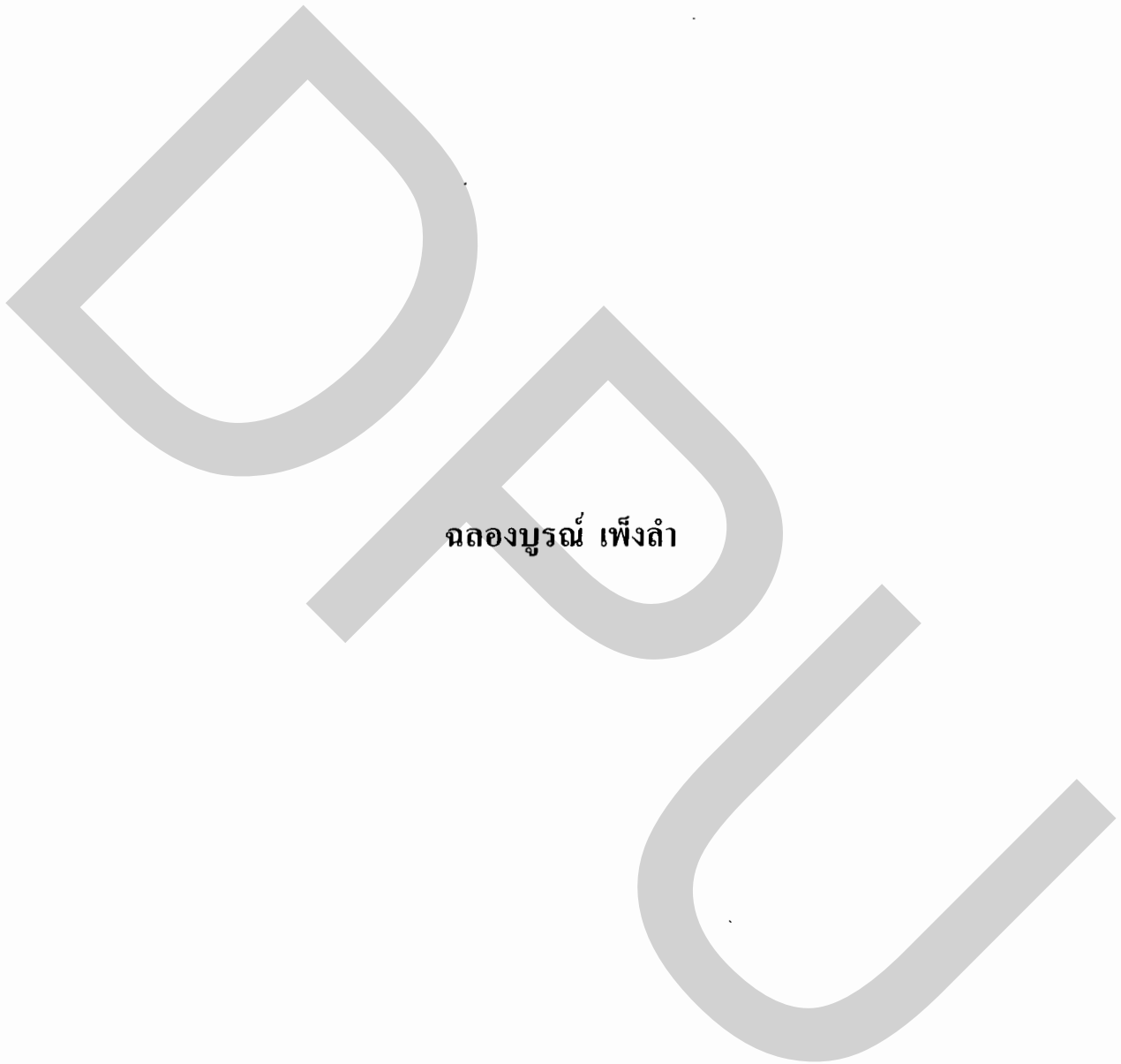




การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย



ฉลองบูรณ์ เฟื่องดำ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2554

**THE ENFORCEMENT OF THE COLLATERAL BUSINESS IN
INSOLVENCY CASE**

CHALONGBOON PANGLUM

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law**

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

เลขทะเบียน.....	0223451
วันลงทะเบียน.....	11 S.H. 2555
เลขวิทยุภาคติดต่อ.....	๖๗
	346.0922
	ศ1530
	0:5543



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย

เสนอโดย พลองบุรณ์ เฟ็งลำ

สาขา นิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โสภะเหมาะ

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร. ชีระ ศรีธรรมรักษ์)

..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โสภะเหมาะ)

..... กรรมการ
(อาจารย์ชีพ จุลมนต์)

..... กรรมการ
(อาจารย์ไกรสร บารมีอวยชัย)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ดร. ธนิตา จิตรน้อมรัตน์)

วันที่ 1 เดือน ธันวาคม พ.ศ. 2554

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ด้วยความกรุณาของรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ เสนอข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ ตลอดจนตรวจและแก้ไข ข้อบกพร่องต่างๆ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่าน ศาสตราจารย์ ดร. ชีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์ ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ชีพ จุลมนต์ และท่านอาจารย์ ไกรสร บารมีอวยชัย ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำชี้แนะข้อบกพร่องต่างๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ คุณอา สมาชิกในครอบครัวทุกท่าน เพื่อนๆ ทุกคน และคุณธีรศักดิ์ สีสะพัฒนา ที่ได้ให้ความสนับสนุน ให้คำปรึกษา และให้กำลังใจ แก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมาจนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงด้วยดี และขอขอบคุณ คุณมินตรา บัวทอง คุณปวรรษ กมลเสรีรัตน์ และคุณนพรัตน์ เนียมคล้าย ที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา และ ให้คำแนะนำต่างๆ จนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบแด่ บุพการี และบูรพาจารย์ทุกท่าน หากมีข้อผิดพลาดและบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ ผู้เดียว

ฉลองบูรณ เพ็งลำ

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.2.3.2	นิติกรรมว่าด้วยการประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Article 9 Secured Transactions ของ Uniform Commercial Code หรือ UCC).....	33
2.3	กฎหมายหลักประกันในประเทศไทย	37
2.3.1	การประกันด้วยบุคคล	37
2.3.2	การประกันด้วยทรัพย์สิน	38
2.3.2.1	การจำนำ.....	39
2.3.2.2	การจำนอง	40
2.3.2.3	บุริมสิทธิ	41
2.3.2.4	สิทธิยึดหน่วง	45
2.3.3	ข้อจำกัดการประกันด้วยทรัพย์สิน	46
2.4	แนวความคิดเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันในคดีล้มละลาย.....	48
2.4.1	วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย.....	49
2.4.2	หลักการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (Pari Passu Principle).....	52
3.	หลักเกณฑ์ในการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายของ ต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย	58
3.1	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลายในกฎหมายต่างประเทศ	58
3.1.1	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลายของประเทศอังกฤษ	58
3.1.1.1	ความหมายของเจ้าหนี้อันมีประกัน	59
3.1.1.2	สิทธิของเจ้าหนี้อันมีประกัน.....	61
3.1.1.3	ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย.....	63
3.1.2	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา	68
3.1.2.1	ความหมายของเจ้าหนี้อันมีประกัน	68
3.1.2.2	สิทธิของเจ้าหนี้อันมีประกัน.....	71

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.1.2.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย.....	72
3.1.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลายของประเทศฝรั่งเศส.....	75
3.1.3.1 ความหมายของเจ้าหนี้อ้างประกัน	76
3.1.3.2 สิทธิของเจ้าหนี้อ้างประกัน.....	77
3.1.3.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย.....	78
3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลายตามแนวทาง การร่างกฎหมายล้มละลายข้ามพรมแดนของ กรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ	82
3.2.1 ความหมายของเจ้าหนี้อ้างประกัน	83
3.2.2 สิทธิของเจ้าหนี้อ้างประกัน	83
3.2.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย.....	84
3.3 การนำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติ หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.	89
3.3.1 ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน.....	90
3.3.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ.....	91
3.3.3 การจดทะเบียนหลักประกันที่เป็นกิจการ	93
3.3.4 สิทธิหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน	94
3.3.5 สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันกับ บุคคลภายนอก	95
3.3.6 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ.....	97
3.3.7 การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ	98
3.3.8 ความระงับสิ้นไปของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ.....	99
3.4 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลายตามกฎหมายของประเทศไทย.....	100
3.4.1 การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	100
3.4.1.1 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี	101

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.4.1.2 ขั้นตอนการบังคับคดี.....	102
3.4.1.3 วิธีการในการบังคับคดี	104
3.4.1.4 ทรัพย์สินที่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี	108
3.4.1.5 ทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี	108
3.4.2 การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติ หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.	110
3.4.2.1 เหตุที่จะต้องบังคับหลักประกัน.....	110
3.4.2.2 กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ	111
3.4.2.3 ผลของคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน	113
3.4.2.4 การคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน.....	114
3.4.3 การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย	116
3.4.3.1 ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน	116
3.4.3.2 สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน.....	119
3.4.3.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย.....	123
4. วิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดี ล้มละลาย.....	126
4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกัน ที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้ บุริมสิทธิในคดีล้มละลาย	126
4.1.1 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้บุริมสิทธิ ในคดีล้มละลาย.....	127
4.1.2 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้บุริมสิทธิ ในคดีล้มละลายของต่างประเทศ	131
4.1.3 วิเคราะห์สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการ ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้ บุริมสิทธิในคดีล้มละลาย.....	136

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกัน ที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้ สามัญในคดีล้มละลาย.....	142
4.2.1 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้สามัญ ในคดีล้มละลาย.....	143
4.2.2 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้สามัญ ในคดีล้มละลายของต่างประเทศ.....	144
4.2.3 วิเคราะห์สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการ ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้ สามัญในคดีล้มละลาย.....	145
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	150
5.1 บทสรุป.....	151
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	152
บรรณานุกรม.....	154
ภาคผนวก.....	160
ภาคผนวก ก. ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. จัดทำโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2545.....	161
ภาคผนวก ข. คำสั่งกรมบังคับคดีที่ 448/2549 เรื่องการปฏิบัติงาน บังคับคดีล้มละลายในสำนวนเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 95.....	187
ประวัติผู้เขียน.....	190

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย
 ชื่อผู้เขียน ฉลองบุรณ พึ่งลำ
 อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
 สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปีการศึกษา 2554

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย เนื่องจากมีการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้น เพื่อเป็นแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายประกันด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกัน และหากลูกหนี้นั้นถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือล้มละลาย เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่ได้จดทะเบียนหลักประกันไว้ก่อนจะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันในคดีล้มละลาย จึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันเป็นลำดับแรกก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่หากหลักประกันที่เป็นกิจการนั้น ไม่คุ้มกับจำนวนหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการ จะส่งผลกระทบต่อเรื่องลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ทำให้เจ้าหนี้นุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันอื่นไม่มีทางที่จะได้รับชำระหนี้เลย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศพบว่า กฎหมายล้มละลายส่วนใหญ่จะกำหนดให้เจ้าหนี้นี้มีประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น หลังจากนั้นจึงจะชำระแก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิและเจ้าหนี้สามัญเป็นลำดับไป โดยกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยกำหนดให้เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว

ผู้เขียนเสนอให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลายหรือการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นี้มีประกันจากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลายทำนองเดียวกับกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย โดยให้เจ้าหนี้นี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการภายหลังเจ้าหนี้นุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลายได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจแล้ว แต่ให้ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ หรือเจ้าหนี้สามัญทั่วไป

Thesis Title The Enforcement of the Collateral Business in Insolvency Case
Author Chalongboon Panglum
Thesis Advisor Associate Professor Dr. Poom Chokmoh
Department Law
Academic Year 2011

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study legal measures concerning the enforcement of business operation as collateral in insolvency cases, since there is the draft of Business Collateral Act B.E. ... to amend the limitation of the law on property collateral pursuant to Civil and Commercial Code by prescribing that debtors are able to take their business operations as collateral. Consequently, in the event that such debtors are ordered absolute property seizure or bankruptcy by court, secured creditors, who registered collateral before being creditors in bankruptcy cases, are entitled to receive the performance from the collateral business operations prior to other creditors. In the event that such collateral business operations do not cover the debt amount of secured creditors with registered collateral business operations, this will affect the priority of debt performance in bankruptcy cases and, as a result, the preferential creditors pursuant to Article 130 (1) – (6) of Bankruptcy Act B.E. 2483 and other unsecured creditors will be unable to receive the performance.

Comparing with the foreign bankruptcy laws, it is found that most of bankruptcy laws prescribe that creditors with Fixed Charge are entitled to receive the performance from collateral property prior to other creditors and after that the preferential creditors and the ordinary creditors will receive the performance respectively. The Insolvency Act of Great Britain prescribes that secured creditors with Floating Charge are entitled to receive the performance after the expense incurred in the insolvency proceedings and the debt of preferential creditors have already paid.

The researcher opinionates that there should be the amendment regarding the enforcement of business operations as collateral in insolvency cases or the performance to secured creditors from debtors' business operations as collateral in insolvency cases in the same

direction as in the Insolvency Act of Great Britain by allowing secured creditors to receive the performance from collateral business operations after the debt performance satisfies preferential creditors pursuant to the law of bankruptcy but before the performance is made to other creditors or ordinary creditors.



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจขององค์กรในทางธุรกิจไม่ว่าจะขนาดเล็ก ขนาดกลาง หรือขนาดใหญ่ และไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นใหม่ หรือประกอบกิจการอยู่แล้ว จำต้องอาศัยเงินทุนในการที่จะเจริญเติบโต ขยายตัวและปรับปรุงพัฒนาให้ดีขึ้นได้ ผู้ประกอบการในภาคธุรกิจจึงต้องแสวงหาแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินประเภทต่างๆ เพื่อความมั่นใจในการที่เจ้าหนี้ (สถาบันการเงิน) จะได้รับชำระหนี้ได้อย่างแน่นอน ลูกหนี้ (ผู้ประกอบการธุรกิจ) จำต้องหาหลักประกัน เพราะเมื่อถึงกำหนด เวลาชำระหนี้เจ้าหนี้จะสามารถใช้สิทธิบังคับเอาจากหลักประกันนั้นเป็นการทดแทนเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ได้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจแบ่งการประกันหนี้ได้สองประเภท คือ การประกันหนี้ด้วยบุคคล หรือที่เรียกว่าการค้ำประกัน และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ในลักษณะของการจำนองและการจำนำ นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่านถือว่าบูรณสิทธิและสิทธิยึดเหนี่ยวเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิด โดยผลของกฎหมายด้วย

การให้หลักประกันด้วยทรัพย์สิน คือ การจำนองและการจำนำตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่างก็มีข้อจำกัด กล่าวคือ กรณีจำนำนั้น เฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะนำมาจำนำได้และต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วย หลักการดังกล่าวไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์หลายอย่าง เช่นสินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เรือเดินทะเล เป็นต้น ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ทั้งที่สังหาริมทรัพย์เหล่านี้มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากผู้จำนำจำเป็นต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านี้ในการประกอบการ หากต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนำแล้ว ผู้ประกอบการอาจไม่สามารถประกอบการต่อไปได้¹

ส่วนจำนองนั้นแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองและผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ทรัพย์สินที่จำนองต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนอง ซึ่งเป็นผลดีต่อการประกอบธุรกิจ แต่ทรัพย์สินที่สามารถจำนองได้จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนบางประเภท อันได้แก่ เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ

¹ ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2544). “แนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้.” วารสารกฎหมายปกครอง, 20, 1. หน้า 80-96.

เครื่องจักร² เรือเดินทะเล³ เท่านั้นตามมาตรา 703 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴ ผู้ประกอบการ จึงไม่สามารถนำทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เช่น วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง สิทธิเรียกร้อง ทรัพย์สินทั้งหมดที่ผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจ เป็นต้น มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ อีกทั้งวิธีการบังคับจำนองเป็นไปโดยล่าช้า เนื่องจากจะต้องผ่านกระบวนการทางศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ต้องกระทำตามขั้นตอนตามที่กฎหมายและระเบียบได้กำหนดไว้

เมื่อระบบการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีข้อจำกัดดังกล่าวจึงเป็นเหตุให้เกิดการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้นเพื่อเพิ่มประเภททรัพย์สินบางประเภทที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ กิจการ สิทธิเรียกร้อง ทรัพย์สินทางปัญญา เครื่องจักร สินค้าคงคลัง รวมถึงสิทธิการเช่า ฯลฯ ให้สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้ และผู้ให้หลักประกันยังสามารถใช้ประโยชน์ในหลักประกันต่อไปได้ โดยมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอน ใช้สอย ใช้ในการผลิต นำไปรวมกับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไป และได้ดอกผลของทรัพย์สินนั้น จนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับหลักกฎหมายหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของอังกฤษ และนิติกรรมว่าด้วยการประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Article 9 Secured Transactions ของ Uniform Commercial Code หรือ UCC) ของสหรัฐอเมริกา

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดถึงแบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไว้โดยเฉพาะ คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานทะเบียน โดยเมื่อได้จดทะเบียนการให้หลักประกันแล้ว ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการจะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย ในกรณีที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น การครอบครองทรัพย์สินของกิจการทั้งหมดยังคงอยู่ที่ผู้ให้หลักประกัน (ลูกหนี้) ซึ่งผู้ให้หลักประกันมีสิทธิใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอนทรัพย์สินและจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและรวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิตและนำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีครอบครอง

² พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514.

³ พระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริบสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537.

⁴ มาตรา 703 อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใดๆ สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ ก่อจำนองได้คู่กันหากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

- 1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
- 2) แพ
- 3) สัตว์พาหนะ
- 4) สังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ

เพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันด้วย จนกว่าจะมีการบังคับหลักประกัน โดยมีข้อยกเว้นว่า ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปจำหน่ายเพื่อเป็นการประกันหนี้ต่อไปไม่ได้ มิฉะนั้นการจำหน่ายเป็นโมฆะ และเมื่อมีการนำทรัพย์สินอันหนึ่งตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ไว้แก่ผู้รับหลักประกันหลายราย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันเรียงตามวันและเวลาในการจดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันที่ได้จดทะเบียนภายหลัง และหากมีการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปจำหน่ายเป็นประกันการชำระหนี้ด้วย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันและผู้จำหน่ายเรียงตามวันและเวลาที่จดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันหรือผู้จำหน่ายซึ่งได้จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้ที่ได้จดทะเบียนในภายหลัง

ดังนี้ ปัญหาที่ต้องนำมาพิจารณาคือ ในกรณีที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจนั้น หากลูกหนี้มีหนี้ผูกพันมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือลูกหนี้ล้มละลาย บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกัน ทั้งเจ้าหนี้บุริมสิทธิ เจ้าหนี้สามัญ ย่อมได้รับผลกระทบอย่างแน่นอน เนื่องจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย โดยเจ้าหนี้มีประกันอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เพราะเจ้าหนี้มีประกันไม่จำเป็นต้องขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน และเจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน จึงสามารถที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากตัวทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้เต็มตามจำนวนก่อนเจ้าหนี้อื่น ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันจะไม่ถูกยึดเข้ามาในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายแต่อย่างใด แต่การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาเป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที

ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาว่าหากลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือลูกหนี้ล้มละลาย เมื่อหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นไม่คุ้มกับจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่ได้จดทะเบียนหลักประกันก่อนแล้ว จะส่งผลกระทบในเรื่องลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ทำให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิและเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันอื่นจะไม่มีทางที่จะได้รับชำระหนี้เลย เพราะเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากกิจการที่เป็นหลักประกันนั้นก่อนเจ้าหนี้รายอื่น จึงเกิดความไม่เท่าเทียมกันในระหว่างเจ้าหนี้ เนื่องจากกฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับส่วนแบ่งเฉลี่ยจากทรัพย์สิน

ของลูกหนี้โดยเสมอภาคกันตามส่วนแห่งจำนวนหนี้ ทั้งเจ้าหนี้เหล่านี้เองเป็นสถาบันการเงิน บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และอาจจะเป็นภาครัฐหรือเอกชน หากปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น เป็นจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จะเห็นได้ว่าปัญหาที่กล่าวมานี้เป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในการที่ลูกหนี้ นำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ดังนั้นผู้เขียนจึง นำปัญหาดังกล่าวมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศ เช่น ประเทศ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส ว่าได้มีการกำหนดถึงกรณีที่เป็นปัญหาไว้อย่างไร รวมถึงศึกษา แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง สหประชาชาติ (UNCITRAL) ด้วย เพื่อหาทางแก้ไขข้อบกพร่อง และเพิ่มเติมข้อเสนอแนะต่อการ บังคับใช้กฎหมาย และเพื่อประโยชน์สูงสุดร่วมกันของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและลำดับการชำระหนี้ ในคดีล้มละลาย

1.2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและลำดับการชำระหนี้ ในคดีล้มละลายของกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลาย

1.2.4 เพื่อเสนอแนะมาตรการที่เหมาะสมในการนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหา กรณี การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ในคดีล้มละลาย เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในกรณีที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกัน ทางธุรกิจ พ.ศ. และลูกหนี้นั้นถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือล้มละลาย เจ้าหนี้ผู้รับ หลักประกันที่ได้จดทะเบียนหลักประกันไว้ก่อนซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย สามารถบังคับชำระหนี้ได้จากตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องขอรับชำระหนี้ในคดี ล้มละลาย แต่หากหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นไม่คุ้มกับจำนวนหนี้ของผู้รับหลักประกันที่ได้ จดทะเบียนหลักประกันก่อนแล้ว จะส่งผลกระทบต่อเรื่องลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ทำให้ เจ้าหนี้บุริมสิทธิและเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันอื่นจะไม่มีทางที่จะได้รับชำระหนี้เลย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดให้มีการจำกัดสิทธิบางประการของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย หรือการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันมีประกันจากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้ ศึกษาการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. โดยยึดร่างพระราชบัญญัติที่จัดทำโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2545 และศึกษาพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แก้ไขเพิ่มเติม 2547 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเจ้าหนี้อันมีประกันและลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันให้มีความเป็นธรรมต่อผู้ซึ่งเกี่ยวข้องต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาโดยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำราทางวิชาการ ด้วบทกฎหมาย บทความจากวารสาร และเอกสารต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักประกัน การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน สิทธิของเจ้าหนี้อันมีประกัน และลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้อันมีประกันและลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้อันมีประกันและลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายของกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย

1.6.4 ทำให้ทราบถึงมาตรการที่เหมาะสมในการนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหา กรณีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

บทที่ 2

แนวความคิดของกฎหมายหลักประกัน กฎหมายหลักประกัน และ แนวความคิดเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันในคดีล้มละลาย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันจะบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญา แต่เนื่องจากกฎหมายหลักประกันดังกล่าวมีข้อจำกัด เป็นเหตุให้เกิดการรกร้างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ให้นำเอาทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจบางประเภทมาเป็นหลักประกัน ดังนั้นในบทนี้จะได้ศึกษาถึงแนวความคิดของกฎหมายหลักประกัน กฎหมายหลักประกันในแต่ละประเทศ และแนวความคิดเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันในคดีล้มละลาย เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการนำกิจการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย

2.1 แนวความคิดของกฎหมายหลักประกัน

“หลักประกัน” ตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายไว้ว่า เงินสด หลักทรัพย์ หรือบุคคลที่นำมาประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือประกันการชำระหนี้ และพจนานุกรมศัพท์ทางกฎหมายฉบับ Black’s Law Dictionary (7th Edition) ได้ให้ความหมายไว้ว่า หลักประกัน หมายถึง สิ่งที่ให้ไว้เพิ่มเติมแก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นการรับประกันว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนถูกต้อง จะเห็นได้ว่า หลักประกันคือสิ่งที่จะทำให้เจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันมีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้ได้มากกว่าเจ้าหนี้รายอื่นๆ

เจ้าหนี้สามัญซึ่งไม่มีประกันหรือไม่มีบุริมสิทธิ เจ้าหนี้ทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอกันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214

⁵ ราชบัณฑิตยสถาน พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน 2537 (อ้างถึงใน อภินิติบัญญัติวารสาร, (2546). การพัฒนากฎหมายหลักประกัน. หน้า 5.).

⁶ “Security: Collateral given to pledged to guarantee the fulfillment of an obligation; esp., the assurance that a creditor will be repaid (usu. With interest) any money or credit extended to a debtor.” (อ้างถึงใน พีรพร เรื่องรองปัญหา. (2549). ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.: ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย. หน้า 8.).

บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” การที่จะให้ลูกหนี้ชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ละลายเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะต้องฟ้องต่อศาลขอให้พิพากษาให้บังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213⁷ เมื่อศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว การที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จะต้องบังคับคดีโดยการยึดเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้ แต่การบังคับชำระหนี้กับลูกหนี้ อาจประสบปัญหาหากลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ หรือลูกหนี้ยังมีเจ้าหนี้อื่นอีกมาก ทรัพย์สินของลูกหนี้จะต้องนำมาเฉลี่ยตามส่วนของหนี้ ทำให้เจ้าหนี้บางรายไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน

ดังนั้น เจ้าหนี้ส่วนใหญ่จึงต้องการหลักประกันในการชำระหนี้ เพื่อที่เจ้าหนี้จะได้มั่นใจว่าตนจะได้รับชำระหนี้ได้อย่างถูกต้องและครบถ้วน โดยหลักประกันดังกล่าวอาจเป็นการประกันด้วยบุคคลที่เรียกว่า ผู้ค้ำประกัน หรือการประกันด้วยทรัพย์สินที่เรียกว่า การจำนำและการจำนอง การให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้ยังเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ด้วย เนื่องจากลูกหนี้สามารถที่จะหาแหล่งเงินทุนในการประกอบธุรกิจดังกล่าวนั่นเอง

2.2 กฎหมายหลักประกันในต่างประเทศ

ในการศึกษากฎหมายหลักประกันของต่างประเทศนั้น จะกล่าวเฉพาะกฎหมายหลักประกันยุคโรมัน กฎหมายหลักประกันในประเทศอังกฤษ และกฎหมายหลักประกันของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเปรียบเทียบกับการศึกษากฎหมายหลักประกันของประเทศไทย

2.2.1 กฎหมายหลักประกันยุคโรมัน

กฎหมายหลักประกันของโรมันมีอยู่ 3 ลักษณะ ได้แก่

2.2.1.1 การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันแบบ *Fiducia*

เป็นการรักษาทรัพย์สิน หรือเรียกโดยเคร่งครัดว่า กรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน (*Dominium Fiduciarium*) ซึ่งเป็นการส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันส่งมอบได้ยาก เพื่อเป็นหลักประกันหนี้ โดยต้องทำเป็นพิธีการ คือ การยกทรัพย์สินให้ต่อหน้าไพรเตอร์ (*Mancipatio* หรือ *Injure Cessio*)⁸

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละลายเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้”

⁸ ประชุม โจนฉาย. (2546). หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. หน้า 197.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันแบบ Fiducia มีลักษณะเหมือนกับการขายฝากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491⁹

2.2.1.2 การส่งมอบทรัพย์สินเป็นประกันแบบ Pignus

มีลักษณะเดียวกับการจำนำตามมาตรา 747 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰ และพัฒนามาจากการรักษาทรัพย์สิน (Fiducia) กล่าวคือ ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองเหนือทรัพย์สิน ซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ โดยใช้พิธีง่าย ๆ คือ Tradition (หยิบยื่นให้) แต่ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินอยู่ และลูกหนี้ก็มีสิทธิได้รับทรัพย์สินดังกล่าวคืนเมื่อทำการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามสัญญา Pignus มีหน้าที่และสิทธิดังจะกล่าวต่อไป

เจ้าหนี้ (ผู้รับจำนำตามสัญญา Pignus) มีหน้าที่ดังนี้¹¹

1) ต้องทำให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่สภาพเดิมเมื่อหนี้ได้ถูกชำระหรือได้ถูกยกเลิกไปแล้ว

2) ถ้าหากทรัพย์สินที่จำนำนั้นถูกขายต้องทำให้ส่วนที่เหลือกลับคืนสู่สภาพเดิมถ้ามีภายหลังที่ได้ชำระหนี้แล้ว

3) ต้องดำเนินการดูแลการเก็บเกี่ยวด้วยความระมัดระวัง (Exacta diligentia) กล่าวคือ ต้องเก็บเกี่ยวดอกผลของทรัพย์สินนั้นถ้ามี แล้วใช้ชำระดอกเบี้ยก่อนแล้วจึงชำระเงินต้น แต่คู่สัญญาอาจตกลงกัน ให้เจ้าหนี้เก็บดอกผลเป็นดอกเบี้ยก็ได้

4) ในกรณีจำนำสังหาริมทรัพย์ตามปกติ เจ้าหนี้จะใช้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้ เว้นแต่ข้อสัญญาจะยอมให้ใช้ได้ ถ้าเจ้าหนี้นำไปใช้โดยไม่สุจริตจะมีความผิดฐานลักทรัพย์

ส่วนลูกหนี้ (ผู้จำนำตามสัญญา Pignus) มีหน้าที่ดังนี้¹²

1) จ่ายค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ได้จ่ายเพื่อความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินที่จำนำ เช่น ค่ารักษาพยาบาลทาส¹³

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 บัญญัติว่า “อันว่าขายฝากนั้น คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้”

¹⁰ ปิตุกุล จีระมงคลพาณิชย์. (2545). กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ. หน้า 11.

¹¹ แหล่งเดิม.

¹² แหล่งเดิม.

¹³ สมัยก่อนทาสเป็นทรัพย์สินที่ปัจเจกบุคคลโดยทั่วๆ ไปสามารถมีกรรมสิทธิ์เหนือทาสได้ ดังนั้นแล้วทาสจึงสามารถนำมาจำนำได้ (อ้างถึงใน ปิตุกุล จีระมงคลพาณิชย์. เล่มเดิม. หน้า 12.).

