob. Op.cit. pp. 292-293.

⁵⁶ Ibid. pp. 296-297.

การใช้บังคับตามวิธีนี้ ใช้บังคับได้สำหรับกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น กำหนดให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือที่กำหนดเพิ่มเติมใดๆ ในคำพิพากษา หรือคำสั่ง ไม่ว่าจะ เป็นคำสั่งให้จ่ายเงินให้ส่งมอบการครอบครองที่ดิน ให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้ปฏิบัติอย่างอื่น หรือให้ละเว้นจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง (เช่น ให้ระงับการกระทำอันเป็นการรบกวนสิทธิ หรือให้ส่งมอบบัญชี เป็นต้น) และจะใช้บังคับกับวิธีนี้ต่อเมื่อ จำเลยนั้นปฏิเสธหรือเพิกเฉย ไม่ปฏิบัติตามภายในเวลาที่กำหนด หมายอาัยทรัพย์สินนั้นก็จะถูกใช้บังคับแก่ทรัพย์สินของจำเลยนั้น หรือของกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทจำเลย

วิธีการบังคับนี้ ใช้บังคับได้โดย ศาลจะมีคำสั่งโดยตรงไปยังนายจ้างของลูกหนี้ ตามคำพิพากษา ว่าให้นายจ้างนั้นจ่ายเงินจำนวนที่แน่นอนจากรายได้ของลูกหนี้นั้นให้แก่ศาล จำนวนเงินที่นายจ้างจะถูกเรียกเรื่องนั้นก็จะต้องถูกสืบให้รู้แน่นอนโดยวิธีการที่ซับซ้อนหลายวิธี และศาลก็ต้องรู้ได้ถึงสภาวะการณของลูกหนี้นั้นอย่างแน่นอนเสียก่อนด้วย เช่น ต้องได้รู้ถึง จำนวนสมาชิกในครอบครัว ภรรยา บุตร และผู้ที่อยู่ในอุปการะของลูกหนี้ และจำนวนค่าใช้จ่ายที่ จำเป็นของเขาเช่น ค่าเช่า ค่าดอกเบี้ย ค่าจ่ายค่าน้ำ ค่าเลี้ยงดู และค่ายังชีพที่จำเป็นของลูกหนี้ และครอบครัวของเขา แล้วจากนั้นศาลก็จะทักทอนเงินรายได้นั้นจากองค์ประกอบต่างๆ ดังกล่าว ทั้งหมด และเมื่อแน่ใจว่ายังมีจำนวนเงินที่เหลือไว้ให้ลูกหนี้นั้นเพียงพอสำหรับการมีชีวิตขั้นต่ำแล้ว ศาลก็จึงจะสามารถ ทำคำสั่งสำหรับการจ่ายค่าจ้างของนายจ้างให้แก่ศาลได้ ซึ่งหลังจากนั้น ก็จะได้ช่วยให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต่อไป จากกระบวนการดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าการใช้วิธี ที่จะต้องมีการพิจารณาซึ่งน้ำหนักอย่างมากวิธีหนึ่ง เป็นวิธีที่ประโยชน์และเป็นที่ยอมรับกันเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการแสดงสถิติของการใช้วิธีนี้ในศาล โดยปรากฏว่าในปี 1975 ได้มีคำสั่งให้อายัด รายได้นี้มากกว่า 88,000 คำสั่ง และในปี 1976 ต่อมาเพียงปีเดียว คำสั่งนี้ก็กลับมีถึง 130,000 คำสั่ง ทีเดียว เป็นวิธีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความมั่นคงในการจ่ายเงินหรือในการชำระหนี้เป็นอย่างใด อย่างหนึ่งตามคำพิพากษา โดยคำสั่ง charging order นี้จะมีผลโดยตรงต่อสินทรัพย์ต่างๆ ของลูกหนี้ ทั้งที่เป็นที่ดินหรือผลประโยชน์บนหลักประกันอื่นๆ รวมทั้งพันธบัตรรัฐบาล (government stock) สินค้าทรัพย์สินคงเหลือ (stocks) บ้าน (shares) ของเขา หุ้น (unit) ใน unit trust แต่ไม่รวมหุ้นใน สมาคม อาคารบ้านสงเคราะห์ (building society) และเงินกองทุน (funds) ที่ได้วางไว้ศาลเพื่อความ เชื้อถือ (credit) ของเขา

โดยทั่วไป กระบวนการบังคับด้วยวิธีนี้จะถูกนำมาใช้ได้ได้ใน 2 กรณี คือ บังคับต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษากรณีหนึ่ง และบังคับต่อบุคคลภายนอกเหมือนกระบวนการ garnishee proceedings อีกกรณีหนึ่งด้วย

สำหรับในศาลสูง ศาลมีอำนาจที่จะส่งคำสั่ง charging order นี้ได้ในคดีเพียง 3 ประเภท เท่านั้น คือ (1) ในคดีที่ทรัพย์สินได้ถูกขึ้นเป็นกองทุน (fund) วางไว้ในศาลสูง (2) ในคดี

ที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลสูงนั้นเป็นการสั่งให้อุปการะเลี้ยงดู (maintenance order)⁵⁷ และ (3) ในคดีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลสูงนั้น เป็นคำสั่งที่ให้บังคับต่อจำนวนเงินเกินกว่า 2,000⁵⁸

ในการทำการร้องขอเพื่อคำสั่งนี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือฝ่ายเดียว ยื่นต่อศาลที่เรียกว่า Practics master โดยต้องระบุถึงคำสั่งหรือคำพิพากษาที่จะบังคับจำนวนเงินที่ค้างชำระในวันทำคำร้องชื่อของลูกหนี้ตามคำพิพากษา และเจ้าหนี้อื่นๆ ที่สามารถระบุได้ วิธีการที่จะขอให้บังคับรวมทั้งรายละเอียดทั้งหมดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ดินหรือหลักประกัน เหตุผลที่เขาเชื่อว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของหรือมีผลประโยชน์ใดๆ บนทรัพย์สินนั้นๆ ตลอดจนรายการแสดงข้อมูลหรือแหล่งที่มาและสภาพการณ์ต่าง ๆ ด้วยก็ได้ เว้นเสียแต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

เมื่อศาลได้รับคำร้องขอเช่นนั้นแล้ว ในเบื้องต้นศาลจะทำคำสั่ง nisi เรียกลูกหนี้ นั้นมาศาล และให้แสดงเหตุว่าทำไมคำสั่ง charging order ที่เด็ดขาดจะไม่ต้องถูกใช้บังคับต่อเขา ซึ่งส่วนมากลูกหนี้มักไม่มีข้อต่อสู้ และโดยปกติ คำสั่ง charging order อย่างเด็ดขาดก็จะถูกใช้บังคับต่อไป

ในการทำคำสั่งนี้ ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวาง โดยกฎหมายได้กำหนดว่าศาล จะต้องพิจารณาสภาพแวดล้อมทั้งหมดแห่งคดี โดยเฉพาะต้องพิจารณาก่อนในเรื่องที่เกี่ยวกับสภาพแวดล้อมของลูกหนี้ นั้น และความเสียหายของเจ้าหนี้อื่นๆ ที่จะเกิดจากคำสั่งนั้น ว่าจะมีขึ้นถึงขนาดใดหรือไม่ ซึ่งเมื่อศาลตัดสินใจว่าจะทำคำสั่งหรือไม่แล้ว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะต้องแสดงชื่อของเจ้าหนี้อื่นๆ เท่าที่สามารถจะระบุได้ต่อศาล และศาลก็อาจจะส่งเอกสารแห่งกรณีไปยังเจ้าหนี้โดยตรง หรือส่งไปยังคู่ความผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ด้วย และถ้าศาลใช้ดุลพินิจทำคำสั่ง คำสั่งนั้นก็ต้องแสดงสาเหตุแห่งการบังคับ วิธีการบังคับ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเวลาและสถานที่แลวิธีการไว้ในคำสั่งและต้องส่งคำสั่งนั้นให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาอย่างน้อยที่สุด 7 วัน ก่อนเวลาที่ จะบังคับ เว้นเสียแต่ว่าศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น และต่อจากนั้น เมื่อศาลได้ฟังรายงานการบังคับของเจ้าพนักงานที่รายงานกลับมาแล้ว ศาลก็ต้องใช้ดุลพินิจที่จะให้กระทำการใดอย่างสมบูรณ์ หรือจะให้ปลดปล่อยลูกหนี้จากคำสั่งนี้ต่อไป

สำหรับผลของคำสั่ง charging order นี้ ก็คือการสร้างภาระผูกพันขึ้นบนทรัพย์สินที่ถูกบังคับ ซึ่งมีผลคล้ายกับการจำนองลำดับสอง กล่าวคือ เป็นการตั้งป้องกันมิมีการโอนหรือโยกย้ายทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่ถูกบังคับนั้น จนกว่าการบังคับคดีนั้นจะเสร็จสิ้น ซึ่งก็จะ

⁵⁷ ตาม the Attachment of Earnings Act, 1971, S.2 (a).

⁵⁸ ซึ่งก็คือคำพิพากษาเกี่ยวกับเงินของศาล county court ในคดีผิดสัญญา หรือละเมิด

เห็นได้ว่าวิธีนี้ไม่ใช่วิธีบังคับโดยตรง การแต่เป็นการบังคับทางอ้อมที่ทำให้สามารถรักษฐานะของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไว้ได้ตลอดกระบวนการบังคับคดี ซึ่งในระหว่างนี้ลูกหนี้ก็มีโอกาสที่จะจ่ายโดยผ่อนชำระได้ด้วย ถ้าในคดีนั้นลูกหนี้ทำได้อีก และนอกจากนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ต้องบังคับต่อบุคคลภายนอกด้วย ศาลก็มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจสั่งให้ใช้คำสั่ง charging order นี้ อย่างเด็ดขาดหรือไม่ก็ได้ และในกรณีมีเจ้าหนี้หลายคนหรือเมื่อปรากฏว่าลูกหนี้กำลังตกอยู่ในภาวะคับขันอย่างร้ายแรงเนื่องจากเจ้าหนี้ทั้งหลายกำลังรุมเร้าเรียกร้องเจ้าหนี้จากเขา ศาลก็อาจจะลดการทำคำสั่งอย่างเด็ดขาดลง เพื่อป้องกันเจ้าหนี้คนหนึ่งจากการได้รับผลประโยชน์ เกินควรไปกว่าเจ้าหนี้คนอื่นๆ ของลูกหนี้ก็ได้

3.2.4 กฎหมายหลักประกันของฝรั่งเศส

1) องค์กรและบุคลากรที่ดำเนินการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศฝรั่งเศส⁵⁹

(1) ลักษณะและการแต่งตั้ง (Huissiers)

ความหมายของ Huissier ตามภาษาฝรั่งเศสนั้นไม่ตรงกันกับความหมายในกฎหมายจารีตประเพณี (common law) โดยแม้ว่า the huissier นี้จะได้ปฏิบัติหน้าที่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในการดำเนินกระบวนการเป็นเลขานุการของผู้พิพากษา (Marshals) ก็ตาม คำคำนี้ตามกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้แปลความเป็นนัยเดียวกันกับในฝรั่งเศส

Huissiers ในประเทศฝรั่งเศส จะปฏิบัติงานในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานทางศาล (Official court attendants) ในการส่งเอกสารทางกฎหมาย (serve legal papers) บังคับคดีเก็บรวบรวมทรัพย์สิน (levy execution) และปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและในหน้าที่ที่สำคัญรองลงมา Huissiers ก็ปฏิบัติการเป็นตัวแทนผู้เก็บรวบรวม (collection agents) ด้วยเหมือนกัน

Huissiers นี้มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐบาลด้วย (officier ministerial) โดยได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม (Minister of Justice) โดยจะต้องมีคุณสมบัติในการแต่งตั้งคือ มีสัญชาติฝรั่งเศส มีบุคลิกภาพที่ดี (good character) เป็นสมาชิกในสำนักงานของ Huissiers มา 3 ปี ได้ผ่านการทดสอบและได้รับความเห็นชอบของศาลในท้องที่ที่เป็นภูมิลำเนาของเขาแล้ว

(2) อำนาจและหน้าที่ของ Huissiers

หน้าที่หลักคือ การส่งเอกสารทางกฎหมาย (service of legal papers) ซึ่งนอกจากกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ส่งโดยทางไปรษณีย์ได้แล้ว จะต้องส่งโดย Huissiers เท่านั้น มิฉะนั้นการส่งโดยผู้อื่นจะทำให้การส่งนั้นตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้ Huissiers ก็ยังมีอำนาจหน้าที่

⁵⁹ Peter Herzong. *Civil Procedure in France*. pp. 92-97.

ในการบังคับคดี เก็บรวบรวมและอายัดทรัพย์สิน และทำเอกสารทางกฎหมาย (legal documents) เท่าที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานของเขาด้วย

นอกจากนั้น Huissiers ก็ยังปฏิบัติการทำหนังสือบอกกล่าวตามรูปแบบ (the service of formal notifications) เช่น ในการทำคำคัดค้านสำหรับเอกสารตัวเงิน (notice of protest of negotiable instruments) และการบอกกล่าวให้ออกไปจากโรงเรือนที่เช่า (notice to vacate leased premises)

อนึ่ง ในกรณีที่ไม่ มี official commissaries priseurs Huissiers ก็จะต้องดำเนินการขยายทอดตลาดทรัพย์สินส่วนบุคคลด้วย ซึ่งเขาอาจจะถูกแต่งตั้งให้ทำการสืบสวนข้อเท็จจริงให้แก่คู่ความหรือศาลด้วยก็ได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ของ Huissiers นี้จะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายในขอบเขตอำนาจแห่งท้องที่ที่มีภูมิลำเนาอยู่เท่านั้น (ตามหลัก tribunal d'instance) ซึ่งในท้องที่หนึ่งจะมี Huissiers หลายคน และคู่ความก็สามารถใช้บริการของคนใดคนหนึ่งในหลายคนนั้นได้

สำหรับการปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทนคู่ความเป็นส่วนตัว (agents of private parties) Huissiers นั้นก็จะกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานของศาล และจะถูกเรียกว่า “Huissiers audienciers” มีหน้าที่หลักคือการรักษาคำสั่งในศาลและจะถูกเรียกว่า โดยจะมีการคัดเลือกจาก Huissiers ที่ปฏิบัติหน้าที่ในท้องที่ นั้นทั้งหมดโดยศาลในแต่ละปี และ Huissiers audienciers นี้ก็จะไม่ได้รับค่าจ้าง (salary) จากรัฐบาล แต่เขาจะมีสิทธิที่จะได้ค่าธรรมเนียมที่จ่ายโดยคู่ความเท่านั้น

อนึ่ง แม้ว่า Hissier จะไม่ได้รับค่าจ้างจากรัฐบาล แต่ก็มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานทางการปกครอง officieis ministeriels ที่มีสิทธิและหน้าที่เหมือนเจ้าพนักงานทางสาธารณะคนหนึ่ง และมีสิทธิที่จะประดับเครื่องหมายของสำนักงานได้ และหากมีการต่อสู้หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเขาก็จะถูกถือว่าการกระทำผิดอาญา และเอกสารที่ Hissiers ได้กระทำขึ้นทางสำนักงานก็จะถูกถือว่าการถูกต้องแท้จริง เช่นเดียวกับที่เจ้าพนักงานทางสาธารณะอื่นทำขึ้นอีกด้วย

นอกเสียจากว่า จะมีข้อห้ามจากการกระทำตามกฎหมาย Hissier ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานกึ่งสาธารณะ (quasipublic officer) จะต้องส่งเอกสารไปยังบุคคลที่ปฏิเสธโดยเขาต้องเก็บคูปองแรกของเอกสารที่เขาส่งไว้ และต้องทำธรรมเนียมที่เหมาะสมด้วย Huissier แต่ละคนอาจจะมิเสมียนหนึ่งคนหรือมากกว่าก็ได้ ซึ่งพวกเขา ก็จะปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นหน้าที่โดยตรงของ Huissiers ได้แก่ Huissiers ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตของพวกเขา สำหรับการจัดการในสำนักงาน Huissiers ทั้งหลายอาจจะแบ่งกันจัดการหรือจัดการร่วมกันอย่างเป็นหุ้นส่วนก็ได้

2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศฝรั่งเศส การบังคับคดีทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศสนั้น อาจแบ่งประเภทของวิธีการออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

(1) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งอาจแบ่งแยกอธิบายได้เป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

ก. การบังคับคดีโดยให้ส่งมอบหรือโอนสิทธิในทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง การบังคับคดีโดยให้ส่งมอบหรือโอนสิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะเจาะจง (to give “de donner”) เป็นหนี้ที่ห้ามอบให้ที่โดยปกติมักไม่มีปัญหาในการบังคับ ในคดีเรื่องที่ดินหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งๆ เพียงแต่ทำสัญญาขายโอนกรรมสิทธิ์⁶⁰ เท่านั้น การแทรกแซงของศาลก็มักไม่จำเป็นต้องมีขึ้น เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงเป็นอย่างอื่น แต่ถ้าหากว่าจำเลยผู้ซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของแล้วภายหลังทำสัญญานั้นได้ปฏิเสธที่จะเลิกครอบครองที่ดินหรือทรัพย์สินภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น เขาก็อาจจะถูกไล่ให้ออกไปจากที่ดินหรือทรัพย์สินนั้นอาจจะถูกยึดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีที่เรียกว่า Huissier ได้

ถ้าเป็นกรณีที่สัญญากำหนดว่าการโอนกรรมสิทธิ์ต้องขึ้นอยู่กับการลงนามในเอกสารเพิ่มเติม และจำเลยได้ปฏิเสธที่จะลงนามในเอกสารนั้น โดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ศาลก็อาจจะพิพากษาให้คำพิพากษานั้นมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ได้ ส่วนถ้าเป็นกรณีของทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ที่ไม่แน่นอน (unascertained fungible goods) โจทก์ก็อาจจะซื้อสิ่งที่มีค่าเหมือนกันจากท้องตลาดแล้วบังคับเอาราคาจากจำเลยได้

ข. การบังคับคดีโดยให้กระทำการ หรือเว้นกระทำการ ถ้าจำเลยไม่ชำระหนี้ ด้วยการทำงาน โดยเฉพาะเจาะจงนั้น ศาลก็จะกำหนดให้โจทก์ได้รับงานชิ้นนั้นได้ด้วยค่าใช้จ่ายของจำเลย และในกรณีฉุกเฉิน โจทก์ก็อาจจะทำได้โดยที่ศาลไม่ให้อำนาจ ซึ่งเขาจะต้องแสดงให้เห็นว่างานนั้นได้ถูกปฏิบัติอย่างสิ้นเปลืองน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กรณีเป็นการที่ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากในการให้อำนาจต่อการชำระหนี้แทน เช่นนี้ โดยเฉพาะถ้าเป็นในกรณีที่ต้องอาศัยคุณสมบัติของบุคคลเป็นสำคัญ

ถ้าเป็นกรณีที่จำเลยได้สร้างสิ่งก่อสร้างที่มีข้อผูกพันอยู่ว่าจะไม่สร้าง เช่น ก่อสร้างกำแพงขึ้นไปปิดกั้นทางเดิมของแสง ศาลจะให้อำนาจโจทก์บังคับได้ โดยริ้อเคลื่อนย้ายออกไปโดยให้จำเลยใช้ค่าใช้จ่าย ซึ่งก็เป็นกรณีที่ศาลต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากไม่ว่าที่จะให้กระทำดังนั้น หรือที่จะให้ใช้ค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

นอกจากนี้ ศาลอาจสั่งให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในหลายสถานการณ์ เช่น เพื่อป้องกันชื่อทางการค้า เพื่อป้องกันการแทรกแซงสิทธิ เพื่อป้องกันการแทรกแซงการรับสารสื่อสารทางวิทยุของโจทก์ หรือสถานการณ์อื่นๆ ที่คล้ายกัน เป็นต้น

⁶⁰ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1138.

การบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะนี้ จะถูกจำกัดอยู่เพียงในกรณีที่หนี้เป็น การเฉพาะตัวของลูกหนี้เท่านั้น เช่น การวาดรูป หรือถ้าการชำระหนี้โดยเฉพาะ เจาะจงนั้นมี ลักษณะที่เป็นไปไม่ได้ หรือจะนำไปสู่ผลอันไม่บังควร ซึ่งตามกฎหมายแล้ว ศาลมีดุลยพินิจอย่างกว้าง ตามเหตุการณ์แห่งความยุติธรรม โดยในบางกรณี ประเพณีก็ได้ถูกนำมาพิจารณาด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีที่บุคคลกระทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทรัพย์สินเสียหาย ก็จะต้องบังคับเฉพาะค่าความเสียหายแต่ ไม่สามารถบังคับให้ปฏิสังขรณ์ทรัพย์สินนั้นได้

การบังคับคดีต่อทรัพย์สิน เป็นวิธีที่ใช้บังคับต่อทรัพย์สินใด ๆ ก็ตามที่อาจ จ้างนองได้ รวมถึงทั้งที่ดิน สิทธิในบ่อแร่ (mining rights) สิทธิในน้ำ (water rights) ทรัพย์สินที่ดิน (fixtures) และสิทธิต่างๆ ในที่ดิน เช่น สิทธิเก็บกิน (usufruit) เป็นต้น สำหรับการใช่วิธีนี้บังคับ จ้างนองก็อาจจะใช้บังคับโดยตรงต่อ โรงเรือนที่ติดจ้างนองได้ (mortgaged premises) ถึงแม้ว่าทรัพย์สิน นั้นจะไม่ได้อยู่ในครอบครองของผู้จ้างนองคนแรกก็ตาม และบุคคลภายนอกอาจเรียกร้องการ อาศัยที่ได้มาครั้งแรกต่อทรัพย์สินจ้างนองที่ยังคงเป็นของผู้จ้างนองอยู่

อย่างไรก็ดี ตามวิธีการบังคับคดีวิธีนี้ ลูกหนี้อาจขอการบังคับคดีได้ โดย การแสดงว่ามีรายได้จากค่าเช่าในทรัพย์สินนั้นในเวลา 1 ปี ที่มีจำนวนที่เพียงพอที่จะจ่ายหนี้หนี้ได้ และนอกจากนี้ บุคคลภายนอกที่เป็นจำเลยในกระบวนการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเพียง เจ้าของโรงเรือนที่ถูกจ้างนองโดยเจ้าของคนก่อน ก็อาจจะหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับนั้นได้ โดย การสละโรงเรือนนั้นให้แก่โจทก์ หรือโดยการจ่ายชำระหนี้หนี้และเข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องจาก โจทก์ หรือโดยการปล่อยไปตามกระบวนการที่เรียกว่า “purge” ที่เป็นการจ่ายชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ มีประกันอีกอย่างหนึ่ง

อนึ่ง เนื่องจากกระบวนการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์นี้ เป็นกระบวนการ ที่มีความยุ่งยากซับซ้อน จึงจำเป็นต้องมีการแทรกแซงของศาลในทุกคดี ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณา กระบวนการเช่นนี้ ก็คือศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ และในกรณีมีทรัพย์สินอยู่ใน หลายท้องที่ศาลที่มีเขตอำนาจย่อมแก่ศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่ที่สิ่งปลูกสร้างที่เป็นหลักส่วนใหญ่ ตั้งอยู่และนอกจากนี้ กระบวนการทั้งหมดก็จะต้องถูกกระทำโดยตลอดโดย an avoue อีกด้วย

(2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์

ก. การทำคำสั่งให้จ่าย ในการเริ่มต้นกระบวนการบังคับคดี เจ้าหนี้จะต้องส่ง คำสั่งให้จ่าย (commandement) ให้แก่ลูกหนี้ คำสั่งนั้นจะต้องประกอบไปด้วย การบรรยายลักษณะ ของทรัพย์สินที่จะถูกบังคับคดี ซึ่งโดยทั่วไปคำสั่งนี้ก็เหมือนกับคำสั่งให้จ่ายที่ใช้ในคดีที่บังคับต่อ อสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีข้อความระบุงการเลือกภูมิลาเนาไว้ด้วย ส่วนสำเนาคำสั่งนั้นจะต้องถูก บันทึกลงไว้ในทะเบียนของสำนักงานทะเบียนที่ดินสาธารณะ (the public land records office) ภายใน เวลา 90 วัน ของการส่งหนังสือ การบันทึกคำสั่งให้จ่ายนี้จะมีผลเหมือนกับการทำรายงานการยึด

ทรัพย์สิน (the process-verbal de saisie) ในการบังคับคดีต่อสังหาริมทรัพย์ที่ทรัพย์สินนั้นก็จะถูกกำหนดให้อยู่ในความอารักขาของศาล และหลังจากนั้น เจ้าของทรัพย์สินก็ไม่สามารถที่จะทำการยักย้ายใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นได้อีก แม้แต่การให้เช่า ซึ่งหากเกิดมีขึ้นก็จะไม่ผูกพันเจ้าหนี้ และยิ่งไปกว่านั้น เจ้าของทรัพย์สินก็ยังต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้นและอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาอีกด้วย ถ้าเขาได้กระทำความผิดทำให้ทรัพย์สินนั้นเสื่อมค่าลง และในกรณีที่เจ้าของยังคงครอบครองอยู่ในโรงเรือนนั้น ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาก็อาจจะสั่งให้เขาออกไปได้และหากมีรายได้ใดๆ เกิดขึ้นจากทรัพย์สินนั้นก็จะถูกพิจารณาเป็นทรัพย์สินที่จะต้องกันไว้สำหรับบังคับคดีให้แก่เจ้าหนี้คนอื่นอีกด้วย และนอกจากนี้ ในกรณีที่มียกยาค่าตั้ง ค่าตั้งที่ถูกส่งโดยเจ้าหนี้คนอื่นภายหลังค่าตั้งแรกก็จะไม่ต้องถูกบันทึกไว้อีก หากแต่เพียงถูกแสดงไว้ในขอบข้าง ๆ ของบันทึกของค่าตั้งแรกเท่านั้น

ข. การทำบัญชีสิทธิเรียกร้อง (The cahier des charges) ภายใน 40 วัน ของการบันทึกคำสั่งให้จำนองกล่าว คู่ความก็จะต้องเตรียมเอกสารที่เรียกว่า cahier des charges ที่ต้องระบุรายการต่างๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขของการขายทรัพย์สินรวมทั้งเวลาและสถานที่ที่จะทำการขาย การสุ่มราคาขั้นต่ำ ตลอดจนข้อความบรรยายลักษณะทรัพย์สินและหลักฐานของการบังคับคดีซึ่งไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาหรือตราสารที่เจ้าพนักงานรับรอง (notarial instrument) และการดำเนินการกระบวนการทั้งหมดตั้งแต่ต้นจนถึงวันนั้น เอกสารนี้ก็ต้องส่งไปรวมสำนวนไว้ที่สำนักงานของจำศาลด้วย หลังจากนั้น ภายในเวลา 8 วัน เจ้าของทรัพย์สินและผู้ถือสิทธิยึดหน้าวง (lienholders) ทั้งหมดที่ปรากฏอยู่ในทะเบียนที่ดินนั้น ก็จะถูกส่งหนังสือเชิญให้มาตรวจสอบเอกสาร cahiers des charges นั้น และแสดงข้อความคัดค้านใด ๆ ที่พวกเขามีอยู่ การยื่นข้อคัดค้านเช่นว่านั้น ก็มีตัวอย่างเช่น อ้างว่าการประมูลนั้นกำหนดราคาการประมูลขั้นต่ำเกินไป เป็นต้น ซึ่งเมื่อมีการรับฟังและพิจารณาข้อคัดค้านแล้ว ศาลก็อาจจะทำคำพิพากษาตั้งแก้ไข cahiers des charges นั้นได้ การคัดค้านเกี่ยวกับหลักฐานต่างๆ และความไม่ถูกต้องตามกฎหมายในการดำเนินการกระบวนการก็ต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าวกันในชั้นนี้ด้วยเช่นกัน

ค. การขายทรัพย์สิน หลังจากมีการโต้แย้งและเอกสาร cahiers des charges ได้ถูกแก้ไขแล้ว ก็จะต้องดำเนินการพิมพ์ประกาศขายขึ้น ในท้องที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ และประกาศนั้นก็จะต้องประกาศเป็นการทั่วไป ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าของการนั่งพิจารณาก็อาจจะสั่งให้ประกาศเพิ่มเติมหรือยอมให้ประกาศน้อยกว่านั้นก็ได้ การประกาศนั้นต้องกระทำขึ้นในเวลาระหว่างวันที่ 15 และ 30 ก่อนการขาย

การดำเนินการขาย ต้องกระทำในศาลที่มีองค์คณะผู้พิพากษารวม 3 คน ถ้ามีความไม่ถูกต้องตามกฎหมายเกิดขึ้นในกระบวนการ ก็จะต้องมีการยกข้อไม่ถูกต้องนั้นขึ้นว่ากล่าวก่อนเริ่มการประมูลราคา และถ้าข้อกล่าวอ้างนั้นไม่มีเหตุผล การขายก็จะต้องถูกเลื่อนออกไป ผู้เข้าสุ่มราคาที่มาปรากฏตัวจะต้องประมูลราคาต่อผู้ขายทอดตลาด ('an avone') และ 'avone' ก็จะไม่ยอม

ให้คู่ความใดที่ตกเป็นบุคคลล้มละลายเข้าสู่ราคา ถ้าไม่มีการเข้าสู่ราคา ทรัพย์สินนั้นก็จะตกได้แก่ (struck down) คู่ความที่ทำการบังคับคดีตามราคาประมูลขั้นต่ำที่ระบุไว้ในเอกสาร cahier des charges นั้น แต่ถ้ามีการสู่ราคาทรัพย์สินนั้นก็จะตกได้แก่ผู้ที่สู่ราคาสูงสุด ในระหว่างการสู่ราคาผู้ขายทอดตลาด (an avone) ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยหลักวิธีการของเขา แต่ต้องกระทำเมื่อมีการสู่ราคาสำเร็จ ภายใน 3 วัน จากนั้นผู้สู่ราคาได้จะต้องจ่ายราคาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามที่ได้ประกาศไว้ ก่อนเริ่มการประมูลด้วยอย่างไรก็ดี บุคคลใดที่ได้เข้าสู่ราคาอาจจะเรียกร้องให้มีการขายครั้งที่สองได้ โดยการเสนอที่จะให้ราคาเกินกว่าราคาที่ขายได้ในการขายครั้งแรกอย่างน้อย 10 เปอร์เซ็นต์ ถ้า การสู่ราคาในครั้งที่สองนั้นไม่ได้ราคาที่สูงกว่าเดิม

หลังจากสรุปผลของการประมูลทั้งหมดแล้ว ศาลก็จะทำคำพิพากษาว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ประมูลได้ โดยต้องมีการแสดงสิทธินั้นลงไว้ในสำเนาคำพิพากษาและใน รายงาน cahier des charges ด้วย ตามแบบแห่งการบังคับคดี ซึ่งทำให้ผู้ประมูลนั้นมีสิทธิที่จะไล่ เจ้าของคนก่อนออกไปได้ ถ้าหากจำเป็นด้วยความช่วยเหลือของ huissier และในทางกลับกัน คำพิพากษานี้ก็เป็นการให้อำนาจแก่บุคคลที่เป็นผู้เรียกร้องให้มีการขายบังคับคดีต่อผู้ประมูลได้ ถ้าหากว่าผู้ประมูลนั้นไม่ชำระราคา อย่างไม่ดี ถ้าไม่มีการจ่ายราคาขาย การขายก็ต้องทำขึ้นใหม่ และทรัพย์สินก็จะตกได้แก่ผู้ประมูลคนอื่น ส่วนคำพิพากษาที่สั่งโอนสิทธินั้นก็จะถูกบันทึกไว้ที่ สำนักงานทะเบียนที่ดินซึ่งจะทำให้มีผลต่อบุคคลภายนอก และนอกจากนั้นถ้าผู้ประมูลได้ไม่บันทึก ไว้ในทะเบียนภายใน 2 เดือน ทรัพย์สินนั้นก็อาจจะถูกขายทอดตลาดได้อีก

ง. สิทธิของผู้ซื้อจากการขายทอดตลาด โดยทั่วไปผู้ที่ได้สิทธิมาโดยการซื้อจะ ไม่มีสิทธิดีไปกว่าเจ้าของเดิมและสิทธิที่เป็นข้อบกพร่อง ลิดรอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิมและ สิทธิภาระจำยอมทั้งหมด และข้อจำกัดสิทธิต่าง ๆ ที่คล้ายกัน ก็ยังคงมีอยู่ต่อผู้ซื้อ เช่นเดิม แต่ถ้า เป็นการขายทอดตลาดที่มีคำพิพากษาโอนสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ผู้ประมูลได้ ก็จะมีผลเป็นการ ยกเลิกการจำนองต่างๆ ทั้งหมดนั้นไปทีเดียวโดยผู้รับจำนองก็ยังคงมีสิทธิเฉพาะในการแบ่งราคา จากการซื้อขายนั้นเท่านั้น ส่วนเจ้าของคนก่อน ก็ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อ ถ้าผู้ซื้อนั้นถูกขับไล่โดย บุคคลภายนอก หลังจากที่ผู้ซื้อได้ชำระราคาให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว โดยต้องชำระกลับคืนตามหลักการ คำวินิจฉัยในเรื่องลามิกวารได้ (Cunjust enrichment)

จ. การเปลี่ยนแปลงจากการขายในการบังคับคดี เป็นการขายโดยสมัครใจ เป็น วิธีการผ่อนปรนอย่างหนึ่ง ที่อาจเกิดขึ้นในเวลาใดๆ หลังจากที่มีการทำบันทึกคำสั่งให้จ่าย (commandement) โดยเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดอาจจะร้องขอให้การขายที่ถูกบังคับให้ขายในศาล นั้นเปลี่ยนแปลงมาเป็นการขายโดยความสมัครใจ ซึ่งถ้าคู่ความทุกฝ่ายตกลงเขาก็จะยินยอมให้ รวบรวมคำร้องยื่นให้ต่อหัวหน้าผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีนั้น (tribunal de grande instance) ผู้ซึ่งจะทำคำสั่งให้ดำเนินการพิสูจน์พิจารณาข้อเสนอแนะและพิจารณาตั้งรูปแบบการขายและแต่งตั้ง

ผู้พิพากษานายเดี่ยวหรือเจ้าพนักงานผู้ชำนาญการ (notaire) มากกว่า 1 คน เป็นผู้ดำเนินการขาย แต่การขายทรัพย์สินนั้นก็ต้องยังคงขายโดยวิธีการขายทอดตลาดเนื่องจาก notaries นั้น เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องธุรกิจที่ดินที่อาจทำให้ได้ราคาสูงกว่าการขายโดยศาลหนึ่ง ถ้าไม่มีความยินยอมในระหว่างคู่ความ เจ้าของทรัพย์สิน ก็ต้องยื่นคำร้องขอเปลี่ยนแปลงนี้ต่อศาลก่อน และเรียกร้องการเปลี่ยนแปลงในกรณีนี้ศาลอาจจะไม่แต่งตั้ง notary เพื่อดำเนินการขายก็ได้ แต่จะต้องแต่งตั้งผู้พิพากษาคนหนึ่ง ซึ่งแม้ว่าจะน้อยกว่ารูปแบบแห่งการขายแบบเต็มก็ตาม

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีหลักประกันที่เป็นกิจการ

ในบทที่ 4 จะเป็นการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีหลักประกันที่เป็นกิจการดังจะได้พิจารณาโดยลำดับ

4.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสิทธิเหนือหลักประกันที่เป็นกิจการ

โดยที่กฎหมายไทยมิได้บัญญัติให้ลูกหนี้สามารถนำเอากิจการที่เป็นลูกหนี้ใช้เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ได้ ทั้งนี้ เจ้าหนี้จึงมักอาศัยช่องทางของกฎหมายเท่าที่สามารถกระทำ ได้ภายใต้กฎหมายของไทยนำเอาทรัพย์สินและสิทธิเรียกร้องต่างๆ ของกิจการไม่ว่าจะเป็น สหกรณ์ทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ สิทธิต่างๆของกิจการใช้เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ กล่าวคือ

4.1.1 การสร้างสิทธิเหนือหลักประกันภายใต้กฎหมายไทย

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นได้ว่าการสร้างหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินสามารถทำได้โดยวิธีการจำนองและการจำนำ ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่จะจำนองได้คือ

1) อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวร ทรัพย์สินอันประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน และทรัพย์สินที่ติดอยู่กับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย

2) สหกรณ์ทรัพย์ สหกรณ์ทรัพย์ที่จะจำนองได้นั้นต้องเป็นสหกรณ์ทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมายและเฉพาะสหกรณ์ทรัพย์ดังต่อไปนี้เท่านั้น คือ (1) เรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป (2) แพ (3) สัตว์พาหนะ(4) สหกรณ์ทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ (มาตรา 703)

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการจำนองซึ่งเป็นการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสหกรณ์ทรัพย์บางประเภทเท่านั้นซึ่งไม่รวมไปถึงทรัพย์สินที่เป็นกิจการทั้งหมด จึงเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของการจำนอง

ในกรณีของการจำนำนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 747-749 ทั้งนี้ การจำนำจะใช้กับหลักประกันที่เป็นสหกรณ์ทรัพย์เป็นหลักรวมไปถึงสิทธิในตราสาร โดยการจำนำนั้นเป็นรูปแบบของหลักประกันที่ให้ประโยชน์ และความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ ดังนี้

(1) การจำนำนั้นเป็นหลักประกันตามความหมายในตัวเองอยู่แล้ว จึงมีผลบังคับในทางกฎหมายที่ชัดเจนที่สุดในเรื่องของการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ เพราะมีกฎหมายรองรับสิทธิของเจ้าหนี้ จำนำทั้งในคดีแพ่ง และคดีล้มละลาย

(2) ไม่มีความยุ่งยากในการทำสัญญา เพราะการจำนำสามารถกระทำได้ตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องจำนำ โดยมีต้องมีการจัดทำสัญญา หรือหลักฐานเป็นหนังสือก็มีผลเป็นการจำนำตามกฎหมายโดยสมบูรณ์

(3) เป็นหลักประกันได้ทั้งนี้ที่มีอยู่แล้ว ในขณะที่ทำสัญญาและหนี้ในอนาคต และมีผลครอบครองไปถึงค่าอุปกรณ์แห่งหนี้ทั้งหลาย เช่น ดอกเบี้ย และค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ด้วย