2) ค่าชดเชยค่าเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับเพราะการกระทำของทรัพย์สินที่นำมา ถ้าลูกหนี้รู้หรือควรรู้ถึงคุณสมบัติที่อาจก่อความเสียหายนั้นได้ เช่น ลูกหนี้จำหน่ายทาสซึ่งควรรู้ได้ว่าชอบขโมยของ

3) จ่ายค่าเสียหายหากจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งไม่ใช่ของลูกหนี้ และทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกันไป

เจ้าหนี้มีสิทธิเนื่องจากการประกัน Pignus 3 ประการด้วยกัน คือ¹⁴

1) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกัน (Jus possi dendi) จนกระทั่งมีการชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว การครอบครองมิได้ครอบคลุมไปถึงสิทธิใช้สอยและเก็บกินต่อทรัพย์สินซึ่งใช้เป็นประกัน

2) สิทธิในการขายทรัพย์สินที่วางเป็นประกัน (Jus distrahendi) ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้

3) สิทธิในการเก็บทรัพย์สินไว้ หรือสิทธิยึดหน่วง (Jus retentionis) ลูกหนี้อาจโอนทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้ถ้าไม่สามารถชำระหนี้ได้

เดิมจุดประสงค์ของ Pignus คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Res corporalis) อันอาจโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ (Satisfaction) ได้ และต่อมาขอบเขตของ Pignus ก็ขยายรวมไปถึงสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น เช่น การจำยอมหนี้ค้ำชำระจากผู้อื่น

2.2.1.3 การตกลงให้ทรัพย์สินเป็นประกันแบบ Hypotheca

มีลักษณะเดียวกับการจำนองมาตรา 702 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองและไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้และสามารถใช้กับเจ้าหนี้หลายราย โดยเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนรายแรกมีสิทธิดีกว่ารายหลัง¹⁵

ลักษณะของ Hypotheca เป็นข้อตกลงว่าหากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินขึ้นเดียวกันกับเงินกู้ได้หลายครั้ง โดยหลักที่ว่าเจ้าหนี้รายใดได้ก่อ Hypotheca ก่อนจะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนภายหลังได้ ซึ่งลูกหนี้มีหน้าที่แจ้งต่อผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้ของตนว่าได้มีการ

¹⁴ ประชุม โฉมฉาย. เล่มเดิม. หน้า 202.

¹⁵ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. เล่มเดิม. หน้า 11.

ก่อ Hypotheca ขึ้นแล้วหรือไม่ การละเลยในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นเป็นความผิดทางอาญาของลูกหนี้ ดังนั้น การประกันในรูปแบบนี้จึงเป็นคุณแก่ลูกหนี้มากที่สุด

2.2.2 กฎหมายหลักประกันในประเทศอังกฤษ

เนื่องจากกฎหมายหลักประกันในประเทศไทยมีข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายหลักประกันในประเทศอังกฤษเพื่อแสดงให้เห็นถึงรูปแบบหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่มีอยู่เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ที่จะใช้บังคับกับประเทศไทยในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

2.2.2.1 หลักประกันหนี้ตามกฎหมายอังกฤษ

การแบ่งประเภทของหลักประกันตามกฎหมายอังกฤษ หากพิจารณาในส่วนของคุณลักษณะของการประกันอาจแบ่งได้ 2 ประเภท คือ การประกันหนี้ด้วยบุคคลและการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

1) การประกันหนี้ด้วยบุคคล หรือที่เรียกว่าค้ำประกันนั้น คือการใช้ตัวบุคคลมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ การบังคับตามสัญญาประกันจึงไม่มีผลกระทบต่อเจ้าหนี้อื่นที่ไม่มีประกัน เนื่องจากการค้ำประกันเป็นการใช้บุคคลเป็นหลักประกันหนี้มิได้ใช้ทรัพย์สินอย่างการประกันด้วยทรัพย์สิน จึงไม่มีผลทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้น้อยลง

2) การประกันด้วยทรัพย์สิน คือ การใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ ซึ่งมีผลทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน สำหรับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินอาจแบ่งได้อีก 2 อย่าง คือ

(1) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้น โดยผลของกฎหมาย ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ แต่อาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 4 แบบ คือ สิทธิยึดหน่วง (Lien) การหักกลบลบหนี้ตามหลักเอคควิตี้ (Equitable right to set off) การติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลักเอคควิตี้ (Equitable right to trace) และการยึดและอายัดทรัพย์สินของจำเลยตามวิธีการพิจารณาคดีของศาล (Procedural security)¹⁶

(2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา (Consensual Security) ในกฎหมายอย่างแคบตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) จะเกี่ยวข้องกับกรณีโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินประกัน รวมถึงดอกเบี้ยและรายได้จากทรัพย์สินประกัน ยกเว้นคู่สัญญาจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ตามหลักกฎหมายอังกฤษการประกันหนี้

¹⁶ R.M. Goode (อ้างถึงใน วิชา กฎพาณิชย์. (2537). การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ FLOATING CHARGE. หน้า 30.).

ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญาด้วยกัน 4 แบบ คือ จำนำ (Pledge) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (Contractual lien) จำนอง (Mortgage) และเช่า (Charge)¹⁷ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ก. จำนำ (Pledge) มีหลักการสำคัญ คือ เจ้าหนี้จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน จำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ถือว่าการครอบครองทรัพย์สินจำนำ (Possession) เป็นสาระสำคัญของจำนำ เนื่องจากการที่ยังคงให้ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินจำนำอยู่นั้น จะเป็นหนทางที่ทำให้ลูกหนี้หลอกลวงเจ้าหนี้อื่นได้ ในกรณีที่เจ้าหนี้อื่นให้ลูกหนี้กู้ยืมเงิน โดยเจ้าหนี้นั้นเข้าใจว่าลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนั้นในระยะแรกของหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ถือว่าการครอบครองทรัพย์สินจำนำของเจ้าหนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญของจำนำ การ จำนองที่ดินในระยะเริ่มแรกก็มีจุดกำเนิดมาจากการจำนำเหมือนกัน โดยผู้รับจำนองที่ดินจะครอบครองที่ดินที่จำนองไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ จนกระทั่งถึง ค.ศ. ที่ 16 การ จำนองจึงได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบให้ผู้จำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนอง และหลังจากนั้นอีกประมาณ 2 ศตวรรษ จึงสามารถจำนำสินค้าได้ด้วย เนื่องจากได้มีการพัฒนาเอกสารสิทธิต่างๆ ทำให้ขอบเขตของทรัพย์สินจำนำพัฒนาตามไปด้วย จนถึงขณะนี้จะเห็นว่าไม่เพียงแต่สินค้าต่างๆ แม้แต่เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในสินค้าหรือตราสารแห่งหนี้ (Document of title to goods and Instruments embodying a money obligation) ก็สามารถจำนำได้ ยิ่งกว่านั้นไม่จำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำโดยตรง แต่อาจครอบครองโดยปริยาย โดยให้บุคคลภายนอกครอบครองแทน หรือแม้แต่จะให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำเอง เช่น สัญญาทรัสต์รีซีพ (Trust receipt)

ข. สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา¹⁸ (Contractual lien) สิทธิยึดหน่วงโดยการครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่น (Possessory lien) อาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายหรือเกิดจากสัญญาก็ได้ ผลคือ ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ สิทธิยึดหน่วงที่เกิดจากสัญญามีผลแตกต่างกับจำนำในข้อที่ว่า ข้อตกลงในสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิยึดหน่วงจะจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินประกัน และสิทธิยึดหน่วงโดยสัญญาไม่อาจก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันได้ ถ้าหากสิทธิยึดหน่วงโดยสัญญาสามารถทำให้ผู้ทรงสิทธิขายทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ได้ ก็เท่ากับเป็นการจำนำนั่นเอง

ค. จำนอง (Mortgage) มีลักษณะสำคัญ คือ การโอนสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยมีเงื่อนไขชัดเจนหรือโดยปริยายว่า สิทธิในความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน

¹⁷ แหล่งเดิม.

¹⁸ แหล่งเดิม.

ที่เป็นหลักประกันจะโอนกลับคืนมายังลูกหนี้เมื่อหนี้ของลูกหนี้หมดสิ้นลง ซึ่งผู้จำนองยังคงครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ ในขณะที่ผู้รับจำนองจะได้รับสิทธิความเป็นเจ้าของในกรณีทีลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ การจำนองตามกฎหมายอังกฤษแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่¹⁹

— การจำนองตามแบบพิธีของกฎหมาย (Legal Mortgage) คือ การให้หลักประกันตามกฎหมายที่จะต้องทำตามแบบพิธี เช่น การจดทะเบียน เป็นต้น เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง (Mortgagee) ตามแบบพิธีของกฎหมาย โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าลูกหนี้สามารถไถ่ถอนกรรมสิทธิ์คืนได้เสมอ ซึ่งเมื่อมีการไถ่ถอนแล้ว กฎหมายก็จะกำหนดให้ทำการโอนคืนซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นคืนแก่ลูกหนี้ ซึ่งตามความเป็นจริงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองยังคงตกกับผู้จำนอง (Mortgagor) แม้ว่าตามแบบพิธีของกฎหมายนั้นผู้จำนอง (Mortgagor) จะได้ออนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังผู้รับจำนอง (Mortgagee) โดยสิ้นเชิงแล้ว คงเหลือแต่เพียงสิทธิในการไถ่ถอนเท่านั้น การให้หลักประกันประเภทนี้เป็นการสร้างสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Rights over the Property) ซึ่งตามกฎหมายหากผิดนัดไม่ชำระหนี้ในวันที่ครบกำหนด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะตกเป็นของผู้รับจำนอง (Mortgagee) โดยเด็ดขาด การทำสัญญาจำนองแบบนี้จะต้องทำขึ้นตามแบบพิธีที่เหมาะสมแก่ทรัพย์สินแต่ละประเภทที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย

— การจำนองโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา (Equitable Mortgage) เกิดขึ้นจากข้อตกลงหรือข้อสัญญาสามารถทำขึ้นมาได้โดยไม่ผูกพันว่าจะต้องทำตามแบบหนึ่งแบบใด โดยเฉพาะ การทำตามแบบนี้มีความสำคัญน้อยกว่าเนื่องจากการจำนองในลักษณะนี้เป็นการสร้างสิทธิในหลักประกันระหว่างคู่สัญญาหรือนุคคลสิทธิเท่านั้น มิได้สร้างสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน สัญญานี้อาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ และหลักประกันนี้จะครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่มีอยู่ในขณะทำสัญญา และทรัพย์สินในอนาคตด้วย

ง. ชาจ (Charge) การประกันหนี้แบบชาจ ความสำคัญไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครอง หรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันแต่เป็นเรื่องของการตกลงกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภทโดยเฉพาะ (A particular asset of class of asset) เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ผลก็คือ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินประกันประเภทนั้นหรือจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินประเภทนั้นก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่นๆ หรือได้รับชำระหนี้ก่อนบุคคลภายนอกผู้ที่ได้รับทรัพย์สินประเภทนั้นไว้ในความครอบครอง เว้นแต่ผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทนั้นด้วยการซื้อ มา เสียค่าตอบแทนและ

¹⁹ พีรพร เรื่องรองปัญหา. เล่มเดิม. หน้า 28-29.

โดยสุจริต อีกทั้งไม่ทราบว่าเป็นทรัพย์สินประเภทนั้นได้ถูกนำไปใช้เป็นหลักประกันหนี้แบบชาว²⁰ การประกันหนี้แบบชาวแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ²¹

1. หลักประกันหนี้ที่เกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Legal Charge) และเป็นการประกันที่คู่สัญญาแสดงเจตนาสร้างหลักประกันตามกฎหมายและระเบียบที่กฎหมายบัญญัติไว้ การประกันในลักษณะนี้จะสร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันทีโดยผลของกฎหมาย

2. หลักประกันหนี้ที่เกิดจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา (Equitable Charge) เป็นการสร้างหลักประกันที่ไม่มีรูปแบบกำหนดไว้และเป็นการสร้างหลักประกันโดยเจตนาของคู่สัญญา เป็นประกันหนี้ซึ่งเจ้าหนี้ยังไม่ได้สิทธิในทรัพย์สิน ประกันไม่มีการโอนการครอบครองในทรัพย์สินไปให้เจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับหลักประกันโดยการยื่นคำขอต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้โดยการขายหรือแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เป็นต้น ซึ่งการประกันหนี้ประเภทนี้จะไม่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์หรือการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินประกัน แต่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการนำทรัพย์สินประกันออกขาย ไม่ว่าจะการขายจะเกิดจากความสมัครใจของลูกหนี้เองหรือเกิดจากคำสั่งศาลอันเนื่องมาจากการยื่นคำร้องของเจ้าหนี้ก็ตาม การประกันหนี้แบบนี้เป็นเพียงภาระค้ำประกันทรัพย์สิน (Encumbrance)

การประกันหนี้ที่เกิดจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา (Equitable Charge) มีอยู่ 2 ชนิด คือ²² หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) และหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge)

หลักประกันแบบลอยหรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) ส่วนใหญ่ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบริษัท โดยการให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้โดยไม่ต้องระบุนายการทรัพย์สินนั้น ซึ่งในระหว่างที่ไม่มีการผิมนัดผิมติสัญญา ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินของตนไปได้ตามปกติ จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกัน (Crystallize) ในกรณีที่มีการผิมนัดหรือผิมติสัญญา

หลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) นั้น ในการใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ก่อนจึงสามารถใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ ซึ่งมีผลให้ไม่สามารถนำสินค้าและวัตถุดิบไปใช้ในการดำเนินธุรกิจต่อไปได้หลังจากมีการให้หลักประกันแบบนี้

²⁰ R.M. Goode (อ้างถึงใน วิชา กฎหมายเงิน. เล่มเดิม. หน้า 35.).

²¹ พีรพร เรื่องรองปัญหา. เล่มเดิม. หน้า 29-30.

²² แหล่งเดิม.

โดยในการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) นี้ ส่วนใหญ่ เจ้าหนี้มักจะใช้ควบคู่กับหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) หรือควบคู่กับการจำนอง เพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจมากขึ้น

2.2.2.2 หลักประกันที่เป็นกิจการในระบบหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของอังกฤษ เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลที่ยอมรับว่าบริษัทสามารถนำบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่บริษัทนั้นใช้ในการประกอบกิจการ (Undertaking) ไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน

คำพิพากษาของศาลในคดี Re: Panama, New Zealand, etc. Co. เป็นคำพิพากษาแรกๆ ที่แสดงว่าศาลยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าว โดยศาลเห็นว่าการที่บริษัทออกหนังสือรับรอง (Debenture) ว่าบริษัทใช้ทรัพย์สินทั้งหมดที่บริษัทมีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตมาเป็นประกันการชำระหนี้ ผูกพันว่าบริษัทใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทเป็นประกันการชำระหนี้แล้ว สำหรับทรัพย์สินที่บริษัทสามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้แบบหลักประกันลอย (Floating Charge) ได้นั้น ศาลมีคำพิพากษาในคดี Re: Colonial Trusts Corp ว่านอกจากทรัพย์สินทั้งหมดที่บริษัทใช้ในการประกอบธุรกิจ บริษัทจะใช้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่ง (Class of assets of the company) เป็นประกันการชำระหนี้ก็ได้ และในคดี Hoare v. British Columbia Development Association ศาลยอมรับว่าบริษัทสามารถใช้สินค้ำคงคลัง บัญชีลูกหนี้ และกำไรจากการประกอบธุรกิจมาเป็นหลักประกันได้ด้วย²³

ภายหลังจากที่ศาลยอมรับว่าบริษัทสามารถนำบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่บริษัทนั้นใช้ในการประกอบกิจการไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันได้แล้ว ต่อมาได้มีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติบริษัท (Company Act) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) ลักษณะและความหมายของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

ลักษณะและความหมายของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เกิดจากคำพิพากษาของศาล ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัท (Company Act) อย่างชัดเจน แต่ได้มีคำพิพากษาในหลายคดีที่ได้มีการให้ความหมายไว้ เช่น²⁴

(1) ในคดี Illingworth v Houldsworth (1904) acc335 โดย Lord Macnaughten “มีรูปลักษณะแปรเปลี่ยนไปเรื่อยๆ และลอยอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน

²³ ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 88.

²⁴ พีรพร เรื่องรองปัญญา. เล่มเดิม. หน้า 39.

จนกระทั่งเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น หรือมีการกระทำบางอย่างขึ้นที่ทำให้มันตั้งหลักลงยึดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”²⁵

(2) ในคดี *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.* โดย *Romer LJ* “ข้าพเจ้าไม่ได้ตั้งใจที่จะพยายามให้คำจำกัดความที่แน่นอนของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ทั้งไม่ได้ต้องการที่จะกล่าวว่า ถ้าไม่ได้เป็นไปตาม 3 ลักษณะที่จะกล่าวต่อไปนี้แล้วจะไม่เป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) แต่ข้าพเจ้าคิดว่าถ้าหลักประกันมี 3 ลักษณะที่กล่าวมามันก็จะเป็นการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ได้แก่

ก. ถ้าเป็นการเอาประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทในปัจจุบันและในอนาคต

ข. ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาในทางปกติของธุรกิจ

ค. จนกระทั่งมีการกระทำบางอย่างในอนาคตหรือในนามของผู้มีผลประโยชน์ในหลักประกันที่จะบังคับหลักประกัน บริษัทสามารถดำเนินธุรกิจของเขาต่อไปปกติทางธุรกิจ”²⁶

(3) ในคดี *Evans v Rivel Granite Quarries Ltd.* โดย *Buckley LJ* “หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ไม่ใช่หลักประกันในอนาคต แต่เป็นหลักประกันในปัจจุบันซึ่งมีผลต่อทรัพย์สินของบริษัทโดยตรง รวมทั้งเป็นหลักประกันที่มีความลอยตัวไม่ใช่การจำนองทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง (Fixed Mortgage) แต่เป็นการจำนองลอยตัว (Floating Mortgage) ซึ่งปรับใช้กับทุกอย่างที่รวมอยู่ในหลักประกัน แต่จะไม่กระทบต่อวัตถุใดจนกระทั่งเกิดการกระทำ หรือเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น หรือการกระทำบางอย่างของผู้รับหลักประกันทำให้ทรัพย์สินนั้นถูกแปลงสภาพกลายเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge)”²⁷

จากคำพิพากษาดังกล่าวอาจสรุปสาระสำคัญของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ได้ว่า หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่ง หนี้ที่ประกันนั้นเป็นหนี้ที่มีอยู่ในปัจจุบัน การประกันหนี้นี้มีผลผูกพันทรัพย์สินประเภทที่บริษัทมีอยู่ในขณะก่อให้เกิดสัญญาและที่จะได้รับมาในอนาคต เพียงแต่ยังไม่สามารถจะระบุให้เฉพาะเจาะจงลงไปได้ว่าเป็นทรัพย์สินสิ่งไหนในประเภทนั้น ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินส่วนมากแล้วจะเป็นทรัพย์สินหมุนเวียนและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา บริษัทลูกหนี้สามารถดำเนินปกติธุรกิจกับทรัพย์สินประเภทดังกล่าวได้ตลอดไป จนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น ทำให้ทรัพย์สิน

²⁵ Philip R. Wood (อ้างถึงใน พิรพร เรื่องรองปัญญา. เล่มเดิม. หน้า 39.).

²⁶ J.R. Lingard (อ้างถึงใน พิรพร เรื่องรองปัญญา. แหล่งเดิม.).

²⁷ R.M. Goode (อ้างถึงใน พิรพร เรื่องรองปัญญา. แหล่งเดิม.).

ประเภทนั้นกลายเป็นสินทรัพย์เฉพาะสิ่ง (Specific Assets) ซึ่งเรียกว่าเกิดการแปลงสภาพ (Crystallization: the process of convert Floating Assets to Specific Assets) เป็นผลทำให้บริษัท ลูกหนี้ไม่มีสิทธิดำเนินธุรกิจตามปกติกับทรัพย์ประกันนั้นได้อีกต่อไป ตราบใดที่ยังไม่เกิดการแปลงสภาพของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) สิทธิของเจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะยังไม่ก่อให้เกิดการผูกพันตัวทรัพย์อันเป็นหลักประกัน เจ้าหนี้จึงยังไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์อันเป็นหลักประกัน โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นทรัพย์สิ่งไหนในประเภทนั้น จะเห็นว่าหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เกิดขึ้นแล้ว แต่เจ้าหนี้ยังไม่มีสิทธิเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์ประกันจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น เป็นผลให้เกิดการแปลงสภาพดังกล่าว

2) บุคคลซึ่งจะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

เจ้าหนี้ตามหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) มีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งอาจเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงินต่างๆ ถ้าหากมีความสามารถที่จะให้กู้ยืมเงินได้ ก็อาจเป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ได้

สำหรับบุคคลซึ่งจะเป็นลูกหนี้ที่จะให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ได้นั้นตามหลักกฎหมายอังกฤษเฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้นที่สามารถตกลงก่อให้เกิดการประกันแบบนี้ได้ ส่วนห้างหุ้นส่วนหรือบุคคลธรรมดาไม่อาจทำได้

3) ทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกัน

ในระบบกฎหมายของอังกฤษนั้น การนำทรัพย์สินของลูกหนี้มาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เป็นการให้ทรัพย์สินทั้งในปัจจุบันและในอนาคตของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทมาเป็นหลักประกัน โดยจะระบุไว้เพียงประเภทของสินทรัพย์ (Class of Assets) เท่านั้น ซึ่งรวมตลอดถึงสินค้าคงคลังและสิทธิเรียกร้องต่างๆ เป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) นั้นสามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นหลักประกันได้แก่²⁸

(1) สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือ และสินค้าอื่นๆ เป็นหลักประกัน โดยยังคงให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองและใช้สอยได้

(2) สิทธิเรียกร้องต่างๆ ตามสัญญาที่เป็นหลักประกันโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ

(3) ใช้หลักทรัพย์การลงทุนต่างๆ เป็นประกันโดยไม่ต้องจดทะเบียน ให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์การลงทุนนั้นๆ

(4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้

²⁸ พีรพร เรื่องรองปัญญา. เล่มเดิม. หน้า 45.

(5) สามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นประกันโดยไม่ต้องระบ
ทรัพย์สินนั้นทุกรายการ

ทรัพย์สินบางชนิดสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) โดยมีข้อพิจารณาว่าหลักประกันทั้ง 2 ชนิดมีความแตกต่างกันทั้งเรื่องลำดับของบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ และอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งโดยปกติแล้วศาลจะดูจากความสามารถของลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินตามปกติว่า ลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ จะถือว่าเป็นการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

4) วิธีการก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge)

การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) เป็นการประกันหนี้ที่เกิดจากสัญญา (Consensual Security) ซึ่งจะปรากฏในรูปของสัญญาประกันหนี้ หรือหุ้นกู้มีประกัน โดยจะแยกพิจารณาต่อไปนี้²⁹

(1) การทำสัญญาประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) เพื่อประกันหนี้เงินกู้ไม่มีแบบสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ เป็นสัญญาระหว่างลูกหนี้ที่เป็นบริษัท (ผู้กู้) กับเจ้าหนี้ (ผู้ให้กู้) ปกติจะมีการระบุไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เป็นทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ในปัจจุบันและจะได้ในอนาคต ซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งของลูกหนี้ และลูกหนี้สามารถจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจ เจ้าหนี้จะไม่แทรกแซงจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นและเป็นเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ปกติจะมีการใช้ถ้อยคำสำนวนเพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่าเป็นการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) เช่น ถ้อยคำว่า “โดยวิธีประกันหนี้แบบลอย (by way of floating charge) หรือ โดยวิธีมีหลักประกันหนี้แบบลอย (by way of floating security)” ซึ่งมีการใช้ถ้อยคำสำนวนดังกล่าวบ่อยครั้ง เพื่อเป็นการยืนยันถึงเจตนาของคู่สัญญา อาจมีข้อความที่แตกต่างออกไป เช่น แม้จะไม่มีข้อความว่า “สินทรัพย์ในอนาคต (Future assets)” ปรากฏอยู่ในสัญญาอย่างชัดเจน แต่หากสามารถตีความไปได้ บ่งบอกถึงเจตนาอันแท้จริงก็จะก่อให้เกิดภาระติดพันในตัวทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้รับมาในอนาคต ก็เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge)³⁰

²⁹ คันธรท เจียมพานทอง. (2551). การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน: ศึกษากรณีสินค้ำคงคลังเป็นหลักประกัน. หน้า 35-36.

³⁰ William James Gough (อ้างถึงใน คันธรท เจียมพานทอง. เล่มเดิม. หน้า 35)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ไม่มีรูปแบบของด้อยคำสำนวนที่ใช้ในสัญญาโดยเฉพาะ การประกันหนี้แบบนี้ อาจเกิดขึ้นโดยไม่ต้องมีด้อยคำสำนวนว่า “ทรัพย์สินในปัจจุบันและในอนาคต” หรือ “ทรัพย์สินของกิจการค้า” หรือ “หลักประกันหนี้แบบลอย” การใช้ด้อยคำสำนวนดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) โดยอัตโนมัติ หลักการสำคัญจึงอยู่ที่เจตนาของคู่สัญญาที่แสดงออกมาโดยไม่มีข้อสงสัยว่าประสงค์ให้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้มีอยู่ในขณะทำสัญญา หรือจะ ได้รับมาในภายหลัง เป็นหลักประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) นับได้ว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องสำคัญของการก่อให้เกิดสัญญาประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge)³¹

โดยปกติแล้วในสัญญาประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) จะเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาประกันหนี้แบบขาจ ซึ่งจะระบุว่ามีภาระการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และแบบลอย (Floating Charge) โดยลูกหนี้ (Chargor) และเจ้าหนี้ (Chargee) ตกลงทำสัญญาประกันหนี้เงินกู้กัน

(2) หุ้นกู้ที่มีประกันแบบลอย (Floating Charge) ตามพระราชบัญญัติบริษัท คริสตศักราช 1985 (Companies Act 1985) แก้ไขเพิ่มเติม 1989 ของประเทศอังกฤษ บริษัทสามารถระดมเงินทุนโดยการออกหุ้นกู้ (Debenture) ซึ่งเป็นตราสารที่บริษัทออกให้แก่ผู้ถือหุ้นกู้ เพื่อแสดงว่าบริษัทเป็นหนี้เงินกู้ผู้ถือหุ้นตามจำนวนที่ระบุไว้ในหุ้นกู้ ปกติหุ้นกู้จะมีภาระการชำระหนี้แบบขาจ ทั้งแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และแบบลอย (Floating Charge) โดยจะระบุไว้ในหุ้นกู้ว่าทรัพย์สินของบริษัทประเภทใดที่จะใช้เป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) หรือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) กรณีที่มีการกู้เงินจากเจ้าหนี้รายเดียว เช่น จากธนาคาร บริษัทก็จะออกหุ้นกู้ฉบับเดียว (Singer debenture) แต่ในกรณีที่บริษัทออกหุ้นกู้ เพื่อกู้ยืมเงินจากประชาชนทั่วไป บริษัทจะออกหุ้นกู้เป็นชุด (Debenture stock) หุ้นกู้แบบนี้สามารถซื้อขายในตลาดหุ้นได้ทำนองเดียวกับหุ้นสามัญ (Shares) ทำให้มีผู้ถือหุ้นหลายรายและถ้าหากมีการออกหุ้นกู้เป็นชุดโดยมีหลักประกัน (Secured debenture stock) จะต้องมีการจัดตั้งผู้แทนผู้ถือหุ้น (Trustee) เพื่อให้ทำหน้าที่แทนผู้ถือหุ้น โดยบริษัทจะทำข้อตกลงกับผู้แทนผู้ถือหุ้น (Trustee) ในเรื่องต่างๆ เป็นตราสาร เรียกว่า Trust Deed

ในทางปฏิบัติจะพบเห็นเป็นเรื่องธรรมดาสำหรับการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ที่มาจากหุ้นกู้ฉบับเดียว หรือหุ้นกู้ฉบับใดฉบับหนึ่งของหุ้นกู้ที่มีลักษณะเป็นชุด และจะมีการจำนองเป็นประกันด้วยหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การประกันหนี้แบบลอย

³¹ แหล่งเดิม.

(Floating Charge) อาจเกิดขึ้นและมีอยู่ได้โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับหุ้นกู้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่เกี่ยวกับการทำสัญญาประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) เพื่อประกันหนี้เงินกู้ แต่โดยปกติแล้วในการประกันหนี้เงินกู้หรือหุ้นกู้มีประกันแบบลอย (Floating Charge) จะประกอบด้วยประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) คู่กับการประกันแบบลอย (Floating Charge) หรือจำนวนคู่กับการประกันแบบลอย (Floating Charge) ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจในหลักทรัพย์ประกันมากยิ่งขึ้น

5) การจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นกำหนดไว้ให้มีการจดทะเบียนหลักประกันตามพระราชบัญญัติบริษัท คริสตศักราช 1985 (Company Act 1985) แก้ไขเพิ่มเติม 1989 มาตรา 395 กำหนดไว้ สำหรับรายการต่างๆ ของชาว (Charge) ที่บริษัทได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งต้องจดทะเบียนตามมาตรา 395 กำหนดไว้ในมาตรา 396 (1)³² ซึ่งได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ภายใน 21 วัน นับแต่ก่อให้เกิดหลักประกัน³³ หรือวันที่เข้าถือสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และนายทะเบียนถูกกำหนดให้จกรายการจดทะเบียนและลงวันที่รายการนั้นมาถึงเขา ในการจดทะเบียนนั้นนายทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการ

³² Company Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989, section 396(1) lists the following categories of charge:

(a) a charge on land or any interest in land ,other than.

(i) in England and Wales, a charge for rent or any other periodical sum issuing out of the land.

(ii) in Scotland, a charge for any rent, ground annual or other periodical sum payable in respect of the land.