แม้ว่าการจำนำจะให้ประโยชน์และความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ตามกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่มิใช่สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทจะสามารถนำมาจำนำได้ เพราะการจำนำนั้นยังมีข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ การจำนำ มุ่งถึงการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ เป็นสาระสำคัญ ซึ่งจะก่อให้เกิดสิทธิจำนำตามกฎหมาย หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ แม้จะมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงให้สิทธิใดๆ แก่เจ้าหนี้ ก็ไม่ถือว่าเป็นการจำนำ เพราะสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้จะเกิดขึ้นได้โดยการครอบครอง และยึดถือเพื่อเป็นหลักประกันเท่านั้น

4.1.2 ปัญหาการสร้างสิทธิเหนือกิจการของลูกหนี้

โดยที่การสร้างสิทธิเหนือกิจการของลูกหนี้สามารถทำได้โดยการจำนำและจำนอง ซึ่งมีข้อจำกัดในแง่ของประเภทของทรัพย์สิน กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินรวมทั้งสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนจำนองได้ตามกฎหมายในกรณีของการจำนอง ส่วนการจำนำจะใช้กับหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์เป็นหลักกรรมไปถึงสิทธิในตราสารเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม มีความจำเป็นต้องนำเอาทรัพย์สินที่มีค่าของกิจการมาใช้เป็นหลักประกันที่มีค่าเหนือกิจการ กล่าวคือ

1) ทรัพย์สินทางปัญญาของกิจการ

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย โดยเป็นสิทธิประเภทหนึ่งในสิทธิทางทรัพย์สินอันเป็นสิทธิของเอกชนโดยพิจารณาจากวัตถุแห่งสิทธิ ซึ่งแบ่งได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ สิทธิทางนี้ ทรัพย์สิน สิทธิเสมือนทรัพย์สิน และสิทธิในสิ่งที่ไม่รูปร่าง คือ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจัดเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามความหมายของคำว่าทรัพย์สิน ตามมาตรา 138 ซึ่งกำหนดให้ ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ซึ่งสิ่งที่ไม่รูปร่างแต่มีราคาและอาจถือเอาได้ หมายถึงสิ่งที่มองไม่เห็นด้วยตา จับต้องสัมผัสไม่ได้ มีคุณค่าในตัวของสิ่งนั้น คุณค่าเพื่อประโยชน์ใช้สอยทางเศรษฐกิจหรือประโยชน์ทางจิตใจ ส่วนความหมายของ

คำว่าอาจถือเอาได้ หมายถึงอาการเข้าหากันไว้เพื่อตนเอง ซึ่งไม่จำเป็นเข้ายึดถือครอบครองไว้จริงจึง ทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้

ในต่างประเทศ เช่น ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ได้รับรองการนำสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้แก่ สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร เป็นต้น เนื่องจากสิทธิเหล่านี้ มีค่าในทางเศรษฐกิจ (Economic value) แต่ยังไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจำนองและจำนำเนื่องจากเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างประกอบกับในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเองไม่ว่าจะเป็นเรื่องของลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า ก็มีได้บัญญัติในเรื่องของการนำสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันแต่อย่างใด

ประเทศสหรัฐอเมริกา ใน U.C.C. ได้ให้คำจำกัดความของหลักประกันประเภททรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไปซึ่งมาตรา 9-106 ได้ให้คำจำกัดความทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป หมายถึง สิ่งหามทรัพย์สินใดๆ นอกเหนือจากสินค้า บัญชี Chattel Paper เอกสาร ตราสาร และเงิน โดยความเห็นของนักวิชาการ (Official Comment) ได้อธิบายเพิ่มเติมถึงขอบเขตของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทั่วไปว่าหมายความรวมถึงสิทธิตามสัญญาและสิ่งหามทรัพย์สิน (Personal Property) ซึ่งได้ใช้หรือกลายเป็นประเพณีปฏิบัติที่จะใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจดังตัวอย่างได้แก่ GOODWILL ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งศาลในคดี Topsy's Shoppes, Inc ได้วินิจฉัยคำจำกัดความของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างให้รวมถึงเครื่องหมายการค้าด้วยเช่นกัน นอกจากสัญญาประกันการชำระหนี้ต้องระบุนการจำแนกเครื่องหมายการค้าให้เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไปแล้ว คู่สัญญาจะต้องระบุนรายละเอียดที่สำคัญอื่นๆ ของเครื่องหมายการค้าที่จะให้เป็นหลักประกัน อาทิ ทะเบียนเครื่องหมายการค้า ภาระผูกพันที่เกี่ยวข้องในเครื่องหมายนั้นๆ และอายุการคุ้มครองที่เหลือของเครื่องหมายการค้าซึ่งเจ้าหน้าที่ควรจะต้องตรวจสอบรายละเอียดต่างๆ จากบันทึกของจากสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า

เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การใช้ประโยชน์ในสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะที่เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายจึงควรกระทำได้เช่นกัน ซึ่งการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินประการหนึ่งที่ยังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ตามบรรพ 3 เอกเทศสัญญา การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันโดยเป็นหลักประกันด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายหลักประกันด้วยทรัพย์สิน อันได้แก่ จำนอง อันมีสาระสำคัญที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง เจ้าของหลักประกันสามารถใช้สอยหลักประกันได้ตามปกติ โดยกำหนดประเภททรัพย์สินที่จำนองได้ คือ อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์พิเศษ และจำนำ อันมีสาระสำคัญเป็นการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีทั้งที่เป็นการได้มาซึ่งสิทธิโดยอัตโนมัติและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ ลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานี้จะไม่มีเอกสารแสดงสิทธิใดๆ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการจดทะเบียนสิทธิ อาทิ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว เอกสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเอกสารที่รับรองว่าผู้มีชื่อในเอกสารเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและมีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด เอกสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ถือว่าเป็นเอกสารที่มีสิทธิเรียกร้องเนื่องจากเอกสารแสดงสิทธิดังกล่าวไม่มีลูกหนี้แห่งเอกสาร การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันจะกระทำได้ตามกฎหมายลักษณะจำนองและจำนำเพราะว่าเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งได้หรือไม่ โดยจะศึกษาในรายละเอียดต่อไป และนอกจากกฎหมายหลักประกันทั้ง 2 ลักษณะ วิธีการในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันนี้อาจจะกระทำได้โดยวิธีการดังต่อไปนี้

(1) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันหนึ่งในลักษณะจำนำ

ตามที่มาตรา 747 ลักษณะจำนำได้ให้ความหมายของ จำนำ ไว้ว่า “อันจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้” ทรัพย์สินที่จะเป็นหลักประกันได้ตามสัญญาจำนำ จึงจะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ อันหมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วยมาตรา 140 เนื่องจากสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะสามารถเคลื่อนที่ได้ และสามารถส่งมอบการครอบครองได้ การจำนำจึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย

เนื่องจากมีทรัพย์สินบางประเภทที่ใช้เอกสารแสดงสิทธิ หรือ เอกสารแทนตัวทรัพย์สิน และประกอบกับสังหาริมทรัพย์รวมความถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ตราสารแสดงสิทธิจะแสดงว่ามีสิทธิเรียกร้องตามตราสารนั้นด้วย การนำสิทธิประเภทนี้มาเป็นหลักประกันสามารถกระทำได้ด้วยวิธีการจำนำในวิธีการจำนำสิทธิซึ่งมีกำหนดไว้โดยเฉพาะ สิทธิที่จะจำนำได้ตามวิธีการนี้จึงต้องเป็นสิทธิที่มีตราสาร เมื่อพิจารณาตามมาตรา 754 สิทธิที่มีตราสาร หมายถึงตราสารที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ หรือสิทธิซึ่งมีเอกสารแสดงถึงสิทธิที่สร้างขึ้นตามแบบพิธีในกฎหมาย และเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 751 และมาตรา 752 สิทธิที่มีตราสาร จะต้องมีลูกหนี้แห่งตราสารที่จะต้องส่งมอบวัตถุแห่งสิทธิให้แก่เจ้าของตราสาร ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สิน หรือ ผู้ใช้เงินตามตราสาร โดยจะต้องเป็นตราสารที่โอนกันได้ด้วยวิธีการของตราสารนั้น ดังนั้น ตราสารที่จะจำนำได้ตามบทบัญญัติจึงเป็นสิทธิที่กฎหมายได้กำหนดแบบไว้แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ตั๋วเงิน เช็ค พันธบัตร ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ ใบฝากของใบคลังสินค้า ใบตราส่ง กรมธรรม์ ประกันภัย ประกันชีวิต หรือตราสารอย่างอื่นที่มีสิทธิเรียกร้องและจัดทำขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมาย

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีทั้งที่เป็นสิทธิที่มีเอกสารรับรองสิทธิและที่ไม่มีเอกสารรับรองสิทธิ พิจารณาในเบื้องต้นนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีเอกสารรับรองสิทธิ ไม่สามารถใช้เป็นหลักประกันด้วยวิธีจํานำได้ เนื่องจากไม่อาจส่งมอบการครอบครองได้และไม่มีเอกสารใดๆ ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีเอกสารรับรองสิทธิ แม้ไม่อาจส่งมอบการครอบครองได้แต่ในเบื้องต้นนี้อาจใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันด้วยวิธีการจํานำสิทธิ แต่ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาว่าเอกสารรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะที่แห่งตราสารที่จะต้องส่งมอบวัตถุแห่งสิทธิให้แก่เจ้าของตราสารตามคำจำกัดความของตราสารแสดงสิทธิหรือไม่ ซึ่งตราสารแสดงสิทธิแห่งทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวหาได้มีลักษณะที่แห่งตราสารหรือสิทธิเรียกร้องใดดังเช่นลักษณะของตราสารที่จํานำได้ดังที่ศึกษามาแล้ว วิธีในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็น ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า หรือสิทธิบัตร มีเอกสารรับรองสิทธิหรือไม่มีเอกสารรับรองสิทธิ ก็ตามเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมาให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของ และเพื่อป้องกันมิให้เจ้าของสิทธิถูกละเมิดสิทธิ ตราสารรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงความเป็นเจ้าของสิทธิ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันด้วยวิธีการจํานำสิทธิตามบทบัญญัตินี้ได้

(2) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันในลักษณะจํานอง

เนื่องจากทรัพย์สินที่จํานองได้ ในสัญญาจํานอง ตามมาตรา 703 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบด้วยอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 139 คือ ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย และหมายรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย ทรัพย์สินที่จํานองได้ตามบทบัญญัตินี้จะจํานองได้เฉพาะสิทธิที่สามารถโอนได้เท่านั้น เนื่องจากผลการจํานอง ทรัพย์สินจํานองอาจถูกนำออกขายทอดตลาดหรือเอาทรัพย์สินจํานองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ได้ ทรัพย์สินเหล่านี้ อาทิ สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน และทรัพย์สินที่จํานองได้อีกประเภทคืออสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ (1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป (2) แพง (3) สัตว์พาหนะ หรือ (4) อสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะกาลได้ อสังหาริมทรัพย์ที่จะจํานองได้จึงต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนและได้จดทะเบียนแล้วตามกฎหมาย อาทิ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 การจํานองเครื่องจักร และพระราชบัญญัติการจํานองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 ส่วนทรัพย์สินอื่นๆ นอกจากข้างต้นนั้นแม้ว่าจะมีทะเบียน เช่น รถยนต์ แต่ทะเบียนเหล่านั้นไม่ใช่ลักษณะทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์โดยตรง

ตามมาตรา 138 กำหนดว่า ทรัพย์สิน หมายความว่า ความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง

ที่ไม่มีรูปร่าง มีราคา และอาจถือเอาได้ตามมาตรา¹ และเมื่อพิจารณาว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นทรัพย์สินลักษณะใดแล้ว ตามมาตรา 139 กำหนดว่า อสังหาริมทรัพย์ คือ ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดิน มีลักษณะการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีรูปร่างจึงไม่เข้าลักษณะของสังหาริมทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนดค้ำนิยามไว้ข้างต้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงอาจจัดอยู่ในประเภททรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์และรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย ตามมาตรา 140¹

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาบางประการที่มีทะเบียนและได้จดทะเบียนแล้ว ตามกฎหมาย อาทิ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ไม่ใช่ประเภทสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายระบุไว้ชัดเจนตาม (1)-(3) แต่ใน (4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะกาล สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้ง 2 ประเภทไม่อาจจัดอยู่ใน (4) นี้ได้ เนื่องจากทะเบียนของทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่ลักษณะทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์โดยตรง เป็นทะเบียนที่มีไว้เพื่อแสดงให้เห็นปรากฏต่อบุคคลภายนอกถึงความคุ้มครองที่ตนได้รับตลอดจนสิทธิในฐานะที่ตนเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมาย และห้ามมิให้บุคคลภายนอกล่วงละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้ง 2 ประเภท จึงไม่อาจจำนองได้เช่นเดียวกัน

(3) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันโดยการโอนสิทธิ

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับ บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิในการ โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Assignment) และการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (License) การนำหลักกำหนดเรื่องการโอนสิทธิ เรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการเป็นหลักประกันนี้ต่อเจ้าหนี้ น่าจะสามารถกระทำได้ เช่น การโอนสิทธิเรียกร้องในการได้รับค่าตอบแทนในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License) ในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้

การโอนสิทธิเรียกร้อง ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ลักษณะ 1 หมวด 4 คือ นิติกรรมสัญญาที่ผู้โอน หรือเจ้าหนี้เดิม แสดงเจตนากระทำการโอนความเป็นเจ้าหนี้หรือสิทธิเรียกร้องของตนที่มีเหนือลูกหนี้ให้แก่ผู้รับโอน เป็นผลให้ผู้รับโอน กลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ในหนี้เดิม โดยเป็นเจ้าหนี้แทนเจ้าหนี้คนเดิม สิทธิและหน้าที่ใดๆ ที่เจ้าหนี้เดิมมีอยู่ต่อลูกหนี้ก็ตกไปยังผู้รับโอนด้วย การโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่าย คือ ผู้โอนที่เป็นเจ้าหนี้เดิม ผู้รับโอนซึ่งกลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ และลูกหนี้ ดังนั้น สิทธิ

¹ มานะ พิทยาภรณ์. (2532). คำอธิบายพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5. หน้า 161.

เรียกร้องที่สามารถโอนได้ จะต้องเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ในหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตน²

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิ หรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมาย "รับรอง" ว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมาย "คุ้มครอง" คือ กฎหมายคุ้มครองมิให้บุคคลอื่นละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้ไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางทรัพย์สินประเภทหนึ่งในลักษณะของสิทธิทางทรัพย์สินซึ่งแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ สิทธิทางนี้ ทรัพย์สินอันประกอบด้วยกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินและทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินอาศัยของผู้อื่น อาทิเช่น ภาระจำยอม สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน จำนอง จำน่า และสิทธิเหมือนทรัพย์สิน อาทิเช่น สิทธิในสัมปทาน บางอย่าง และสิทธิในสิ่งที่ไม่มีการรูปร่าง คือ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ผู้เป็นเจ้าของสิทธิเรียกร้องเหนือบุคคลอื่นใด มีเพียงสิทธิในการหวงห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำการที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิและแสดงสิทธิในความเป็นเจ้าของเพื่อป้องกันผู้อื่นละเมิดสิทธิของตน ดังลักษณะของสิทธิตามกฎหมาย

การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันหนี้ โดยการโอนสิทธิเรียกร้องจึงไม่สามารถกระทำได้ตามหลักกฎหมายเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง เนื่องจากสิทธิเรียกร้องที่จะโอนสิทธิได้เป็นสิทธิเรียกร้องทางหนี้ที่มีลูกหนี้แห่งสิทธิ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิเรียกร้องทางหนี้ แต่เป็นสิทธิในทรัพย์สินอีกประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้หาประโยชน์ และการแสดงสิทธิในความเป็นเจ้าของเพื่อป้องกันผู้อื่นละเมิดสิทธิของตน

การหาประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประการหนึ่งของเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คือ สัญญาการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ (License Agreement) ของตน โดยเจ้าของสิทธิจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทน และผู้ได้รับอนุญาตสามารถใช้สิทธิตามที่ตกลงได้ โดยไม่เป็นการละเมิดสิทธิ โดยมีการตกลงให้ค่าตอบแทนสิทธิ (Royalty fee) แก่เจ้าของสิทธิตามที่คู่สัญญาตกลงกันเป็นผลประโยชน์ตอบแทน เจ้าของสิทธิหรือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensor) ในฐานะเจ้าหนี้ในหนี้ค่าตอบแทนสิทธิ จึงมีสิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนการใช้สิทธิเหนือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) เจ้าของสิทธิในฐานะเจ้าหนี้สามารถโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าตอบแทนตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทน และแม้ว่าสัญญา

² จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย คาราวร ธีระวัฒน์. (2538). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 9. หน้า 143.

อนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งไม่น่าที่จะโอนสิทธิเรียกร้องได้ เนื่องจาก คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระต่อกัน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่โดยฐานะของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการชำระหนี้สามารถแยกกันได้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือเจ้าของสิทธิมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ในการเรียกให้ผู้รับอนุญาตชำระค่าตอบแทนการใช้สิทธิและในฐานะเป็นลูกหนี้ในการอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิของตนได้โดยไม่ละเมิดสิทธิตามกฎหมาย การได้รับชำระค่าตอบแทนการใช้สิทธิและการอนุญาตให้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิของตนได้โดยไม่ละเมิดสิทธิตามกฎหมายเป็นการกระทำการชำระหนี้คนละอันกัน ซึ่งตามมาตรา 369 สัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่มิให้ใช้บังคับถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระ หนี้ในการเรียกให้ชำระค่าตอบแทนตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงแยกกันกับหนี้ในการอนุญาตให้บุคคลภายนอกใช้สิทธิ สิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนการใช้สิทธิจึงสามารถโอนได้ ส่วนหน้าที่ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิยังอยู่กับผู้โอนที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

การโอนสิทธิเรียกร้อง กฎหมายได้กำหนดแบบการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ตามมาตรา 306 โดยในกรณีที่หนี้ที่จะโอนนั้นเป็นหนี้อันพึงจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง การโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอนว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว การลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียว เพียงพอให้การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลสมบูรณ์ แต่หากไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด การโอนหนี้ดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ผลแห่งการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ สิทธิเรียกร้องได้โอนจากเจ้าหนี้เก่าไปยังเจ้าหนี้ใหม่ตามมาตรา 305 รวมทั้งสิทธิอุปกรณ์ อาทิ สิทธิจ้างหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้อง สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันยอมโอนให้แก่ผู้รับโอนด้วย และผู้รับโอนจะใช้บูรณสิทธิใดๆ ที่ตนมีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในกรณียึดทรัพย์หรือล้มละลายนั่นก็ได้ การโอนสิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนการใช้สิทธิเพื่อเป็นหลักประกันหนี้จึงต้องปฏิบัติตามแบบการโอนสิทธิเรียกร้องด้วยเช่นกัน

การนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ในการโอนสิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนการใช้สิทธิของผู้โอนหรือเจ้าของสิทธิที่มีเหนือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้จึงสามารถกระทำได้ โดยทำเป็นหนังสือสัญญาการโอนสิทธิในค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ระหว่างเจ้าหนี้ในสิทธิเรียกร้องในฐานะผู้โอนหรือผู้ให้หลักประกันกับเจ้าหนี้ผู้รับโอนในฐานะผู้รับหลักประกัน โดยระบุให้มีการ

³ แหล่งเดิม. หน้า 143-147.

โอนสิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับโอน โดยจะลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย หรือลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็ได้ แต่ทั้งนี้เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ เป็นการโอนเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามสัญญาประจํา หากลูกหนี้ตามสัญญาประจํายังไม่เกิดการผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังไม่สามารถกระทำการใดๆ ต่อหลักประกันได้ สัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันจะยังไม่มีการโอนสิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนให้แก่ผู้รับโอน คือ สิทธิในการได้รับค่าตอบแทนยังเป็นของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือผู้รับโอนเช่นเดิม จนกว่าลูกหนี้จะไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ และเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้จากสัญญาโอนสิทธิเป็นหลักประกันนี้ และผลของการโอนสิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หากลูกหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิยินยอมให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือ คือ ลูกหนี้ไม่ได้แสดงข้อโต้แย้ง ลูกหนี้ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนหรือเจ้าหนี้เดิมต่อผู้รับโอนหรือเจ้าหนี้ใหม่ แต่ในกรณีลูกหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหากลูกหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิยินยอมให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือ คือ ลูกหนี้ไม่ได้แสดงข้อโต้แย้ง ลูกหนี้ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนหรือเจ้าหนี้เดิมต่อผู้รับโอนหรือเจ้าหนี้ใหม่ แต่ในกรณีลูกหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงได้รับคำบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือ ลูกหนี้มีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ทุกอย่างที่มีต่อผู้โอนหรือเจ้าหนี้เดิมมาใช้ต่อสู้เจ้าหนี้ใหม่ สัญญาการโอนสิทธิค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ จึงต้องบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องในค่าตอบแทนเป็นหลักประกันหนี้หรือได้รับความยินยอมจากลูกหนี้

ข้อสัญญาในสัญญาโอนสิทธิค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้ควรต้องกำหนดรายละเอียดก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ และเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในการได้รับชำระหนี้คืน โดยการบังคับจากหลักประกันเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ โดยทั่วไป ส่วนใหญ่ลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะกำหนดให้ชำระค่าตอบแทนเป็นรายเดือนหรือรายงวดตามที่ตกลงกัน ซึ่งหากกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ตามสัญญาประจําแตกต่างจากสัญญาหลักประกันมาก อาทิ จำนวนหนี้ประจํา 100,000 บาท ดอกเบี้ย ร้อยละ 10 ต่อปี ระยะเวลาสัญญา 15 เดือน กำหนดการชำระหนี้เป็นรายงวดทุก 3 เดือน จำนวนเงินต้นต่องวด 20,000 บาท เป็นหลักประกันการชำระหนี้ นั้น กำหนดการชำระหนี้เป็นรายเดือน ระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ 15 เดือน ชำระค่าตอบแทนเดือนละ 8,000 บาท หากลูกหนี้ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ในหนี้ประจํา เจ้าหนี้ยังไม่มียกข้อบังคับตามสัญญาหลักประกัน แต่เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ในหนี้ประจํา โดยเฉพาะในงวดที่ 4 หรือ เดือนที่ 12 ซึ่งมีจำนวนเงินต้นคงค้างอีก 40,000 บาท บวกกับดอกเบี้ยต่างหาก โดยสัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหลักประกันกำหนดให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่เจ้าหนี้ทันทีในกรณีที่ลูกหนี้

ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ และเจ้าหนี้ประสงค์ที่จะบังคับชำระหนี้จากหลักประกันตามสัญญา แต่สิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักประกันคงเหลือเป็นจำนวนเงิน 32,000 บาท ซึ่งไม่คุ้มจำนวนหนี้และดอกเบี้ย เงื่อนไขข้อสัญญาต่าง ๆ เจ้าหนี้และลูกหนี้จึงต้องพิจารณาอย่างระมัดระวัง ซึ่งเจ้าหนี้อาจระบุข้อสัญญาให้ลูกหนี้ยังต้องชำระหนี้ส่วนที่เหลือแก่เจ้าหนี้จนเต็มจำนวนหนี้ก็ได้ เนื่องจากเป็นการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอันดี

การบังคับชำระหนี้จากสัญญาโอนสิทธิค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลักประกันหนี้สามารถบังคับได้โดยบังคับตามข้อสัญญา อาทิ ข้อสัญญากำหนดให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่เจ้าหนี้ทันทีในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งโดยผลแห่งการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 305 วรรคสอง ผู้รับโอนจะใช้บูรณสิทธิที่ดินเมื่ออยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในกรณีบังคับยึดทรัพย์หรือล้มละลายก็ได้ หรือจะร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ตามหนี้ในสัญญาประธาน

(4) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันโดยหลักนิติกรรมสัญญา

การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันหนี้โดยหลักนิติกรรมสัญญา เป็นการนำหลักการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาไปใช้ในการก่อให้เกิดหลักประกันโดยสัญญาอีกรูปแบบหนึ่งนอกเหนือจากที่กฎหมายหลักประกันกำหนดไว้ในบรรพ 3 คือ การค้ำประกัน จำน่า และจำนอง และนำหลักการโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Assignment) ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับกำหนดไว้มาใช้ โดยกลุ่มสัญญาแสดงเจตนาด้วยวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นในลักษณะการเป็นหลักประกันการชำระหนี้ การบังคับชำระหนี้อาจกระทำได้ทั้งทางสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกันการบังคับตามสัญญาหนี้ประธาน ลักษณะของการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาในการก่อให้เกิดหลักประกันในสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อาจแสดงเจตนาตกลงกันโดยใช้เงื่อนไขสัญญาตาม บรรพ 1 ลักษณะ 4 หมวด 4 เงื่อนไขและเงื่อนไขเวลา ตามมาตรา 182 ซึ่งกำหนดว่า ข้อความใดอันบังคับให้นิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นผลต่อเมื่อมีเหตุการณ์อันไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ในอนาคต ข้อความนั้นเรียกว่าเงื่อนไข การสร้างสัญญาการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันหนี้โดยนำหลักเงื่อนไขสามารถสร้างรูปแบบสัญญาได้ 2 วิธีการ ดังนี้

ก. โดยการแสดงเจตนาทำเป็นสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Assignment) ที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 183 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้นิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับก่อน นิติกรรมนั้นย่อมเป็นผล ต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว การใช้รูปแบบนี้ คือ กลุ่มสัญญาแสดงเจตนาตกลงทำสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดให้สัญญามีเงื่อนไขบังคับก่อนว่าสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นผลต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือลูกหนี้ที่นั้นผิดนัดชำระหนี้ในสัญญาหนี้ประธาน หากคู่สัญญาหรือลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ในสัญญาหนี้ประธาน สัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีผลใช้

ในทันที ซึ่งในระหว่างที่เงื่อนไขบังคับก่อนยังไม่มีผลบังคับหรือยังไม่เกิดการผิคนัดชำระหนี้เกิดขึ้น คู่สัญญาหรือลูกหนี้ยังคงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินทางปัญญานั้นต่อไปและสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาได้เช่นเดิม

ข. โดยจัดทำเป็นสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Assignment) ที่มีเงื่อนไขบังคับหลังตามมาตรา 183 วรรคสองตามประมวลกฎหมายข้างต้น ซึ่งกำหนดว่า นิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับหลัง นิติกรรมนั้นย่อมมีผลในเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว การใช้รูปแบบนี้คือ คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงทำสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดให้สัญญามีเงื่อนไขบังคับหลังว่า ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ครบถ้วนต้องตามความประสงค์ของเจ้าหนี้แล้ว ให้สัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีผลและบังคับให้คู่สัญญา ผู้รับโอนต้องโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นโอนกลับมาเป็นของลูกหนี้ตามเดิม การทำสัญญาโอนสิทธิที่มีเงื่อนไขบังคับหลังลักษณะนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะโอนให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้หรือผู้เป็นเจ้าของสิทธิเดิมจะไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทางปัญญานั้นเลย ซึ่งในระหว่างที่เงื่อนไขบังคับหลังยังไม่มีผลบังคับ เจ้าหนี้จะต้องทำสัญญากับลูกหนี้หรือเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอีกฉบับเพื่ออนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่อไป โดยมีกำหนดระยะเวลาอนุญาตให้ใช้สิทธิทำระยะเวลาชำระหนี้

ทั้ง 2 วิธีการ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาประธานเป็นผลให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโอนไปให้แก่เจ้าหนี้โดยสมบูรณ์ การใช้หลักนิติกรรมสัญญาในการก่อให้เกิดสัญญาการโอนสิทธิเป็นหลักประกันอาจมีผลเสียต่อลูกหนี้ เนื่องจากมูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญาอาจมากกว่าลูกหนี้มาก และหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องโอนทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่เจ้าหนี้ก่อนและเจ้าหนี้ทำสัญญาอนุญาตให้ลูกหนี้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญานั้น

นอกจากนี้ การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันโดยหลักนิติกรรมสัญญา ไม่ถือว่าเป็นการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้และเป็นผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหรือผู้รับหลักประกันนั้นเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมาย เนื่องจากมิได้ทำตามวิธีการที่กฎหมายหลักประกันด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันกำหนดไว้ ดังนั้น การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันโดยวิธีนี้จึงไม่อาจให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ได้ดังเช่นที่เจ้าหนี้ที่มีประกันตามกฎหมายหลักประกัน ได้รับ ในทางปฏิบัติ การใช้เป็นหลักประกันด้วยวิธีการนี้จึงอาจเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากเจ้าหนี้อาจจะไม่ยอมรับการเป็นหลักประกันเพราะไม่สามารถคุ้มครองเจ้าหนี้ได้ หากในระหว่างที่สัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน ยังไม่มีผลใช้บังคับนั้น ลูกหนี้โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่บุคคลอื่นไปและเมื่อมีการผิคนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับกับหลักประกันนี้ได้ เจ้าหนี้คงเรียกได้เพียงค่าเสียหายเท่านั้นซึ่งเป็นปัญหาแก่เจ้าหนี้ที่มีภาระการนำสืบต่อศาล

หรือในทำนองเดียวกันในระหว่างที่สัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับหลังยังไม่มีผลใช้บังคับนั้น ผู้รับหลักประกันอาจโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นให้แก่บุคคลภายนอกเช่นเดียวกัน ซึ่งทำให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกัน โดยหลักนิติกรรมสัญญานี้อาจเกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติ

2) สิทธิเรียกร้องเหนือบุคคลภายนอก

เนื่องจากข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาให้สินเชื่อ จะมีข้อความกำหนดว่า ผู้กู้จะต้องโอนสิทธิในสัญญาต่าง ๆ ที่สำคัญของกิจการมาเป็นหลักประกันให้กับผู้ให้กู้ โดยทำในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment Agreement) และ/หรือการแปลงหนี้ใหม่โดยมีเงื่อนไขซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ³

(1) การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงิน (Assignment of Proceeds)

ในกรณีนี้สัญญาจะกำหนดให้ผู้กู้โอนสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่ผู้กู้มี ตลอดจนกรรมสิทธิ์และผลประโยชน์ต่างๆ ค่าตอบแทน และเงินทั้งหลายที่เกี่ยวข้องหรือเกิดตามสัญญา หรือที่จะได้รับในอนาคต รวมถึงสิทธิเรียกร้อง สิทธิฟ้องร้องที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาที่โอนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อโดยไม่มีเงื่อนไข ทั้งนี้ผู้กู้ยังคงมีภาระหน้าที่ต่อผู้ให้เช่า/ผู้รับเหมาก่อสร้าง/ผู้ขาย/ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ภายใต้สัญญาที่โอน และมีหน้าที่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ต่อผู้ให้สินเชื่อภายใต้สัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เป็นหลักประกันในการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างถูกต้องตรงตามกำหนดของผู้กู้ตามสัญญาให้สินเชื่อ ข้อกำหนดในส่วนนี้ของสัญญามักจะระบุเป็นการเพิ่มเติมอีกด้วยว่า การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงินนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดภาระใดๆ แก่ผู้ให้สินเชื่อรายอื่นๆ และไม่ถือเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หรือตกลงในหนี้และภาระหนี้สินใดๆ

วิธีการโอนตัวเงินที่ได้รับจากการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงินนี้ ในทางปฏิบัตินั้นจะมีการเปิดบัญชีกระแสรายวันของผู้ให้สินเชื่อ เพื่อให้ผู้เป็นลูกหนี้ในสัญญาที่โอนสิทธิเรียกร้อง โอนเงินผ่านบัญชีของผู้ให้สินเชื่อ แล้วจึงมีการโอนเงินจำนวนนั้นเข้าบัญชีของกิจการเพื่อให้ใช้จ่ายในกิจการ เหตุผลที่ต้องทำเช่นนี้เพราะการโอนสิทธิส่วนนี้จะมีผลตั้งแต่ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญา ดังนั้นหากไม่มีการบังคับตามสัญญาอาจถูกเจ้าหนี้อื่นของผู้กู้มองว่าเป็นการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาโดยมีการฉ้อฉลได้ และในการโอนเงินเข้าบัญชีของผู้ให้สินเชื่อเช่นนี้อาจมีปัญหามาว่า จะถือว่าเงินส่วนนี้ ถือเป็นเงินได้

³ สุวีณา วินัยสถาพร. (2537). “ประเด็นกฎหมายในการจัดทำหลักประกันแก่สถาบันการเงิน สำหรับการกู้ยืมเงิน เพื่อพัฒนากิจการอุตสาหกรรม”. หน้า 25-29.

ของผู้ให้สินเชื่อที่ต้องนำมาเสียภาษีอากรหรือไม่ ในเรื่องนี้กรมสรรพากรได้มีการตอบข้อหารือแล้วว่า การโอนเงินเข้าบัญชีของผู้ให้สินเชื่อเพื่อเป็นหลักประกันเช่นนี้ ไม่ถือว่าเป็นเงินได้ของผู้ให้สินเชื่อ ซึ่งก็ทำให้ผู้ให้สินเชื่อมั่นใจได้ระดับหนึ่ง

(2) การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาที่ไม่เป็นตัวเงิน (Assignment of Agreement)

ในกรณีนี้ผู้กู้จะโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสิ้นให้กับผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับโอน โดยกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลบังคับเมื่อเกิดกรณีผิดนัด (Event of Default) เกิดขึ้น ภายใต้สัญญาที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย และได้มีการออกหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดโดยผู้ประสานงานภายใต้ความเห็นพ้องของผู้ให้ กลุ่มผู้ให้สินเชื่อที่มีอำนาจสั่งการ (Instructing Lenders)

มีข้อสังเกตว่า การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงิน จะมีผลบังคับเป็นการโอนสิทธิให้แก่ผู้ให้สินเชื่อที่มีการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง และผู้ให้สินเชื่อสามารถใช้สิทธิได้เลยเมื่อเกิดสิทธิเรียกร้องขึ้น ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาที่ไม่เป็นตัวเงินนั้น จะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อผู้กู้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อ และมีการออกหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดโดยผู้ให้สินเชื่อมายังผู้กู้แล้ว

3) ใบอนุญาตเฉพาะกลุ่มของลูกหนี้

ในการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนากิจการอุตสาหกรรมนั้น ผู้ให้สินเชื่อต้องการให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้มากกว่าที่จะให้กิจการหยุดชะงักลง แต่ในกรณีที่กิจการไม่สามารถทำได้ตามเงื่อนไขที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนดไว้ในสัญญาให้สินเชื่อผู้ให้สินเชื่อก็ต้องการที่จะเข้ามาดำเนินการแทนหรือหาบุคคลที่เหมาะสมเข้ามาดำเนินการแทนผู้กู้เพื่อพัฒนากิจการให้ดำเนินต่อไปตามแผนการที่กำหนดไว้ตอนพิจารณาอนุมัติให้วงเงินสินเชื่อสิ่งหนึ่งที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อผู้ให้สินเชื่อหรือบุคคลอื่นที่ผู้ให้สินเชื่อเห็นว่าเหมาะสมในการดำเนินกิจการกิจการต่อจากเจ้าของกิจการเดิมโดยไม่ชะงักนั้น นอกจากสัญญาต่าง ๆ ของกิจการแล้วก็คือใบอนุญาตต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ได้รับจากหน่วยงานต่าง ๆ ของทางราชการ หรือใบอนุญาตประกอบกิจการสัมปทาน เป็นต้น

ในปัจจุบัน ผู้ให้สินเชื่อจึงเริ่มที่จะให้ผู้กู้ทำการโอนใบอนุญาตบางอย่างให้แก่ผู้ให้สินเชื่อไว้เป็นหลักประกัน โดยมีการทำเป็นสัญญาสามฝ่ายระหว่างผู้กู้ (ผู้โอน) ผู้ให้กู้ (ผู้รับโอน) และหน่วยงานที่ออกใบอนุญาต (ผู้ให้ความยินยอม) เช่น สัญญาโอนใบอนุญาตประกอบกิจการในพื้นที่การโอนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยและสัญญาโอนใบอนุญาตสัมปทานซึ่งหนึ่งในข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการใบอนุญาตหรือสัญญาสัมปทานนั้นๆ เป็นหลักประกันนั้นก็คือรัฐต้องยินยอมให้เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการหรือส่งบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนเจ้าของกิจการเดิม ในกรณีที่เจ้าของกิจการเดิมมีปัญหาในการชำระหนี้ อย่างไรก็ตามผู้ให้สินเชื่อหรือบุคคลที่เข้าดำเนินการแทนก็ยังต้องยื่นคำขอใหม่เพียงแต่รัฐยินยอมที่จะออกใบอนุญาตให้ซึ่ง

ในปัจจุบันนี้รัฐก็ยินยอมทำสัญญาดังกล่าวร่วมกับเอกชนและผู้ให้สินเชื่อ (สถาบันการเงิน) บ้างแล้ว เช่นในกิจการทางด่วน กิจการอุตสาหกรรมปิโตรเคมีขั้นต้น เป็นต้น

4) การโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรรมกรรมประกันภัย

โดยที่ผู้ให้กู้มักจะกำหนดให้ลูกหนี้จัดทำประกันภัยกิจการ และเครื่องจักร และสิ่งก่อสร้าง ในระหว่างก่อสร้างและติดตั้ง ซึ่งผู้ให้กู้จะกำหนดประเภทของกรรมกรรมประกันภัยและวงเงินที่เอาประกันขั้นต่ำไว้ในสัญญาให้สินเชื่อและกำหนดให้ผู้ให้กู้เป็นผู้รับผลประโยชน์ หรือโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ให้แก่ผู้ให้กู้ โดยกำหนดให้ลูกหนี้จัดทำประกันภัยแบบครอบคลุมความเสี่ยงภัยทั้งหมดในระหว่างก่อสร้างและติดตั้งเครื่องจักรและต้องจัดทำประกันภัยแบบครอบคลุมความเสี่ยงภัยในการขาดรายได้ของกิจการอันเนื่องมาจากการก่อสร้างล่าช้าและต้องจัดทำประกันภัยในการขนส่งทางเรือและกำหนดให้ลูกหนี้โอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรรมกรรมประกันภัยในระหว่างการก่อสร้างให้แก่ผู้ให้กู้เป็นประกัน ซึ่งก็เป็นวิธีการประกันความเสี่ยงภัยอีกประการหนึ่งของผู้ให้กู้ คือ ในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุหรือความเสียหายต่อสิ่งก่อสร้างหรือเครื่องจักรในระหว่างก่อสร้าง ลูกหนี้จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อไปปรับปรุงซ่อมแซมสิ่งก่อสร้างและเครื่องจักรที่เสียหายให้กลับใช้งาน ได้ดังเดิม โดยปกติแล้วผู้ให้กู้จะกำหนดให้ตนเป็นผู้รับผลประโยชน์ในการรับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยและกำหนดให้ลูกหนี้ส่งมอบกรรมกรรมประกันภัยให้แก่ผู้ให้กู้ด้วย เพื่อป้องกันกรณีที่ลูกหนี้จะเปลี่ยนผู้รับผลประโยชน์ เพราะผู้เอาประกันสามารถเปลี่ยนผู้รับผลประโยชน์ได้ เมื่อผู้ให้กู้ได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนมาแทนลูกหนี้แล้ว ผู้ให้กู้จะจ่ายคืนค่าสินไหมทดแทนคืนแก่ลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ได้ดำเนินการซ่อมแซมโรงงานและหรือเครื่องจักรที่เสียหายเรียบร้อยแล้ว