(b) a charge on goods or any interest in goods, other than a charge under which the chargee is entitled to possession either of the goods or of a document of title to them;

(c) a charge on intangible movable property (in Scotland, incorporeal movable property) of any of the following descriptions-

(i) goodwill,

(ii) intellectual property,

(iii) book debts (whether book debts of the company or assigned to the company)

(iv) uncalled share capital of the company or calls made but not paid;

(d) a charge for securing as issue of debentures; or a floating charge on the whole or part of the company's property

³³ TG Reeday (อ้างถึงใน วรินทร์รา ซาครพิพัฒน์. (2545). วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.: ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน. หน้า 53.).

จดทะเบียน เพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้จดทะเบียนตามที่กฎหมายบังคับไว้แล้ว แม้ว่ารายการจดทะเบียนไม่ถูกต้องทั้งหมดก็ไม่ส่งผลต่อหนังสือรับรอง

นอกจากนี้บริษัทลูกหนี้ต้องจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ลงในสมุดทะเบียนบริษัทและบริษัทจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้

การจดทะเบียนเป็นการบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกโดยปริยายถึงการเอาหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) และการจดทะเบียนของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เป็นการจดทะเบียนต่าง ๆ ของข้อตกลงในสัญญาหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ตามที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนจดบันทึกที่รายการต่าง ๆ ลงไว้ในสมุดทะเบียน มิใช่การจดทะเบียนจำนองซึ่งต้องกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ถ้าบริษัทไม่ได้จดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายใน 21 วัน บริษัทและเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งผิดพลาดจะต้อง โคนปรับและทำให้ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้กับผู้บริหารแผน ผู้ชำระบัญชีของบริษัท และผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกัน ไม่ว่าจะเกิดก่อนหรือหลังระยะเวลา 21 วันในกรณีที่มีการชำระบัญชีหรือการฟื้นฟูกิจการ แต่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเข้ากระบวนการชำระบัญชีหรือกระบวนการฟื้นฟู ก็สามารถไต่ถามกับตัวบริษัทผู้ให้หลักประกันได้³⁴ นอกจากนี้เพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ตามหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) บริษัทลูกหนี้จะต้องชำระเงินกู้ที่กู้ยืมให้แก่เจ้าหนี้โดยทันที

ถึงแม้ว่าจะกำหนดว่าการจดทะเบียนนั้นเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบลอย (Floating Charge) แต่แนวคิดที่สำคัญภายใต้หลักที่ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบลอย (Floating Charge) คือ การจดทะเบียนนั้นถือเป็นการแจ้งเพียงกรณีที่บุคคลนั้นโดยหลักแล้วสามารถตรวจสอบได้ โดยปกติแล้วจะไม่รวมถึงผู้ซื้อตามปกติทางธุรกิจ เพราะว่าเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติที่บุคคลเหล่านั้นจะถูกคาดหวังให้ทำการตรวจสอบในการจดทะเบียน เช่น ผู้ซื้อสินค้าจากผู้ผลิต หรือตัวแทนที่นำสินค้าไปขาย เพราะเขาไม่สามารถที่จะทำการตรวจสอบทุกครั้งที่ต้องการสินค้า และเนื่องจากผู้ซื้อสินค้าที่เป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะไม่มีภาระผูกพันในหลักประกันเพียงเพราะทราบถึงการเอาประกันแบบลอย (Floating Charge) นอกจากได้รับการแจ้งว่าการขายสินค้าให้เขานั้นเป็นการผิดเงื่อนไขของหลักประกัน ดังนั้นผู้ซื้อจึงได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน³⁵

³⁴ R.M.Goods (อ้างถึงใน วรินทร์รา ซาครพิพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 53.).

³⁵ R.M.Goods (อ้างถึงใน วรินทร์รา ซาครพิพัฒน์. แหล่งเดิม.).

6) การแปลงสภาพทรัพย์สิน (Crystallize) ของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

กระบวนการที่ทำให้ทรัพย์สินประกันแบบลอย (Floating Charge) ที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินทั่วไปหรือทรัพย์สินไม่เฉพาะสิ่ง (Floating assets) กลายสถานะเป็นสินทรัพย์เฉพาะสิ่ง (Specific หรือ Fixed asset) เรียกว่า “Crystallization” เมื่อมีเหตุการณ์ทำให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันขึ้น สิทธิของเจ้าหนี้ในทรัพย์สินประกันจะผูกติดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันโดยทันที เป็นผลให้ทรัพย์สินประกันที่เคยอยู่ในสภาพเดิมต้องเปลี่ยนแปลงไป และเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินเป็นหลักประกัน ซึ่งมีสภาพเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ โดยเฉพาะในกรณีที่บริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ (Winding up) เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ก็จะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน

เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินประกันแบบลอย (Floating Charge) แปลงสภาพนั้น³⁶ จะเกิดขึ้นเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น

(1) เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทลูกหนี้หยุดดำเนินกิจการ

ถ้าบริษัทลูกหนี้หยุดการค้าขายไม่ว่าด้วยความสมัครใจของบริษัทลูกหนี้เองหรือเกิดจากมีคำร้องขอต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทลูกหนี้หยุดกิจการ หรือมีเหตุการณ์ภายนอกที่มีผลทำให้บริษัทลูกหนี้ต้องหยุดดำเนินกิจการ ผลก็คือทรัพย์สินประกันเกิดการแปลงสภาพ

(2) เมื่อมีการบอกเลิกอำนาจจัดการของกรรมการบริษัทลูกหนี้

ในกรณีนี้แม้ว่าบริษัทลูกหนี้ยังคงดำเนินกิจการค้าขายอยู่ แต่เมื่อมีการบอกเลิกอำนาจจัดการของกรรมการของบริษัทลูกหนี้ เป็นผลทำให้ทรัพย์สินประกันเกิดการแปลงสภาพ ซึ่งอาจเกิดมาจากมติของผู้ถือหุ้นในบริษัทให้เลิกกิจการ หรือโดยคำสั่งของศาลให้เลิกกิจการ หรือมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ไม่ว่าจะแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) หรือเจ้าหนีที่มีประกันรายอื่น หรือโดยคำสั่งศาล องค์กรก็ตาม ถ้าอำนาจในการจัดการทรัพย์สินประกันสิ้นสุดลงบางส่วน จะเป็นผลทำให้ทรัพย์สินประกันส่วนที่เหลือไม่กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

(3) เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ใช้สิทธิเข้าแทรกแซงอำนาจจัดการทรัพย์สินประกัน

เป็นกรณีที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิตามข้อตกลงในสัญญาที่จะเข้าแทรกแซงการจัดการทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ผลก็คือ เป็นการปลดปล่อยอำนาจจัดการของกรรมการของบริษัท

³⁶ R.M. Goode (อ้างถึงใน คันธรท เขียวพานทอง, เล่มเดิม, หน้า 39.).

ลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินประกัน จึงเกิดการแปลงสภาพ ปกติการเข้าแทรกแซงอำนาจของ กรรมการของบริษัทลูกหนี้ ก็โดยการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) สำหรับการ แทรกแซงโดยวิธีอื่นก็อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การเข้าครอบครองทรัพย์สินประกันหรือการขายทรัพย์สิน ดังกล่าว อำนาจการเข้าแทรกแซงดังกล่าวอาจตกลงกันระหว่างบริษัทลูกหนี้และเจ้าหนี้ โดยกำหนด ไว้ในสัญญาหรือหุ้นกู้

(4) เมื่อมีเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ในหุ้นกู้หรือสัญญาประกันเกิดขึ้น

การเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันในกรณีนี้ เป็นเรื่องที่ว่าเจ้าหนี้ และบริษัทลูกหนี้ได้ทำความตกลงไว้ก่อนล่วงหน้า โดยกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในหุ้นกู้หรือสัญญา ประกันและเมื่อมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น ก็ทำให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันทันที โดยอัตโนมัติ หรือเกิดการแปลงสภาพบางส่วนแล้วแต่กรณี กล่าวคือ

ก. การแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันทั้งหมด อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มิ ้ข้อกำหนดไว้ในสัญญาหรือหุ้นกู้ที่ก่อให้เกิดหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ว่า ถ้าหาก บริษัทลูกหนี้ได้กระทำการบางอย่าง เช่น ได้ให้หลักประกันด้วยทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้อื่นๆ หรือ ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อื่น หรือบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถชำระส่วนระหว่าง ทรัพย์สินกับหนี้สินไว้ได้ หรือบริษัทลูกหนี้ยืมเงินจากบุคคลภายนอกเกินกว่าที่กำหนดไว้ ก็ทำให้ เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันทันที โดยอัตโนมัติ การแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน โดยอัตโนมัติ มีผลระหว่างเจ้าหนี้กับบริษัทลูกหนี้โดยตรง โดยไม่ต้องแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบ

ข. การแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันบางส่วน เป็นกรณีที่บริษัทลูกหนี้ กับเจ้าหนี้ตกลงกันไว้ในสัญญาหรือหุ้นกู้ว่า ให้ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) สามารถแปลงสภาพได้บางส่วน และส่วนที่เหลือจากการแปลงสภาพก็ยังคงเป็นทรัพย์สิน ประกันที่มีสภาพเป็นทรัพย์สินทั่วไป คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงดังกล่าวได้ ไม่มีข้อห้ามขึ้นอยู่กั บเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันบางส่วนนี้ขึ้นอยู่กั บข้อเท็จจริงที่ว่าสามารถแยกทรัพย์สินประกันที่แปลงสภาพบางส่วนออกทรัพย์สินประกันที่ยังไม่ได้แปลง สภาพได้มากน้อยแค่ไหน ดังนั้น เมื่อมีเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ในหุ้นกู้หรือสัญญาประกันเกิดขึ้น ก็ทำให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันบางส่วน

7) สิทธิของผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

สิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ที่จะได้รับ ชำระหนี้ก่อนหรือหลังเจ้าหนี้อื่น แยกพิจารณาได้ 2 ประการ ดังนี้³⁷

³⁷ พีรพร เรื่องรองปัญญา. เล่มเดิม. หน้า 47-49.

(1) สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นก่อนการแปลงสภาพหลักประกัน

โดยทั่วไปแล้วการก่อให้เกิดหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) ในภายหลัง ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) แม้จะได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบลอย (Floating Charge) ก็ตาม เว้นแต่จะมีข้อจำกัดเอาไว้ แต่การก่อให้เกิดหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ภายหลังเหนือทรัพย์สินอย่างเดียวกัน จะสันนิษฐานว่าเจ้าหนี้ตามหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) มีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากการบังคับเอาประกันครั้งแรกแล้ว เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น ส่วนกรณีที่มีการบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับสิทธิไปโดยปลอดจากหลักประกัน ถ้าในกรณีที่การบังคับคดีนั้นเสร็จเรียบร้อยแล้วโดยสมบูรณ์แล้วก่อนที่จะมีการแปลงสภาพ แต่ก็ยังคงมีปัญหาว่าเมื่อใดจึงจะถือว่าการบังคับคดีเรียบร้อยแล้วโดยสมบูรณ์

กรณีมีข้อจำกัดในการห้ามเอาหลักประกันให้มีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ถ้ามีข้อจำกัดในการจดทะเบียนบริษัทหรือในใบหุ้นของบริษัทโดยชัดแจ้ง ในการห้ามเอาหลักประกันในภายหลังมีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับการเอาหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ครั้งแรก และผู้รับหลักประกันลำดับหลังจะต้องได้รับแจ้งข้อห้ามนั้น เพราะถ้าไม่มีข้อห้ามก็จะทำให้หลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) มีสิทธิเหนือกว่าหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ดังนั้นในปัจจุบันจึงมักมีการเขียนข้อจำกัดไว้ เพราะถ้าปราศจากข้อจำกัดก็จะทำให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ไม่มีค่า³⁸

เงื่อนไขของข้อจำกัดเพื่อป้องกันการมีสิทธิเหนือกว่าหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ต้องมีการจดไว้ในการจดทะเบียนบริษัท (Company Registry) ซึ่งจะทำให้ผู้ที่เอาประกันภายหลังไม่ว่าจะเป็นการจำนองตามแบบพิธีของกฎหมาย (Legal mortgage) หรือการจำนองโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา (Equitable mortgage) ได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบลอย (Floating Charge) และทราบข้อห้ามในการมีสิทธิเหนือหลักประกันนั้น ดังนั้นผู้ที่เอาประกันภายหลังก็มีสิทธิหลังจากหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ไม่ว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันแล้วหรือไม่ และถ้าผู้รับหลักประกันภายหลังได้รับแจ้งว่าการให้หลักประกันของบริษัทนั้นเป็นการละเมิดข้อห้าม ดังนั้นผู้รับหลักประกันภายหลังก็มีสิทธิหลังจากหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ข้อห้ามนั้นจะต้องมีการตีความอย่างเข้มงวด

³⁸ J.R. Lingard (อ้างถึงใน วรินทร์รา วิชาการพัฒนา. เล่มเดิม. หน้า 58.).

มันเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้เอาหลักประกันลำดับหลังได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบลอย (Floating Charge) และข้อจำกัด นอกจากจะถือว่าการจดทะเบียนบริษัท (Company Registry) เป็นการแจ้งโดยปริยาย ในความเห็นของ J R Lingard ภายใต้พระราชบัญญัติบริษัท คริสตศักราช 1985 (Company Act 1985) ที่ยังไม่มีการแก้ไข ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งโดยปริยายต่อผู้เอาประกันลำดับหลัง แต่มีข้อยกเว้นในบางบุคคล³⁹

(2) สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

เนื่องจากอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หมดไปเมื่อเกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินและมีผลให้หลักประกันกลายเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลภายนอกจะได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ แต่จะเกิดปัญหาขึ้นกับคนภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ ภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ในกรณีที่เกิดเหตุทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ถือว่าเป็นการแจ้งให้สาธารณชนทราบแล้ว เช่น การบอกเลิกอำนาจการจัดการของกรรมการบริษัทลูกหนี้ซึ่งจะมีผลเปลี่ยนเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันในเวลาทีบอกเลิก ดังนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ในกรณีนี้ จะมีสิทธิในสินทรัพย์ประกันดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ทำนองเดียวกับการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันที่เกิดจากการเลิกกิจการหรือหยุดกิจการของลูกหนี้มีผลทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่น แต่เหตุที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินประกัน ยังมีนอกเหนือจากที่กล่าวอีก เช่น การแต่งตั้งเป็นหนังสือและประกอบกับในขณะเดียวกันผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้แสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่ายอมรับเป็นผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จึงต้องมีการกระทำบางอย่างอีกเท่าที่จำเป็น เพื่อแจ้งให้สาธารณชนทราบถึงการเข้ามาแทรกแซงของผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เช่น โดยการประกาศแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ซึ่งตามหลักการนี้มีข้อยกเว้นอย่างน้อย 2 ประการคือ

ก. ผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สิน โดยปราศจากการได้รับแจ้งการแปลงสภาพหลักประกันโดยผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ได้ดำเนินการเสร็จหลังจากมีการแปลงสภาพหลักประกันแต่ก่อนที่จะได้รับแจ้งถึงการแปลงสภาพหลักประกันจะได้รับทรัพย์สินนั้นไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน เนื่องจากเขาได้มีการดำเนินธุรกิจกับบริษัทก่อนที่จะมีการแปลง

³⁹ แหล่งเดิม.

สภาพหลักประกัน ในกรณีนี้ถือว่าเขามีสิทธิที่จะกล่าวว่าเขาไม่ทราบถึงการสิ้นสุดอำนาจการจัดการของบริษัท

ข. เจ้าของที่ดินในการยึดหน่วงทรัพย์สินเป็นค่าเช่า การแปลงสภาพหลักประกันไม่ทำให้สิทธิในการยึดทรัพย์สินเพื่อหักกลบลบหนี้ในค่าเช่าของเจ้าของทั้งหมดไป เพราะในกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) เจ้าของที่มีสิทธิที่จะยึดทรัพย์สินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้เช่าหรือไม่⁴⁰

8) การบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

เมื่อมีการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะมีมาตรการต่างๆ ที่ตกลงกันไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกันหรือในหุ้นกู้ ซึ่งในอังกฤษมีข้อยึดหยุ่น เช่น การครอบครองชั่วคราวเพื่อเรียกเก็บรายได้ (Private Sale) ความอิสระของการทำสัญญาของกฎหมายอังกฤษอาจถูกคัดค้านโดยเงื่อนไขของสัญญา ดังนั้น ผู้ทำสัญญาจะถูกควบคุมโดยหลักเรื่องของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Contract Terms)

การบังคับหลักประกันในการแบบการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ต้องไม่เป็นการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ทันที แต่มีลักษณะเป็นการตั้งผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจสอบและประเมินราคาทรัพย์สินเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สินและประเมินราคาทรัพย์สิน รวมทั้งดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินตามวิธีที่เหมาะสมแก่สภาพของทรัพย์สิน ซึ่งอาจจำหน่ายไปทั้งกิจการหรือแยกจำหน่ายก็ได้ (แต่โดยส่วนมากจะมีการจำหน่ายไปทั้งกิจการเนื่องจากจะมีมูลค่ามากกว่าการแยกจำหน่าย) แต่ในระหว่างการดำเนินการดังกล่าวผู้เชี่ยวชาญต้องมีอำนาจบริหารจัดการบริษัทนั้นได้ตามสมควรเพื่อให้บริษัทนั้นสามารถประกอบกิจการต่อไปได้⁴¹ ในการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) นี้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย คริสตศักราช 1986 (Insolvency Act 1986) ซึ่งจะมีการแต่งตั้งคนกลางที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการประเมินราคาทรัพย์สิน ได้แก่ ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) เป็นผู้ดำเนินการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

⁴⁰ J.R. Lingard (อ้างถึงใน วรินทร์รา ชาติกรพิพัฒน์. แหล่งเดิม.).

⁴¹ ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 88.

ข้อตกลงในการบังคับหลักประกันส่วนใหญ่จะมีมาตรการ 4 แนว⁴² คือ

(1) อำนาจในการขายทรัพย์สินประกัน

ในอังกฤษนั้นมีการยึดหยุ่นในการขายเพื่อช่วยเหลือเจ้าหนี้มีประกัน ภายใต้สัญญาหลักประกันที่เหมาะสม ข้อยึดหยุ่นนั้นรวมถึงการขายโดยเอกชนโดยไม่ผ่านศาล (Private Sale)⁴³ เพราะทำให้มีการขายโดยเร็ว โดยปราศจากการชักช้าหรือค่าใช้จ่ายของศาล แต่ก็มีความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในการป้องกันราคาซึ่งเจ้าหนี้จะต้องมีค่าใช้จ่ายของผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการควบคุมการขาย⁴⁴ นอกจากนี้ศาลก็ยังคงอำนาจไว้บ้าง คือ เจ้าหนี้มีประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสมหรือที่ราคาจริงตามตลาด

ตรงข้ามกับในหลายประเทศกำหนดให้มีการประมูลขายต่อสาธารณะ และต้องหลังจากมีคำสั่งศาลซึ่งกระบวนการนี้มีการล่าช้าและมีค่าใช้จ่ายมาก⁴⁵ และในบางประเทศจะมีการดำเนินคดีโดยสรุปแทนที่กระบวนการเต็มรูปแบบเพื่อให้มีคำสั่งศาลในการประมูลขาย แต่ถ้ามีการคัดค้านโดยลูกหนี้ก็จะต้องมีการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบซึ่งจะทำให้ช้า⁴⁶

(2) อำนาจในการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver)

การแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่ผู้จ้างองคินัดชำระหนี้ ผู้รับจ้างองจึงยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ทำหน้าที่รวบรวมค่าเช่าและกำไรที่เกิดจากทรัพย์สินจ้างอง นำมาชำระเป็นดอกเบี้ยจ้างอง และปรากฏต่อมาว่าหากผู้รับจ้างองเป็นผู้แต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ด้วยตนเองจะสะดวกกว่า จึงเป็นเหตุให้วิธีการยื่นคำร้องต่อศาลขอแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver)⁴⁷ ไม่ได้ได้รับความนิยม

เนื่องจากการขยายตัวทางการค้าและเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนซึ่งเป็นเจ้าหนี้ จึงมีการสงวนสิทธิของเจ้าหนี้ ไม่เพียงแต่เรื่องการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) แต่รวมไปถึงการมีอำนาจแต่งตั้งผู้จัดการ (Manager) ของธุรกิจ ทั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) และผู้จัดการ (Manager) เกือบจะไม่แตกต่างกันและอาจรวมเป็นบุคคลคนเดียวกันได้ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวมีอำนาจจัดการให้เกิดผลทางธุรกิจในทางปฏิบัติ จึงจำเป็นต้องมี

⁴² วรินทรา ชาครพิพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 61.

⁴³ Philip R. Wood (อ้างถึงใน วรินทรา ชาครพิพัฒน์. แหล่งเดิม.).

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ แหล่งเดิม.

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ R.M. Goode (อ้างถึงใน พีรพร เรื่องรองปัญญา. เล่มเดิม. หน้า 50.).

การกำหนดลักษณะของการประกันหนี้ให้กว้างขวางเพื่อครอบคลุมทรัพย์สินทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมดของบริษัทลูกหนี้ จึงมีการใช้ทรัพย์สินที่ถาวรเป็นหลักประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และทรัพย์สินส่วนที่เหลือของบริษัทลูกหนี้เป็นหลักประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) หมายถึง ทรัพย์สินที่มีลักษณะหมุนเวียน เช่น สินค้า เป็นต้น และเจ้าหนี้มีอำนาจแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) และผู้จัดการ (Manager) ให้มีอำนาจเข้ามาจัดการทรัพย์สินดำเนินธุรกิจ และจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ได้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้อีกด้วย แต่การยื่นคำร้องขอต่อศาลจะต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่าย อีกทั้งอำนาจของผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จะถูกกำหนดไว้ในคำสั่งศาลเท่านั้น และผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จำต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบอำนาจที่ศาลได้ให้ไว้⁴⁸

ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษได้มีการแบ่งประเภทของผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver)⁴⁹ ดังนี้

ก. ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ (Receiver appointed out of court or appointed by or on behalf of the holders of any debentures เรียกว่า Administrative Receiver)⁵⁰ มีหน้าที่เป็นผู้จัดการดูแลทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทโดยถือว่ากระทำในนามเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกันการชำระหนี้เป็นผู้แต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) โดยไม่ต้องขอให้ศาลแต่งตั้ง อำนาจที่จะแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้เองนี้ ซึ่งอาศัยโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ เช่น ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน คริสตศักราช 1925 (Law of Property Act 1925) หรืออาศัยข้อกำหนดตามสัญญาประกันก็ได้ ส่วนกรณีที่จะมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) โดยเจ้าหนี้นั้น เจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกันอาจแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้ด้วยตนเอง ถ้าตามสัญญาประกันได้ระบุข้อความว่า ให้ผู้ถือหลักประกันมีสิทธิแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ถ้าหากว่าหลักประกันนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว ไม่ว่าจะปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรว่าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว หรือถ้าไม่ได้มีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรก็ต้องปรากฏเหตุการณ์ดังนี้

⁴⁸ แหล่งเดิม.

⁴⁹ Lan F. Fletcher (อ้างถึงใน พิรพร เรื่องรองปัญญา. แหล่งเดิม.)

⁵⁰ แหล่งเดิม.

- ถ้ามีคำสั่งหรือมีมติออกมาว่าให้บริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ
- ถ้าได้มีการบังคับคดี หรือครอบครองยึดถือเอาสังหาริมทรัพย์เพื่อชำระหนี้ หรือบังคับเหนือทรัพย์สินหรือต่อทรัพย์สินของบริษัท แต่ก็ยังไม่ได้รับชำระภายใน 2 วัน
- เมื่อบริษัทหยุดจ่ายเงิน หรือหยุดดำเนินธุรกิจ หรือข่มขู่ว่าจะหยุดดำเนินธุรกิจ
- ถ้าได้มีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เพื่อจัดการทรัพย์สินของกิจการค้า หรือบางส่วนของทรัพย์สินของกิจการค้า
- ถ้ามีการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งการจัดการทรัพย์สิน (Administrative Order)⁵¹
- ถ้าบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ได้ กล่าวคือ บริษัทมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินตามความหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 123⁵² ของพระราชบัญญัติล้มละลายคริสตศักราช 1986 (Insolvency Act 1986)

ดังนั้น หากปรากฏเหตุดังกล่าวข้างต้นแล้ว เจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกันก็จะสามารถแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้

ข. ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาล (Receivers appointed by the court)⁵³ ศาลสูง (High Court) มีอำนาจในการออกคำสั่งแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้ แต่ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่ศาลแต่งตั้งจะมีขอบเขตอำนาจจำกัด แต่ศาลจะไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) หากการให้หลักประกันไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่เป็นธรรม เจ้าหนี้คนหนึ่งมีความได้เปรียบ

⁵¹ สหชน รัตนไพจิตร (อ้างถึงใน พีรพร เรื่องรองปัญญา. แหล่งเดิม.). “Administrative Order คือ มาตรการหนึ่งตามกฎหมายที่ศาลจะสั่ง โดยการร้องขอของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้อื่นที่ไม่ได้มีหลักประกันแบบ Floating Charge เป็นการเปิดโอกาสให้บริษัทลูกหนี้และเจ้าหนี้ทั้งปวงได้เจรจา เพื่อให้เจ้าหนี้ได้เข้าจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ โดยไม่ให้เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ ในช่วงเวลาที่ได้เจรจากันนั้น และให้มีมติเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในที่ประชุมเจ้าหนี้ และมีผลผูกพันเจ้าหนี้ทุกคน ในระหว่างการเจรจาศาลจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ (Administrator) เพื่อดูแลกิจการของลูกหนี้”

⁵² Section 123 (1) of the Insolvency Act 1986 lay down a number of cases in which a company is deemed unable to pay its debts. In additions, section 123 (2) provided as follow:

“A company is also deemed unable to pay its debts if it is proved to the satisfaction of the court that the value of the company’s assets is less than amount of its liabilities, taking into account its contingent and prospective liabilities.”

⁵³ Lan F. Fletcher (อ้างถึงใน พีรพร เรื่องรองปัญญา. เล่มเดิม. หน้า 52.).

เจ้าหนี้คนอื่นๆ และการที่ศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จะต้องมาจากกรรงของของเจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกัน ซึ่งหลังจากที่ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการแต่งตั้งนั้นมีเหตุอันสมควรและเป็นธรรม ศาลก็จะแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ให้ ซึ่งเหตุอันสมควรที่ศาลจะแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้แก่

— บริษัทถูกหนี้ค้างชำระคืนเงินและดอกเบี้ยเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

— เมื่อบริษัทถูกหนี้หยุดประกอบกิจการ

— เมื่อทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันตกอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง เช่น กรณีที่มีการกล่าวหาว่าบริษัทถูกหนี้ดำเนินธุรกิจไปในทางที่ผิดกฎหมาย หรือเมื่อผู้ถือหุ้นได้มีการขายหุ้นให้แก่ผู้อื่น ศาลจะนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาในการตัดสินใจว่าทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันอยู่ในความเสี่ยงหรือไม่

— เมื่อสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันได้ตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน

บุคคลผู้ที่จะเป็นผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ไม่ว่าจะถูกแต่งตั้งโดยศาลหรือโดยเจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ก็ตาม จะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ โดยเฉพาะเป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพ (Insolvency Practitioner Association) และจะต้องเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพด้านบัญชีหรือกฎหมาย หรือที่กฎหมายอังกฤษเรียกว่า “Insolvency Practitioner”

ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลและที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้จะมีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลจะเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้ ซึ่งตรงข้ามกับ ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ อำนาจของผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลจะขึ้นอยู่กับคำสั่งศาล โดยเฉพาะไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญญา และศาลจะเป็นผู้ให้ความคุ้มครองในการกระทำของผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาล กล่าวคือ

ค. ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลจะมีอำนาจตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ ซึ่งผลก็คือ ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลมีอำนาจจำกัด แต่ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้มีอำนาจมากกว่า

ง. ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่ศาลแต่งตั้งมีอำนาจจำหน่ายธุรกิจที่เกี่ยวข้องของบริษัทลูกหนี้เฉพาะแต่ในกรณีที่ปรากฏว่าบริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ แต่ถ้าจะต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการค้าก็ต้องทำให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไป ในกรณีที่หลักประกันของเจ้าหนี้อยู่ในภาวะที่เสี่ยงและมีแนวโน้มว่าบริษัทลูกหนี้จะเลิกกิจการ ก็ต้องพิจารณาว่าควรจะให้ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เป็นผู้ดำเนินกิจการต่อไปหรือควรขายธุรกิจของบริษัทลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

จ. โดยปกติผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ได้รับความอำนาจจากศาลให้ดำเนินธุรกิจเฉพาะแต่ในกรณีที่จำเป็นต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการค้าซึ่งในกรณีอื่นอาจเกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติ เนื่องจากสถานะของผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล ดังนั้นเพื่อเป็นการขจัดปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว ปกติศาลจะให้อำนาจแก่ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เพียงชั่วระยะเวลาอันสั้น เช่น 3-6 เดือน เป็นต้น

ฉ. นอกจากมีข้อจำกัดเรื่องอำนาจการจัดการแล้วผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่ศาลแต่งตั้งมีความยืดหยุ่นน้อยกว่าผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เนื่องจากผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลจะต้องขอคำแนะนำจากศาลในทุกกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้น โดยไม่ได้คาดคิดมาก่อน ซึ่งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ไม่สามารถเข้าไปจัดการได้ตามอำนาจที่มีอยู่ได้ ส่วนผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่เจ้าหนี้แต่งตั้งจะต้องขออนุญาตจากศาลในกรณีที่มิประสงค์จะรับเอาสัญญาทางการค้าที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อบริษัทลูกหนี้ ซึ่งมีมาก่อนการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ซึ่งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จะได้รับมอบอำนาจให้กระทำเช่นนั้นได้ถ้าบริษัทลูกหนี้ไม่สนใจที่จะรักษาชื่อเสียงทางธุรกิจของบริษัทลูกหนี้

ช. แบบพิธีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) โดยศาลจะยุ่งยากและเสียเวลาในการดำเนินการขออนุญาตของศาล รวมถึงเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) โดยเจ้าหนี้ ซึ่งผลที่จะตามมาก็คือ การยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จะกระทำเฉพาะกรณีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) โดยเจ้าหนี้

เมื่อมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งโดยศาลหรือเจ้าหนี้เป็นผู้แต่งตั้งก็ตาม จะมีผลดังนี้

ก. ถ้าหากหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ยังแปลงสภาพไม่เรียบร้อย หลักประกันนั้นก็จะเกิดการแปลงสภาพ

ข. การแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) จะเป็นการกีดกันมาตรการของการมีคำสั่งจัดการทรัพย์สิน (Administrative Order) ของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้อื่น กล่าวคือ เมื่อมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) แล้ว ศาลจะมีคำสั่งจัดการทรัพย์สินอีกไม่ได้

ค. เป็นการหยุดอำนาจของกรรมการบริษัทลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและการดำเนินธุรกิจทั่วไปของบริษัทลูกหนี้

จะเห็นได้ว่า ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมดูแลผลประโยชน์ทั้งของเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามหลักเรื่องการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จึงนับได้ว่าผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของระบบการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge)

(3) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน⁵⁴

คือ สิทธิที่จะเข้าครอบครองเพื่อที่จะเก็บรายได้ของกิจการ และเมื่อหนี้นั้นได้ถูกจ่ายเจ้าหนี้ก็จะสละสิทธิครอบครอง ซึ่งอาจจะเป็นการครอบครองโดยเจ้าหนี้โดยตรงหรือจากผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ซึ่ง โดยเทคนิคเป็นตัวแทนของผู้จ้าง การครอบครองนี้จะแตกต่างจากการครอบครองเพื่อการขาย โดยปกติแล้วเจ้าหนี้จะไม่ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันเอง เพราะเจ้าหนี้จะต้องทำรายงานทรัพย์สินที่ได้รับและจะต้องรับผิดชอบในการดูแลทรัพย์สินของเจ้าหนี้และความเสียหายของทรัพย์สินซึ่งทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าลดลง นอกจากนี้จะต้องดูแลทรัพย์สินตามปกติวิญญูชน แต่เจ้าหนี้ก็มีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายในการครอบครอง แต่ถ้าครอบครองโดยผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ไม่ต้องรายงานเพราะเป็นตัวแทนของลูกหนี้เอง ดังนั้นการครอบครองโดยเจ้าหนี้เองจะใช้เมื่อเป็นการครอบครองเพื่อทำการขาย

(4) สิทธิในการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ⁵⁵

จะทำได้โดยมีคำสั่งศาลเท่านั้น ในกรณีถ้าเงินกู้มีมูลค่าเกินกว่าหลักประกันซึ่งการใช้วิธีนี้เจ้าหนี้มักไม่ค่อยใช้เพราะเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดเจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องผู้ยืมอีกได้

โดยปกติในทางปฏิบัติจะใช้มาตรการในการขายและการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) และจะใช้การครอบครองในการขายเท่านั้น

⁵⁴ J R Lingard (อ้างถึงใน วรินทร์รา ซาครพิพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 65).