ในการจัดทำประกันภัยนั้นลูกหนี้ต้องหาตัวแทนประกันภัยที่ผู้ให้กู้ยอมรับโดยลูกหนี้จะต้องเป็นผู้จ่ายค่าเบี้ยประกันและค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการจัดทำประกันภัย ซึ่งโดยมากลูกหนี้มักจะทำประกันไว้กับตัวแทนประกันภัยหลายบริษัทเพื่อกระจายความเสี่ยงและผู้รับประกันภัยก็มักจะนำความเสี่ยงดังกล่าวไปประกันภัยต่ออีกทอดหนึ่ง ดังนั้นผู้ให้กู้จึงมักกำหนดให้ลูกหนี้ทำสัญญาประกันภัยในรูปแบบที่ว่า เมื่อเกิดความเสียหายกับวัตถุที่เอาประกันภัยนั้นแล้ว ผู้ให้กู้ต้องสามารถเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนจากผู้เอาประกันภัยต่อได้ด้วย (cut through clause)

5) การโอนสิทธิเรียกร้องตามหนังสือค้ำประกัน

หนังสือค้ำประกันที่ผู้รับเหมาก่อสร้างกิจการจะต้องให้ไว้แก่ลูกหนี้เพื่อเป็นประกันที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนี้ มีดังนี้⁴

(1) Performance Bond Guarantee เป็นการค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการค้ำประกันนั้นมักจะอยู่ในอัตราส่วน 5-15% ของมูลค่าของกิจการทั้งหมด

(2) Advance Payment/Down payment Bound หรือ Guarantee เป็นกรณีที่ผู้รับเหมาได้เบิกเงินล่วงหน้าจากลูกหนี้ และให้หลักประกันไว้แก่ลูกหนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าตัวผู้รับเหมาจะปฏิบัติตามสัญญา การให้หลักประกันเบิกเงินล่วงหน้าจะมีมูลค่าเท่ากับเงินล่วงหน้าที่ลูกหนี้ชำระให้แก่ผู้รับเหมา ซึ่งปกติจะอยู่ในระหว่าง 5-10% ของมูลค่าของกิจการทั้งหมด และมูลค่าค้ำประกันจะลดลงตามความสำเร็จของงาน

(3) Retention Money Bond ในกรณีที่ลูกหนี้จะต้องยึดหน่วงวงเงินค่างานบางส่วนไว้เป็นประกัน ซึ่งจะอยู่ในอัตราระหว่าง 5-10% การเรียกให้ผู้รับเหมาจัดหาหลักประกัน Retention Money Bond มาให้ลูกหนี้ยึดหน่วงก็จะทำให้ลูกหนี้สามารถจ่ายเงินส่วนที่ควรยึดหน่วงโดยตรงให้กับผู้รับเหมาได้

(4) Maintenance Bond หรือ Guarantee เป็นกรณีที่ลูกหนี้หรือผู้รับเหมาจะต้องเสียหาย หรือแก้ไขถึงความชำรุดบกพร่อง หรือซ่อมแซมใหญ่ในช่วงการบำรุงรักษา ฉะนั้นจึงจะต้องมี Maintenance Bond ไว้ด้วย

ในกรณีที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อลูกหนี้ได้รับหนังสือค้ำประกันดังกล่าวมาจากผู้รับเหมาแล้ว ผู้ให้สินเชื่อก็จะเรียกให้ลูกหนี้นำหนังสือค้ำประกันดังกล่าวมาทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง โดยมีเงื่อนไขคือ จะใช้บังคับเมื่อผู้กู้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อ และผู้ให้กู้ได้มีการบอกกล่าวการผิดนัดมายังผู้กู้แล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องจึงจะมีผลสมบูรณ์

4.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีทั้งกิจการ

เนื่องจากประเทศไทยมิได้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีทั้งกิจการ ดังนั้น จึงต้องใช้การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหา กล่าวคือ

4.2.1 การสวมสิทธิเข้าดำเนินกิจการแทน

โดยที่การดำเนินธุรกรรมในลักษณะที่นำเอาทรัพย์สินของกิจการเป็นหลักประกันมักจะกระทำโดยนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เดียว ซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวยังไม่ทรัพย์สินเพียงพอที่จะนำมา

⁴ อธิก อัสวานันท์ และ กิตติพงษ์ อูรพีพัฒนพงษ์. (2533). หลักประกันเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจการเงิน. หน้า 24-25.

เป็นหลักประกันได้และผู้ให้กู้จะพิจารณาว่าจะให้กู้หรือไม่โดยพิจารณาจากความเป็นไปได้ของกิจการว่าเมื่อกิจการสำเร็จแล้ว เจ้าของกิจการจะมีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้เงินกู้ได้ ดังนั้นกิจการจึงต้องสำเร็จตามวัตถุประสงค์ หลักประกันประเภทหนึ่งที่ผู้ให้กู้ต้องการเป็นอย่างยิ่งคือ ผู้ให้กู้ต้องสามารถเข้าครอบงำกิจการได้ และเมื่อกิจการไม่สามารถดำเนินกิจการแล้วเสร็จหรือไม่สามารถชำระหนี้เงินกู้ได้ ผู้ให้กู้ต้องสามารถเข้าดำเนินกิจการแทนหรือให้นิติบุคคลอื่นเข้าสวมสิทธิดำเนินกิจการแทนให้แล้วเสร็จได้ ในสัญญาให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการผู้ให้กู้จึงมักกำหนดในสัญญา หากเจ้าของกิจการไม่สามารถดำเนินกิจการแล้วเสร็จหรือผิดนัดชำระหนี้เงินกู้ ผู้ให้กู้มีสิทธิเข้าดำเนินกิจการแทนหรือหานิติบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการแทนได้

ในทางปฏิบัติแล้ว ผู้ให้กู้มักไม่เข้าดำเนินกิจการด้วยตนเอง เนื่องจากมีข้อจำกัดเกี่ยวกับความสามารถในการดำเนินการดังจะได้อธิบายต่อไป ดังนั้นในการดำเนินกิจการดังกล่าวแทนนิติบุคคลเจ้าของกิจการเดิมนั้น ผู้ให้กู้จะร่วมกันตั้งนิติบุคคลขึ้นมาใหม่ โดยผู้ให้กู้เข้าร่วมเป็นผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นใหม่ ซึ่งอาจจะตั้งขึ้นตั้งแต่วันทำสัญญากู้ยืมเงินหรือตั้งขึ้นภายหลังจากที่นิติบุคคลเจ้าของกิจการเดิมผิดนัดชำระหนี้ต่อผู้ให้กู้ ซึ่งได้มีการบอกกล่าวการผิดนัดแล้วก็ได้

4.2.2 การจัดลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้

บุริมสิทธิ คือ สิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งโดยสภาพหรือลักษณะแห่งหนี้นั่นเอง กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้บางจำพวก ในอันจะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น บุริมสิทธิเป็นสิทธิพิเศษเกิดขึ้นแต่ด้วยอำนาจของกฎหมายจึงเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 1298 บุคคลจะก่อตั้งบุริมสิทธิเองไม่ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 251⁶

บุริมสิทธิ เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินใกล้เคียงกับทรัพย์สิน และเป็นสิทธิประเภทอุปกรณ์แห่งหนี้ทำนองเดียวกับ จำน่า จำนอง และสิทธิยึดหน่วง แต่เป็นสิทธิที่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น โดยหลักใหญ่แล้วหาเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินอื่น ซึ่งมีใช้ของลูกหนี้ไม่ เว้นแต่ในบางกรณี ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น และเป็นสิทธิที่อาจได้รับชำระหนี้ก่อน จากทรัพย์สินโดยทั่วไปในกรณีบุริมสิทธิสามัญ หรืออาจได้รับชำระหนี้ก่อนทรัพย์สินเฉพาะอย่างของลูกหนี้ในกรณีบุริมสิทธิพิเศษ แม้โดยบุริมสิทธินี้เจ้าหนี้ไม่อาจบังคับได้ หรือไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ครบถ้วนเจ้าหนี้ก็ยังสามารถบังคับชำระหนี้ได้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญอีก

⁵ มรคต ศรีจรูญรัตน์. (2526). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ. หน้า 112.

⁶ มาตรา 251 บัญญัติว่า “ผู้ทรงบุริมสิทธิ ย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ในการที่จะได้รับชำระหนี้อ้างค้ำชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือบทกฎหมายอื่น”

เมื่อมีกรณีที่ถูกหนี้ยำทรัพย์สินในกิจการไปจำนอง หรือนำไปจำนำ เช่น นำที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของโรงงานไปจดทะเบียนจำนองกับเจ้าหนี้ยื่น หรือนำสินค้าซึ่งตนผลิตได้เช่น ข้าวสาร หรือปลากระป๋องไปจำนำไว้กับเจ้าหนี้ยื่น ก็จะเกิดปัญหาว่า ในระหว่างเจ้าหนี้ยื่น ซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นกิจการ กับเจ้าหนี้ยื่นจำนอง และเจ้าหนี้ยื่นจำนำนั้นจะจัดลำดับบุริมสิทธิกันอย่างไร

ในกรณีที่บุริมสิทธิแย้งกับสิทธิจำนำสังหาริมทรัพย์ ผู้รับจำนำย่อมมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่ง ดังที่บัญญัติเรียงไว้ในมาตรา 278 นั้น⁷ มาตรา 282 นี้ มิได้กล่าวเจาะจงว่าบุริมสิทธิประเภทใดที่แย้งกับสิทธิจำนำ จึงต้องถือว่าเป็นบุริมสิทธิสามัญก็ได้ หรือบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ แต่โดยสภาพไม่อาจเป็นบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ เพราะกล่าวถึงสังหาริมทรัพย์ และจำนำเท่านั้น

กรณีที่บุริมสิทธิสามัญแย้งกับจำนำ ไม่ว่าจะ เป็นบุริมสิทธิลำดับไหน ย่อมไม่อาจได้รับชำระหนี้ก่อนจำนำ แต่ถ้าเป็นบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ มาตรา 282 ก็จัดจำนำไว้เท่ากับบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ลำดับที่หนึ่ง คือเท่ากับบุริมสิทธิในมูลเช่าสังหาริมทรัพย์พักอาศัยในโรงแรมและรับขน ทำให้เจ้าหนี้ยื่นผู้รับจำนำมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน เจ้าหนี้ยื่น ค้ำรักษาสังหาริมทรัพย์ และค่าซื้อขายสังหาริมทรัพย์

กรณีที่จำนำแย้งกับบุริมสิทธิในมูลเช่าสังหาริมทรัพย์ พักอาศัยในโรงแรมและรับขน คงเกิดขึ้นได้ยาก เพราะหากลูกหนี้ยื่นเอาทรัพย์ไปจำนำไว้แล้ว กรณีก็เข้ามาตรา 281⁸ อันทำให้เจ้าหนี้ยื่นบุริมสิทธิไม่อาจใช้สิทธิเหนือทรัพย์นั้นได้ การแย้งกันอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ทรัพย์ถูกลักหรือสูญหาย ซึ่งเจ้าหนี้ยื่นบุริมสิทธิอาจติดตามเอาคืนได้ ตามมาตรา 268 วรรคสอง⁹ แต่มีผู้นำไปจำนำไว้กับเจ้าหนี้ยื่นอีกคนหนึ่ง

กรณีของมูลสังหาริมทรัพย์ และมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ นั้น มาตรา 287 บัญญัติว่า “บุริมสิทธิใดได้ไปจดทะเบียนแล้ว ตามบทบัญญัติแห่งมาตราทั้งสองบนนี้ บุริมสิทธินั้นท่านว่า อาจใช้ได้ก่อนสิทธิจำนอง” ซึ่งหมายความว่า บุริมสิทธิในมูลอสังหาริมทรัพย์ และบุริมสิทธิในมูลจ้างทำของ เป็นการงานขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียน

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 282

⁸ มาตรา 281 บัญญัติว่า “บุริมสิทธิ อันมีอยู่เหนือสังหาริมทรัพย์นั้น ท่านห้ามมิให้ใช้ เมื่อบุคคลภายนอกได้ทรัพย์จากลูกหนี้ยื่น และได้ส่งมอบทรัพย์ให้กันไปเสร็จแล้ว

⁹ มาตรา 268 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าอสังหาริมทรัพย์นั้นถูกลักหรือสูญหาย ท่านให้บังคับตามกฎหมายว่าด้วยการแสวงคืนครองทรัพย์

แล้ว ตามมาตรา 285¹⁰ 286¹¹ นั้น มีสิทธิเหนือจำนอง โดยไม่คำนึงว่ามีการจำนองกันเมื่อใด แม้ว่าจะได้มีการจำนองอสังหาริมทรัพย์รายเดียวกันนั้นมาก่อนก็ตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะหนี้ทั้ง 2 ชนิดนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์กับทรัพย์จำนอง ซึ่งมีผลถึงเจ้าหนี้ผู้รับจำนองด้วย กฎหมายจึงให้บุริมสิทธิแก่หนี้ทั้งสองเหนือหนี้จำนอง¹²

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับทรัพย์สินซึ่งนำมาเป็นหลักประกันทั้งกิจการ หากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน เป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นกิจการมีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนองตามมาตรา 282 และหากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้จดทะเบียนไว้ด้วย จึงให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นกิจการ มีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนองตามมาตรา 287 หากทรัพย์สินซึ่งนำมาเป็นหลักประกันทั้งกิจการเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นกิจการ มีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนองตามมาตรา 287

กรณีที่มีได้มีการจำนอง หรือจำนำทรัพย์สิน ซึ่งเป็นหลักประกันของกิจการ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นกิจการควรจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของกิจการก่อน เจ้าหนี้สามัญ เนื่องจาก หากให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นกิจการมีสิทธิได้รับชำระหนี้ หลังเจ้าหนี้สามัญก็คงจะไม่มี เจ้าหนี้รายใดอยากที่จะรับหลักประกันทั้งกิจการ เพราะการรับหลักประกันทั้งกิจการ การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทั้งกิจการจะมีมูลค่ามากกว่าการนำทรัพย์สินแต่ละชิ้น แต่ละประเภทมาเป็นหลักประกัน เช่น นำที่ดินมาจำนองเพียงอย่างเดียว เจ้าหนี้สามารถดำเนินกิจการโดยผู้บริหารจัดการชั่วคราวต่อไปได้ ต่างจากการจำนอง จำนำ ซึ่งต้องนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาด ทำให้ทรัพย์สินนั้นอาจมีมูลค่าลดลง หรือขายได้ราคาต่ำกว่าจำนวนเงินที่นำมาเป็นประกัน ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรให้เจ้าหนี้ซึ่งรับหลักประกันทั้งกิจการได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ

¹⁰ มาตรา 285 บัญญัติว่า “บุริมสิทธิในมูลกรขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้าหากว่า เมื่อทำการบำรุงรักษา นั้นสำเร็จแล้ว ไปบอกลงทะเบียนไว้โดยพลันไซ้ บุริมสิทธิก็คงให้ผลต่อไป”

¹¹ มาตรา 286 บัญญัติว่า “บุริมสิทธิในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้น หากทำรายการประมาณราคาชั่วคราวไปบอกลงทะเบียนไว้ก่อนเริ่มลงมือทำการไซ้ บุริมสิทธิก็คงให้ผลต่อไป แต่ถ้าราคาที่แท้จริงนั้นต่ำกว่าที่ได้ประมาณไว้ชั่วคราว ท่านว่าบุริมสิทธิในส่วนที่ต่ำกว่านั้นหาไม่”

มาตรา 286 วรรคสอง บัญญัติว่า “ส่วนการที่จะวินิจฉัยว่า อสังหาริมทรัพย์นั้นมีราคาเพิ่มขึ้น เพราะการอันได้ทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์มากน้อยเพียงใดนั้น ท่านให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญขึ้นเป็นผู้ประมาณ ในเวลาที่มีแย้งขัดในการแบ่งเฉลี่ย”

¹² โสภณ รัตนกร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543, หน้า 352.

ในกิจการหนึ่งนี้ มีทรัพย์สินหลายประเภท และหลายชนิดที่นำเข้ามารวมกันเป็นหนึ่ง กิจการ เช่น กิจการก่อสร้างทางด่วน ก็อาจจะมีเครื่องจักร วัสดุก่อสร้างรถยนต์ เงินสด ทรัพย์สิน ต่างๆ เหล่านี้อาจใช้หมุนเวียนอยู่ในกิจการ แต่อาจมีการ โอนไปยังบุคคลภายนอกได้ เช่น เจ้าของ กิจการอาจขายรถยนต์ ซึ่งใช้ในกิจการซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งของกิจการที่นำไปเป็น หลักประกัน ขายให้แก่บุคคลภายนอกไป บุคคลภายนอกนี้ อาจจะรู้ หรือไม่สามารรู้ได้ว่ารถยนต์ คันนี้เป็นทรัพย์สินที่ถูกนำไปเป็นหลักประกันแล้ว ทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย หาก เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันทั้งกิจการ มีสิทธิคิดว่าบุคคลภายนอก ซึ่งหากกฎหมายไม่ให้ความคุ้มครอง บุคคลภายนอกในส่วนนี้ จะไม่มีบุคคลภายนอกผู้ใดกล้าที่จะเข้าทำนิติสัมพันธ์ หรือประกอบธุรกิจ กับเจ้าของกิจการเลย เนื่องจากกลัวว่าหากได้รับทรัพย์สินตอบแทนไป ทรัพย์สินนั้นจะถูกเจ้าหนี้ ผู้รับหลักประกันทั้งกิจการตามบังคับเอาคืนได้ จึงต้องมีมาตรการคุ้มครองบุคคลภายนอกโดย อาจแยกจากประเภทของทรัพย์สินให้ทรัพย์สินบางประเภทของกิจการซึ่งบุคคลภายนอกได้รับไป ถือว่าปลอดจากหลักประกัน หรือถือเอาความรู้หรือไม่รู้ของบุคคลภายนอกว่าทรัพย์สินนั้นเป็น หลักประกันของกิจการหรือไม่

4.2.3 กรณีการจำนองเครื่องจักร

พระราชบัญญัติจดทะเบียนจำนองเครื่องจักร พ.ศ. 2514 มีจุดมุ่งหมายให้ผู้ประกอบการ สามารถนำเอาเครื่องจักรมาใช้เป็นหลักประกันในการกู้ยืมเงินมาเพื่อใช้ในกิจการของตน แต่ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว ปราบกฏว่ายังมีข้อขัดข้องอีกหลายประการ ที่จะ ทำให้การบังคับใช้กฎหมาย เป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ สมดังเจตนารมณ์ของรัฐที่ได้บัญญัติ กฎหมาย กล่าวคือ

1) ปัญหาการนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันด้วยการจำนอง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า เครื่องจักรที่ได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติ จดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 สามารถนำมาเป็นหลักประกันด้วยการจำนองได้ แต่ขั้นตอนการ จดทะเบียนเครื่องจักรมีมากมายหลายขั้นตอน ซึ่งต้องใช้เวลานาน ทำให้ไม่เอื้ออำนวยต่อสภาพ เศรษฐกิจในปัจจุบัน และในบางครั้ง เครื่องจักรที่ส่งเข้ามา ก็ได้เป็นเครื่องจักรสำเร็จรูป แต่ได้ส่ง เข้ามาในลักษณะเป็นชิ้นส่วน และนำมาประกอบเข้ากันเป็นเครื่องจักร ในภายหลัง ซึ่งในการ ประกอบชิ้นส่วนให้เข้ากันเป็นเครื่องจักรก็ใช้เวลานาน ซึ่งระยะเวลาที่เวลานี้ลูกหนี้ไม่สามารถจะนำ ชิ้นส่วนเครื่องจักรไปจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนเครื่องจักรได้ เมื่อ เป็นเช่นนี้จึงไม่สามารถนำชิ้นส่วนที่ยังไม่ได้ประกอบ เป็น เครื่องจักรมาเป็นหลักประกัน ให้แก่ เจ้าหนี้ด้วยการจำนองได้

นอกจากนี้ ข้อกำหนดของกฎหมายที่กำหนดว่า เจ้าของทรัพย์สินเท่านั้นที่จะจำนองทรัพย์สินนั้นได้ ทำให้เกิดปัญหาว่าถ้าเป็นกรณีที่ถูกหนี้ยี้ไปเช่าเครื่องจักรมาด้วยวิธีการลิสซิ่ง (Leasing) หรือโดยการเช่าซื้อ ทั้งนี้ หากในระหว่างอายุสัญญาเช่า กรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรยังเป็นของผู้ให้เช่า ดังนั้นผู้เช่าเครื่องจักรจึงไม่สามารถที่จะนำเครื่องจักรดังกล่าวมาเป็นหลักประกัน ให้แก่เจ้าหนี้ด้วยการจำนองได้

ในการจำนองเครื่องจักร จะต้องระบุรายละเอียดของเครื่องจักรให้ชัดเจน เช่น จะต้องระบุเครื่องจักรที่จะนำมาจำนองนั้นมีจำนวนกี่เครื่อง มีหมายเลขเครื่องอะไร และเครื่องจักรนั้น ตั้งอยู่ที่ใด ดังนั้น ถ้าหากเครื่องจักรที่นำมาจำนอง เสื่อมสภาพไปเพราะการใช้งาน หรือในกรณีที่มีการสั่งเครื่องจักรเพิ่มเข้ามาเพื่อเพิ่มผลผลิต ทำให้ลูกหนี้ ผู้ที่เป็นผู้ประกอบการต้องการเงินทุนหมุนเวียนเพิ่มมากขึ้น เพื่อนำมาซื้อเครื่องจักรใหม่ ก็อาจจำเป็นต้องกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินเพิ่มขึ้น และในขณะเดียวกัน เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ก็ย่อมที่จะต้องการหลักประกันเพิ่มขึ้นเช่นกัน ถ้าหากจะนำเครื่องจักรตัวใหม่มาเป็นหลักประกันเพิ่ม ก็จะต้องไปดำเนินการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักร และจดทะเบียนจำนองเครื่องจักร ใหม่ ซึ่งเป็นการเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายมากมาย

2) ปัญหาการนำอุปกรณ์อะไหล่ เครื่องมือเครื่องใช้มาเป็นหลักประกัน

สำหรับบรรดาอุปกรณ์ อะไหล่ เครื่องมือ เครื่องใช้ ที่จำเป็นต้องมีต้องใช้กับเครื่องจักรนั้น เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูง และจำเป็นที่จะต้องมีต้องใช้กับเครื่องจักร เพื่อดูแลบำรุงรักษา ซ่อมแซมเครื่องจักร เพื่อให้เครื่องจักรอยู่ในสภาพดี ยังเป็นเครื่องจักรที่ประกอบด้วยเทคโนโลยีขั้นสูงแล้ว อุปกรณ์อะไหล่ เครื่องมือเครื่องใช้ที่ใช้กับเครื่องจักรนั้น ก็มักจะมีราคาสูงเช่นกัน เมื่อลูกหนี้จำเป็นต้องมีไว้ก็น่าจะนำมาเป็นหลักประกัน ให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อเป็นการนำเงินมาลงทุนหมุนเวียนเพิ่มขึ้นได้ แต่ในความเป็นจริงไม่อาจทำได้ เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสังหาริมทรัพย์เมื่อนำมาเป็นหลักประกัน ก็จะต้องทำด้วยการจำนำ ซึ่งต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ เมื่อลูกหนี้จำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินนั้น จึงไม่อาจส่งมอบการครอบครองทำให้ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันด้วย วิธีการจำนำได้ ถ้าจะจำนองก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน เพราะไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ประเภทที่กฎหมายกำหนดให้จดทะเบียน จำนองได้ จึงเป็นที่น่าเสียดายอย่างยิ่งที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวนี้ได้อย่างคุ้มค่า และเป็นประโยชน์ ในทางธุรกิจได้มากกว่าการนำมาใช้สอยกับเครื่องจักรเท่านั้น

3) ปัญหาการจัดลำดับบุริมสิทธิของผู้รับจำนองเครื่องจักร

ในคดีแพ่ง เมื่อมีการขายทอดตลาด ทรัพย์สินที่เป็นประกันในกรณีที่มิใช่เจ้าหนี้อุบัติสิทธิหลายราย เจ้าหนี้อุบัติสิทธิแต่ละราย ต่างก็ประสงค์จะได้รับชำระหนี้ จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นก่อนบุคคลอื่น ดังนั้น เพื่อป้องกันการโต้แย้งสิทธิในการรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละราย จึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับลำดับของบุริมสิทธิไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 277 วรรค

หนึ่ง ความว่า “เมื่อมีบุริมสิทธิสามัญแย้งกันหลายราย ท่านให้ถือว่าบุริมสิทธิทั้งหลายนั้นมีลำดับที่จะให้ผลก่อนหลังดังที่ได้เรียงลำดับไว้ในมาตรา 253” ทั้งนี้ ได้มีการจัดเรียง ลำดับบุริมสิทธิตามลำดับก่อนหลังไว้ 5 ลำดับ กล่าวคือ

- (1) ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์อันร่วมกัน
- (2) ค่าปลงศพ
- (3) ค่าภาษีอากร
- (4) ค่าจ้างเสมียนคนใช้และคนงาน
- (5) ค่าเครื่องอุปโภคบริโภคอันเป็นประจำวัน

แต่ในกรณีทีหลายคนมีบุริมสิทธิในลำดับเสมอกันเหนือทรัพย์สินอันเดียวกัน แต่ละคนจะได้รับชำระหนี้เฉลี่ยตามส่วนมากน้อย ตามจำนวน ที่ตนเป็นหนี้

ในกรณีของการจำนองเครื่องจักรนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่ามีได้มีการจัดลำดับบุริมสิทธิของการจำนองอสังหาริมทรัพย์ประเภทเครื่องจักรไว้แต่อย่างใด แต่ในขณะที่พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 กลับได้มีบทบัญญัติในเรื่องบุริมสิทธิของผู้รับจำนองเรือ ไว้ในมาตรา 15 ความว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 24 ผู้รับจำนองทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากเรือที่จำนองก่อน เจ้าหนี้บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเจ้าหนี้อื่นๆ ของเรือนั้น “ และตามมาตรา 24 วรรคแรกได้บัญญัติว่า “บุริมสิทธิทางทะเลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้มีผลใช้ได้โดยไม่ต้องจดทะเบียน และให้ได้ผลก่อนสิทธิจำนอง ตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ทั้งนี้ จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เรือซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดให้จำนองได้ เช่นเดียวกับเครื่องจักร มีบทบัญญัติถึงลำดับของบุริมสิทธิไว้ โดยให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเรือมีบุริมสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่ผู้รับจำนองเครื่องจักร หาได้มีบทบัญญัติเป็นพิเศษ ในเรื่องบุริมสิทธิไว้เลย จึงต้องเป็นไปตามลำดับบุริมสิทธิที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อเป็นเช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ทั้ง ๆ ที่เรือและเครื่องจักร ต่างก็เป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าในเรื่องเศรษฐกิจและเป็นสังหาริมทรัพย์ที่สามารถจดทะเบียนจำนองได้เช่นกัน แต่กลับมีลำดับบุริมสิทธิที่แตกต่างกัน

4.2.4 กรณีที่เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาและเจ้าหนี้นำความเข้าสู่กระบวนการทางศาลในการฟ้องร้องบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือบังคับชำระหนี้จากหลักประกันตามสัญญา ในกรณีที่เจ้าหนี้ร้องขอให้บังคับชำระหนี้จากหลักประกันและศาลได้มีคำพิพากษาให้บังคับชำระหนี้จากหลักประกันการชำระหนี้ นั้น การบังคับคดีศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้กำหนดวิธีการบังคับไว้ 3 วิธีการ คือ

1) การบังคับคดีให้ชำระเงิน ตามมาตรา 282 เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยวิธียึดหรืออายัดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษามีส่วนเป็นเจ้าของด้วย แต่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีด้วยกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้ให้ตามมาตรา 284 โดยวิธีในการยึดและอายัด มีดังนี้

(1) โดยวิธียึดทรัพย์สิน คือ การเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาไว้ในความดูแลรักษาของเจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อดำเนินการตามกฎหมายให้บรรลุผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล โดยสิ่งที่จะยึดได้ คือ ทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์อันมีรูปร่างและอสังหาริมทรัพย์และนำมาขายทอดตลาดต่อไป หรือโดยวิธียึดเอกสารอื่นๆ ทั้งปวง เช่น สัญญากระทำการงานต่างๆ ซึ่งได้ชำระเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแล้ว

(2) โดยวิธีอายัดทรัพย์สิน คือ การสั่งให้บุคคลภายนอกมิได้ทำการโอนหรือชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ในคดี แต่ให้ชำระแก่เจ้าพนักงานบังคับ โดยสิ่งที่จะอายัดได้ คือ สังหาริมทรัพย์อันมีรูปร่างและอสังหาริมทรัพย์รวมทั้งสิทธิทั้งปวงอันอยู่ในทรัพย์สินนั้น ซึ่งบุคคลภายนอกจะต้องส่งมอบหรือโอนมายังลูกหนี้ตามคำพิพากษาในภายหลัง และเมื่อได้ส่งมอบหรือโอนมาแล้ว เอาทรัพย์สินหรือสิทธินั้นออกขายหรือจำหน่าย ในกรณีนี้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจจะยึดบรรดาเอกสารทั้งปวงที่ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ในอันที่จะได้รับส่งมอบหรือรับโอนทรัพย์สินหรือสิทธินั้น หรือโดยวิธีอายัดเงินที่บุคคลภายนอกจะต้องชำระให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาในภายหลัง แล้วเรียกเก็บตามนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ เจ้าพนักงานบังคับคดีอำนาจที่จะยึดบรรดาเอกสารทั้งปวงที่ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะได้รับชำระเงินเช่นว่านั้น

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างหนึ่งและย่อมเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยทั่วไปแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 214 และเป็นหลักประกันหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างและมีใช้เป็นสิทธิเรียกร้อง หากคำพิพากษาศาลกำหนดให้ใช้เงิน การบังคับคดีโดยการยึดและอายัดจึงไม่อาจกระทำได้กับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานี้

2) การบังคับให้ขับไล่ หรือต้องออกไป หรือต้องรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างตามมาตรา 276

3) การบังคับให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยการจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 297 วรรคแรกหรือการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

4.2.5 กรณีที่เป็นดอกผลหรือรายได้ในอนาคตของกิจการ

ในการให้สินเชื่อทำกิจการสาธารณูปโภคหรือการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ ซึ่งต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก การให้หลักประกันจึงเป็นปัจจัยสำคัญเพื่อให้สถาบันการเงินหรือผู้ให้กู้รายอื่นๆ เกิดความมั่นใจในการให้กู้ยืมเงิน ซึ่งสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เงินจากการขายสินค้าหรือการให้บริการของนิติบุคคลเจ้าของกิจการก็เป็นหลักประกันประเภทหนึ่งที่สำคัญสำหรับการให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการประเภท B.T.O. (Build Transfer Operate) ที่นิติบุคคลเจ้าของกิจการจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ก่อสร้างเสร็จทั้งหมดให้แก่รัฐ แต่ยังมีสิทธิบริหารจัดการกิจการไปจนกว่าจะครบกำหนดสัญญา เช่น กิจการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด กิจการขยายบริการโทรศัพท์จำนวน 2 ล้านเลขหมายระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (ปัจจุบันคือ TRUE) เป็นต้น ซึ่งนิติบุคคลเจ้าของกิจการดังกล่าวเหลือทรัพย์สินสำคัญเพียงอย่างเดียวที่จะใช้เป็นหลักประกันได้ คือ สิทธิเรียกร้องในการรับเงินส่วนแบ่งจากค่าผ่านทางหรือค่าโทรศัพท์ ดังนั้นในการให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการ ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือ สัญญาสัมปทานระหว่างนิติบุคคลเจ้าของกิจการกับรัฐ หรือสัญญาขายสินค้าหรือให้บริการของนิติบุคคลเจ้าของกิจการ มีข้อกำหนดห้ามโอนสิทธิเรียกร้องไว้หรือไม่

ในทางปฏิบัติ การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้เงินในการให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการ มักกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ว่า “นิติบุคคลซึ่งเป็นคู่สัญญากับรัฐซึ่งเป็นผู้ตกลงโอนสิทธิเรียกร้องให้การรับชำระหนี้เงินให้แก่สถาบันการเงินผู้ให้กู้โดยไม่มีเงื่อนไข เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการชำระหนี้ตามสัญญาให้สินเชื่อ” ทั้งนี้ ข้อดังกล่าวไม่ได้มีผลในทางกฎหมายเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการชำระหนี้แต่อย่างใด เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องโดยสภาพแห่งนิติกรรมไม่ใช่หลักประกัน เพราะเป็นการโอนขาด กล่าวคือผู้รับโอนกลายเป็นผู้ทรงสิทธิทันทีที่การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลสมบูรณ์หาได้มีผลบังคับเมื่อนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดนัดชำระหนี้ไม่ แต่อย่างไรก็ตามในขณะที่ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิเรียกร้องดังกล่าว ทำให้สถาบันการเงินผู้ให้กู้ยืมไม่ได้เป็นเจ้าของสิทธิเรียกร้องนั้นเช่นกัน จนกว่าสิทธิเรียกร้องได้เกิดขึ้นและตกเป็นของนิติบุคคลเจ้าของกิจการแล้ว และเมื่อนั้นสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้เงินจะขาดจากการเป็นสิทธิของผู้โอนทันที และตกเป็นของผู้ให้กู้ซึ่งเป็นผู้รับโอนโดยเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว

แต่ถ้าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างนิติบุคคลเจ้าของกิจการกับรัฐ หรือสัญญาขายสินค้าหรือให้บริการที่มีข้อกำหนดห้ามโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินตามสัญญา เช่นนี้ สิทธิเรียกร้องดังกล่าวย่อมโอนกันไม่ได้ตามมาตรา 303 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในทางปฏิบัติสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องมักถูกทำขึ้นภายหลังสัญญาสัมปทานบริการ

สาธารณชนหรือสัญญาขายสินค้าหรือให้บริการ เช่นนี้สถาบันการเงินผู้ให้กู้ย่อมไม่สามารถอ้างความเป็นบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตซึ่งไม่รู้ถึงข้อห้ามโอนสิทธิเรียกร้องได้ เนื่องจากประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์เป็นอาชีพและเป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติว่าสถาบันการเงินผู้ให้กู้ย่อมต้องพิจารณาสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลเจ้าของกิจการ รวมไปถึงสัญญาขายสินค้าหรือให้บริการ หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ถ้ามีในขณะนั้น เพื่อประกอบการพิจารณาให้สินเชื่อสนับสนุนกิจการ ทำให้ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องสามารถยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ตามสัญญาว่าจะไม่ชำระหนี้ให้กับบุคคลอื่นนอกจากลูกหนี้ได้ เพราะข้อต่อสู้ดังกล่าวย่อมผูกพันสถาบันการเงินผู้ให้กู้ซึ่งเป็นผู้รับโอนที่ต้องผูกพันภายใต้ข้อสัญญาเท่าที่ผู้โอนมีสิทธิอยู่ ดังนั้นสถาบันการเงินผู้ให้กู้จึงไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้การชำระหนี้แก่ตนได้ตามมาตรา 303 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้นิติบุคคลเจ้าของกิจการที่ทำสัญญากับรัฐยังต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง เพราะผิดสัญญาในข้อห้ามโอนสิทธิเรียกร้อง และถ้าในสัญญาขายสินค้าหรือให้บริการ หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ มีการกำหนดเบี้ยปรับไว้เป็นจำนวนแน่นอนในกรณีที่คู่สัญญาผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องสามารถยกข้อต่อสู้เรื่องเบี้ยปรับจากการที่ลูกหนี้เจ้าของกิจการผิดสัญญาในข้อห้ามโอนสิทธิเรียกร้อง เพื่อขอหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องดังกล่าวได้ตามมาตรา 341 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของค่าเสียหาย เนื่องจากเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีจำนวนไม่แน่นอนแล้วแต่ความเสียหายซึ่งต้องพิสูจน์ในศาลต่อไป จึงเป็นสิทธิเรียกร้องที่ยังมีข้อต่อสู้ จึงไม่สามารถนำมาหักกลบลบหนี้ได้ตามมาตรา 344 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.2.6 ปัญหาการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงิน

โดยที่เจ้าหนี้ที่เป็นผู้ให้กู้มักจะเป็นสถาบันการเงินซึ่งส่วนใหญ่เป็นธนาคารพาณิชย์ในฐานะเป็นผู้รับหลักประกันในการที่ลูกหนี้จะต้องนำเอากิจการเป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ด้วย ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกรรมควบคุมของธนาคารให้สามารถดำเนินธุรกิจไปด้วยความปกติ พระราชบัญญัตินี้ มีบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัด และข้อห้ามมิให้ธนาคารพาณิชย์กระทำได้อันส่งผลกระทบต่อธนาคารพาณิชย์ที่ไม่สามารถจะถือประโยชน์จากกฎหมายหลักประกันที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ

- 1) พระราชบัญญัติ การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ได้มีบทบัญญัติดังต่อไปนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“การธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า การประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้และใช้ประโยชน์จากเงินนั้นในทางหนึ่ง

หรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตัวแลกเปลี่ยนหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปรีวรรตต่างประเทศ”.....