⁵⁵ แหล่งเดิม.

2.2.3 กฎหมายหลักประกันในประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับสหรัฐอเมริกานั้น การใช้อสังหาริมทรัพย์กับสังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่แตกต่างกัน โดยการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Real Property) เป็นประกันการชำระหนี้เป็นไปตามกฎหมายและกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยการจำนองอสังหาริมทรัพย์ (Common Law on Real Estate Mortgage)⁵⁶ ส่วนการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) เป็นประกันการชำระหนี้เป็นไปตามนิติกรรมว่าด้วยการประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Article 9 Secured Transactions ของ Uniform Commercial Code หรือ UCC) มาตรา 9-101 ไปจนถึงมาตรา 9-709 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.2.3.1 การจำนองอสังหาริมทรัพย์⁵⁷

การจำนองอสังหาริมทรัพย์ เป็นการประกันด้วยทรัพย์สินที่เก่าแก่เคียงคู่มากับการจำนองตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) องค์ประกอบสำคัญของการจำนองคือการจดทะเบียนหรือประกาศให้สาธารณชนทราบถึงความเป็นอยู่ของการจำนอง มลรัฐส่วนมากมีกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนหรือการประกาศการจำนอง (Recording Statutes) รวมถึงการบังคับจำนอง (Foreclosure) เป็นของตนเอง คู่สัญญาจำนองจะทำสัญญาจำนองระหว่างกันเองโดยไม่ต้องจดทะเบียนไว้กับทางราชการก็ได้ แต่สัญญาจำนองที่ทำกันเองจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา (ไม่เป็นโมฆะ) จะใช้ยื่นบุกคฤหาสน์ไม่ได้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ได้จดทะเบียนการจำนองตามแบบและพิธีการของกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้นที่มีบุริมสิทธิบังคับชำระหนี้เฝ้าจากทรัพย์สินที่จำนองเรียงตามลำดับของวันเวลาที่จดทะเบียน เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ไม่ได้จดทะเบียนการจำนองไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันในกระบวนการล้มละลายของลูกหนี้

เจ้าหนี้ผู้รับจำนองตามกฎหมายอเมริกันสามารถทำความตกลงระหว่างกันเองเพื่อจัดลำดับการใช้อสังหาริมทรัพย์บังคับจำนองให้ต่างไปจากลำดับตามวันเวลาการจดทะเบียนได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหนี้ที่จดทะเบียนการจำนองลำดับแรกจะยอมให้เจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนการจำนองลำดับหลังได้สิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองจนเต็มก่อนตนก็ได้ สัญญาดังกล่าวเรียกว่าข้อตกลงในการกำหนดหนี้ด้อยสิทธิ (Subordination Agreement)

การบังคับจำนอง (Foreclosure) เริ่มด้วยการฟ้องบังคับจำนองต่อศาลโดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง เจ้าหนี้ในฐานะโจทก์ต้องฟ้องลูกหนี้เป็นจำเลยและเรียกผู้รับจำนองรายอื่นหรือลำดับอื่นและผู้ทรงสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำนอง (Material Persons) เข้ามาในคดีด้วย โดยทั่วไปศาลมักจะมิ

⁵⁶ ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 89.

⁵⁷ สุวิทย์ สุวรรณ. (2553, มกราคม). “การประกันด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายอเมริกัน.” วารสารกฎหมาย, 28, 1. หน้า 49-52.

คำสั่งให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองโดยเจ้าหน้าที่ศาล หลังจากจัดสรรเงินที่ได้จากการขายให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ผู้มีประกันทั้งหลายแล้วหากยังมีเงินเหลือ ต้องส่งมอบให้แก่ลูกหนี้ผู้จำนอง แต่หากเงินที่ได้จากการขายไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้จำนอง เจ้าหนี้จำนองจะมีสิทธิเรียกร้องส่วนที่ขาดหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายห้ามเรียกร้องส่วนที่ขาด เจ้าหนี้จำนองสามารถฟ้องร้องลูกหนี้เพื่อเรียกร้องเงินส่วนที่ขาดในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีประกันกฎหมายบางมลรัฐให้สิทธิแก่ลูกหนี้จำนอง ผู้รับจำนองลำดับถัดมา รวมทั้งผู้ทรงสิทธิต่างๆ ในการไถ่ทรัพย์สินจำนอง (Redemption) ภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งมีตั้งแต่ 6 เดือนถึง 1 ปี นับแต่เริ่มกระบวนการบังคับจำนอง

บางมลรัฐมีกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องดำเนินการทางศาลหลังจากลูกหนี้ผิดนัด วิธีการนี้เรียกว่า “Power of Sale” เจ้าหนี้จะใช้วิธีการนี้ได้ก็ต่อเมื่อเงื่อนไขในการทำ Power of Sale นี้ถูกระบุไว้อย่างชัดเจนในสัญญาจำนอง หรือในเอกสารการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Deed of Trust) แล้วแต่กรณี การบังคับจำนองวิธีนี้จะต้องทำโดยการขายทอดตลาดอย่างเปิดเผย

2.2.3.2 นิติกรรมว่าด้วยการประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Article 9 Secured Transactions ของ Uniform Commercial Code หรือ UCC)

นิติกรรมว่าด้วยการประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 (Article 9 Secured Transactions) เป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาฉบับแรกที่เปิดให้มีการนำทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ทุกประเภทมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ได้⁵⁸ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตามหมวดมาตรา 9 ของ UCC นั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้⁵⁹

กลุ่มที่ 1 คือ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ที่เดิม (ก่อนที่จะมีหมวดมาตรา 9) สามารถนำไปเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนำได้ (Pledgeable Intangibles or Indispensable Paper) ซึ่งได้แก่

(1) ตราสารเปลี่ยนมือ (Instrument) หมายถึง ตราสารเปลี่ยนมือได้ (Negotiable instrument) หรือหลักประกัน (Security) หรือตราสารแสดงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เป็นเงิน (Right to payment of money) ที่มีใช้ตัวสัญญาหลักประกันหรือสัญญาเช่า และการโอนตราสาร

⁵⁸ Grant Gilmore (อ้างถึงใน ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 90.).

⁵⁹ แหล่งเดิม.

แสดงสิทธิเหล่านี้ต้องกระทำโดยการส่งมอบการครอบครองและสลักหลัง⁶⁰ เช่น พันธบัตร (Bonds) และเอกสารแสดงการลงทุนในหลักทรัพย์ (Other investment securities)⁶¹

(2) เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (Document of Title) หมายถึง บรรดาเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (Document of Title) เอกสารแสดงอื่นที่แสดงว่าผู้ทรงเอกสารนั้นมีสิทธิเหนือบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่ระบุไว้ในเอกสารนั้น เช่น ใบตราส่ง (Bill of Lading) ใบรับฝากของในคลังสินค้า (Warehouse Receipt) ใบสั่งสินค้า (Order for the delivery of goods) เป็นต้น และหมายรวมถึงเอกสารใดๆ ที่ในทางการค้าถือกันว่าผู้ทรงเอกสารดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับไว้ครอบครอง หรือจำหน่ายจ่ายโอนเอกสารดังกล่าวพร้อมทั้งทรัพย์สินที่ระบุไว้ในเอกสารนั้น⁶²

(3) ตราสารแสดงความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ประกอบด้วยสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้ (Chattel papers) หมายถึง เอกสารหรือหลักฐานเป็นหนังสือที่แสดงว่ามีหนี้เงิน (Monetary obligation) อยู่จริง และมีการระบุทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของหนี้เงินนั้นหรือการเช่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง⁶³ ที่มาของ Chattel paper ได้แก่สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไข (Conditional sale contract) เนื่องจากก่อนที่จะมีการจัดทำหมวดมาตรา 9 ขึ้นเป็นที่ยอมรับกันว่าสัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขนี้สามารถนำไปจำหน่ายได้⁶⁴

กลุ่มที่ 2 คือ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ที่เดิม (ก่อนที่จะมีหมวดมาตรา 9) ไม่สามารถใช้เป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำหน่ายได้ (Non-Pledgeable Intangibles) ซึ่งได้แก่

(1) บัญชีลูกหนี้ (Account) หมายถึงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (Right to payment) จากการขายสินค้าหรือให้เช่าหรือจากการให้บริการซึ่งไม่มีตราสารเปลี่ยนมือ (Instrument) หรือตราสารแสดงความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ประกอบด้วยสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้ (Chattel papers) เป็นหลักฐานแสดงสิทธิ⁶⁵

(2) ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอื่นๆ (General Intangibles) หมายถึง สัมหาริมทรัพย์ (Personal Property) อื่นที่มีใช้สินค้า (Goods) บัญชีลูกหนี้ (Account) ตราสารแสดงความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ประกอบด้วยสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้ (Chattel papers)

⁶⁰ Uniform Commercial Code, Article 9-105 (1) (i).

⁶¹ Richard A Mann and Barry S Roberts (อ้างถึงใน ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้าเดิม.).

⁶² Uniform Commercial Code, Article 1-201 (15) และ, Article 9-105 (1) (f).

⁶³ Uniform Commercial Code, Article 9-105 (b).

⁶⁴ Grant Gilmore (อ้างถึงใน ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 91.).

⁶⁵ Uniform Commercial Code, Article 9-106.

เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (Document of Title) ตราสารเปลี่ยนมือ (Instrument) และเงิน⁶⁶ เป็นต้นว่า ชื่อเสียงในการค้า (Goodwill) ลิขสิทธิ์ในวรรณกรรม (Literary rights) สิทธิที่ได้รับจากสิทธิบัตร (Interest in patents) เครื่องหมายการค้า (Trademarks) และลิขสิทธิ์ (Copyright)⁶⁷

สำหรับสิทธิเรียกร้องตามสัญญาที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตามหมวดมาตรา 9 จำกัดอยู่เฉพาะแต่สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (Right to payment) เท่านั้น ไม่ว่าสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินนั้นจะเกิดจากมูลหนี้ใด ดังนั้น สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้โดยประการอื่น จึงไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

2) ความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกัน

ความสมบูรณ์ (Perfection) ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้น ขึ้นอยู่กับว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินประเภทใด ในกรณีที่ใช้ตราสารแสดงความเป็นเจ้าหนี้ ถูกหนีประกอบด้วยสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นประกันการชำระหนี้ (Chattel papers) เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (Document of Title) บัญชีลูกหนี้ (Account) ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอื่นๆ (General Intangibles) เป็นประกันการชำระหนี้ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะต้องทำเป็นหนังสือ และสมบูรณ์เมื่อได้จดทะเบียน (Filing Financing Statement) แต่ในกรณีใช้เงินหรือตราสารหนี้ (Instruments) เป็นหลักประกัน เพียงแต่ผู้รับหลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้ ก็เป็นอันสมบูรณ์แล้ว เนื่องจากเงินและตราสารหนี้มีลักษณะเฉพาะตัวที่สามารถเปลี่ยนมือได้โดยง่าย จึงต้องสันนิษฐานว่าผู้ที่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้นั้นไว้ย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้รับหลักประกัน⁶⁸ หากผู้รับหลักประกันไม่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันไม่อาจกสิทธิตามสัญญาหลักประกันขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้นั้นได้ และในกรณีใช้สังหาริมทรัพย์ที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการทางทะเบียนมาเป็นหลักประกัน เช่น เรือ (ตาม Ship Mortgage Act) เครื่องบิน (ตาม Federal Aviation Act) หรือ ลิขสิทธิ์ (ตาม Copy right Act) เป็นต้น ก็จะต้องดำเนินการทางทะเบียนตามกฎหมายนั้นๆ ด้วย

3) การบังคับหลักประกัน

การบังคับชำระหนี้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิดังกล่าวเสมอไป สิทธิในการบังคับชำระหนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ การผิดนัดชำระหนี้ (Default) มิได้เกิดจากลูกหนี้ไม่ผ่อนชำระหนี้เงินกู้หรือค่าสินค้าแต่เพียงอย่างเดียว แต่หมายรวมถึงการผิดนัดเพราะการผิดสัญญาหรือเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจด้วย

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Richard A Mann and Barry S Roberts (อ้างถึงใน ปรกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 92.).

⁶⁸ Philip R Wood (อ้างถึงใน ปรกรณ์ นิลประพันธ์. แหล่งเดิม.).

เมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะขาย ให้เช่า ให้สิทธิ (License) หรือ จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวิธีการทางการค้าที่มีเหตุผลและเป็นธรรม (Commercially reasonable preparation or processing)⁶⁹ ซึ่งการจำหน่ายจ่ายโอนตามวิธีการทางการค้าที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลดังกล่าวนั้นจะทำโดยการขายทอดตลาดหรือไม่ก็ได้⁷⁰ จะขาย ยกมัดหรือแบ่งขายก็ได้ จะขายครั้งเดียวหรือหลายครั้ง ณ เวลาและสถานที่ใดที่เจ้าหนี้เห็นสมควร ก็ได้ โดยเจ้าหนี้ต้องตอบลูกหนี้และศาลได้ว่าการจำหน่ายจ่ายโอนเช่นนั้นสมเหตุสมผลและเกิดผลดี แก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ และอยู่ในกรอบของกฎหมายและสัญญาหลักประกันที่ได้ทำกันไว้

การบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมถึงการเอาทรัพย์สินดังกล่าวตีชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนเหมือนกับการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตามกฎหมายไทยด้วยการที่เจ้าหนี้ยอมรับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นกรรมสิทธิ์ของคนแทนการจำหน่ายจ่ายโอน ด้วยวิธีการอย่างอื่นนี้เรียกว่า “Strict Foreclosure” ซึ่งลูกหนี้จะต้องยินยอม หรืออย่างน้อยลูกหนี้ ไม่คัดค้านภายใน 20 วัน นับแต่วันได้รับข้อเสนอจากเจ้าหนี้⁷¹ การเอาทรัพย์สินหลุดเพื่อตีชำระหนี้ นี้ จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสินค้าผู้บริโภคและลูกหนี้ได้ชำระราคาหรือ ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มาแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ของหนี้ทั้งหมด ในกรณีดังกล่าวเจ้าหนี้จะต้อง ขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างเดียวและต้องขายภายใน 90 วัน นับแต่ยึดทรัพย์สินนั้นคืนมา⁷²

เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเจ้าหนี้มีสิทธิจัดสรรชำระ หนี้รวมดอกเบี้ย ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการติดตามยึดคืนทรัพย์สินและการจำหน่ายจ่ายโอนส่วน ที่เหลือ (ถ้ามี) เจ้าหนี้จะต้องคืนแก่ลูกหนี้หากเงินที่ได้จากการขายมีไม่เพียงพอ เจ้าหนี้มีสิทธิ ฟ้องร้องเรียกส่วนที่ขาดจากลูกหนี้เหมือนเจ้าหนี้สามัญทั่วไป

ในการบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้ส่วนมากมิได้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันเหมือนกับผู้รับจำนำ เจ้าหนี้เหล่านี้จำเป็นต้องสืบเสาะและติดตามยึดทรัพย์สินคืนมา จากลูกหนี้เสียก่อน การติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากลูกหนี้หรือเอามาอยู่ในครอบครองของตน (Repossession) นี้ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ (UCC) อนุญาตให้เจ้าหนี้กระทำตัวเองโดยไม่ต้องพึ่ง บารมีของศาล (Self-help Enforcement) หากกระทำโดยสมควรแก่เหตุและไม่เป็นการขัดต่อความ สงบสันติของสังคม (Breach of Peace)⁷³ การยึดทรัพย์สินคืนจะกระทำได้แค่ไหนเพียงใดโดยไม่ขัดต่อ

⁶⁹ Uniform Commercial Code, Article 9-610 (a).

⁷⁰ Uniform Commercial Code, Article 9-610 (c).

⁷¹ Uniform Commercial Code, Article 9-620 (c) (2).

⁷² Uniform Commercial Code, Article 9-620 (e) and (f).

⁷³ Uniform Commercial Code, Article 9-609 (b).

ความสงบสันตินั้นต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปโดยถือเอาคำตัดสินของศาลในคดีก่อนๆ เป็นเกณฑ์ โดยในการเข้ายึดคืนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้าแต่อย่างใด แต่หากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้เจ้าหนี้ต้องแจ้งให้ลูกหนี้ทราบก่อนการยึดคืนทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามนั้น เจ้าหนี้ที่ไม่ประสบความสำเร็จในการยึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจากลูกหนี้เองสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทุกเมื่อ

2.3 กฎหมายหลักประกันในประเทศไทย

ในช่วงแรกกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ของไทยนั้นจะมีเฉพาะในเรื่องการจำนำเท่านั้น ส่วนการจำนองนั้นเพิ่งมาเกิดขึ้นในสมัยปลายกรุงศรีอยุธยา ในกฎหมายเก่านั้นมีบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจำนำเพียงมาตราเดียว คือพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 ซึ่งจะบัญญัติเกี่ยวกับการจำนำสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย แต่ต่อมาเมื่อครั้งสมัยรัชกาลที่ 4 ราคาที่ดินขยับสูงขึ้นมาก จึงเริ่มมีการวางรูปแบบการจำนำแบบใหม่ คือการจำนองนั่นเอง โดยมีการบัญญัติในเรื่องของแบบว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและทำต่อหน้านายอำเภอด้วย⁷⁴

ในปัจจุบันกฎหมายหลักประกันของไทยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา โดยหลักประกันมีเพียง 2 ประเภท คือ

2.3.1 การประกันด้วยบุคคล

การประกันด้วยบุคคล หรือการค้าประกันเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้มีต่อผู้ค้าประกัน ไม่ใช่ต่อกองทรัพย์สินของผู้ค้าประกันโดยตรง เว้นแต่จะผ่านกระบวนการบังคับ โดยใช้สิทธิทางศาลก่อน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเรื่องการประกันด้วยบุคคลอยู่ที่บรรพ 3 ว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญา ลักษณะ 11 โดยในมาตรา 680 ได้ให้นิยามของ “การค้าประกัน” ไว้ว่า อันว่าสัญญาการค้าประกันนั้นคือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้าประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้⁷⁵ ลักษณะของการค้าประกันมีรายละเอียดพอสังเขป ดังนี้

⁷⁴ ร.เลงกาศ. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. หน้า 354-363.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 680.

1) สัญญาค้ำประกันจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีหนี้ผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้อันอาจเรียกได้ว่า “หนี้ประธาน” อยู่ก่อน⁷⁶ โดยหนี้อันเป็นประธานต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์⁷⁷ สัญญาค้ำประกันอันเป็นหนี้อุปกรณจึงจะเกิดขึ้นได้

2) ผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลภายนอกสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ การค้ำประกันจึงต้องมีบุคคล 3 ฝ่ายเสมอ โดยผู้ค้ำประกันอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้

3) ผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันจึงเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัด⁷⁸

4) กฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาค้ำประกันไว้ แต่ถ้าหากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกัน ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้เท่านั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรค 2 ดังนั้น แม้สัญญาค้ำประกันจะทำกันด้วยวาจา สัญญาค้ำประกันก็มีผลสมบูรณ์

5) เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันย่อมมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ทั้งต้นเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยและค่าเสียหายหรือสูญหาย และรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีเหนือลูกหนี้ด้วย⁷⁹

6) ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด เมื่อนั้นของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใดๆ⁸⁰ หรือหากหนี้นั้นมีกำหนดเวลาชำระหนี้ที่แน่นอนและเจ้าหนี้นยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันก็หลุดพ้นจากความรับผิดเช่นกัน

2.3.2 การประกันด้วยทรัพย์สิน

เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของคนอื่นก็ได้ เจ้าหนี้ธรรมดาของเจ้าของทรัพย์ที่ประกันนั้นจะเข้ามาแย่งขอแบ่งชำระหนี้ด้วยไม่ได้⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเรื่องการประกันด้วยทรัพย์สินไว้ในบรรพ 6 ซึ่ง

⁷⁶ สุดา วิสฤตพิชญ์. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนวนองจํานำ. หน้า 15.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 681.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 686.

⁷⁹ แหล่งเดิม.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 698.

⁸¹ พจน์ ปุษยาคม. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนวนอง สิทธิคดีหน้าวง บูริมสิทธิ. หน้า 2.

หลักประกันด้วยทรัพย์สินมี 2 ลักษณะ คือ การจำนำบัญชีไว้ตามมาตรา 747-769 และการจำนองบัญชีไว้ตามมาตรา 702-742

นอกจากการนำทรัพย์สินมาทำสัญญาประกันการชำระหนี้แล้ว กฎหมายยังบัญญัติให้เจ้าหนี้ในมูลหนี้บางอย่างมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ก่อนกันและก่อนเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งเรียกว่า “บุริมสิทธิ” และกฎหมายยังบัญญัติให้เจ้าหนี้ยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้บางอย่างจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ซึ่งเรียกว่า “สิทธิยึดหน่วง”

ข้อที่น่าพิจารณา คือ บุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วงเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นทางกฎหมายอยู่ 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรกเห็นว่า บุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วงไม่เป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน เนื่องจากการเอาทรัพย์สินเป็นประกันต้องบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้น โดยการเอาทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาดชำระหนี้ แต่สิทธิยึดหน่วงเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินไปขายชำระหนี้ไม่ได้ ได้แต่ยึดไว้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ บุริมสิทธิก็ไม่สามารถเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ไปขายชำระหนี้เป็นแต่เพียงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนกัน ในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน แนวที่สองเห็นว่า บุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วงเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เพราะแม้จำนองก็ยังคงฟ้องศาลเพื่อบังคับจำนอง แล้วจึงบังคับคดียึดเอาทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดชำระหนี้ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิก็ต้องฟ้องแล้วยึดทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาดเช่นกัน เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นถูกเจ้าหนี้อื่นยึดไว้แล้ว เจ้าหนี้จำนองและเจ้าหนี้อื่นวิทิตอาจร้องขอเอาชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 ซึ่งก็ยังคงมีหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้สามัญ

ดังนั้น จึงอาจแบ่งประเภทของการประกันด้วยทรัพย์สินได้ดังนี้ คือ

- 1) โดยข้อสัญญา ได้แก่ จำนอง จำนำ
- 2) โดยข้อกฎหมาย ได้แก่ บุริมสิทธิ สิทธิยึดหน่วง

ลักษณะของการจำนำ การจำนอง บุริมสิทธิ และสิทธิยึดหน่วง มีรายละเอียดพอสังเขป ดังนี้

2.3.2.1 การจำนำ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747 ได้ให้ความหมายของการจำนำว่า คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยการจำนำมีลักษณะ ดังนี้

- 1) สัญญาจำนำเป็นสัญญาอุปกรณ์เช่นเดียวกับสัญญาค้ำประกัน ดังนี้
หนี้ประธารระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จึงต้องสมบูรณ์ สัญญาจำนำจึงจะเกิดขึ้นได้

2) กฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาจำนำไว้ สัญญาจำนำจะสมบูรณ์เมื่อผู้จำนำส่งมอบทรัพย์สินหรือตราสารแห่งสิทธิให้แก่ผู้รับจำนำยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้⁸² ดังนั้น ทรัพย์สินที่จำนำได้จึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์รวมถึงสิทธิที่มีตราสาร

3) สัญญาจำนำระงับเมื่อหนี้ประชนระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใดๆ และสัญญาจำนำจะระงับเมื่อทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่การครอบครองของผู้จำนำด้วยความสมัครใจ⁸³ แต่หากหนี้ประชนขาดอายุความผู้รับจำนำยังสามารถบังคับจำนำได้ แต่จะเรียกดอกเบี้ยเกิน 5 ปีไม่ได้

4) การบังคับจำนำไม่ต้องฟ้องคดี ผู้รับจำนำมีสิทธิเอาทรัพย์สินจำนำที่อยู่ในความครอบครองของตนออกขายทอดตลาดนำเงินที่ได้ไปชำระหนี้

2.3.2.2 การจำนอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702 ได้ให้ความหมายของการจำนองว่า คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโอนไปเป็นของบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ซึ่งการจำนองมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) สัญญาจำนองเป็นสัญญาอุปรณ์ เกิดขึ้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของหนี้ประชน หนี้ประชนจึงต้องสมบูรณ์เช่นเดียวกับการค้ำประกันและการจำนำ

2) ผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรือเป็นบุคคลภายนอกก็ได้ แต่ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง เพราะเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับจำนองจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้

3) ทรัพย์สินที่สามารถจำนองได้ คือ อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนบางประเภท คือ เรือมีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ หรือสังหาริมทรัพย์อื่นซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะกาล⁸⁴ เช่น เครื่องจักร เป็นต้น

4) ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง แต่กฎหมายกำหนดให้สัญญาจำนองต้องทำตามแบบ กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁸⁵ มิฉะนั้น สัญญาจำนองเป็นโมฆะ การทำเป็นหนังสือต้องระบุด้วยว่าเป็นประกันการชำระหนี้รายใด โดยระบุทรัพย์สินที่จำนอง จำนวนเงินที่จำนอง หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่เอาทรัพย์สินที่จำนอง

⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 747.

⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 769.

⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 703.

⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 714.

เป็นประกันผลคือ ผู้จำนองยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองทรัพย์สิน สิทธิจำนองเป็นสิทธิที่ตกติดไปกับตัวทรัพย์สิน ดังนั้น แม้ว่าทรัพย์สินที่จำนองโอนไปยังบุคคลภายนอก เจ้าหนี้จำนองก็ยังคงสามารถบังคับจำนองได้

5) สัญญาจำนองระงับเมื่อหนี้ประธานระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นที่มีใช้อายุความ เพราะเมื่อหนี้ประธานขาดอายุความ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองยังสามารถบังคับจำนองได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 5 ปีไม่ได้⁸⁶

6) การบังคับจำนองต้องฟ้องคดีต่อศาล โดยการบังคับจำนองทำได้ 2 วิธี คือ ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาและสั่งยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ และฟ้องเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ

จะเห็นได้ว่าการประกันด้วยทรัพย์สินนั้นมีข้อดีกว่าการประกันด้วยบุคคล เนื่องจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันนั้นได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่ต้องเสี่ยงภัยในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ว่าจะมีเพียงพอชำระหนี้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ดีการประกันด้วยทรัพย์สินมีข้อจำกัดหลายประการดังจะกล่าวต่อไป

2.3.2.3 บุริมสิทธิ

บุริมสิทธิ คือ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 251 บัญญัติว่า “ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ...” โดยบุริมสิทธิมีลักษณะ 4 ประการ ดังนี้คือ

ประการแรก บุริมสิทธิต้องเกิดด้วยอำนาจกฎหมาย เพราะบุริมสิทธิสามารถบังคับได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น จึงมีผลให้เจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนหรือไม่ได้รับชำระหนี้เลย

ประการที่สอง บุริมสิทธิเกิดขึ้นตามสภาพมูลหนี้ การกำหนดให้หนี้ชนิดใดมีบุริมสิทธิอย่างใดย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของมูลหนี้ที่กฎหมายเห็นสมควรให้มีบุริมสิทธิและจะให้มีบุริมสิทธิเพียงใดก็ย่อมเป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั้น

ประการที่สาม บุริมสิทธิเป็นสิทธิอันเป็นอุปกรรมแห่งหนี้ ทำนองเดียวกับการจำนอง จำน่า และค้ำประกัน แต่จำนอง จำน่า ค้ำประกันเกิดจากสัญญา มิใช่เกิดจากกฎหมายกำหนด เช่น บุริมสิทธิ

ประการที่สี่ บุริมสิทธิเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งต่างจากสิทธิจำนองและจำนำที่เจ้าหนี้บังคับตามสิทธินั้นได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของลูกหนี้หรือไม่

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 745.