“มาตรา 9 ทวิ นอกจากการธนาคารพาณิชย์แล้ว ธนาคารพาณิชย์อาจกระทำธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำ เช่นการเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงิน การรับอาวัลตั๋วเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออกเช็คเตอร์ออฟเครดิต หรือการค้าประกัน หรือธุรกิจทำนองเดียวกันด้วยก็ได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย แต่จะประกอบการค้าหรือธุรกิจอื่นมิได้”

“มาตรา 12 ห้ามมิให้ธนาคารพาณิชย์กระทำการดังต่อไปนี้

(1)

(4) ซื้อหรือมีไว้เป็นประจำซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่

(ก) เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับดำเนินธุรกิจหรือสำหรับพนักงานและลูกจ้างของธนาคารพาณิชย์นั้น โดยได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยในการให้ความเห็นชอบนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้

(ข) เป็นการได้มาจากการชำระหนี้หรือจากการประกันการให้สินเชื่อหรือจากการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้แก่ธนาคารพาณิชย์นั้นจากการขายทอดตลาดโดยคำสั่งศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์”.....

“มาตรา 12 ตริ ธนาคารพาณิชย์ต้องจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ที่ตกเป็นของธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 12 (4) (ข) ภายในห้าปีนับแต่วันที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตกเป็นของธนาคารพาณิชย์ เว้นแต่ธนาคารแห่งประเทศไทยจะขยายระยะเวลาให้หรือให้ความเห็นชอบเพื่อใช้เป็นสถานที่ตามมาตรา 12 (4) (ก)”

2) พระราชบัญญัติ ประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“ธุรกิจเงินทุน” หมายความว่า ธุรกิจการจัดหามาซึ่งเงินทุนและใช้เงินนั้นในการประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งจำแนกประเภทได้ดังต่อไปนี้

(1) กิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์

(2) กิจการเงินทุนเพื่อการพัฒนา

(3) กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค

(4) กิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ

(5) กิจการเงินทุนอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง....”

“มาตรา 11 ห้ามมิให้ผู้ใดนอกจากบริษัทเงินทุนประกอบธุรกิจเงินทุน”

“มาตรา 20 ห้ามมิให้บริษัทเงินทุนกระทำการดังต่อไปนี้”

(1) ลดทุนหรือเพิ่มทุนโดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการอนุญาตรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ก็ได้

(2) ซื้อหรือมิไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่

(ก) ...

(ข) เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่บริษัทเงินทุนได้มาจากการชำระหนี้การประกัน การให้กู้ยืมหรือการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่รับจ้างไว้จากการขายทอดตลาด โดยคำสั่งศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แต่ต้องจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวภายในสามปีนับแต่วันที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตกมาเป็นของบริษัทเงินทุน หรือภายในระยะเวลาที่นานตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย หรือ.....

(6) ประกอบกิจการอื่นใดนอกจากธุรกิจเงินทุนในประเภทที่ได้รับอนุญาต เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการอนุญาตนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้...”

นอกจากนี้ ธนาคาร บริษัทเงินทุน และบริษัทหลักทรัพย์จะประกอบธุรกิจหรือดำเนินกิจกรรมได้เพียงเท่าที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้แล้ว ธนาคาร บริษัทเงินทุน และบริษัทหลักทรัพย์ผิดถูกจำกัดความสามารถโดยจะดำเนินธุรกรรมได้เพียงเท่าที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดเท่านั้น ดังนั้น การที่ผู้ให้กู้ได้ตกลงไว้ในสัญญาผู้ยืมกับลูกหนี้ว่า หากลูกหนี้ดำเนินกิจการไม่เสร็จหรือผิดนัดชำระหนี้ ผู้ให้กู้มีสิทธิเข้าสวมสิทธิของลูกหนี้ได้นั้น จะสามารถดำเนินการตามสัญญาได้หรือไม่ เนื่องจากหากมีกฎหมายพิเศษอื่นใดที่กำหนดให้ผู้ทำกิจการต้องขอใบอนุญาตสัมปทานหรือใบอนุญาตอื่น ๆ จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยต้องปฏิบัติตามขั้นตอนวิธีการตามกฎหมายพิเศษนั้นๆ ก่อน เช่น การทำกิจการทำไม้และแปรรูปไม้หวงห้าม ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้อย่อมเข้าดำเนินการไม่ได้เนื่องจากขัดกับกฎหมายการประกอบกิจการธนาคารหรือสถาบันการเงิน

ในมาตรา 9 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มีหลักการว่า นอกจากการสถาบันการเงินที่เป็นธนาคารพาณิชย์แล้ว ธนาคารจะประกอบการค้าหรือธุรกิจอื่นมิได้ หลักการนี้ บัญญัติขึ้น เพื่อมิให้สถาบันการเงินไปดำเนินการประกอบธุรกิจอื่นที่ตนเองไม่มีความชำนาญ ทำให้เกิดความเสียหายอันจะส่งผลกระทบต่อฐานะการเงินของธนาคาร หากธุรกิจได้รับความเสียหาย

ทางปฏิบัติของธนาคาร เมื่อมีการบังคับจ้างเอาทรัพย์สินจ้างออกขายทอดตลาด ธนาคารสามารถเข้าซื้อทรัพย์สินจ้างจากการขายทอดตลาดได้ เพื่อให้ได้ราคาที่เหมาะสมจะได้นำเงินมาชำระหนี้ และมีให้สร้างภาระ NPL (สินเชื่อที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้) กับธนาคาร หากเป็นเรื่องการ

บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ซึ่งในหลักของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกิจการ จะรวมทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่ประกอบขึ้นเป็นกิจการ¹ ปัญหาอยู่ที่ว่าหาก อสังหาริมทรัพย์นั้น รวมสังหาริมทรัพย์ที่ประกอบขึ้นเป็นกิจการ ธนาคารจะสามารถเข้าซื้อเพื่อให้ได้ราคา พอสมควรได้หรือไม่ เพราะไม่ใช่ธุรกิจของธนาคาร แต่หากจะอ้างว่าการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ จะมีผู้บังคับประกันทำหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินอยู่แล้ว ปัญหาผู้บังคับหลักประกันจะมีความ ชำนาญและความสามารถเพียงพอหรือในการดูแลและจำหน่ายหลักประกัน ซึ่งเป็นที่คาดได้ว่าก็จะ เป็นปัญหาเช่นเดียวกับ ปรส. เช่นกัน

ตามกฎหมายหลักประกันของไทยมิได้กำหนดระบบบังคับหลักประกันที่เป็น กิจการขึ้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายหลักประกันแม่แบบของประชาคมยุโรป กล่าวคือ

1) เมื่อมีการจัดแจ้งหลักประกันที่เป็นกิจการ ผู้รับหลักประกันสามารถเลือกที่จะ บังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการทั้งกิจการ โดยผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการดังกล่าว ต่อไป หรือจะบังคับและจำหน่ายหลักประกันโดยดำเนินการกับทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการแยกเป็นชิ้นๆ

2) ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการผู้รับหลักประกันต้องแต่งตั้งผู้บริหาร กิจการชั่วคราวเพื่อเข้าไปบริหารหลักประกันที่เป็นกิจการ และจำหน่ายกิจการในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

ผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะเข้าไปบริหารหลักประกันที่เป็นกิจการทันทีที่ส่งหนังสือ บอกกล่าวบังคับหลักประกันแก่ผู้ให้หลักประกัน (Article 25.7)

ผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะเข้าไปบริหารหลักประกันที่เป็นกิจการทันทีที่ส่งหนังสือ บอกกล่าวบังคับหลักประกันแก่ผู้ให้หลักประกัน (Article 25.7) โอนโดยตรง การขายในท้องตลาด การขายทอดตลาดโดยรัฐ หรือการประมูลขายโดยเอกชน (Article 25.19)

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงกรมบังคับคดี ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการขายทอดตลาด จะเห็นได้ว่ายังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรในการขายทรัพย์สินทอดตลาด

ด้วยเหตุนี้ กรมบังคับคดีแม้จะมีนโยบายเพื่อส่งเสริมการขายทอดตลาดหลักทรัพย์ โดยได้รับความร่วมมือจากสถาบันการเงินหลายแหล่งในการอนุมัติสินเชื่อแก่ผู้ซื้อทรัพย์สินที่ขาย ทอดตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์จำพวกบ้านและที่ดิน แต่ก็ยังปรากฏปัญหาการ ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินอยู่ดี ด้วยเหตุนี้การสนับสนุนให้เอกชนเป็นผู้บังคับคดีและขาย ทอดตลาดจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นรวมทั้งการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่บริหารกิจการ ของลูกหนี้จะต้องมีความเหมาะสม และจำเป็นจะต้องกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่ง อย่างชัดเจน

Model law on Secured Transactions ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมาย เกี่ยวกับการแต่งตั้ง และคุณสมบัติของผู้บริหารกิจการไม่ว่าผู้บริหารกิจการต้องเป็นนักบัญชีวิชาชีพ หรือทนายความต้องไม่เป็นผู้ถือหุ้น หรือผู้มีอำนาจจัดการ (Article 25.6¹³) และในการดำรงตำแหน่ง ของผู้บริหารกิจการจะสิ้นสุดเมื่อถึงแก่ความตาย มีหนี้สินล้นพ้นตัว ลาออก ถูกปลดโดยผู้จัดการ หรือโดยศาล หรือเมื่อมีการขายกิจการ (Article 25.11)¹⁴ และเมื่อการดำรงตำแหน่งของผู้บริหาร กิจการสิ้นสุดลง ต้องมีการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการขึ้นใหม่ คุณสมบัติของผู้บริหารกิจการตามที่กล่าว มานี้ เป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้กิจการดำเนินต่อไปได้ และเพื่อความเป็นธรรมทั้งแก่เจ้าหนี้และ ลูกหนี้ในการหาบุคคลที่มีความเป็นกลาง มีความรู้ความสามารถเข้ามาดำเนินงาน เพื่อให้กิจการนั้น ดำเนินต่อไปได้ และผู้บริหารกิจการมีวาระในการดำรงตำแหน่ง โดยสามารถถูกถอดงานโดยผู้ถือ หุ้นและศาล

นอกจากนี้ หากพิจารณาการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ คงจะต้องบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไปที่ละชิ้นตามสภาพแห่งทรัพย์ และอาจเกิดปัญหาใน การบังคับคดีกับทรัพย์สินบางประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้นว่าจะสามารถทำได้ หรือไม่เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายรับรองการนำทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันดังที่ได้กล่าว ไปแล้ว

4.2.7 การประเมินสินทรัพย์ของกิจการ

การประเมินราคาทรัพย์สิน มีวัตถุประสงค์ต่างๆ กัน เช่น เพื่อเป็นหลักทรัพย์ในการ จดจำนอง เพื่อซื้อขาย เพื่อทราบมูลค่าของทรัพย์สินที่ถือครอง และเพื่อการลงทุน ทรัพย์สินใน กิจการประเภทต่างๆ อาทิ เช่น ที่ดิน อาคาร สำนักงาน โรงงานอุตสาหกรรม โกดังคลังสินค้า เครื่องจักรกล เรือ พาหนะ ทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ซอฟต์แวร์ เหล่านี้เมื่อจะนำไปเป็นหลักประกัน

¹³ Article 25.6 “In order for the appointment of the enterprise administrator to be valid

25.6.1 he must be a qualified accountant or lawyer)

25.6.2 he must not be a chargeholder or the charge manager”

¹⁴ Article 25.11 “The appointment of an enterprise administrator terminates upon

2.5.11.1 his death; or

25.11.2 his becoming incapable of performing his obligations; or

25.11.3 his resignation; or

25.11.4 his being removed by the chargeholder; or

25.11.5 his being removed by the court; or

25.11.6 the transfer of the enterprise by way of sale

ในการขอสินเชื่อจากผู้รับหลักประกัน หรือผู้ให้กู้ หรือเมื่อต่อมาลูกหนี้ผิดนัด หรือผิดสัญญาที่จะมีการบังคับเอาหลักประกันเหล่านี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ได้นำกิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น เมื่อมีการผิดสัญญา การบังคับเอาหลักประกันก็ต้องบังคับทั้งกิจการพร้อมกัน มิได้แยกว่าบังคับเอาข้อสังหาริมทรัพย์ชิ้นหนึ่งชิ้นใด ในการประเมินราคาทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งกิจการจึงต้องเกิดมาเป็นกรรมแก่ลูกหนี้ ซึ่งอาจเกิดปัญหาในการประเมิน ซึ่งราคาที่ประเมินอาจต่ำกว่าความเป็นจริง ทำให้ลูกหนี้ได้รับความเสียหายจากการที่ยังคงต้องรับภาระในหนี้สินค้างชำระ หลังจากขายทรัพย์สินได้ไม่พอชำระหนี้ หรือในกรณีที่มิบุคคลผู้หวังผลกำไรจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ ถ้าผู้ประเมินราคาทรัพย์สินมีความไม่สุจริต ประเมินราคาต่ำกว่าความเป็นจริง หรือให้บุคคลที่มาซื้อทรัพย์สินของลูกหนี้ นำทรัพย์สินไปขายต่อในราคาที่สูงขึ้นมาก ก็จะเกิดความไม่เป็นธรรมและเสียต่อเจ้าหนี้ และลูกหนี้เป็นอย่างมาก

ทรัพย์สินบางประเภทในกิจการ อาจมีปัญหาการประเมินราคา เช่น ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า อาจเกิดความเป็นธรรมต่อทั้งเจ้าหนี้ลูกหนี้ และบุคคลภายนอกผู้เข้ามารับโอนกิจการ เนื่องจากทรัพย์สินเหล่านี้ไม่มีราคากลางที่จะกำหนดเป็นมูลค่าการซื้อขายกันได้ เมื่อเปรียบเทียบกับทรัพย์สินประเภทอื่น เช่น ที่ดิน ในการซื้อขายนั้นจะมีราคาประเมินของกรมที่ดินกำหนดเอาไว้ และยังมีราคาตลาดที่ประชาชนทั่วไปซื้อขายกัน แต่การซื้อขยาลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรต่างๆ มูลค่าของทรัพย์สินเหล่านี้ พึ่งประเมินตามราคาของผู้ซื้อขายกันเอง เช่น ซอฟต์แวร์บางชนิดอาจมีราคาถูก บางชนิดอาจมีราคาแพง การกำหนดราคาขึ้นอยู่กับความพอใจของผู้ซื้อขาย ดังนี้ การประเมินราคาทรัพย์สินของทั้งกิจการที่นำมาเป็นหลักประกันจึงอาจต้องแยกตามประเภททรัพย์สินว่าทรัพย์สินชนิดใดมีมูลค่าราคากลางที่นำมากำหนดได้ ทรัพย์สินชนิดใดไม่มีมูลค่าราคากลางมากำหนด มูลค่าก็ขึ้นอยู่กับตกลงกันของคู่สัญญา เมื่อประเมินราคาทรัพย์สินในแต่ละประเภทแล้วจึงนำราคาที่ประเมินได้เหล่านั้นมารวมกัน จึงได้มูลค่าของทั้งกิจการ

4.3 วิเคราะห์รูปแบบความเป็นไปได้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้กิจการเป็นหลักประกันโดยการเปรียบเทียบกับ Model Law ของประเทศประชาคมยุโรป และประเทศในกลุ่ม Common Law

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การนำเอากิจการมาเป็นหลักประกันนั้นยังไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ผู้ให้กู้จึงได้พยายามเลี่ยงข้อจำกัดของกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยใช้หลักการทางสัญญาและการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้ โดยกำหนดในสัญญาผู้ยืมเงินว่า หากกิจการดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้แล้วเสร็จหรือนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดนัดชำระหนี้ ผู้ให้กู้มีสิทธิเข้าดำเนินกิจการดังกล่าวแทนหรือให้บุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการดังกล่าวได้ นอกจากนั้น ผู้ให้กู้

ยังกำหนดให้นิติบุคคลเจ้าของกิจการ โอนสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับกิจการให้แก่ผู้ให้กู้ ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาและสิทธิเรียกร้องตามที่กล่าวมาแล้ว

ทั้งนี้ หากพิจารณาตาม Model Law on Secured Transactions ได้กำหนดว่า ในการทำสัญญาหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันสามารถนำกิจการทั้งหมดมาเป็นหลักประกันได้ โดยต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยในการจดทะเบียนต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหลักประกันนั้นเป็นกิจการและเมื่อสัญญาหลักประกันมีผลตามกฎหมายแล้ว เมื่อลูกหนี้ผิดนัดหรือผิดสัญญาและผู้รับหลักประกันได้มีหนังสือบอกกล่าวทวงถามแล้ว จะก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับหลักประกันในการที่จะเลือกบังคับหลักประกัน โดยการจำหน่ายหลักประกันหรือบังคับหลักประกันในลักษณะที่ให้กิจการนั้นสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ หากผู้รับหลักประกันเลือกที่จะบังคับหลักประกันในลักษณะที่ให้กิจการนั้นสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยที่ผู้รับหลักประกันจะตั้งผู้บริหารกิจการ เพื่อเข้ามาควบคุมและจัดการกิจการแทนนิติบุคคลเจ้าของกิจการเดิม ซึ่งผู้บริหารกิจการแทนมีหน้าที่ต้องดำเนินกิจการต่อไปให้แล้วเสร็จ และหากผู้บริหารกิจการเห็นว่า กิจการไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ต้องแจ้งให้ผู้รับหลักประกันทราบเพื่อดำเนินการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการต่อไป โดยการจำหน่ายจะดำเนินการตามวิธีการที่ผู้บริหารกิจการกำหนด และผู้ซื้อกิจการจากการจำหน่ายดังกล่าวขอมได้ไปซึ่งกิจการทั้งหมดโดยปลอดภาระหลักประกัน

จะเห็นได้ว่า Model Law on Secured Transactions ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไว้ในลักษณะเดียวกันว่า ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันได้นำกิจการมาเป็นหลักประกันและได้ทำตามแบบวิธีที่กำหนดแล้ว หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้หรือผิดสัญญา ผู้ให้กู้ซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันมีสิทธิบังคับหลักประกันในลักษณะที่ให้กิจการสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ซึ่งผู้รับหลักประกันมีสิทธิบังคับหลักประกันโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลยุติธรรมและสามารถกำหนดวิธีการจำหน่ายหลักประกันได้ด้วยตนเอง

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการแก้ไขปัญหของกฎหมาย Model Law on Secured Transactions ในหลักการที่ว่า เมื่อกฎหมายได้ยอมรับให้มีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันแล้ว ก็ควรที่จะกำหนดให้ผู้ให้กู้ซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันมีสิทธิบังคับหลักประกันในลักษณะให้กิจการดำเนินการต่อไปได้ เนื่องจากก่อนที่ผู้ให้กู้จะพิจารณาปล่อยสินเชื่อให้แก่นิติบุคคลเจ้าของกิจการ ผู้ให้กู้จะพิจารณาจากความเป็นไปได้ของกิจการว่า หากกิจการสามารถดำเนินกิจการให้แล้วเสร็จจะก่อให้เกิดรายได้เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้กู้ และในสัญญากู้ยืมเงิน นิติบุคคลเจ้าของกิจการก็ไม่มีทรัพย์สินใดๆ ที่มีมูลค่ามากพอที่จะนำมาเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน ดังนั้น เมื่อนิติบุคคลเจ้าของกิจการผิดสัญญากู้ยืมเงิน โดยจะเป็นกรณีที่ไม่สำเร็จหรือผิดนัดชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินก็ตาม ก็ควรจะมีกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ให้กู้มีสิทธิบังคับกับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ดังกล่าวได้ เพื่อให้มีการดำเนินกิจการดังกล่าวต่อไปให้แล้วเสร็จหรือมีการดำเนินกิจการจนเกิดรายได้เพียงพอที่จะมาชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้กู้ได้