บุริมสิทธินั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ บุริมสิทธิสามัญและบุริมสิทธิพิเศษ โดยบุริมสิทธิพิเศษยังแบ่งตามลักษณะของทรัพย์ได้เป็น บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์และ บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) บุริมสิทธิสามัญ

บุริมสิทธิสามัญ เป็นบุริมสิทธิที่เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธินั้นมีสิทธิเหนือ ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้⁸⁷ ได้แก่

(1) ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกัน หมายถึง ค่าใช้จ่ายอันได้เสียไป เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้หมดทุกคนร่วมกันเกี่ยวกับการรักษา การชำระบัญชี หรือการเฉลี่ย ทรัพย์สินของลูกหนี้⁸⁸

(2) ค่าปลงศพ ใช้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายในการปลงศพตามควรแก่ฐานะานุรูป ของลูกหนี้⁸⁹

(3) ค่าภาษีอากรซึ่งใช้สำหรับเอาบรรดาค่าภาษีอากรในที่ดิน ทรัพย์สิน หรือ ค่าภาษีอากรอย่างอื่นที่ลูกหนี้ยังค้างชำระอยู่ในปัจจุบันและก่อนนั้นขึ้นไปอีกปีหนึ่ง⁹⁰ และเงิน ที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเพื่อการทำงานที่ได้ทำให้แก่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้าง ซึ่งใช้สำหรับค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด ค่าชดเชย ค่าชดเชยพิเศษ และเงินอื่นใด ที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเพื่อการทำงานที่ได้ทำให้ นับถอยหลังขึ้นไปสี่เดือนแต่รวมกันแล้วต้องไม่เกิน หนึ่งแสนบาทต่อลูกจ้างคนหนึ่ง⁹¹

(4) ค่าเครื่องอุปโภคบริโภคอันเป็นประจำวัน ใช้สำหรับเอาค่าเครื่องอุปโภค บริโภคซึ่งยังค้างชำระอยู่นับถอยหลังขึ้นไปหกเดือน เช่น ค่าอาหาร เครื่องดื่ม โคมไฟ ฟืน ถ่าน อันจำเป็นเพื่อการครองชีพของลูกหนี้ และบุคคลในสกุลซึ่งอยู่กับลูกหนี้และซึ่งลูกหนี้จำต้อง อุปการะกับทั้งคนใช้ของลูกหนี้ด้วย⁹²

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 253.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 254.

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 255.

⁹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 256.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 257.

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 258.

สำหรับบุริมสิทธิสามัญนอกจากจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 253-258 แล้ว ยังมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1739⁹³ ซึ่งเป็นการจัดลำดับการชำระหนี้ของมรดกของลูกหนี้ โดยมีการจัดลำดับและประเภทของบุริมสิทธิไว้เช่นเดียวกับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 253 และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/13 ซึ่งบัญญัติให้ผู้อยู่ในปกครองมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ปกครองเพื่อชำระหนี้ที่ค้างอยู่แก่ตน และให้อยู่ในลำดับที่หกถัดจากบุริมสิทธิสามัญอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 253

นอกจากนี้แล้ว บุริมสิทธิสามัญยังอาจมีบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 บัญญัติให้บุริมสิทธิสามัญในเงินสมทบหรือเงินเพิ่มที่ค้างส่งไว้ในมาตรา 51

2) บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์

บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ เป็นสิทธิที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์บางอย่างของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น⁹⁴ ซึ่งแยกพิจารณาตามมูลหนี้ได้ดังนี้

(1) เจ้าหนี้สังหาริมทรัพย์ ใช้สำหรับเอาค่าเช่าสังหาริมทรัพย์และหนี้อย่างอื่นของผู้เช่าอันเกิดจากความเกี่ยวพันในเรื่องเช่า และมีอยู่เหนือสังหาริมทรัพย์ของผู้เช่าซึ่งอยู่ในหรือบนอสังหาริมทรัพย์นั้น⁹⁵ สำหรับบุริมสิทธิในหนี้ค่าเช่าสังหาริมทรัพย์จะมีการจำกัดจำนวนของบุริมสิทธิไว้ 2 กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 263 และ 264 และสำหรับทรัพย์ที่

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1739 บัญญัติไว้ว่า “ให้ชำระหนี้ที่กองมรดกค้างชำระตามลำดับต่อไปนี้และตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยบุริมสิทธิ โดยต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่บรรดาเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิพิเศษตามประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น และบรรดาเจ้าหนี้ที่มีประกันโดยการจำนำหรือการจำนอง

- (1) ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์อันร่วมกันของกองมรดก
- (2) ค่าใช้จ่ายในการทำศพเจ้ามรดก
- (3) ค่าภาษีอากรซึ่งกองมรดกค้างชำระอยู่
- (4) ค่าจ้างซึ่งเจ้ามรดกค้างชำระแก่เสมียน คนใช้และคนงาน
- (5) ค่าเครื่องอุปโภคบริโภคอันจำเป็นประจำวันซึ่งส่งให้แก่เจ้ามรดก
- (6) หนี้สินสามัญของเจ้ามรดก
- (7) บำเหน็จของผู้จัดการมรดก”

⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 259.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 260.

อยู่ภายใต้บังคับของบุริมสิทธิแยกออกเป็นกรณีเช่าที่ดินและกรณีเช่าเรือน โรงตามมาตรา 261 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) พักอาศัยในโรงแรม ใช้สำหรับเอาเงินบรรดาที่ค้างชำระแก่เจ้าสำนักเพื่อการพักอาศัยและการอื่นๆ อันได้จัดให้สำเร็จความปรารถนาแก่คนเดินทาง หรือแขกอาศัย รวมทั้งการชดใช้เงินทั้งหลายที่ได้ออกแทนไปและมีอยู่เหนือเครื่องเดินทาง หรือทรัพย์สินของคนเดินทาง หรือแขกอาศัยอันเอาไว้ในโรงแรม โฮเตล หรือสถานที่เช่นนั้น⁹⁶

(3) รับขนคนโดยสารหรือของ ใช้สำหรับเอาค่าระวางพาหนะในการรับขนคนโดยสารหรือของ คือทั้งค่าใช้จ่ายอันเป็นอุปกรณ์ และเป็นบุริมสิทธิที่มีอยู่เหนือของและเครื่องเดินทางทั้งหมดอันอยู่ในมือของผู้ขนส่ง⁹⁷

(4) รักษาสิ่งหามทรัพย์ ใช้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายเพื่อรักษาสิ่งหามทรัพย์ และมีอยู่เหนือสิ่งหามทรัพย์อันนั้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอันได้เสียไปเพื่อที่จะสงวนสิทธิ หรือรับสภาพสิทธิ หรือบังคับสิทธิ อันเกี่ยวข้องกับสิ่งหามทรัพย์นั้นอีกด้วย⁹⁸

(5) ซื้อขายสิ่งหามทรัพย์ ใช้สำหรับเอาราคาซื้อขายและดอกเบี้ยในราคานั้น และมีอยู่เหนือสิ่งหามทรัพย์นั้น⁹⁹

(6) ค่าเมล็ดพันธุ์ ไม้พันธุ์ หรือปุ๋ย ใช้สำหรับเอาราคาค่าเมล็ดพันธุ์ ไม้พันธุ์ หรือปุ๋ย และดอกเบี้ยในราคานั้นและมีอยู่เหนือดอกผลอันเกิดออกในที่ดินเพราะใช้สิ่งเหล่านั้นภายในปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ใช้¹⁰⁰

(7) ค่าแรงงานเพื่อกลสิกรรมและอุตสาหกรรม ในส่วนบุคคลที่ได้ทำงานกลสิกรรม ใช้สำหรับเอาค่าจ้างนับถอยหลังขึ้นไปปีหนึ่ง และในส่วนบุคคลที่ได้ทำการงานอุตสาหกรรม ใช้สำหรับเอาค่าจ้างถอยหลังขึ้นไปสามเดือน และเป็นบุริมสิทธิที่มีอยู่เหนือดอกผลหรือสิ่งของที่ประคิษฐ์ขึ้นอันเกิดแต่แรงงานของบุคคลนั้นๆ¹⁰¹

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 265.

⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 267.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 269.

⁹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 270.

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 271.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 272.

3) บุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์

บุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ เป็นสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์เฉพาะอย่างของลูกหนี้¹⁰² แยกพิจารณาตามมูลหนี้ได้ดังนี้

(1) รักษาอสังหาริมทรัพย์ ใช้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายเพื่อรักษาอสังหาริมทรัพย์ และมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอันได้เสียไปเพื่อที่จะสงวนสิทธิ หรือรับสภาพสิทธิ หรือบังคับสิทธิ อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นอีกด้วย¹⁰³

(2) จ้างทำของเป็นการงานขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ ใช้สำหรับเอาสินจ้างค่าทำของเป็นการงานอันผู้ก่อสร้าง สถาปนิก หรือผู้รับจ้างได้ทำลงบนอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ และมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น บุริมสิทธินี้ย่อมเกิดขึ้นต่อเมื่ออสังหาริมทรัพย์นั้นมีราคาเพิ่มขึ้นในปัจจุบันเพราะการที่ได้ทำขึ้นนั้น และมีอยู่เพียงเหนือราคาที่เพิ่มขึ้นเท่านั้น¹⁰⁴

(3) ชื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ใช้สำหรับเอาราคาอสังหาริมทรัพย์และดอกเบี้ยในราคาระนั้นและมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น¹⁰⁵

บุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ทั้ง 3 ประเภทนี้ ต้องจดทะเบียนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285, 286 และ 287 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย และเมื่อจดทะเบียนแล้วบุริมสิทธิในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์ และจ้างทำของเป็นการงานขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 287 บัญญัติให้ใช้ได้ก่อนจำนองด้วย

2.3.2.4 สิทธิยึดหน่วง

สิทธิยึดหน่วง หมายถึง การที่เจ้าหนี้ได้ครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ และมีหนี้อันเป็นคุณประโยชน์แก่ตนเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้ครอบครองไว้นั้น มีสิทธิที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ได้ครอบครองไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ โดยการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิยึดหน่วงได้ก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ หนี้ดังกล่าวต้องถึงกำหนดชำระแล้ว และการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องเป็นการครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁶ สิทธิยึดหน่วงดังกล่าวต้องสมกับลักษณะที่เจ้าหนี้รับภาระในมูลหนี้ สมกับคำสั่งที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนหรือขณะที่ส่งมอบทรัพย์สินนั้น และต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน¹⁰⁷

¹⁰² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 273.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 274.

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 275.

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 276.

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 241.

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 242.

แต่หากลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิยึดหน่วงแม้หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หรือสิทธิยึดหน่วงไม่สมกับภาระหนี้ หรือไม่สมกับคำสั่งที่ลูกหนี้ให้ไว้ก่อนหรือขณะส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม¹⁰⁸

นอกจากนี้สิทธิยึดหน่วงยังกำหนดไว้ในบทบัญญัติเฉพาะเรื่อง ได้แก่ สิทธิของผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่จะยึดสัตว์ที่เข้ามาทำให้อสังหาริมทรัพย์ของตนเสียหาย¹⁰⁹ สิทธิของผู้ขายในการที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้จนกว่าจะได้รับชำระราคา¹¹⁰ สิทธิของผู้ขนส่งในการที่จะยึดของไว้จนกว่าจะได้รับค่าระวางพาหนะและอุปกรณ์¹¹¹ สิทธิของผู้ฝากทรัพย์สินที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่รับฝากไว้จนกว่าจะได้รับเงินที่ค้างชำระเกี่ยวกับการฝากทรัพย์สินนั้น¹¹² สิทธิของเจ้าสำนักโรงแรมในการที่จะยึดหน่วงเครื่องเดินทางหรือทรัพย์สินอย่างอื่นของคนเดินทาง หรือแขกอาศัยจนกว่าจะได้รับชำระหนี้แก่ตน¹¹³ สิทธิของนายคลังสินค้าในการที่จะยึดหน่วงสินค้าไว้เป็นประกันการชำระหนี้¹¹⁴ และสิทธิของตัวแทนในการที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินของตัวการที่อยู่ในความครอบครองเอาไว้จนกว่าจะได้รับชำระเงินที่ค้างชำระอันเกี่ยวกับการเป็นตัวแทน¹¹⁵ สำหรับในส่วนของผู้ขายทรัพย์สิน ผู้ขนส่ง และเจ้าสำนักโรงแรม นอกจากจะมีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้แล้วยังมีนุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว¹¹⁶ และเฉพาะเจ้าสำนักโรงแรมสามารถใช้สิทธิบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ¹¹⁷

2.3.3 ข้อจำกัดการประกันด้วยทรัพย์สิน

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในลักษณะของการจำนำและจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีข้อจำกัดหลายประการ กล่าวคือ

1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินที่นำมาจำนำหรือจำนอง ซึ่งทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายไทยมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ ในกรณีจำนำจำกัดเพียงอสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างทั้งหลาย สิทธิอันมีตราสาร ได้แก่ หุ้น ตั๋วเงิน บัตรเงินฝากประจำประเภทโอนเปลี่ยนมือได้

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 243.

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 452.

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 468.

¹¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 630.

¹¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 670.

¹¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 679.

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 630, 772.

¹¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 819.

¹¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 259.

¹¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 266.

โดยการสลักหลังและส่งมอบ ใบประทวนสินค้าที่ออกโดยนายคลังสินค้า เป็นต้น ส่วนการจำหน่ายก็จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภทเท่านั้น ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกัน โดยการจำหน่ายและจำหน่ายภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่มีมูลค่าบางประเภทในการนำมาเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง เป็นต้น ทำให้ผู้ประกอบการเสียโอกาสในการนำทรัพย์สินที่มีค่าอื่น ๆ มาเป็นหลักประกันต่อสถาบันการเงิน

2) แบบของการให้หลักประกันที่ทำให้ขาดความคล่องตัวการนำทรัพย์สินบางประเภทมาเป็นหลักประกัน โดยการจำหน่ายจะส่งผลให้ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันไม่สามารถนำทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด เนื่องจากต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับจำหน่าย

3) วิธีการบังคับหลักประกันเป็นไปโดยล่าช้า เนื่องจากการบังคับจำหน่ายจะต้องผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปโดยล่าช้า และศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีเป็นจำนวนมาก เจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันจึงไม่สามารถบังคับหลักประกันได้โดยเร็ว อีกทั้งการบังคับจำหน่ายโดยวิธีการนำทรัพย์สินที่จำหน่ายออกขายทอดตลาด ซึ่งดำเนินการโดยทางราชการ ราคาของทรัพย์สินที่ได้จากการขายทอดตลาดจึงมีจำนวนไม่สูงเท่ากับการขายทอดตลาดโดยภาคเอกชน

จากข้อจำกัดในการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้เพื่อให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกัน ได้มีกฎหมายกำหนดให้เครื่องจักรและสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวสามารถนำมาจำหน่ายได้ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 แต่พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ได้แก้ปัญหาที่เกิดจากระบบการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อย่างแท้จริง โดยเป็นเพียงการแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่องเท่านั้น ในทางปฏิบัติยังมีทรัพย์สินหลายอย่างที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นประกันการชำระหนี้ได้ กระทรวงพาณิชย์และกระทรวงยุติธรรมจึงได้ร่วมมือกันจัดทำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เพื่อเป็นช่องทางให้แก่ผู้ประกอบการสามารถนำเอาทรัพย์สินที่มีค่าทางธุรกิจมาใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้

2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันในคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้อย่างหนึ่ง ที่ต่างไปจากระบบกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ โดยหลักทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการปกป้องกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ด้วยมาตรการการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้และการเพิกถอนการฉ้อฉล ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้โดยสมบูรณ์ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้เอาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย การฟ้องเพื่อการบังคับชำระหนี้อ่อมเป็นไปตามลำดับก่อนหลังของมูลหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่มากพอ ก็จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ทุกราย กรณีอาจเป็นไปได้ว่าไม่มีทรัพย์สินเหลือพอให้เจ้าหนี้อย่างหลังๆ ได้ เช่นนี้ย่อมทำให้เจ้าหนี้เสียหายได้เช่นกัน ระบบนี้เรียกกันว่าใครมาก่อนย่อมได้ก่อน (First come first serve) แต่ในกรณีที่พิจารณาได้ว่าลูกหนี้อยู่ในสถานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว อันเป็นสภาวะการล้มละลายที่เห็นได้ชัดว่าลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน ซึ่งเท่ากับว่ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่อาจเป็นหลักประกันที่เพียงพอต่อหนี้ที่ลูกหนี้ได้มีอยู่ต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายอีกต่อไป เจ้าหนี้ทั้งหลายย่อมจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของตน การให้เจ้าหนี้ฟ้องเป็นคดีล้มละลาย เพื่อบังคับเอาทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้มาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ทั้งปวงของลูกหนี้นั้นย่อมเป็นผลที่คิดว่าจะไม่ได้รับชำระหนี้แต่อย่างใด ทำให้ไม่เกิดการเสียเปรียบได้เปรียบแก่บรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้¹¹⁸

กรณีเจ้าหนี้ที่รอบคอบจึงคอยหาช่องทางที่จะขอสิทธิพิเศษคิดว่าเจ้าหนี้อย่างอื่นโดยอาศัยอิทธิพลทางการเงินของเจ้าหนี้ หรือความต้องการพิเศษของลูกหนี้¹¹⁹ เช่น การให้ลูกหนี้ส่งมอบหลักประกันพิเศษโดยการนำทรัพย์สินมาทำสัญญาจำนำ จำนอง ความสามารถในการบริหารจัดการกับความเสี่ยงในการลงทุนรวมถึงความสามารถในการฟ้องร้องบังคับคดีเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ในลักษณะใครมาก่อนได้ก่อน ตามความพึงพอใจ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน เนื่องจากใครมีกำลังมากก็จะบังคับชำระหนี้แก่ตนได้มากกว่า ดังนั้นเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม กฎหมายจึงให้บุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้บางจำพวกที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ผลคล้ายกับว่าได้ประกันพิเศษด้วยอำนาจแห่งกฎหมาย¹²⁰ การประกันหนี้ด้วยระบบหลักประกันและระบบบุริมสิทธิจึงเปรียบเสมือนเหรียญสองด้าน กล่าวคือ การประกันหนี้ด้วยระบบหลักประกันเป็นมาตรการในการป้องกันความเสี่ยงในระบบสินเชื่อ โดยอาศัยอำนาจต่อรอง

¹¹⁸ สุธีร์ ศุภนิคย์. (2546). หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ. หน้า 18.

¹¹⁹ เสนีย์ ปราโมช ก. (2501). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุริมสิทธิ. หน้า 10.

¹²⁰ แหล่งเดิม.

ทางการค้าระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่ระบบบูรณสิทธิกลับมองถึงนโยบายต่างๆ ทางสังคม เป็นสำคัญ ดังนั้น หากเจ้าหนี้ที่มีความสามารถในการต่อรองให้ลูกหนี้มอบหลักประกันแก่ตน ได้มากเท่าไร ย่อมส่งผลกระทบต่อโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่ไม่มีอำนาจต่อรอง เช่นว่านั้น และในทางตรงกันข้าม หากกฎหมายกำหนดให้มีบูรณสิทธิมากเท่าใด ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการประเมินความเสี่ยงในระบบสินเชื่ออันจะเป็นอุปสรรคต่อบรรยากาศในการประกอบ ธุรกิจตามมา กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าหนี้ดังกล่าว

ดังนั้น ในช่วงเวลาที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่ไม่เพียงพอชำระแก่เจ้าหนี้ทั้งหมดได้นั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมิกลไกในการจัดการทรัพย์สินที่ดี และกลไกนั้นจะต้องมีความแน่นอนและให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้

2.4.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

ศาสตราจารย์ปรีชา พานิชวงค์ เห็นว่า กฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ดังนี้¹²¹

- 1) เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหนี้ได้เปรียบเสียเปรียบแก่กันอันไม่สมควร และเพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับส่วนแบ่งเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเสมอภาคกันตามส่วนแห่งจำนวนหนี้
- 2) เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้รวดเร็วขึ้น และเสียค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายน้อยกว่าคดีแพ่งสามัญ
- 3) เพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้
- 4) เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ถูกบีบบังคับ เร่งรัดหนี้สิน ด้วยความไม่เป็นธรรม โดยการกำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย และให้อำนาจศาลที่จะพิพากษายกฟ้องได้เมื่อมีเหตุสมควร เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริต
- 5) เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้มีโอกาสหลอกลวงฉ้อโกงต่อไปได้โดยง่าย และเพื่อลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริต

รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิคย์ เห็นว่า กฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ที่แยกออกได้เป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ¹²²

- 1) เป็นไปเพื่อต้องการให้เกิดความเป็นธรรมในการแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้
- 2) ต้องการให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้สิน โดยเร็วและสามารถตั้งตัวใหม่ได้

¹²¹ ปรีชา พานิชวงค์. (2543). คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย. หน้า 4-5.

¹²² สุธีร์ ศุภนิคย์. เล่มเดิม. หน้า 18-19.

3) เป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมไม่ให้เกิดความเสียหายโดยการก่อหนี้สินไม่เป็นที่สิ้นสุด

ในการที่จะบรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวจำเป็นต้องมีการวางมาตรการต่างๆ ให้มีการสอดคล้องกัน เช่น มาตรการการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องเป็นไปโดยรัดกุม ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด เพื่อที่จะได้รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด การวางระบบแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินเพื่อการชำระหนี้ให้เกิดความเป็นธรรม ไม่เกิดการเสียเปรียบและได้เปรียบในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน การวางมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้สามารถหลุดพ้นจากการล้มละลาย

Andrew Keay และ Peter Walton เห็นว่า กฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ดังนี้¹²³

- 1) เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกัน เป็นธรรม และมีกระบวนการที่เป็นระบบในการจัดการกิจการของบุคคลล้มละลายให้มั่นใจได้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายโดยเท่าเทียมกันและเป็นธรรม
- 2) เพื่อให้มีกระบวนการที่สร้างความมั่นใจว่าหนี้สมควรกับความล่าช้าและค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้
- 3) เพื่อให้มีความมั่นใจว่าการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายเป็นไปด้วยความซื่อสัตย์ เป็นอิสระ และมีวิธีการที่เหมาะสม
- 4) เพื่อให้กลไกที่ช่วยในการรักษากิจการของบุคคลล้มละลายก่อนที่เขาจะอยู่ในสถานะที่ยากแก่การเยียวยานี้เป็นแนวคิดในการช่วยเหลือและ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับบริษัท
- 5) เพื่อให้การช่วยเหลือและคุ้มครองบุคคลล้มละลายจากการล่วงละเมิดและในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงสิทธิของเจ้าหนี้และความเสี่ยงที่เขาอาจได้รับ
- 6) เพื่อให้กระบวนการที่ช่วยให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้นี้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจของปัญหาการล้มละลายและเพื่อป้องกันความขัดแย้งระหว่างเจ้าหนี้ของผู้ล้มละลาย
- 7) พยายามที่จะลดลงเท่าที่เป็นไปได้จากผลอันตรายของการล้มละลายบนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ
- 8) เพื่อจัดให้มีระบบที่มีความยืดหยุ่นแต่ยังคงเป็นที่ยอมรับ
- 9) เพื่อทราบถึงสาเหตุของการล้มละลายและจัดให้มีกลไกที่อนุญาตให้มีการตรวจสอบการกระทำของบุคคลล้มละลาย ผู้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลล้มละลาย และเจ้าหน้าที่ขององค์กรล้มละลาย เพื่อสนับสนุนการรักษาไว้ซึ่งจริยธรรมทางการค้า

¹²³ Andrew Keay and Peter Walton. (2003). *Insolvency law: Corporate and Personal*. pp. 21-22.

Cork Committee ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่ที่ติดตั้งต่อไปนี้¹²⁴

- 1) เพื่อเป็นการตระหนักว่าในโลกที่เราอาศัยอยู่และการสร้างความมั่งคั่งขึ้นอยู่กับระบบสินเชื่อ และระบบดังกล่าวต้องการกระบวนการล้มละลายเพื่อเข้ามาแก้ไขปัญหาที่เกิดจากความเสียหายอันเนื่องมาจากระบบสินเชื่อดังกล่าว
- 2) เพื่อหาสาเหตุและเยียวยาปัญหาก่อนที่จะเกิดการล้มละลายตั้งแต่เนิ่นๆ แทนที่จะไปแก้ปัญหาในขั้นสุดท้าย
- 3) เพื่อบรรเทาและปกป้องลูกหนี้ในกรณีที่มีความจำเป็น โดยเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาจากการถูกล่วงละเมิดและการเรียกร้องที่ไม่เหมาะสมจากบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย แต่ในขณะที่พิจารณาถึงสิทธิของลูกหนี้และครอบครัวในเวลาเดียวกันต้องคำนึงถึงสิทธิของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งสถานะของเจ้าหนี้อาจมีความเสี่ยงเนื่องจากการล้มละลาย
- 4) เพื่อป้องกันความขัดแย้งระหว่างเจ้าหนี้แต่ละราย
- 5) เพื่อบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อาจนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายโดยใช้เวลาและค่าใช้จ่ายให้น้อยที่สุด
- 6) เพื่อแบ่งทรัพย์สินให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายด้วยความเป็นธรรมและเสมอภาคโดยใช้เวลาและค่าใช้จ่ายให้น้อยที่สุด
- 7) เพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจว่ากระบวนการบังคับชำระหนี้และกระบวนการแบ่งทรัพย์สินจะได้รับการบริหารจัดการอย่างสุจริตและมีประสิทธิภาพ
- 8) เพื่อค้นหาสาเหตุของการล้มละลายของลูกหนี้ ถ้าและการกระทำของลูกหนี้เจ้าหนี้ที่ หรือผู้แทนในกรณีของบริษัทควรได้รับการว่ากล่าวหรือลงโทษ โดยการหามาตรการที่จะนำมาใช้ต่อตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้ที่ หรือผู้แทนของบริษัทลูกหนี้ต่อไป
- 9) เพื่อยอมรับว่าผลกระทบต่อการล้มละลายไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่ผลประโยชน์ส่วนตัวของลูกหนี้และเจ้าหนี้แต่ละราย แต่ยังส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของสังคมและกลุ่มอื่นๆ ในสังคม และเพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจว่าผลประโยชน์สาธารณะจะได้รับการรับรองและปกป้อง
- 10) เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสามารถในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอันจะเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ
- 11) เพื่อจัดเตรียมกระบวนการทางกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลายให้เป็นอันหนึ่งเดียวกัน และสามารถปรับใช้กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วของโลกสมัยใหม่

¹²⁴ Fiona Tolmie. (1998). *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law*. pp. 4-5.

12) เพื่อยอมรับและรับรองกระบวนการล้มละลายในต่างประเทศได้อย่างเหมาะสม แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้กำหนดวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลไว้ ดังนี้¹²⁵

- 1) การสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาดเพื่อส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ
- 2) การเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด
- 3) การสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชีและการฟื้นฟูกิจการ
- 4) การดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Equitable Treatment) ต่อเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะคล้ายกัน
- 5) การให้มีการแก้ปัญหาล้มละลายด้วยวิธีการที่ทันต่อเหตุการณ์มีประสิทธิภาพและเป็นกลาง
- 6) การดูแลรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพื่อการจัดสรรแก่เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน
- 7) การสร้างความมั่นใจว่ากฎหมายล้มละลายมีความโปร่งใส สามารถคาดการณ์ได้ และเป็นกฎหมายที่ให้แรงจูงใจในการเก็บรวบรวมและกระจายข้อมูล
- 8) การยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัด ลำดับของสิทธิเรียกร้องในลำดับก่อน

2.4.2 หลักการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (Pari Passu Principle)

เมื่อผู้แทนในคดีล้มละลายสามารถรวบรวมทรัพย์สินอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลายของลูกหนี้ได้แล้ว แต่เนื่องจากเหตุที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินที่รวบรวมได้จึงไม่เพียงพอที่จะแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายจนเต็มจำนวนหนี้ได้ ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ ควรจะแบ่งทรัพย์สินที่รวบรวมได้ดังกล่าวให้เจ้าหนี้แต่ละรายอย่างไร โดยหลักการที่สำคัญที่สุดในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย คือ หลัก Pari Passu

คำว่า “Pari Passu” เป็นถ้อยคำภาษาละติน หมายความว่า ก้าวหน้าเท่ากันอย่างทัดเทียมกัน ไม่มีใครได้เปรียบ ใช้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินเดียวกัน ทุกๆ คนได้เท่ากัน และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำภาษาละตินคำว่า Par หรือ Paris หมายถึง ลำดับที่เท่าเทียมกัน (An equal in rank) ส่วนคำว่า Passu แปลว่า การแบ่ง หรือแยกออกจากกัน (Spread out) ดังนั้น เมื่อรวมกันแล้วจะ

¹²⁵ กรมบังคับคดี. (2550). แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL). หน้า 11-18.

ได้ความหมายว่า การแบ่งที่เท่าเทียมกัน โดยคำว่าเท่าเทียมกัน (Equal) มิได้หมายความว่าเจ้าหนี้แต่ละรายจะต้องได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่เท่าเทียมกัน เพียงแต่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสัดส่วนของหนี้ที่เท่าเทียมกัน

ในคำรากฎหมายได้มีการให้ความหมายของหลัก Pari Passu ไว้ต่างกัน ดังนี้

Rizwaan Jameel Mokal ได้กล่าวถึงหลัก Pari Passu ไว้ว่า คือ การเสนอหลักที่ว่า กฎหมายล้มละลายควรจะนำบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายกลับคืนสู่สถานะที่ใกล้เคียงกันตามสิทธิที่มีอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่มีมาก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เพื่อที่จะแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายกลับคืนสู่เจ้าหนี้แต่ละรายในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น หลัก Pari Passu จึงเป็นหลักการหนึ่งที่ปรากฏเด่นชัดของความเสมอภาคอย่างเป็นทางการในกฎหมายล้มละลาย¹²⁶

Andrew Keay และ Peter Walton ได้ให้ความหมายของ หลัก Pari Passu ว่า ความเท่าเทียมกันและการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสัดส่วนระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลายโดยความสูญเสียควร จะได้รับการกระจายในระหว่างบรรดาเจ้าหนี้¹²⁷

หลัก Pari Passu เป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของกฎหมายล้มละลายที่กำหนดถึงความเท่าเทียมกันแก่การแบ่งชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายล้มละลายของบุคคลธรรมดาและการล้มละลายของนิติบุคคล ซึ่งหลักการนี้มีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานและสามารถตรวจสอบได้จากพระราชบัญญัติล้มละลายในปี 1570 ที่อธิบายโดย Professor Saligson เป็นข้อความตอนหนึ่งว่า

“ความเท่าเทียมกันคือความยุติธรรม คำกล่าวนี้เป็นหลักของการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายหลักหนึ่งที่จะขาดไม่ได้ใน โครงสร้างของกฎหมายล้มละลาย โดยบุคคลที่อยู่ในลักษณะเดียวกันควรมีสิทธิเท่าเทียมกันในการแบ่งทรัพย์สินจากกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย”

จุดมุ่งหมายที่ยอมรับโดยทั่วไปของการใช้หลัก Pari passu คือ การให้ความเป็นธรรม การบังคับใช้หลักการนี้หมายความว่าต้นทุนทางสังคมและเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายของบุคคลธรรมดาและการล้มละลายของนิติบุคคลจะเพิ่มขึ้นหรือลดลง การล้มละลายของนิติบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งของบริษัทขนาดใหญ่สามารถนำไปสู่ปัญหาทางการเงินที่สำคัญสำหรับหลายบุคคลที่ทำธุรกิจกับบริษัทที่ล้มละลายและอาจนำไปสู่การล้มละลายของหลายๆ บริษัทต่อมา แม้จะมีความจริงที่ว่าหลักการ Pari passu ถูกกล่าวว่าเป็นหัวใจของกฎหมายล้มละลายจะได้รับการทำลายอย่างมีนัยสำคัญและยังคงเป็นหลักคำสอนทางทฤษฎีเท่านั้น ความเท่าเทียมกันไม่ค่อยเกิดขึ้นเพราะหลักการนี้ไม่กระทบต่อสิทธิของบางคน ประการแรกเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สิน

¹²⁶ Rizwaan Jameel Mokal. (2005). *Corporate Insolvency Law*. p. 94.

¹²⁷ Andrew Keay and Peter Walton. *Op.cit.* p. 22.

เช่นเจ้าหนี้มีประกัน การล้มละลายของนิติบุคคลและการล้มละลายของบุคคลธรรมดาไม่กระทบต่อสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้มีประกัน (Re Portbase (Clothing) Ltd) ประการที่สองสิทธิเรียกร้องที่อยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายในการชำระบัญชี ประการที่สามเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันที่ได้รับบุริมสิทธิ¹²⁸

แต่หลัก Pari Passu มีข้อยกเว้นดังต่อไปนี้

1) เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor)

เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้ทั้งหลายจะต้องเข้าร่วมกระบวนการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ร่วมกัน ซึ่งกระบวนการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวจะมีผลเฉพาะแต่ผู้ที่มีสิทธิเหนือตัวบุคคลของลูกหนี้เท่านั้น แต่จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้แต่อย่างใด ดังนั้น เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้อันเป็นหลักประกัน หรือมีสิทธิเหนือทรัพย์สินประเภทอื่น ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิต่อไป โดยปกติกฎหมายล้มละลายจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าว และถือว่าเป็นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้สูงสุด¹²⁹ ดังนั้นหลัก Pari Passu จึงสามารถนำมาปรับใช้ได้เฉพาะกับทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพัน (Unencumbered assets) เท่านั้น แต่มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu แต่การที่ไม่นำหลัก Pari Passu มาปรับใช้กับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันก็เพราะว่าทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งหลักประกันดังกล่าวไม่ได้เป็นของลูกหนี้จึงไม่สามารถนำมาแบ่งแก่เจ้าหนี้รายอื่นได้

2) การหักกลบลบหนี้ (Set-off)

การหักกลบลบหนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu ด้วยเหตุผลทางด้านนโยบายและความยุติธรรม Parke B กล่าวในคดี Forster v Wilson ว่าวัตถุประสงค์ในการยอมรับการหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายก็เนื่องมาจากการดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมระหว่างคู่สัญญา เพราะเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระก่อนที่จะเกิดการล้มละลายลูกหนี้ยังมีทรัพย์สินพอที่จะชำระหนี้ได้ ความไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นหากคู่สัญญาที่ทำธุรกิจกับบริษัทต่างต้องการให้ชำระหนี้ของตนจากบริษัทที่ล้มละลาย และมีเพียงผู้เดียวที่ได้รับสิทธิเรียกร้องผลประโยชน์จากการล้มละลายของบริษัทนั้น¹³⁰

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Fiona Tolmie. (1998). *Introduction to Corporate and Insolvency Law*. p. 263.

¹³⁰ Ibid.

3) หนี้ค้อยสิทธิ (Debt subordination)

ในหลักการที่หลัก Pari Passu เป็นหลักการพื้นฐานในการชำระบัญชี ศาลจึงไม่เอายกยอมรับเจ้าหนี้ที่มีความพยายามหลีกเลี่ยงหลักนี้ โดยการมีทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อสงวนไว้ในการชำระหนี้ซึ่งกฎหมายล้มละลายจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าว การที่เจ้าหนี้ต่างตกลงที่จะกำหนดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนหลังระหว่างกันที่เรียกว่า หนี้ค้อยสิทธิ โดยหนี้ค้อยสิทธินี้มักเกิดขึ้นเมื่อบริษัทประสบปัญหาทางการเงินอย่างร้ายแรง และทางเดียวที่จะทำให้นักธุรกิจสามารถดำรงอยู่ต่อไปได้คือ การเพิ่มเงินทุน โดยผู้ที่ให้เงินทุนนี้ย่อมต้องการความมั่นใจว่าหากบริษัทล้มละลาย ตนจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งเจ้าหนี้ส่วนใหญ่ มักสนับสนุนข้อตกลงนี้ เพราะหากปราศจากการเพิ่มเงินทุนบริษัทก็เหมือนกับล้มละลาย ซึ่งโดยปกติเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้เพิ่มมากขึ้นหากบริษัทสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

ในสมัยแรกมี 2 เหตุผลที่ไม่มีการยอมรับข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu กล่าวคือ เหตุผลแรก ในคดี National Westminster Bank Ltd v Halesowen ศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) วางหลักว่า การจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายเป็นนโยบายสาธารณะคล้ายกับหลัก Pari Passu และเจ้าหนี้ทั้งหลายไม่สามารถทำข้อตกลงเฉพาะตัวและก่อตั้งสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ได้ เหตุผลที่สอง คือ ข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu ไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้โดยทั่วไป ต่อมาศาลสูง (House of Lords) ได้วางหลักในคดี British Eagle International Air Lines Ltd v Compagnie Nationale Air France ว่า ในขณะที่ส่วนใหญ่สัญญามาตรฐานของสำนักงานใหญ่ที่จัดทำโดยระหว่างสายการบินระหว่างประเทศจะถูกปฏิเสธในการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย การตัดสินใจของศาลต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนระหว่างหลักกฎหมายที่เคร่งครัดและความเป็นจริงด้านการค้า โดยข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu ได้ถูกนำมาใช้อย่างจำกัดโดยศาลได้แบ่งแยกไว้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 ศาลจะไม่บังคับให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันที่พยายามที่จะได้เปรียบเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่นโดยไม่มีข้อตกลงระหว่างกัน

กรณีที่ 2 เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีประกันเสนอข้อตกลงต่อลูกหนี้และ/หรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่นในการกำหนดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้หลังเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่น

ศาลควรยอมรับให้มีการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายภายใต้ข้อตกลงในกรณีที่ 2 ซึ่งการตกลงกันในลักษณะนี้จะไม่เป็นผลร้ายต่อเจ้าหนี้อื่นที่ไม่ได้ร่วมตกลงด้วย โดยเจ้าหนี้ที่ไม่ได้ร่วมตกลงด้วยในการกำหนดหนี้ค้อยสิทธิจะได้รับชำระหนี้ตามหลัก Pari Passu ซึ่งแนวคิดนี้ได้นำมาใช้โดย Vinelott J ในคดี Re Maxwell Communications Corporation plc (No.3) โดยเขายอมรับนโยบายในการนำข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu มาใช้โดยการทำข้อตกลงกำหนดหนี้ค้อยสิทธิ

นโยบายนี้ทำให้เจ้าหนี้ที่ตกลงในการกำหนดหนี้คือยสิทธิก่อนเกิดกระบวนการล้มละลายว่าถ้าหากเกิดการล้มละลายหนี้ของเขาจะเป็นหนี้คือยสิทธิ

4) ค่าใช้จ่ายในกระบวนการล้มละลาย (Liquidation and bankruptcy expenses)

ในกระบวนการล้มละลายย่อมจะต้องมีค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นอย่างแน่นอนตัวอย่างเช่น การขายทรัพย์สินรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการ โฆษณา การกระทำของผู้แทนในคดีล้มละลาย เป็นต้น ในทางปฏิบัติกฎหมายล้มละลายมักจะกำหนดให้ค่าใช้จ่ายได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

5) เจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Preferential creditors)

เจ้าหนี้ไม่มีประกันย่อมไม่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป แต่กฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น เจ้าหนี้ประเภทนี้จะเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิ เช่น สิทธิเรียกร้องของลูกจ้าง หรือหนี้ภาษีอากร การให้สถานะพิเศษแก่เจ้าหนี้ประเภทนี้บางครั้งอาจถูกโต้แย้งได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างเจ้าหนี้สถาบันการเงินกับเจ้าหนี้แรงงานจะพบว่า ในขณะที่เจ้าหนี้สถาบันการเงินมีอำนาจต่อรองเหนือตัวลูกหนี้เป็นอย่างมาก ในการพิจารณาปล่อยสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้ ทั้งยังมีอำนาจในการเรียกให้ลูกหนี้หาหลักประกันมาให้ และยังมีโอกาสที่จะเรียกดอกเบี้ย เบี้ยปรับ เพื่อเป็นการชดเชยความเสี่ยง แต่ในขณะที่การทำสัญญาจ้างแรงงานลูกหนี้ที่เป็นนายจ้างกลับมีอำนาจต่อรองเหนือตัวเจ้าหนี้ที่เป็นลูกจ้าง ทั้งลูกจ้างยังไม่มีความสามารถที่จะไปต่อรองเรียกร้องให้นายจ้างหาหลักประกัน เพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญา ในทางตรงกันข้ามลูกจ้างอาจต้องเป็นฝ่ายที่ต้องหาหลักประกันมาให้นายจ้างแทน นอกจากนี้ลูกจ้างอาจต้องพึ่งพารายได้จากค่าจ้างเพียงทางเดียว หากนายจ้างยุติกิจการลูกจ้างก็อาจไม่สามารถหางานใหม่มารองรับได้ทันที และในบางครั้งอาจต้องทำงานให้แก่นายจ้างโดยไม่ได้รับค่าจ้างเป็นเวลานาน โดยหวังว่ากิจการของนายจ้างจะกลับคืนมาอีกครั้ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้แต่ละรายมีความแตกต่างกัน โดยเจ้าหนี้บางประเภทมีโอกาสที่จะต่อรองให้ลูกหนี้หาหลักประกันแก่ตน รวมถึงมีโอกาสที่จะติดตามบริหารความเสี่ยงในรูปแบบอื่นๆ ได้แก่ได้ละเลยเสีย เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับเจ้าหนี้บางรายที่ขาดโอกาสและอำนาจต่อรองในลักษณะดังกล่าว การที่จะปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างกันอย่างเท่าเทียมกันจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ทางด้านนโยบายอื่นๆ เช่น แนวความคิดที่ว่าหนี้ภาษีอากรเป็นหนี้ของรัฐเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ จึงมีความสำคัญมากกว่าหนี้ของเอกชน เป็นต้น กฎหมายล้มละลายในบางประเทศขณะที่ลูกหนี้ยังไม่ประสบภาวะหนี้สินล้มพันตัว ทรัพย์สินของลูกหนี้จึงมีเพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกราย

จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าใครควรจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหลังกันอย่างไร¹³¹ ดังนั้น ประเทศดังกล่าวจึงไม่มีระบบกฎหมายบุริมสิทธิในการที่จะมาจัดลำดับการชำระหนี้ในระหว่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย แต่เมื่อลูกหนี้ประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวและเข้าสู่กระบวนการล้มละลายแล้ว กฎหมายล้มละลายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลาย โดยคำนึงถึงความแตกต่างและความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดลำดับบุริมสิทธิดังกล่าว

¹³¹ Rizwaan Jameel Mokal. Op.cit. p. 118

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ในการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย ของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่สำคัญของกฎหมายล้มละลายประการหนึ่ง คือ เพื่อต้องการให้เกิดความเป็นธรรมในการแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ ในบทที่ 3 นี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายในกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศสและแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency Law) ซึ่งได้จัดทำขึ้น โดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation Commission on International Trade Law) หรือ UNCITRAL และศึกษากระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมายของประเทศไทยตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ตามลำดับ

3.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายในกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาความหมายเจ้าหนี้ประกัน สิทธิของเจ้าหนีที่มีประกัน และลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายของต่างประเทศ โดยจะศึกษากฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เพื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยต่อไป

3.1.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายของประเทศอังกฤษ

ปัจจุบันกฎหมายล้มละลายในอังกฤษ คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย คริสตศักราช 1986 (Insolvency Act 1986) ซึ่งการแบ่งแยกการดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลออกจากกันอย่างชัดเจน โดยการดำเนินคดีล้มละลายของนิติบุคคลจะอยู่ในส่วนของการดำเนินคดีล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล (Liquidation) และการดำเนินคดีล้มละลายของบุคคลธรรมดาจะอยู่ในส่วนของการดำเนินคดีล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (Bankruptcy)

นอกจากนี้รายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการกระบวนการล้มละลายในบางเรื่องจะปรากฏอยู่ในกฎการล้มละลาย คริสตศักราช 1986 (Insolvency Rule 1986) อนึ่ง ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติวิสาหกิจ คริสตศักราช 2002 (Enterprise Act 2002) โดยในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีบทบัญญัติในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน ที่สำคัญได้แก่ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายการดำเนินการค้าที่เป็นธรรม และกฎหมายล้มละลาย ซึ่งในส่วนของ การแก้ไขกฎหมายล้มละลายนั้น ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนของลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ในกฎหมายล้มละลายเป็นอย่างมาก อย่างเช่น การยกเลิกบุริมสิทธิในหนี้ภาษีอากร

3.1.1.1 ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน

พระราชบัญญัติล้มละลาย คริสตศักราช 1986 (Insolvency Act 1986) ได้นิยามคำว่าเจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor) ไว้ว่า หมายถึง เจ้าหนี้ผู้ถือสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งในส่วนของหลักประกันดังกล่าว ได้แก่ จำนอง (Mortgage) ภาระค้ำประกันในทรัพย์สิน (Charge) สิทธิยึดหน้าวงหรือบุริมสิทธิ (Lien) หรือหลักประกันในรูปแบบอื่นๆ¹³² สำหรับรายละเอียดของเจ้าหนี้มีประกันประเภทต่างๆ มีดังต่อไปนี้

1) จำนอง (Mortgage)

จำนอง หมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยมีเงื่อนไขโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าผู้ถือกรรมสิทธิ์จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินคืนให้แก่ลูกหนี้เมื่อมีการชำระหนี้เสร็จสิ้น การ จำนอง ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินที่ จำนอง ซึ่งทรัพย์สินที่จะนำมา จำนอง อาจเป็นทรัพย์สินประเภทใดก็ได้¹³³

2) ภาระค้ำประกันในทรัพย์สิน (Charge)

ภาระค้ำประกันในทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครองหรือการส่งมอบทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน แต่ขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งอาจเป็นหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) โดยการนำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมาเป็นประกันการชำระหนี้ หรืออาจเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) โดยการนำเอากลุ่มของทรัพย์สินที่จำกัดไว้แต่ไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าเป็นทรัพย์สินอะไรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ สำหรับหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ทันที แต่ในกรณีของหลักประกันแบบลอย (Floating

¹³² Insolvency Act 1986, section 248.

¹³³ R.M. Goode. (1998). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 14.

Charge) การบังคับชำระหนี้จะถูกเลื่อนออกไป โดยผู้ถือหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ไม่ใช่จากทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแต่จากรายได้ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินดังกล่าว ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิที่จะจัดการทรัพย์สินดังกล่าวตามปกติทางการค้าของตน แต่ในกรณีที่อำนาจในการจัดการของผู้ให้หลักประกันยุติลง หลักประกันดังกล่าวจะถูกทำให้ชัดเจนขึ้น และติดอยู่กับทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หลังจากนั้นผู้ถือหลักประกันจึงจะสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่ระบุเฉพาะเจาะจงดังกล่าวได้¹³⁴ สำหรับในส่วนของหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่กรณีของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย (Costs and expense of bankruptcy)¹³⁵ และเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว¹³⁶

3) สิทธิยึดหน่วงหรือนุริมสิทธิพิเศษ (Lien)

คำว่าสิทธิยึดหน่วงหรือนุริมสิทธิพิเศษ (Lien) ของประเทศอังกฤษ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ นุริมสิทธิพิเศษโดยกฎหมาย (Legal lien) นุริมสิทธิพิเศษตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common law lien) หรือสิทธิยึดหน่วงโดยการครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่น (Possessory lien) ซึ่งเทียบเคียงได้กับสิทธิยึดหน่วงตามกฎหมายไทย โดยเจ้าหนี้นี้มีเพียงสิทธิที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในความครอบครองของตนไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้เท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิที่จะขอให้ขายทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระหนี้ ส่วนสิทธิยึดหน่วงหรือนุริมสิทธิพิเศษ (Lien) อีกประเภทหนึ่ง คือ นุริมสิทธิพิเศษตามหลักยุติธรรม (Equitable lien) ซึ่งเทียบเคียงได้กับ นุริมสิทธิพิเศษตามกฎหมายไทย โดยเจ้าหนี้นี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะขอให้ศาลขายทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเพื่อนำมาชำระหนี้แก่ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น ซึ่งสิทธิยึดหน่วงหรือนุริมสิทธิพิเศษ (Lien) ทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวถือว่าเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษทั้งหมด

จากนิยามของคำว่า “เจ้าหนี้นี้มีประกัน” ดังกล่าวข้างต้นมีความหมายรวมถึงภาระติดพันในทรัพย์สิน (Charge) ไม่ว่าจะเป็นหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) หรือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ดังนั้น ผู้รับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ในกรณีที่มีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน จึงเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันในคดีล้มละลาย

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Insolvency Act 1986, section 176ZA.

¹³⁶ Insolvency Act 1986, section 175.

3.1.1.2 สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

เจ้าหนี้มีประกัน โดยทั่วไปมีสิทธิ 2 ทาง คือ สิทธิของการบังคับกับทรัพย์สินหลักประกันและสิทธิของการฟ้องร้องต่อลูกหนี้ ครอบครองที่หลักประกันเพียงพอที่จะชำระเจ้าหนี้ ตามปกติเจ้าหนี้จะพิจารณาไปยังทรัพย์สินที่มีประกันสำหรับการชำระหนี้ นโยบายของกฎหมายล้มละลายคือการให้ความเป็นอันดับหนึ่งให้กับเจ้าหนี้มีประกัน ในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย โดยทั่วไปเจ้าหนี้มีประกันเป็นคนแรกที่ได้รับเงินจากทรัพย์สินของลูกหนี้¹³⁷

ดังที่ได้กล่าวข้างต้นหากหลักประกันของเจ้าหนี้เพียงพอที่จะชำระหนี้ที่ค้างชำระ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้มักจะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งอาจทำได้โดยการเข้าควบคุมครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันหากเจ้าหนี้เป็นผู้รับจ้างหรือมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ขายทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ กรณีหลักประกันไม่เพียงพอหรือมีความเสี่ยงในการต่อสู้คดี เจ้าหนี้จะพิจารณาสละหลักประกันและพยายามบังคับตามบุคคลสิทธิกับลูกหนี้¹³⁸

การล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล (Liquidation) โดยทั่วไปจะไม่กระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน ในการที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งหลักประกันดังกล่าว หนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการให้หลักประกันการชำระหนี้ก็เพื่อป้องกันเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย ซึ่งโดยปกติเจ้าหนี้มีประกันจะบังคับหลักประกันเอง ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทจะมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เพื่อขายทรัพย์สินของบริษัทและชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ในสถานการณ์ดังกล่าวผู้แทนในคดีล้มละลาย (Liquidator) ที่ได้รับการแต่งตั้งหลังจากที่บริษัทลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์จะรอให้ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เสร็จสิ้นก่อนและหลังจากนั้นจะควบคุมทรัพย์สินที่เหลืออยู่ของบริษัท (ถ้ามี) การบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้มักจะเกิดขึ้นนอกกระบวนการล้มละลายและผู้แทนในคดีล้มละลายจะไม่รวมขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน¹³⁹

เจ้าหนี้มีประกัน ไม่สามารถสงวนหลักประกันไว้และพิสูจน์จำนวนหนี้ค้างชำระทั้งหมดได้ ในการชำระบัญชีเจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิที่จะพิสูจน์สำหรับจำนวนหนี้ทั้งหมดหากเจ้าหนี้สละหลักประกันที่ยึดถือไว้ หากเจ้าหนี้ขายหลักประกันแต่ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ทั้งหมด เจ้าหนี้อาจพิสูจน์สำหรับยอดหนี้ที่ค้างชำระหลังจากหักเงินที่ได้จากการขายหลักประกัน¹⁴⁰

¹³⁷ Andrew Keay and Peter Welton. Op.cit. p. 425.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Insolvency Rule 1986, r.6.109.

ดังนั้น เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของอังกฤษเป็นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้ และมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นๆ และเจ้าหนี้สามัญจะเข้ามาขอแบ่งการชำระหนี้ด้วยไม่ได้ กฎหมายล้มละลายของอังกฤษจึงได้กำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องขอพิสูจน์หนี้หรือสิทธิเรียกร้องในคดีล้มละลาย โดยเจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิเลือกที่จะนำทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันออกขาย เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ของตน โดยไม่ต้องยื่นคำขอพิสูจน์หนี้ในคดีล้มละลาย¹⁴¹ ยกเว้นเจ้าหนี้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิในการบังคับหลักประกันจะถูกเลื่อนออกไปไม่เหมือนเจ้าหนี้มีประกันรายอื่น¹⁴² หรือเจ้าหนี้มีประกันอาจเข้าร่วมกระบวนการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายด้วยการยื่นคำขอพิสูจน์หนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Official Receiver) หรือผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee) ซึ่งมี 3 วิธีดังนี้

1) เจ้าหนี้อาจบังคับหลักประกัน (Realise his security) แล้วขอพิสูจน์หนี้ในจำนวนที่ขาด (The balance) อยู่¹⁴³ ซึ่งเทียบได้กับพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 มาตรา 96 (2) ของประเทศไทย

2) เจ้าหนี้อาจสละหลักประกันให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้จัดการทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายแล้วยื่นขอพิสูจน์หนี้เต็มจำนวนหนี้ที่จะเป็นหนี้ที่ไม่มีประกัน (Unsecured)¹⁴⁴ ซึ่งเทียบได้กับพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 มาตรา 96 (1) ของประเทศไทย

3) เจ้าหนี้อาจตีราคาทรัพย์สินหลักประกัน แล้วขอรับชำระหนี้ในจำนวนที่ขาดอยู่ ซึ่งเทียบได้กับพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 มาตรา 96(4) ของประเทศไทย

โดยในกรณีของ (3) นี้ทรัพย์สินมีอำนาจในการไถ่ถอนหลักประกัน (Redemption) ตามที่เจ้าหนี้ตีราคาทรัพย์สินหลักประกันมา¹⁴⁵ ดังนั้นหากเจ้าหนี้ตีราคาทรัพย์สินหลักประกันต่ำเพื่อที่จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายมาก ก็จะถูกผู้จัดการทรัพย์สินไถ่ถอนหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้อาจขอตีราคาทรัพย์สินหลักประกันใหม่ได้¹⁴⁶

¹⁴¹ Insolvency Act 1986, section 285 (4).

¹⁴² Insolvency Act 1986, section 245.

¹⁴³ Insolvency Rule 1986, r.6.109 (1).

¹⁴⁴ Insolvency Rule 1986, r.6.109 (2).

¹⁴⁵ Insolvency Rule 1986, r.6. 117.

¹⁴⁶ Insolvency Rule 1986, r.6.115 and r.117 (2).

หากเจ้าหนี้มีประกันยื่นขอพิสูจน์หนี้โดยไม่แจ้งว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตาม Insolvency Rules 1986 r.6.98 (1) (e) เจ้าหนี้ต้องสละหลักประกันให้เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย¹⁴⁷

3.1.1.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

ลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน มีดังนี้

1) เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor)

การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายของลูกหนี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการที่จะบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งหลักประกันดังกล่าว¹⁴⁸

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ภาระค้ำประกันในทรัพย์สิน (Charge) ซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายตามนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 248 ของ Insolvency Act 1986 นั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ หลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) และหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) สำหรับหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่ในกรณีของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย (Costs and expense of bankruptcy)¹⁴⁹ และเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว¹⁵⁰ และมาตรา 176A ของพระราชบัญญัติล้มละลาย (Insolvency Act 1986) ที่แก้ไขโดยพระราชบัญญัติวิสาหกิจ คริสต์ศักราช 2002 (Enterprise Act 2002) มาตรา 252 ได้กำหนดให้ผู้แทนในคดีล้มละลาย (Liquidator) ออกคำสั่งกำหนดส่วนหนึ่งของทรัพย์สินสุทธิของบริษัทลูกหนี้ที่มีอยู่โดยคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์ของทรัพย์สินสุทธิของบริษัทลูกหนี้ หรือเป็นจำนวนรวมของเปอร์เซ็นต์ที่แตกต่างกันของส่วนต่างๆ ของทรัพย์สินสุทธิของบริษัทลูกหนี้ เพื่อที่จะชำระหนี้แก่หนี้ที่ไม่มีประกันและไม่แบ่งส่วนของทรัพย์สินนั้นไปยังผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เว้นแต่จะมีจำนวนเงินเกินกว่าที่จำเป็นที่จะชำระหนี้ของหนี้ที่ไม่มีประกัน¹⁵¹ โดยในกรณีที่ทรัพย์สินสุทธิของบริษัทมีค่าน้อยกว่าขั้นต่ำที่กำหนดและผู้แทนในคดีล้มละลาย (Liquidator) คิดว่าค่าใช้จ่ายในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ไปยังเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่ได้รับ ผู้แทนในคดีล้มละลาย

¹⁴⁷ Insolvency Rules 1986 r. 6.116.

¹⁴⁸ Insolvency Act 1986, section 285 (4).

¹⁴⁹ Insolvency Act 1986, section 176ZA.

¹⁵⁰ Insolvency Act 1986, section 175.

¹⁵¹ Insolvency Act 1986, section 176A, as inserted by Enterprise Act 2002, section 252.

(Liquidator) จะไม่ออกคำสั่งดังกล่าวข้างต้นก็ได้ โดยการจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งนั้นนอกจากจะนำมาใช้ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในกระบวนการล้มละลายของนิติบุคคล (Liquidation) แล้ว ยังนำไปใช้ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Administration) กระบวนการซึ่งมีผู้ชำระบัญชีชั่วคราว (Provisional liquidator) และกระบวนการบังคับหลักประกันโดยผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ด้วย

โดยพระราชบัญญัติวิสาหกิจ cristศศกราช 2002 (Enterprise Act 2002) ได้สร้างกองทุนสำรองพิเศษ (Special reserve fund or Ringfenced sum) สำหรับเจ้าหนี้สามัญรวมถึงเจ้าหนี้ภาษีอากรที่ถูกยกเลิกบุริมสิทธิไปด้วย¹⁵² โดยกองทุนดังกล่าวมาจากการจำกัดสัดส่วนของมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่ง รวมถึงจากการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)¹⁵³ โดยในกรณีที่มูลค่าของทรัพย์สินลูกหนึ่งน้อยกว่า £¹⁵⁴10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 ของมูลค่าทรัพย์สิน แต่หากมูลค่าของทรัพย์สินโดยรวมของลูกหนึ่งมีอย่างน้อย £10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 สำหรับ £10,000 แรก ส่วนที่เกินให้เพิ่มอีกร้อยละ 20 แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน £600,000¹⁵⁵

เหตุผลก็เนื่องจากในช่วงกลางของศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการนำเอาบริษัทจดทะเบียนเข้ามาในกฎหมายอังกฤษ ลำดับบุริมสิทธิในเวลานั้นเป็นประเด็นปัญหาว่าใครคือเจ้าหนี้มีประกัน โดยในช่วงแรกหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) เท่านั้นที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งลำดับบุริมสิทธิเช่นว่านั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract)¹⁵⁶ เนื่องจากการกำหนดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานในเรื่องของอำนาจต่อรองระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนึ่ง โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของเจ้าหนี้ในด้านอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ หรือการขาดแคลนความรู้ที่เพียงพอในการเรียกร้องหลักประกันจากลูกหนึ่ง ดังนั้น เจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่นๆ จึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ส่วนที่เหลือจากเจ้าหนี้มีประกันโดยส่วนเฉลี่ยตามสัดส่วนของหนี้แต่ละรายเท่านั้น¹⁵⁷

¹⁵² Rizwann Jameel Mokal. (2005). Op.cit. p. 97

¹⁵³ Insolvency Act 1986, section 176A. As inserted by Enterprise Act 2002, section 252.