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของปัญหาของวิธีการบังคับหลักประกันนั้น ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับวิธีการบังคับหลักประกันตาม Model Law on Secured Transactions ที่กำหนดให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวเข้ามาบริหารกิจการและพิจารณาว่ากิจการจะดำเนินต่อไปได้หรือไม่ หากกิจการไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ให้แจ้งให้ผู้รับหลักประกันทราบ เพื่อจำหน่ายหลักประกันตามวิธีการที่ผู้บริหารกิจการชั่วคราวกำหนด

ในประเด็นดังกล่าวข้างต้นนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการดำเนินการบังคับหลักประกันควรจะดำเนินการผ่านกระบวนการศาลยุติธรรมและให้เจ้าหนี้ทั้งหลายของกิจการเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน กล่าวคือ เมื่อผู้รับหลักประกันมีเหตุที่จะบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการต้องยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้มีคำสั่งไต่สวนคำร้องและต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าเหตุอันควรบังคับหลักประกันและสามารถจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะให้ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ เพื่อให้มีคำสั่งต่อไป เหตุผลที่ผู้วิจัยมีความเห็นดังกล่าวนี้ เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่า การดำเนินการผ่านกระบวนการยุติธรรมเป็นระบบที่สังคมไทยยอมรับและหากให้บุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้พิจารณาแทนศาลยุติธรรมก็จะเป็นการลดบทบาทของระบบศาลยุติธรรมไป อีกทั้งศาลยุติธรรมก็อยู่ในสถานะเป็นคนกลาง ไม่มีส่วนได้เสียกับฝ่ายใด ส่วนในประเด็นที่ว่าศาลยุติธรรมไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในส่วนนี้ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันสามารถนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าเบิกความให้ศาลเห็นถึงเหตุอันควรบังคับหลักประกันและวิธีการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะให้ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจชี้แจงนำพยานหลักฐานและมีคำสั่งต่อไปได้

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรจะต้องมีการตรากฎหมายขึ้นมาโดยเฉพาะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในการนำเอากิจการเป็นหลักประกันขึ้นซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 5

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

โดยที่การใช้กิจการเป็นหลักประกันย่อมเป็นทรัพย์สินที่ทำให้เจ้าหนี้ มีความมั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้ จากลูกหนี้ และในส่วนของลูกหนี้ โดยเฉพาะผู้ประกอบการย่อมที่จะได้รับความเชื่อถือจากเจ้าหนี้ ในการที่จะรับสินเชื่อ เพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินกิจการ อย่างไรก็ตามการนำกิจการมาเป็นหลักประกันหนี้ได้นั้น ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น เจ้าหนี้และลูกหนี้จึงต้องนำเอาทรัพย์สินของกิจการในแต่ละส่วนมาใช้เป็นหลักประกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จำกัดไว้แต่เพียงการจำนองและจำนำ รวมไปถึงกฎหมายพิเศษอื่นๆ ได้แก่ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เป็นต้น เท่านั้น

ทั้งนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจฟ้องร้องและดำเนินการบังคับคดีตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจำนองและจำนำ

5.1.1 การจำนอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติรับรองอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภทเท่านั้น ให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันเพื่อจำนองได้ ในกรณีที่มีการบังคับจำนองก็จะดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด

5.1.2 จำนำ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติรับรองเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่สามารถนำมาจำนำได้ แต่ก็มีอุปสรรคในการที่จะต้องส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนำ ทำให้ลูกหนี้ผู้จำนำไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ ได้แก่การประกันสินค้า เป็นต้น รวมไปถึงการจำนำสิทธิบางประเภทก็ยังไม่มีความหมายระบุไว้ชัดเจน ทำให้ต้องมีการตีความจากตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่แน่นอน เช่น การจำนำสิทธิในเงินฝาก เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่อไป

5.1.3 พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514

เป็นกฎหมายที่ทำให้ผู้ประกอบการสามารถนำเอาเครื่องจักรซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์มาจดทะเบียนจำนองได้ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่ง

ก่อให้เกิด ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ได้แก่ การเปิดเผยที่ยังไม่กว้างขวางและแพร่หลายของ ทะเบียนจํานองเครื่องจักร การจัดลำดับบุริมสิทธิของเครื่องจักร การจัดลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ ผู้รับหลักประกัน การคุ้มครองบุคคลภายนอก การคัดเลือกหาผู้บริหารกิจการ การประเมินราคา ทรัพย์สินทั้งกิจการ ซึ่งจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

ในปัจจุบัน ได้มีการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนที่มีหลักการพื้นฐานคือ ให้ประชาชนนำที่ดิน และทรัพย์สินติดกับที่ดิน ทรัพย์สินทางปัญญา เครื่องจักร หนังสืออนุญาตให้ใช้ที่ดินสาธารณะ สัญญาเช่า เช่าซื้อ นำมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ โดยมีธนาคารของรัฐ โดยเฉพาะธนาคารเพื่อการเกษตร และสหกรณ์การเกษตร ธนาคารออมสิน เป็นแกนหลักในการกระจายสินเชื่อ ซึ่งมี แนวนโยบาย กรอบทิศทาง หรือแนวทางการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ดังนี้

1. เร่งรัดการออกเอกสารสิทธิ สัญญาเช่า หนังสืออนุญาต
2. มีการประเมินสินทรัพย์ที่ถูกต้องและเป็นธรรม
3. มีระบบระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House)
4. ให้มีฐานข้อมูลกลาง
5. มีข้อตกลงกับสถาบันการเงิน
6. การจัดทำแผนปฏิบัติการ
7. ให้มีการศึกษานโยบายระยะยาว

ด้วยปัจจุบันทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสินทรัพย์ประเภทหนึ่ง กรมทรัพย์สินทางปัญญา จึงเป็นเจ้าภาพหลักในการดำเนินการตาม โครงการแปลงสินทรัพย์ให้ เป็นทุน เพื่อให้การดำเนินงาน เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ของ โครงการแปลงทรัพย์สินทาง ปัญญาเป็นทุน โดยในระยะแรกทรัพย์สินที่นำมาแปลงเป็นทุน คือ สุราแช่ กล้ายไม้ และซอฟต์แวร์ โดยสถาบันการเงินที่ร่วมโครงการ จะพิจารณาถึงการดำเนินธุรกิจ การสร้างรายได้ในอนาคตของผู้ กู้ รวมทั้งแผนธุรกิจ (Business Plan หรือ Proposal) เพื่อปล่อยสินเชื่อ โดยเน้นถึงหลักประกันเป็น สำคัญ จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่า ภาครัฐได้เริ่มคำนึงถึงความสำคัญของทรัพย์สินบางประเภทที่ ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ เช่น ซอฟต์แวร์ เป็นต้น แต่การดำเนินการดังกล่าวมิได้มีบัญญัติ กฎหมายขึ้นมารองรับ เป็นเพียงมาตรการที่จัดทำขึ้นเพื่อช่วยประชาชนผู้ยากจน ซึ่งมีความต้องการ กู้เงินจากสถาบันการเงิน แต่ไม่มีหลักประกันที่มั่นคงตามกฎหมายหลักประกันที่มีอยู่เดิม

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เพื่อให้ธุรกิจต่างๆ ไม่ว่าจะขนาดเล็ก หรือขนาดใหญ่ สามารถใช้กิจการ ของตนเป็นหลักประกัน เพื่อเป็นการเพิ่มมูลค่าของสินทรัพย์บางประเภทที่ไม่สามารถนำมาเป็น

หลักประกันได้ และเพื่อคุ้มครองผู้รับกิจการเป็นหลักประกัน จึงสมควรตรากฎหมายให้สามารถรับหลักประกันที่เป็นกิจการ โดยมีหลักการดังต่อไปนี้

5.2.1 ต้องมีการให้คำจำกัดความไว้ในกฎหมายว่า “กิจการ” หมายถึง ทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการที่ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินทั้งหมดที่ตนใช้ในการประกอบธุรกิจมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

นอกจากนี้ กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันสามารถโอนสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจได้ เช่น สิทธิบัตร ประทานบัตร สัมปทาน เป็นต้น

5.2.2 การบังคับคดี ที่เป็นกิจการ ควรนำเอาวิธีการ Administrative ของประเทศอังกฤษมาใช้ โดยการให้คู่กรณีตกลงให้มีบุคคลผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญด้านการบริหารกิจการมาเป็น “ผู้บังคับหลักประกัน” เพื่อมีอำนาจและหน้าที่จัดการ กิจการที่เป็นหลักประกัน ตรวจสอบ และประเมินทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และจัดสรรการชำระหนี้

5.2.3 ผู้บริหารกิจการชั่วคราว ซึ่งบริหารกิจการแทนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ควรมีความสมบัติตามหลักการที่กำหนดไว้ใน Model Law on Transactions ที่กำหนดว่า ผู้บริหารกิจการต้องเป็นนักบัญชีวิชาชีพ หรือทนายความ เนื่องจากการบริหารจัดการต้องดำเนินการ โดยผู้ที่มีความรู้เป็นพื้นฐานเพื่อดำเนินกิจการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมีความเข้าใจในบัญชีหนี้สินและทรัพย์สินของกิจการ และผู้บริหารกิจการต้องไม่เป็นผู้ถือหุ้น เนื่องจากหากผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในหนี้สิน และรายได้หรือผลกำไรของกิจการ หากผู้ถือหุ้นเข้ามาบริหารก็อาจจะดำเนินงานเอินเอียงเข้าข้างตนเอง หรือดำเนินงานไม่เป็นกลาง และไม่สุจริต โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนมากกว่าผลกำไรของกิจการที่นำมาแบ่งปันกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ของกิจการ จึงควรตรากฎหมายกำหนดถึงคุณสมบัติของผู้บริหารกิจการ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน และลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน

5.2.4 การประเมินราคาทรัพย์สินทั้งกิจการ

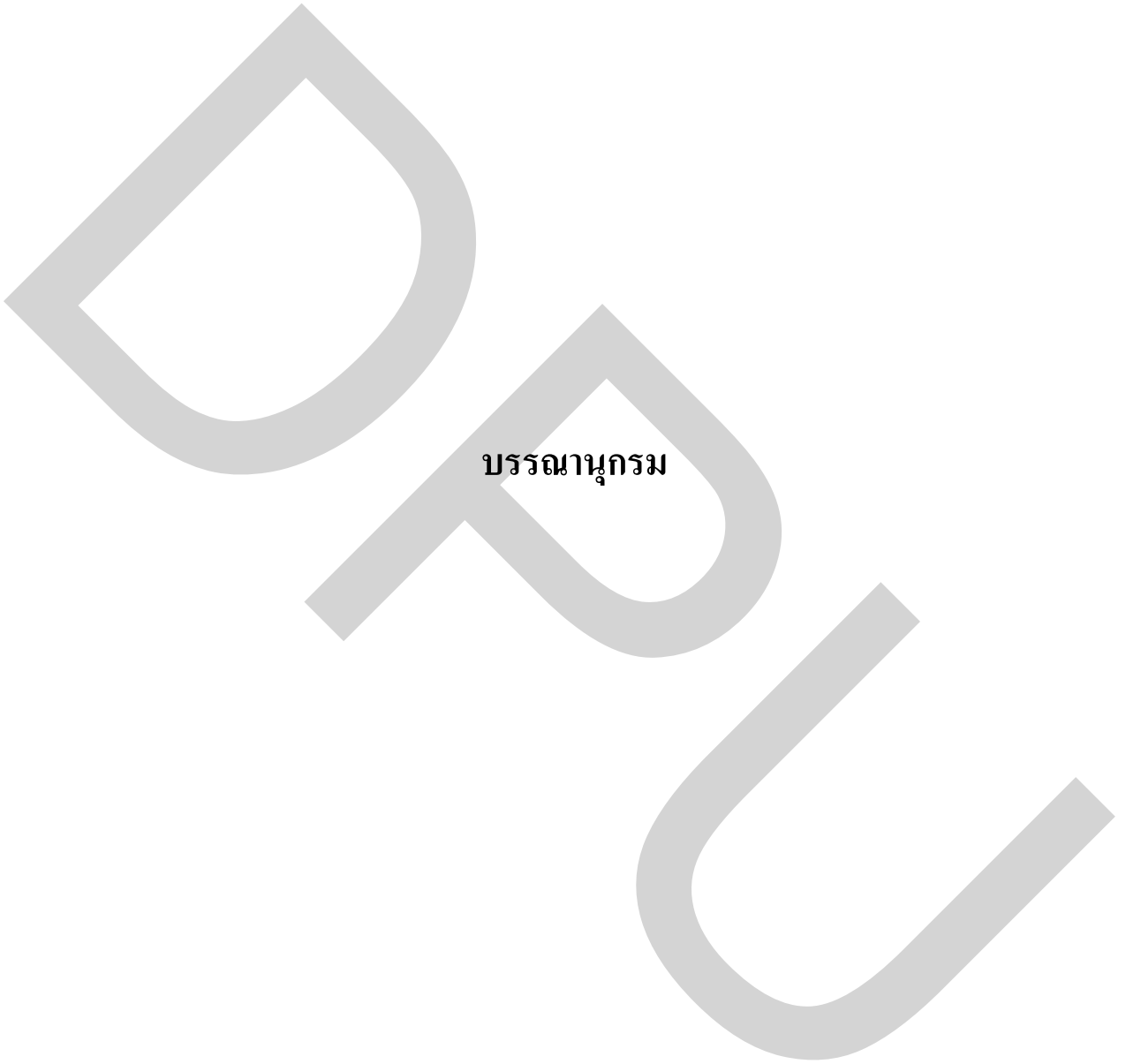
ด้วยการประเมินทรัพย์สินทั้งกิจการมีความสำคัญทั้งในขั้นตอนของการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน และในขั้นตอนของการบังคับหลักประกันเมื่อมีการผิคนัดผิคสัญญาเกิดขึ้น การประเมินทรัพย์สินทั้งกิจการ จึงต้องประเมิน โดยผู้มีความรู้ความสามารถ และมีคุณธรรม จริยธรรม และเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการ โดยผู้ประเมินต้องปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพในการประเมินทรัพย์สิน ผู้ประเมินราคาทรัพย์สินต้องไม่เรียกรับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อย่างใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อทำการหรือคว้นกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้การประเมินราคาไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง หรือเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้วิจัยจึงเห็นควรเสนอให้ตรากฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้ประเมินราคาทรัพย์สินทั้งกิจการขึ้น และกำหนด

รายละเอียดต่างๆ เช่น อัตราค่าจ้างในการประเมิน บทกำหนดโทษของผู้ประเมินราคาหากมีการทุจริต

ปัญหาของการประเมินราคาทรัพย์สินทั้งกิจการ อีกประเด็นหนึ่งก็คือ การแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่จะประเมิน เนื่องจากทรัพย์สินในกิจการมีหลายประเภท และหลายชนิด ทั้งอสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินทางปัญญา ในการประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ หรือ สงหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นวัตถุดิบรูปร่าง มีราคาอาจจับต้องถือครองได้นั้น ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรเสนอตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินราคาทรัพย์สินทั้งกิจการ หามูลค่าทรัพย์สินของทั้งกิจการ เพื่อสะดวกในการบังคับชำระหนี้

5.2.5 ต้องกำหนดลำดับผลการจัดสรรการชำระหนี้ให้ชัดเจน กล่าวคือ

- 1) ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการบังคับหลักประกัน
- 2) ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน
- 3) การชำระหนี้แก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้บูริมสิทธิ
- 4) การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่ขอเฉลี่ยทรัพย์
- 5) ส่วนที่เหลือให้คืนแก่ผู้ให้หลักประกัน



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- จิต เศรษฐบุตร. (2540). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนึ่ง**. กรุงเทพฯ : เดือนตุลา.
- ฉัตร รัตนทัศนีย์. (2518). **คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง** กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชุมพล จันทราทิพย์. (2539). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันจำนอง จำนำ** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทินกร ไผ่แก้ว. (2534). **คู่มือการจดทะเบียนเครื่องจักร** กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- เทพ รุ่งชนาภิรมย์. (2524). **หลักและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเครดิต**. กรุงเทพฯ : หอรัตนชัย.
- บัญญัติ สุชีวะ. (2540). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครปริ้นติ้ง กรุ๊ป.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2529). **ระบบกฎหมายอังกฤษ** กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- พจน์ ปุษปาคม. (2540). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันจำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบูรณสิทธิ**. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ
- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2521). **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาและคำสั่ง** กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ
- เสนีย์ ปราโมช. (2525). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกันจำนอง จำนำ**. กรุงเทพฯ : เสวงสุทธิการพิมพ์.
- โสภณ รัตนากร. (2529). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้** กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.
- สุดา วิสชุดพิชญ์. (2542). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สุรพล วิเศษโกสิน. (2530). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบูรณสิทธิ**. กรุงเทพฯ : อรุณการพิมพ์.

บทความ

อาษา อิศรวิชัย. (2550). “Collateralized Debt Obligation (CDO) และ Subprime Loan.” เอ็ม
แอนด์ ดับเบิ้ลยู, ปีที่ 5, ฉบับที่ 53. หน้า 52-54.

วิทยานิพนธ์

- ดาววิภา. ปาติยะประภา. (2528). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายสิทธิ. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธิดิ คุ่มรัมย์. (2534). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์ กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เนติมา เอื้อธรรมากิมุข. (2538). ปัญหากฎหมายในเรื่องหลักทรัพย์ที่มีสัญญาผู้ซึ่งมีจำนองเป็น
ประกัน. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- สิน สุนพงษ์ศรี. (2550). การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง : ศึกษากรณีโครงการ
ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Bailey J. Henry, Hagedorn B. Richard. (1995). **Secured Transaction**. U.S.A. : West.
- Black, Henry Campbell. (1979). **Black's Law Dictionary** (5 th ed). U.S.A. : West.
- Bradford. Stone. (1995). **Uniform Commercial Code**. U.S.A. : West publishing.
- Calvin W. Corman. (1976). **Commercial Law Case and Materials**. Toronto: Little, Brown.
- John Braithwaite and Peter Drahos. (2000). **Global Business Regulation**. UK: Cambridge
University Press.
- Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz and Frank B. Cross. (1998).
West's Business Law. U.S.A. : International Thomson.

Nicholas Brum. (1987). *Business Law of Accountants* (5th ed). London: Butterworth.

Peter Groves. (1994). *Intellectual property with competition law and practice*. Great Britain: Cavendish.

Ronald A. Anderson, Ivan Fox and David P. Twomey. (1987). **Business Law**. Ohio : South-Western.

ARTICLES

Jie Gan. (2007). "Collateral, debt capacity and corporate investment : Evidence form a natural experiment." **Journal of Financial Economics Volume 85, No. 3**. pp. 709-734.

Menkhoff, Lukas. (2006). "Collateral-base lending in emering markets: Evidence from Thailand". **Journal of Banking Finance, Volume 30, No-1**. pp. 1-21.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

บงกช ชาญศิลป์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี พ.ศ. 2540

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 59 ประจำปีการศึกษา 2549