¹⁵⁴ 1£ เท่ากับ 50.0835 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 7 มิถุนายน 2554.

¹⁵⁵ Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003.

¹⁵⁶ David Milman. (1991). Priority Rights on Corporate Insolvency, in Alison Clarke (ed.), Current Issue in Insolvency Law. p. 57.

¹⁵⁷ Ibid.

ในปี 1870 ศาลอังกฤษได้มีการยอมรับถึงความเป็นไปได้ที่บริษัทจะสร้างหลักประกันทั่วไปเหนือทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้มาในอนาคต แต่ในขณะเดียวกันลูกหนี้ก็ยังสามารถที่จะนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปกติของตนได้¹⁵⁸ ซึ่งผลจากการมีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันแทนที่จะไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เลย ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตราพระราชบัญญัติการชำระหนี้บุริมสิทธิในคดีล้มละลาย คริสตศักราช 1888 (Preferential Payments in Bankruptcy Act 1888) ซึ่งมีการแก้ไขในปี 1897 เพื่อเยียวยาเจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทในกฎหมายล้มละลาย โดยกำหนดให้เป็นหนี้บุริมสิทธิ (Preferential claim) มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้มีประกันแบบลอย (Floating Charge) แต่ไม่รวมถึงหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) ซึ่งเจ้าหนี้ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งจะคุ้มครองโดยเฉพาะในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็คือ เจ้าหนี้แรงงาน และในปี 1945 รัฐบาลได้เพิ่มประเภทเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลายมากขึ้น โดยเฉพาะการกำหนดให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิให้ขยายไปถึงบุคคลที่จ่ายเงินค่าจ้างให้กับลูกจ้างของบริษัทลูกหนี้ไปก่อน¹⁵⁹

ในปี 2001 รัฐบาลได้เสนอให้มีการปฏิรูปกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษโดยประเด็นสำคัญที่มีการเสนอให้เปลี่ยนแปลงก็คือ การยกเลิกบุริมสิทธิในหนี้ภาษีอากรออกจากกฎหมายล้มละลาย โดยบุริมสิทธิเริ่มมีตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 แต่ในปัจจุบันหลายประเทศได้จำกัดหรือยกเลิกบุริมสิทธิของรัฐ (Crown or State preference) เช่น เยอรมัน และออสเตรเลีย ซึ่งผู้เสนอเชื่อว่าการยกเลิกบุริมสิทธิในหนี้ของรัฐจะก่อให้เกิดความเป็นธรรม และจะส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้มากขึ้นเมื่อไม่มีผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ประโยชน์ของการยกเลิกจะมีอยู่สำหรับเจ้าหนี้ไม่มีประกัน แต่หากมีผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เพื่อความแน่ใจว่าประโยชน์จากการยกเลิกการบุริมสิทธิจะส่งผลกับเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน จึงต้องมีกลไกที่สัดส่วนของกองทุนเกิดจากหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)¹⁶⁰ ต่อมาได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติวิสาหกิจ คริสตศักราช 2002 (Enterprise Act 2002) ยกเลิกบุริมสิทธิในหนี้ภาษีอากรทั้งหมด¹⁶¹

¹⁵⁸ Ibid. p. 60.

¹⁵⁹ Ibid. p. 63.

¹⁶⁰ White Paper. (2001, 31 July). Insolvency - A Second Chance. Retrived January 13, 2011, from www.insolvency.gov.uk/cwp/cm5234.pdf > para.2.19.

¹⁶¹ Enterprise Act 2002, section 251.

ดังนั้น ในกรณีของผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย (Costs and expense of bankruptcy) และเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้ โดยผู้ชำระบัญชีจะออกคำสั่งกำหนดส่วนหนึ่งของทรัพย์สินสุทธิของบริษัทที่มีอยู่ เพื่อที่จะชำระหนี้แก่หนี้ที่ไม่มีประกัน โดยในกรณีที่มูลค่าของทรัพย์สินลูกหนี้มีน้อยกว่า £¹⁶²10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 ของมูลค่าทรัพย์สิน แต่หากมูลค่าของทรัพย์สินโดยรวมของลูกหนี้มีอย่างน้อย £10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 สำหรับ £10,000 แรก ส่วนที่เกินให้เพิ่มอีกร้อยละ 20 แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน £600,000

2) ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย (Costs and expense of bankruptcy)

ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับคดีล้มละลาย ได้แก่ ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Official receiver) หรือผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee) อันเกี่ยวกับการรวบรวมการรักษา หรือการจำหน่ายทรัพย์สินในคดีล้มละลาย รวมทั้งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการจัดการกิจการของลูกหนี้ ค่าตอบแทนของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้จัดการทรัพย์สิน ค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างนักบัญชีมาทำการตรวจสอบหรือค่าใช้จ่ายในการที่ผู้จัดการทรัพย์สินได้ว่าจ้างบุคคลใดมาจัดการเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นต้น¹⁶³ นอกจากนี้ยังรวมถึงค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดการศพของลูกหนี้ตามสมควรตาม Administration of the Insolvent Estates of Deceased Persons Order 1986 Article 4 (2)¹⁶⁴

3) เจ้าหนี้นุริมสิทธิ (Preferential creditor)

สำหรับประเภทของเจ้าหนี้นุริมสิทธิในปัจจุบันมีเพียงสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน ได้แก่ เงินอุดหนุนกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ (Contributions to occupational pension schemes) เงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับจากการทำงานให้กับลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้าง (Remuneration, etc., of employees)¹⁶⁵ ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้มีไม่เพียงพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิจนเต็มจำนวนทุกราย เจ้าหนี้นุริมสิทธิเหล่านั้นชอบที่จะได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนของหนี้แต่ละราย¹⁶⁶

¹⁶² 1£ เท่ากับ 50.0835 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 7 มิถุนายน 2554.

¹⁶³ Insolvency Rule 1986, r.4.218 in a liquidation, r.6.224 in a bankruptcy.

¹⁶⁴ Andrew Keay and Peter Welton. Op.cit. p. 414.

¹⁶⁵ Insolvency Act 1986, section 386 and Schedule 6 of Insolvency Act.

¹⁶⁶ Insolvency Act 1986, section 175 (2) in a liquidation, section 328 (2) in a bankruptcy.

4) เจ้าหนี้สามัญ (Ordinary creditor)

เจ้าหนี้สามัญ หมายถึง เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันทั้งหมดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีบุริมสิทธิ หรือกรณีเจ้าหนี้มีประกันในส่วนของหนี้ที่เกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน และเกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายหรือการชำระบัญชีบริษัท โดยในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้นี้ไม่เพียงพอที่จะแบ่งชำระแก่เจ้าหนี้ทุกราย เจ้าหนี้สามัญก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนแห่งหนี้ของตน¹⁶⁷ หนึ่ง ตามพระราชบัญญัติวิสาหกิจ คริสตศักราช 2002 (Enterprise Act 2002) ได้สร้างกองทุนสำรองพิเศษ (Special reserve fund or Ringfenced sum) สำหรับเจ้าหนี้สามัญ รวมถึงเจ้าหนี้ภาษีอากรที่ถูกยกเลิกบุริมสิทธิไปด้วย โดยกองทุนดังกล่าวมาจากการจำกัดสัดส่วนของมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ รวมถึงจากการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) โดยในกรณีที่มูลค่าของทรัพย์สินลูกหนี้น้อยกว่า £¹⁶⁸10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 ของมูลค่าทรัพย์สิน แต่หากมูลค่าของทรัพย์สินโดยรวมของลูกหนี้น้อยกว่า £10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 สำหรับ £10,000 แรก ส่วนที่เกินให้เพิ่มอีกร้อยละ 20 แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน £600,000

5) ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย (Post-bankruptcy interest on debts)

อัตราดอกเบี้ยที่จะมีสิทธิได้รับต้องเป็นอัตราทางการ (Official rate)¹⁶⁹ และเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระดอกเบี้ยดังกล่าวโดยสัดส่วนที่เท่ากันไม่ว่าหนี้บุริมสิทธิหรือไม่ก็ตาม¹⁷⁰

6) เจ้าหนี้อ้อยสิทธิ (Subordinated creditors)

สำหรับเจ้าหนี้อ้อยสิทธิ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้รายอื่น เช่น หนี้สินระหว่างสามีภรรยา¹⁷¹ หรือในกรณีที่ผู้ให้กู้ยืมเงินแก่ลูกหนี้โดยได้รับดอกเบี้ยขึ้นอยู่กับกำไรอันเกิดจากการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ หรือผู้ซึ่งขายชื่อเสียงทางการค้า (Good will) โดยพิจารณาได้ว่าเป็นการลงหุ้นเพื่อกำไรจากการประกอบธุรกิจของบุคคลล้มละลาย

¹⁶⁷ Insolvency Act 1986, section 328 (3), Insolvency Rule 1982 r.4.181.

¹⁶⁸ 1£ เท่ากับ 50.0835 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 7 มิถุนายน 2554.

¹⁶⁹ Insolvency Act 1986, section 189 (4) in a liquidation, section 328 (5) in a bankruptcy.

¹⁷⁰ Insolvency Act 1986, section 189 (3) in a liquidation, section 328 (4)- in a bankruptcy.

¹⁷¹ Insolvency Act 1986, section 329.

1) บุริมสิทธิพิเศษ (Lien) หมายถึง ภาระผูกพันหรือประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้¹⁷⁴ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท

(1) บุริมสิทธิพิเศษ โดยความยินยอม (Consensual liens) หมายถึง บุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินซึ่งเกิดจากข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ เช่น จำนอง (Mortgages) หรือสิทธิประโยชน์ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน (Security Interest in Personal Property) ภายใต้หมวดมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Article 9 แห่ง Uniform Commercial Code หรือ UCC)¹⁷⁵ ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวเกิดขึ้น โดยความสมัครใจของกลุ่มสัญญาที่ประสงค์จะก่อให้เกิดสิทธิเหนือทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ระหว่างกัน

(2) บุริมสิทธิพิเศษตามคำพิพากษาของศาล (Judicial liens) หมายถึง บุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เกิดจากการรับรองโดยคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เจ้าหนี้ชนะคดีเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว และลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา เจ้าหนี้ก็อาจจะได้บุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในการที่จะบังคับคดีแก่ทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิดังกล่าวมาชำระหนี้แก่ตนได้ โดยหากทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องจะนำเอาคำพิพากษาไปบันทึกไว้ในทะเบียน ณ ที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ แต่หากเป็นสังหาริมทรัพย์ก็จะให้เจ้าพนักงานไปดำเนินการยึดหรืออายัดไว้ภายใต้คำสั่งของศาล¹⁷⁶ สำหรับเจ้าหนี้ที่ได้รับบุริมสิทธิพิเศษตามคำพิพากษาของศาลก่อนก็จะมิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆ เรียงตามลำดับเวลาของการเกิดสิทธิ ตามหลักใครมาก่อนมีสิทธิก่อน (First in time, first in right)¹⁷⁷

(3) บุริมสิทธิพิเศษ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Statutory liens) หมายถึง บุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เกิดขึ้น โดยไม่อาศัยความสมัครใจของกลุ่ม และไม่ต้องมีการดำเนินกระบวนการใดๆ ทางศาลแต่อย่างใด แต่เกิดขึ้นอัตโนมัติโดยผลของกฎหมายตามคุณภาพแห่งหนี้นั้นๆ เช่น

ก. บุริมสิทธิพิเศษในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ (Construction or Mechanic's lien) หมายถึง สิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้จัดเตรียมแรงงาน อุปกรณ์ หรือทั้งสองอย่างสำหรับการก่อสร้าง ปรับปรุง แก้ไขหรือซ่อมแซมอสังหาริมทรัพย์ โดยมีบุริมสิทธิ

¹⁷⁴ 11 U.S.C, section 101 (37).

¹⁷⁵ Jeff Ferriell and Edward J.Jangen. (2007). *Understanding Bankruptcy*. p. 38.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Charles W. Mooney Jr. (2003). A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy as (is) Civil Procedure. Retrieved June 3, 2011, from <http://ssrn.com/abstract_id=425120>

พิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ทำการก่อสร้างแก้ไขซ่อมแซมดังกล่าว โดยรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับ Construction lien จะมีกำหนดไว้ใน Uniform Construction Lien Act 1987¹⁷⁸

ข. บุริมสิทธิพิเศษในมูลหนี้ภาษีอากร (Federal tax lien) ตาม Internal Revenue Code section 6321 เมื่อมีการประเมินภาษี และได้แจ้งผลการประเมินให้ผู้มีหน้าที่ต้องเสียภาษีทราบและให้นำเงินมาชำระ หากไม่ชำระภายใน 10 วัน รัฐจะมีบุริมสิทธิพิเศษในมูลหนี้ภาษีอากรเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ซึ่งบุริมสิทธิดังกล่าวจะมีลักษณะเป็น Secret lien เนื่องจากไม่ต้องการการบอกกล่าวให้สาธารณะทราบ โดยตาม Internal Revenue Code section 6322 กำหนดให้บุริมสิทธิเช่นว่านี้สามารถบังคับได้ภายใน 6 ปี นับแต่วันแจ้งการประเมิน¹⁷⁹ตาม Internal Revenue Code section 6323 บุริมสิทธิเช่นว่านี้ยังไม่สามารถบังคับกับเจ้าหนีที่มีประกันหรือเจ้าหนีบุริมสิทธิพิเศษรายอื่นได้ เว้นแต่เจ้าพนักงานจะยึดทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่เสียภาษีไว้ได้ และเมื่อมีการประกาศแก่สาธารณะแล้วสามารถอ้างต่อเจ้าหนีรายอื่นได้ แต่สำหรับเจ้าหนีที่ไม่มีประกันที่ยังไม่ได้ฟ้องร้องบังคับคดีจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังบุริมสิทธิพิเศษในมูลหนี้ภาษีอากรแม้จะยังไม่มีการบอกกล่าวแก่สาธารณะ¹⁸⁰

ค. นอกจากนี้ยังจะมีบุริมสิทธิพิเศษในมูลซ่อมแซมรักษาทรัพย์สิน (Repair Liens) รวมทั้งกรณีของบุริมสิทธิพิเศษ โดยการครอบครองหรือสิทธิยึดหน่วงตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common law Liens) และบุริมสิทธิอันเกิดจากกฎหมายยุติธรรม (Equitable Lien)¹⁸¹

2) เจ้าหนีที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ (Set-off)¹⁸²

ซึ่งเกิดขึ้นจากที่คู่กรณีเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน ส่วนใหญ่เกิดจากลูกหนี้มีบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคารที่ตนไปกู้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ธนาคารสามารถหักเงินจากบัญชีเงินฝากของลูกหนี้ได้ โดยในกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้เจ้าหนีที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้น ต้องได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นเจ้าหนีที่มีประกัน

สรุปได้ว่า เจ้าหนีที่มีประกันภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา หมายความว่าเจ้าหนีที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claim) อันได้แก่ เจ้าหนีที่มีบุริมสิทธิพิเศษหรือเจ้าหนีที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ ซึ่งเจ้าหนีดังกล่าวจะมีสิทธิเรียกร้องที่มีประกันเฉพาะในส่วนของมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันครอบคลุมถึงเท่านั้น ส่วนสิทธิเรียกร้องที่

¹⁷⁸ Marianne Moody Jennings. (2005). *Real Estate Law*. pp. 104-105.

¹⁷⁹ Grant W. Newton and Gilbert D. Bloom. (1991). *Bankruptcy and Insolvency Taxation*. p. 305.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² 11 U.S.C., section 553.

หลักประกันมีมูลค่าครอบครองไม่ถึงจะถือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีประกัน¹⁸³ กล่าวคือ ถ้ามูลค่าของทรัพย์สินมีมากกว่าจะจำนวนหนี้ จะถือว่าเจ้าหนี้ยันเป็น Oversecured Creditor ซึ่งหนี้ยันจะถือเป็นหนี้ที่มีประกันทั้งหมด แต่ถ้ามูลค่าของทรัพย์สินน้อยกว่าจำนวนหนี้ จะถือว่าเจ้าหนี้ยันเป็น Undersecured Creditor โดยหนี้ยันจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ เป็นหนี้ที่มีประกันในจำนวนที่เท่ากับค่าหลักประกัน และหนี้ที่ไม่มีประกันในจำนวนหนี้ที่เกินกว่ามูลค่าของหลักประกัน โดยมูลค่าส่วนเกินของหลักประกันที่มากกว่าจำนวนหนี้ จะเรียกว่า Equity

3.1.2.2 สิทธิของเจ้าหนี้ยันมีประกัน

โดยหลักทั่วไปแล้วเจ้าหนี้ยันต้องยื่นขอพิสูจน์หนี้ทุกรายถึงจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่สำหรับเจ้าหนี้ยันรายใดมีสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันของลูกหนี้อาจจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการล้มละลายก็ได้ เพราะแม้ไม่ยื่นขอพิสูจน์หนี้ก็จะไม่เสียสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไป¹⁸⁴ แต่การบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ยันดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยสถานการณ์บังคับชำระหนี้ (Automatic stay) ในระหว่างดำเนินคดีล้มละลาย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะจำกัดการกระทำบางอย่างของเจ้าหนี้ยันต่อลูกหนี้ รวมถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ขณะที่กระบวนการล้มละลายยังคงดำเนินอยู่ ในคดีที่มีการชำระบัญชีนั้นจะมีผลเป็นการเลื่อนระยะเวลาการบังคับเอาหลักประกันของเจ้าหนี้ยันจนกว่าจะมีการสิ้นสุดของสถานการณ์พักบังคับชำระหนี้ (Termination of the stay) หรือมีการขอปลดปล่อยจากสถานการณ์พักบังคับชำระหนี้ (Relief from the Automatic Stay)

หากเจ้าหนี้ยันที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกันดังกล่าวเข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายแล้วกฎหมายมองเพียงว่าส่วนไหนคือสิทธิเรียกร้องมีประกัน ส่วนไหนคือสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีประกันเท่านั้น โดยประมวลกฎหมายล้มละลายได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันดังกล่าว เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน ส่วนจำนวนหนี้ที่เกินมูลค่าแห่งหลักประกันดังกล่าวหากมีจะถูกปฏิบัติอย่างสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีประกัน¹⁸⁵ ซึ่งตามประมวลกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นิยามคำว่า สิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) ไว้ว่า หมายถึง ภาระผูกพันหรือประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้¹⁸⁶ จะเห็นได้ว่าคำว่า สิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) ตามนิยามดังกล่าวครอบคลุมถึงสิทธิ

¹⁸³ 11 U.S.C., section 506 (a).

¹⁸⁴ 11 U.S.C., section 506 (d).

¹⁸⁵ 11 U.S.C, section 506 (a).

¹⁸⁶ 11 U.S.C, section 101 (37).

เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อเป็นประกันในการชำระหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นบูริมสิทธิพิเศษโดยความยินยอม (Consensual liens) บูริมสิทธิพิเศษตามคำพิพากษาของศาล (Judicial liens) หรือ บูริมสิทธิพิเศษโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Statutory liens)

ตาม 11 U.S.C section 506 ปฏิบัติต่อสิทธิเรียกร้องมีประกันเหมือนกันไม่ว่าจะเป็นบูริมสิทธิพิเศษโดยความยินยอม บูริมสิทธิพิเศษโดยคำพิพากษา หรือบูริมสิทธิพิเศษโดยกฎหมาย รวมทั้งบูริมสิทธิพิเศษในหนี้ภาษีอากร ดังนั้นในกรณีที่มีปัญหาว่าบูริมสิทธิของใครจะดีกว่ากันก็เป็นที่ไปตามหลัก First in come, first in right อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับกรณีของบูริมสิทธิพิเศษในหนี้ภาษีอากร (Tax lien) กล่าวคือ โดยปกติแล้วเมื่อถือว่าสิทธิเรียกร้องใดๆ มีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้องมีประกันตามกฎหมายล้มละลายจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน แต่ในส่วนของกระบวนการชำระบัญชีตาม Chapter 7 กฎหมายกำหนดให้ Tax lien มีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังบูริมสิทธิลำดับที่ 1-7 ตาม Section 507¹⁸⁷ ซึ่งบูริมสิทธิดังกล่าวมีอันดับเหนือกว่าสิทธิเรียกร้องในหนี้ภาษีอากรที่ไม่มีประกันซึ่งถูกจัดเป็นเจ้าหนี้บูริมสิทธิลำดับที่ 8 ตาม Section 507

3.1.2.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

ลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor)

เจ้าหนี้ที่มีสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันของลูกหนี้อาจจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลายก็ได้ หากเจ้าหนี้ดังกล่าวเข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายแล้วกฎหมายล้มละลายได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องที่มีบูริมสิทธิพิเศษ (Lien) เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันดังกล่าว เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน ส่วนจำนวนหนี้ที่เกินมูลค่าแห่งหลักประกันดังกล่าวหากมีจะถูกปฏิบัติอย่างสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน

2) เจ้าหนี้บูริมสิทธิ (Priority creditors)

การแบ่งทรัพย์สินในกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาตาม 11 U.S.C section 507 ได้มีการกำหนดให้สิทธิเรียกร้องไม่มีประกันบางประเภทมีบูริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่นๆ โดยที่บูริมสิทธิดังกล่าวจะได้รับชำระก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่นๆ ยิ่งไปกว่านั้นในระหว่างบูริมสิทธิด้วยกันก็มีการจัดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนหลังไปตามลำดับ โดยบูริมสิทธิที่อยู่สูงกว่าจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้เงินเต็มตามบูริมสิทธิของคนก่อน

¹⁸⁷ 11 U.S.C, section 724 (b).

บุริมสิทธิที่อยู่ต่ำกว่า โดยจะนำไปปรับใช้กับทั้งการชำระบัญชีใน Chapter 7 และการฟื้นฟูกิจการ หรือหนี้สินของลูกหนี้ใน Chapter 11, 12 และ 13 ซึ่งลำดับบุริมสิทธิ (Priorities) ของเจ้าหนี้ไม่มี ประกันมีดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเรียกร้องในค่าอุปการะของบุคคลในครอบครัวลูกหนี้ (Domestic support obligations) หมายถึง สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไม่มีประกันของกลุ่มสมรส อดีตคู่สมรส และ บุตรของลูกหนี้ หรือบิดามารดา ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้พิทักษ์ของบุคคลดังกล่าว โดยไม่คำนึงว่า บุคคลดังกล่าวจะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้โดยตรง หรือผ่านหน่วยงานของรัฐ¹⁸⁸

(2) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลาย¹⁸⁹ (Administrative expenses) ซึ่ง ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงและมีความจำเป็นในการรักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น ค่าจ้าง หรือหนี้ภาษีอากรที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ค่าใช้จ่ายของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ ค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญ ทนายความ นักบัญชี ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินการต่างๆ ของผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee)¹⁹⁰

(3) หนี้ที่เกิดตามปกติทางการค้าของลูกหนี้ภายหลังจากฟ้องให้ลูกหนี้ ล้มละลาย แต่ก่อนตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee) หรือศาลมีคำสั่งให้รักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ (Order for relief)¹⁹¹ (Involuntary gap creditors)

(4) ค่าจ้าง (Wage claims) หมายถึง ค่าจ้าง ค่าตอบแทน ค่าทำงานในวันหยุด ต่างๆ ซึ่งครบกำหนดชำระภายใน 180 ก่อนขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย แต่จำกัดคนละไม่เกิน¹⁹² \$10,950¹⁹³

(5) สิทธิประโยชน์ของลูกจ้าง (Employee benefit plan claims) หมายถึง ผลประโยชน์นอกเหนือจากค่าจ้าง เช่น ค่าประกันสุขภาพ ซึ่งกำหนดไว้ในแผนที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งครบกำหนดชำระภายใน 180 ก่อนขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย แต่จำกัดคนละไม่เกิน \$10,950¹⁹⁴

¹⁸⁸ 11 U.S.C, section 507 (a) (1).

¹⁸⁹ 11 U.S.C, section 507 (a) (2).

¹⁹⁰ 11 U.S.C, section 503.

¹⁹¹ 11 U.S.C, section 507 (a) (3), 502 (f).

¹⁹² 1\$ เท่ากับ 30.3982 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 7 มิถุนายน 2554.

¹⁹³ 11 U.S.C, section 507 (a) (4).

¹⁹⁴ 11 U.S.C, section 507 (a) (5).

(6) หนี้สินของเกษตรกรและชาวประมง (Claims of farmers and fisherman) หมายถึง หนี้สินของเกษตรกรหรือชาวประมงที่ได้ผลิตผลผลิตทางการเกษตรหรือการประมงให้แก่ลูกหนี้ โดยหนี้สินดังกล่าวจะมีบุริมสิทธิเหนือผลผลิตทางการเกษตรหรือการประมงที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ แต่จำกัดไม่เกิน \$ 5,400 ต่อคน¹⁹⁵

(7) เงินมัดจำของผู้บริโภค (Consumer deposits) หมายถึง เงินอันเกิดจากการวางมัดจำของลูกหนี้ที่ได้ให้ไว้ก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายในการซื้อ เช่าทรัพย์สินหรือบริการจากลูกหนี้ เพื่อประโยชน์ในทางส่วนตัว หรือภายในครัวเรือนของบุคคลนั้นๆ ซึ่งจำกัดไม่เกิน \$ 2,425 ต่อคน¹⁹⁶

(8) หนี้ภาษีอากร (Tax claims) ได้แก่ หนี้ภาษีเงินได้ซึ่งครบกำหนดชำระภายใน 3 ปี ก่อนขอให้ล้มละลาย ภาษีทรัพย์สินซึ่งครบกำหนดชำระภายใน 1 ปี ก่อนขอให้ล้มละลาย ภาษีหัก ณ ที่จ่ายทั้งหมด ภาษีสรรพสามิต และภาษีศุลกากร¹⁹⁷

(9) หนี้ประกันของสถาบันการเงิน (Claims of insured depository institutions) หมายถึง หนี้ของตัวแทนหน่วยงานของรัฐที่มีสิทธิเรียกร้องจากลูกหนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งทุนของสถาบันการเงิน¹⁹⁸

(10) ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประสพภัยอันเกิดจากการขับขีรถในขณะที่มึนเมา (Civil liability for driving while intoxicated) หมายถึง สิทธิเรียกร้องในค่าสินไหมทดแทนของผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของลูกหนี้ซึ่งเกิดขึ้นจากการขับขีรถยานพาหนะในขณะที่มึนเมา¹⁹⁹

3) เจ้าหนี้สามัญ (Ordinary creditor)

เจ้าหนี้สามัญ หมายถึง เจ้าหนี้ไม่มีประกันนอกเหนือจากเจ้าหนี้อุริมสิทธิที่ถูกจัดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ตาม 11 U.S.C section 507 ซึ่งเจ้าหนี้สามัญจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้อย่างเท่าเทียมกันจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ หากยังคงเหลืออยู่ภายหลังจากเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้อุริมสิทธิได้รับชำระหนี้เงินเต็มจำนวนแล้ว

4) เจ้าหนี้อ้อยสิทธิ (Subordinated creditor)

เจ้าหนี้อ้อยสิทธิ หมายถึง เจ้าหนี้ไม่มีประกันที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นๆ ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนแล้ว ซึ่งอาจเป็นเจ้าหนี้อ้อยสิทธิโดยข้อตกลง

¹⁹⁵ 11 U.S.C, section 507 (a) (6).

¹⁹⁶ 11 U.S.C, section 507 (a) (7).

¹⁹⁷ 11 U.S.C, section 507 (a) (8).

¹⁹⁸ 11 U.S.C, section 507 (a) (9).

¹⁹⁹ 11 U.S.C, section 507 (a) (10).

(Contractual subordination) อันเกิดจากการตกลงทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกันที่มีมาก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายข้อตกลงดังกล่าวยังสามารถใช้บังคับได้ในกฎหมายล้มละลาย²⁰⁰ หรือเจ้าหนี้อาศัยสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย (Statutory subordination) เช่น ค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกสัญญาซื้อหรือขายตราสารการเงินการลงทุน (Securities) รวมถึงสิทธิเรียกร้องจากการใช้คืนหรือการแบ่งทรัพย์สินเช่นว่านั้น²⁰¹ นอกจากนี้ยังอาจมีเจ้าหนี้อาศัยสิทธิโดยคำสั่งศาล (Equitable subordination) ภายหลังจากที่ศาลได้ไต่สวนแล้วศาลอาจสั่งให้เจ้าหนี้รายใดมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือสั่งให้โอนหลักประกันของเจ้าหนี้ดังกล่าวเข้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้²⁰²

3.1.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายล้มละลายของฝรั่งเศสมุ่งเน้นที่การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินแทนการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ ซึ่งจะกระทำก็ต่อเมื่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ไม่อาจเป็นไปได้เท่านั้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ว่าด้วยธุรกิจที่ประสบปัญหา (Businesses in difficulty) ของประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งการบริหารจัดการเป็น 2 รูปแบบ รูปแบบที่หนึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ธุรกิจดำเนินต่อไปภายใต้คำสั่งศาล (Redressement judiciaire) ผ่านทางการรวมการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization plan) หรือการจำหน่ายในลักษณะที่กิจการยังคงดำเนินต่อไป (A sale as a going concern) และรูปแบบที่ 2 คือ กระบวนการชำระบัญชี (Liquidation) เพื่อนำทรัพย์สินมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้²⁰³ วัตถุประสงค์หลักที่ถือว่าสำคัญที่สุด คือ กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งจะช่วยให้บริษัทรอดพ้นจากอันตราย ส่วนการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์สำคัญรองลงมา²⁰⁴

สำหรับการเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายจะเริ่มจากการร้องขอให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ภายหลังจากนั้นจะเข้าสู่ระยะสังเกตการณ์ (Observation period) ซึ่งในช่วง

²⁰⁰ 11 U.S.C, section 510 (a).

²⁰¹ 11 U.S.C, section 510 (b).

²⁰² 11 U.S.C, section 510(c).

²⁰³ Régis Blazy, Bertrand Chopard, Agnès Fimayer and Jean-Daniel Guigou. (2007). Financial Versus Social Efficiency of Corporate Bankruptcy Law : the French Dilemma?. Retrieved August 24, 2011, form <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116681>

²⁰⁴ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2542, กันยายน). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 3. หน้า 493.

ระยะเวลาดังกล่าวอำนาจบริหารจัดการกิจการของลูกหนี้จะตกแก่ผู้เชียวชาญพิเศษที่ศาลแต่งตั้งขึ้น และการดำเนินคดีเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายจะถูกกระงับ ผู้เชียวชาญจะต้องจัดเตรียมรายงานเกี่ยวกับสถานะทางเศรษฐกิจ การเงิน และการจ้างงานของ ลูกหนี้ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสินทรัพย์และหนี้สิน ภายหลังจากนั้นศาลจะ ใช้วิธีการแก้ปัญหาทางการเงินของลูกหนี้อยู่ 3 กรณีด้วยกัน คือ สั่งให้ฟื้นฟูกิจการ สั่งให้ขายกิจการ ให้แก่บุคคลที่สามในลักษณะที่กิจการยังคงดำเนินต่อไป หรือสั่งให้ชำระบัญชี²⁰⁵ ในกระบวนการ ชำระบัญชีของลูกหนี้ตามกฎหมายของฝรั่งเศสอาจขึ้นได้ 2 กรณีด้วยกัน คือ การชำระบัญชีภายหลังจากลูกหนี้ไม่สามารถดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการได้ หรือกรณีที่ผู้ซื้อกิจการจากการจำหน่ายใน ลักษณะที่กิจการยังคงดำเนินต่อไปไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง และการเริ่มต้นของกระบวนการชำระ บัญชีอีกกรณีหนึ่งก็คือ การชำระบัญชีโดยทันทีตามคำสั่งของศาลภายหลังจากมีการร้องขอให้ฟื้นฟู กิจการ หรือภายหลังจากกระยะสังเกตการณ์ เมื่อศาลเห็นว่าบริษัทลูกหนี้ตกอยู่ในสภาวะหนี้สิน ล้นพ้นตัว และได้หยุดกิจการทั้งหมด หรือเมื่อไม่มีความเป็นไปได้อย่างแน่ชัดที่จะทำการฟื้นฟู กิจการ²⁰⁶

3.1.3.1 ความหมายของเจ้าหนี้อำนาจ

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของฝรั่งเศสมิได้มีการให้คำนิยามของคำว่าเจ้าหนี้อำนาจ มีอำนาจเอาไว้โดยเฉพาะ แต่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายของประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L643-2 ซึ่งได้กำหนดให้เจ้าหนี้อำนาจนิติพิเศษ จำนำ และจำนอง เป็นสิทธิเรียกร้องมีอำนาจ ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นก่อนการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย โดยหลักอำนาจ มีดังนี้²⁰⁷

- 1) จำนอง (Mortgage) เป็นหลักประกันเหนืออสังหาริมทรัพย์
- 2) จำนำ (Pledge) หรือสิทธิยึดหน่วงของเจ้าของอู่ซ่อมรถสำหรับการซ่อมแซม (Garage owner's lien for repairs) เป็นหลักประกันเหนือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งพร้อมด้วยสิทธิในการ ยึดถือครอบครอง
- 3) ทุนทางการค้าหรือพาณิชย์ (Fonds de commerce) เป็นสิทธิเรียกร้องที่มี หลักประกันทั่วไปเหนือกิจการ ซึ่ง Fonds de commerce เป็นคำที่ใช้อธิบายถึงสิทธิในทรัพย์สินของ

²⁰⁵ George A. Bermann and Etienne Picard. (2008). *Introduction to French law*. pp. 352-353.

²⁰⁶ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 519-520.

²⁰⁷ Andrew Tetley, Reed Smith and Marcel Bayle. (2009). *Insolvency Law in France*. Retrieved August 24, 2011, from [http://www.reedsmith.com/_db/_documents/France_\(as_published\).pdf](http://www.reedsmith.com/_db/_documents/France_(as_published).pdf)

กลุ่มของทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่มีขึ้นเพื่อทำธุรกิจของกิจการพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมโดยมีการประเมินมูลค่าตลาด

4) หลักประกันเหนือเครื่องมือและอุปกรณ์ทางอาชีพ (Professional tooling and equipment) เป็นสิทธิในหลักประกันพิเศษที่มีให้แก่ผู้ขายหรือผู้ออกเงินทรองที่จำเป็นต้องจ่ายแก่ผู้ขายเพื่อประกันการชำระเงินสำหรับเครื่องมือและอุปกรณ์ที่นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L.525-1

3.1.3.2 สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

เนื่องจากกฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มากกว่าการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ลูกจ้างจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จำต้องมีอยู่ควบคู่กับการดำเนินกิจการของลูกหนี้ต่อไป ในปี 1973 ลูกจ้างจึงได้รับผลประโยชน์จากการที่ถูกกำหนดให้เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) สำหรับสิทธิเรียกร้องของพวกเขาจำกัดเพียงบางส่วน โดยเจ้าหนี้บุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับแรกก่อนสิทธิเรียกร้องอื่นๆ ทั้งหมด รวมถึงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้มีประกัน²⁰⁸ และกระบวนการประนอมหนี้ถือเป็นมาตรการหนึ่งในการป้องกันและแก้ไขปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ก่อนที่ลูกหนี้จะมีหนี้สินล้นพ้นตัวตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส การประนอมหนี้ดังกล่าวหากมีบุคคลซึ่งตกลงจะจัดหาทุน สินค้า หรือบริการให้แก่ลูกหนี้เพื่อเป็นประกันว่าธุรกิจของลูกหนี้จะสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่องและในระยะยาว จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากหนี้แรงงานและค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งเป็นบุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) แต่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้สินรายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นกระบวนการประนอมหนี้²⁰⁹ รวมทั้งเจ้าหนี้มีประกัน

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L643-2 ซึ่งได้กำหนดให้เจ้าหนี้ผู้ถือบุริมสิทธิพิเศษ จำนำ และจำนอง เป็นสิทธิเรียกร้องมีประกันเมื่อได้ยื่นขอรับชำระหนี้ในกระบวนการชำระบัญชีไว้แล้วแม้ยังไม่ได้มีการรับรองสิทธิให้ได้รับชำระหนี้ก็มีสิทธิบังคับตามสิทธิในหลักประกันของตนแยกต่างหากออกไป ถ้าผู้ชำระบัญชียังไม่ได้ขายทรัพย์สินหลักประกันภายใน 3 เดือน นับแต่เริ่มต้นกระบวนการชำระบัญชี เว้นแต่ในกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้โดยให้กิจการของลูกหนี้ยังคงดำเนินต่อไป (Going concern) เจ้าหนี้จะบังคับสิทธิในหลักประกันได้ต่อเมื่อสิ้นระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ในกรณีที่มีการแบ่งทรัพย์สินก่อนที่จะมีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนเต็มจำนวนหนี้ของตน

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Commercial Code, Article L611-11.

แต่หากต่อมามีการขายทรัพย์สินหลักประกันได้ก็จะต้องมีการหักจำนวนเงินที่เจ้าหนี้มีประกันได้รับเกินสิทธิของคนออกไป และนำส่วนที่หักออกมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันต่อไป²¹⁰ และในกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ก่อนการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันต้องนำมาชำระแก่เจ้าหนี้มีประกันตามสิทธิที่พึงจะได้ก่อน ส่วนเงินที่เหลือจึงจะนำมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน²¹¹ และหากเจ้าหนี้มีประกันยังไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนหนี้ส่วนที่เหลือก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันต่อไป²¹² ส่วนหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ก็มีกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์²¹³

3.1.3.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

ในทุกกระบวนการชำระบัญชี ผู้ชำระบัญชีจะต้องจัดทำลำดับการชำระหนี้ (The order of priority) ของสิทธิเรียกร้องทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการชำระบัญชี โดยลำดับการชำระหนี้ในกระบวนการชำระบัญชีดังกล่าวจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code) มาตรา L641-13 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) เจ้าหนี้นุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege)

กฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการจ้างงานบางส่วนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Labour Code) และค่าฤชาธรรมเนียม (Legal costs) เป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) โดยตามประมวลกฎหมายแรงงาน (Labour Code) กำหนดให้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการจ้างงานที่ครบกำหนดชำระภายใน 60 วัน มีสิทธิได้รับชำระก่อนเจ้าหนี้รายอื่นในกระบวนการคุ้มครองรักษา (Safeguard) ฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) หรือชำระบัญชี (Liquidation)²¹⁴ ซึ่งบุริมสิทธิชั้นสูงของหนี้แรงงานดังกล่าวจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในการชำระบัญชีก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆ รวมทั้งมี

²¹⁰ Commercial Code, Article L643-4.

²¹¹ Commercial Code, Article L643-5.

²¹² Commercial Code, Article L643-6.

²¹³ Commercial Code, Article L643-7.

²¹⁴ Labour Code, Article L.3253-2: "Where safeguard reorganization or liquidation proceedings are commenced, remuneration of any type due to employees for the last 60 days of work is paid, taking account of any advance payments already made, notwithstanding the existence of any other priority creditors, limited to a monthly ceiling identical for each category of beneficiary". บัญญัติขึ้นแทนที่, Articles L.143-10 และ L.143-11 ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี 2008

สิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditors) ด้วย²¹⁵ ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในฐานะบุริมสิทธิขั้นสูงนั้น หมายถึง ค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งเกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการชำระบัญชี สำหรับการดำเนินกระบวนการซึ่งรวมถึงค่าตอบแทนของผู้แทนเจ้าหนี้ (Creditor's representative) หรือผู้ชำระบัญชี (Liquidator) ที่ศาลตั้งขึ้น²¹⁶ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าโดยปกติในกระบวนการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นมักจะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน แต่ก็ไม่เสมอไปในหลายประเทศได้กำหนดให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิบางประเภท เช่น บางประเทศกำหนดให้เจ้าหนี้แรงงานมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกัน ในคดีล้มละลายนอกจากประเทศฝรั่งเศสดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ได้แก่ บราซิล ชิลี โคลัมเบีย อินโดนีเซีย เม็กซิโก สาธารณรัฐเช็ก รัสเซีย และสเปน²¹⁷

2) สิทธิเรียกร้องของผู้ที่ตกลงจะให้เงินทุน สินค้าหรือบริการแก่ลูกหนี้ในกระบวนการประนอมหนี้

สำหรับกระบวนการประนอมหนี้ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศสถือเป็นมาตรการหนึ่งในการป้องกันและแก้ไขปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ก่อนที่ลูกหนี้จะมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยในการประนอมหนี้ดังกล่าวหากมีบุคคลซึ่งตกลงจะจัดหาทุน สินค้า หรือบริการให้แก่ลูกหนี้เพื่อเป็นประกันว่าธุรกิจของลูกหนี้จะสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่องและในระยะยาว จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้สินรายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นกระบวนการประนอมหนี้²¹⁸ ซึ่งในอดีตไม่มีการกำหนดสิทธิพิเศษให้แก่เจ้าหนี้ที่ให้การช่วยเหลือลูกหนี้ในกระบวนการประนอมหนี้ดังกล่าว ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายพาณิชย์ครั้งใหม่ในปี 2005 ได้มีการกำหนดให้เจ้าหนี้ดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิในกระบวนการชำระบัญชีโดยจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากหนี้แรงงานและค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งเป็นบุริมสิทธิขั้นสูง (Super privilege) แต่ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆ รวมทั้งเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งผลของการกำหนดบุริมสิทธิดังกล่าวทำให้ประสิทธิภาพของหลักประกัน โดยทั่วไปลดลงตั้งแต่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดให้มีบุริมสิทธิเหนือผู้ถือหลักประกัน

²¹⁵ Andrew Tetley, Reed Smith and Marcel Bayle. Op.cit. p.268.

²¹⁶ Ibid. pp.256-257.

²¹⁷ Wang Huaiyu. (2006). An International Comparison of Insolvency Laws. Retrieved August 24, 2011, from http://www.oecd.org/data_oecd/41/41/38182541.pdf.

²¹⁸ Commercial Code, Article L611-11.

3) เจ้าหนี้มีประกัน

เมื่อได้ยื่นขอรับชำระหนี้ในกระบวนการชำระบัญชีไว้แล้ว ถ้าผู้ชำระบัญชี ยังไม่ได้ขายทรัพย์สินหลักประกันภายใน 3 เดือน นับแต่เริ่มต้นกระบวนการชำระบัญชี เว้นแต่ในกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้โดยให้กิจการของลูกหนี้ยังคงดำเนินต่อไป (Going concern) เจ้าหนี้จะบังคับสิทธิในหลักประกันได้ต่อเมื่อสิ้นระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ในกรณีที่มีการแบ่งทรัพย์สินก่อนที่จะมีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนเต็มจำนวนหนี้ของตน แต่หากต่อมามีการขายทรัพย์สินหลักประกันได้ ก็จะต้องมีการหักจำนวนเงินที่เจ้าหนี้มีประกันได้รับเกินสิทธิของตนออกไป และนำส่วนที่หักออกมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันต่อไป²¹⁹ และในกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ก่อนการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันต้องนำมาชำระแก่เจ้าหนี้มีประกันตามสิทธิที่พึงจะได้ก่อน ส่วนเงินที่เหลือจึงจะนำมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน²²⁰ และหากเจ้าหนี้มีประกันยังไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนหนี้ส่วนที่เหลือ ก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันต่อไป²²¹ ส่วนหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ก็มีกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีหลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์²²²

4) สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการจ้างแรงงานซึ่งเกิดขึ้นหลังจากมีคำสั่งให้ชำระบัญชี แต่ยังไม่ได้รับการจ่ายจากกองทุนประกันค่าจ้าง

โดยปกติเจ้าหนี้แรงงานจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆ ก็ต่อเมื่อกองทรัพย์สินมีเพียงพอที่จะแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้เท่านั้น หากต่อมาไม่มีทรัพย์สินเหลือพอที่จะแบ่งแก่เจ้าหนี้ สิทธิของเจ้าหนี้แรงงานก็ไม่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว กฎหมายจึงได้เพิ่มการคุ้มครองพิเศษโดยการกำหนดกองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง (Association pour la Gestion du Régime d'Assurance des Créances des Salariés หรือ AGS) โดยกองทุนดังกล่าวจะรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างของลูกหนี้แม้ยังไม่มีการแบ่งทรัพย์สินในกระบวนการชำระบัญชีก็ตาม ซึ่งค่าจ้างที่ได้รับการคุ้มครองจากกองทุนดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะค่าจ้างที่ยังไม่ได้รับการจ่ายภายในหนึ่งเดือนครึ่งในระหว่างระยะเวลาสังเกตการณ์ (Observation period) ระหว่างระยะเวลา 15 วัน ภายหลังจากมีคำสั่งให้ชำระบัญชี และระหว่างระยะเวลาชำระบัญชีที่ยังคงมีการ

²¹⁹ Commercial Code, Article L643-4.

²²⁰ Commercial Code, Article L643-5.

²²¹ Commercial Code, Article L643-6.

²²² Commercial Code, Article L643-7.

ดำเนินกิจการของลูกหนี้²²³ อย่างไรก็ตามหากค่าจ้างในช่วงระยะเวลาดังกล่าวยังไม่ได้รับการจ่ายจากกองทุนประกันค่าจ้าง เจ้าหนี้แรงงานก็สามารถได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้มีประกัน

5) เงินกู้ยืมหรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้แทนในคดีฟื้นฟูกิจการปฏิบัติตามสัญญาต่างตอบแทน และเจ้าหนี้รายอื่นๆ ขอมตกลงที่จะรับชำระหนี้ที่หลัง

หมายถึง สิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L622-13 ซึ่งกำหนดให้เงินกู้ยืมหรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้แทนในคดีฟื้นฟูกิจการปฏิบัติตามสัญญาต่างตอบแทนเพื่อให้สัญญาดำเนินต่อไป และเจ้าหนี้รายอื่นๆ ขอมตกลงที่จะรับชำระหนี้ที่หลังสิทธิเรียกร้องดังกล่าว สำหรับสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลที่มีอำนาจภายใต้ข้อจำกัดเพื่อความจำเป็นสำหรับให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไป แต่ไม่รวมถึงค่าสินไหมทดแทน และค่าปรับที่เกิดขึ้นภายหลังการสิ้นสุดของสัญญา

6) สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับการจ่ายล่วงหน้าตามกองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง (Association pour la Gestion du Régime d'Assurance des Créances des Salariés หรือ AGS)

สำหรับบุริมสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้องตามที่กองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง (Association pour la Gestion du Régime d'Assurance des Créances des Salariés หรือ AGS) รับช่วงสิทธิของลูกจ้างมาขอรับชำระหนี้ในกระบวนการชำระบัญชี

7) สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย

ได้แก่ สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังศาลมีคำสั่งให้ชำระบัญชี หรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังศาลมีคำสั่งให้พักชำระหนี้ (Safeguard) หรือฟื้นฟูกิจการก่อนที่จะมีคำสั่งให้ชำระบัญชี สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นในระยะเวลาสังเกตการณ์ (Observation period) หรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการจัดเตรียมสินค้าและบริการสำหรับกิจการทางการประกอบวิชาชีพของลูกหนี้

สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายดังกล่าวปกติจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ทันทีเมื่อถึงกำหนดชำระ²²⁴ โดยไม่ต้องไปแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้กับเจ้าหนี้รายอื่นๆ แต่หากยังไม่ได้รับชำระเมื่อหนี้ถึงกำหนด สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะได้รับการกำหนดให้เป็นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ยกเว้นแต่เจ้าหนี้บุริมสิทธิชั้นสูง

²²³ Andrew Tetley, Reed Smith and Marcel Bayle. Op.cit. p.269.

²²⁴ Commercial Code, Article L641-13 I.

(Super privilege) บุริมสิทธิในหนี้ที่เกิดขึ้นเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ในการประนอมหนี้ตามมาตรา L611-11 และเจ้าหนี้นี้มีประกัน²²⁵

8) เจ้าหนี้นุริมสิทธิ

เจ้าหนี้นุริมสิทธิในคดีล้มละลาย หมายถึง เจ้าหนี้นุริมสิทธิสามัญซึ่งจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามลำดับบุริมสิทธิของตน ตามลำดับที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง²²⁶ กล่าวคือภายหลังจากชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) บุริมสิทธิในหนี้ที่เกิดขึ้นเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ในการประนอมหนี้ตามมาตรา L611-11 เจ้าหนี้นี้มีประกัน เจ้าหนี้แรงงานที่ได้รับการคุ้มครองจากกองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง ค่าใช้จ่ายและหนี้สินที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีคำสั่งให้ชำระบัญชีแล้ว หากมีเงินเหลือเจ้าหนี้นุริมสิทธิสามัญก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามลำดับบุริมสิทธิของตนตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 2331 และ 2375 ต่อไป

9) เจ้าหนี้สามัญ

สำหรับเจ้าหนี้สามัญ หมายถึง เจ้าหนี้ไม่มีประกันและกฎหมายมิได้กำหนดให้เป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิที่มูลหนี้เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ซึ่งจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนของหนี้ที่ได้รับการยอมรับภายหลังจากหักชำระค่าฤชาธรรมเนียมค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการชำระบัญชี และได้จ่ายให้แก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิเรียบร้อยแล้ว²²⁷

3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามพรมแดนของกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ²²⁸

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency Law) ซึ่งได้จัดทำขึ้น โดยคณะกรรมการด้วยด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation Commission on International Trade Law) หรือ UNCITRAL ได้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือในการกำหนดโครงสร้างของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการดำเนินการกับปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายให้หน่วยงานราชการและองค์กรที่ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้ใช้เป็นเอกสารอ้างอิงเมื่อมีการจัดทำกฎหมายใหม่ หรือเมื่อมีการตรวจสอบความเพียงพอของกฎหมายและกฎระเบียบที่มีอยู่ ซึ่งใน

²²⁵ Commercial Code, Article L641-13 II.

²²⁶ Andrew Tetley, Reed Smith and Marcel Bayle. Op.cit. p. 258.

²²⁷ Commercial Code, Article L643-8.

²²⁸ กรมบังคับคดี. เล่มเดิม. หน้า 358-369.

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายได้กล่าวถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและการจัดลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายเอาไว้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ให้นิยามของ “เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor)” หมายความว่า เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน ซึ่งสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน หมายถึง สิทธิเรียกร้องซึ่งได้รับการคุ้มครอง โดยมีหลักประกันเป็นประกันการบังคับให้ชำระหนี้ในกรณีที่ถูกหนีผิดนัด และสิทธิในหลักประกัน หมายถึง สิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันการชำระเงินหรือการชำระหนี้อื่นๆ ดังนั้นเจ้าหนี้มีประกันจึงมีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงเจ้าหนี้ทุกคนที่มีหลักประกันในการชำระหนี้ซึ่งรวมถึงเจ้าหนี้ที่มีกิจการเป็นหลักประกันด้วย

3.2.2 สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

กฎหมายล้มละลายของบางประเทศมิได้รวมทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเอาไว้ในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายและยอมให้เจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับสิทธิในหลักประกันที่มีภาระผูกพันโดยอิสระ เจ้าหนี้มีประกันอาจได้รับการยกเว้นจากข้อกำหนดให้ยื่นขอรับชำระหนี้หากหนี้ที่ขอรับชำระของตนค้ำมูลค่าที่จะได้รับจากการขายทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และถ้าหากทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนของหนี้ที่ขอรับชำระของเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้ดังกล่าวจะต้องยื่นขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ไม่มีหลักประกันในฐานะของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

ในบางประเทศกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันยื่นขอรับชำระหนี้จากสิทธิในหลักประกันจนค้ำมูลค่าหนี้โดยไม่คำนึงว่าหนี้ที่ขอรับชำระส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นหนี้ที่ไม่มีประกันหรือไม่ สำหรับผู้ที่มีสิทธิในหลักประกันบางประเภท เช่น Floating Charges, Bill of sale หรือหลักประกันเหนือทรัพย์สิน (Security over chattels) หรือบางประเทศกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันทั้งปวงต้องยื่นขอรับชำระหนี้โดยหากเจ้าหนี้มีประกันที่มีได้ยื่นขอรับชำระหนี้จะถือว่าเจ้าหนี้มีประกันสละสิทธิในหลักประกัน หรือสิทธิพิเศษที่มีเหนือหนี้ดังกล่าว ในขณะที่บางประเทศให้เจ้าหนี้มีประกันส่งมอบสิทธิในหลักประกันให้แก่ผู้แทนในคดีล้มละลายและขอรับชำระหนี้เต็มจำนวน โดยถือว่าเจ้าหนี้มีประกันผู้ยื่นขอรับชำระหนี้สละสิทธิในหลักประกัน หรือสิทธิพิเศษที่มีเหนือหนี้ดังกล่าว

เหตุผลที่กำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันต้องยื่นขอชำระหนี้ก็เพื่อที่จะเป็นการจัดหาข้อมูลให้แก่ผู้แทนในคดีล้มละลายในส่วนที่เกี่ยวกับความมียู่ของหนี้ที่ขอรับชำระ จำนวนของหนี้ที่มีประกันและทรัพย์สินต่างๆ ที่อาจจะเป็นหลักประกันรวมทั้งจำนวนหนี้ที่ค้างชำระอยู่ทั้งหมด ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดก็ตามกฎหมายล้มละลายควรจะได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้มีประกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการยื่นขอรับชำระหนี้ โดยเฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมาย

ล้มละลายบัญญัติว่าขั้นตอนการขอรับชำระหนี้มีผลกระทบต่อสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้นี้ ประกัน จึงเป็นสิ่งสำคัญที่การโฆษณาการเริ่มดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย จะต้องมึข้อมูล เกี่ยวกับการยื่นหรือการ ไม่ยื่นขอรับชำระหนี้ที่มีประกัน โดยทั่วไปแล้วในกรณีที่เจ้าหนี้นี้มีประกัน จะต้องยื่นขอรับชำระหนี้ควรจะกำหนดให้กระบวนการยื่นขอรับชำระหนี้และการรับรองเป็น เช่นเดียวกับกรณีของเจ้าหนี้นี้ไม่มีประกัน

ข้อเสนอแนะที่ 172 กฎหมายล้มละลายควรกำหนดว่าเจ้าหนี้นี้ที่มีประกันจะต้องยื่นขอรับ ชำระหนี้หรือไม่

3.2.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

1) เจ้าหนี้นี้มีประกัน

กฎหมายล้มละลายในหลายประเทศยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันที่จะได้รับชำระ หนี้ก่อนลำดับแรก ไม่ว่าจะเป็นจากการจำหน่ายทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) หรือจากเงินทุนทั่วไป (Floating Charge) โดยหากสิทธิในหลักประกันได้รับการคุ้มครอง โดยการสงวนไว้ซึ่งมูลค่าทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน เจ้าหนี้นี้มีประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงิน ที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้อื่นจนค้มูลค่าหนี้ที่เป็นประกันแก่ตน และ หากสิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันได้รับการคุ้มครองโดยการกำหนดมูลค่าของหนี้ที่มีประกันไว้ เมื่อเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ซึ่งเจ้าหนี้นี้จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินได้บังคับแห่ง หลักประกันจนค้มูลค่าหนี้ในส่วนที่มีประกันของตน และในส่วนของจำนวนหนี้ที่เกินกว่ามูลค่า ของทรัพย์สินหลักประกันจะได้รับการปฏิบัติอย่างเจ้าหนี้นี้ไม่มีประกันต่อไป

แต่กฎหมายล้มละลายในบางประเทศไม่ได้กำหนดให้เจ้าหนี้นี้มีประกันมีสิทธิได้รับ ชำระหนี้ก่อน แต่อาจมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลายและหนี้สิน อื่นๆ เช่น หนี้ภาษีอากร หนี้ค่าจ้าง หนี้ความเสียหายทางละเมิด ซึ่งสิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันที่ถูก จำกัดสิทธิดังกล่าวจะอยู่ในลักษณะของผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ซึ่งจะมีการ จำกัดจำนวนหนี้ที่จะให้เจ้าหนี้นี้มีประกันได้รับชำระหนี้ก่อนอยู่ในอัตราร้อยละที่กำหนดไว้ เหตุผล ของทางเลือกดังกล่าวก็คือ เจ้าหนี้นี้มีประกันควรจะร่วมรับผิดชอบในความสูญเสียที่เกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้อื่นๆ ในกระบวนการล้มละลายอย่างเท่าเทียมกัน กรณีจึงมีความเป็นไปได้ว่าเจ้าหนี้นี้มีประกัน ดังกล่าวจะไม่ได้มีส่วนร่วมในการจำหน่ายทรัพย์สิน และมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอน ในส่วนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน ซึ่งอาจไม่ส่งเสริมให้มีการก่อให้เกิดหลักประกันในลักษณะดังกล่าว และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้น ดังนั้นจึงควรจะใช้ ข้อยกเว้นลักษณะดังกล่าวในกฎหมายล้มละลายอย่างจำกัด

ในกรณีที่มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อีกโดยตรงจากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่ง สิทธิดังกล่าว โดยปกติแล้วเจ้าหนี้อีกจะไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ล้มละลายที่เกิดขึ้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมซึ่งต่างไปจากกรณีของเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน เว้นแต่จะมี ข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้อีกยังคงต้องร่วมรับผิดชอบในค่าใช้จ่าย ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของตน หากผู้แทนในคดีล้มละลายมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในส่วนที่ใช้ สำหรับการคงไว้ซึ่งทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันก็สมควรจะให้ได้รับค่าใช้จ่ายจากเงินที่ได้จากการ จำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้อีกมีประกัน หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทางการเงิน ภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ซึ่งมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของเจ้าหนี้อีกในเรื่อง สิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อน ควรจะต้องมีความชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนี้อีกมีประกัน ต้องเป็นผู้อนุมัติสนับสนุนทางการเงินดังกล่าว

2) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ

โดยปกติแล้วค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลายจะอยู่ในลำดับก่อนเจ้าหนี้ ไม่มีประกัน เพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการชำระเงินอย่างเหมาะสมให้แก่ผู้ที่ต้องกระทำการในนามของ กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ค่าใช้จ่ายดังกล่าวโดยปกติจะรวมถึงค่าตอบแทนของ ผู้แทนในคดีล้มละลายและผู้มีวิชาชีพอื่นๆที่ผู้แทนในคดีล้มละลายหรือลูกหนี้เป็นผู้ว่าจ้าง หนี้สินที่ เกิดจากการดำเนินการของผู้แทนในคดีล้มละลาย ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา และ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีต่างๆ

3) เจ้าหนี้อ่อนสิทธิ

เจ้าหนี้อ่อนสิทธิ หรือหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระก่อนหรือหนี้ที่มีสิทธิพิเศษ เช่น หนี้ที่เกี่ยวกับเงินเดือนและผลประโยชน์ของลูกจ้าง หนี้ภาษีอากร โดยทั่วไปกฎหมายล้มละลายใน หลายประเทศกำหนดให้หนี้ที่ไม่มีประกันบางประเภทเป็นมีสิทธิได้รับชำระในลำดับก่อนเจ้าหนี้ อื่นซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันและไม่มีสิทธิพิเศษ (Unsecured and non-privileged) หรือเป็นเจ้าหนี้ที่ มีสิทธิพิเศษน้อยกว่า (Less privileged) หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระในลำดับก่อนเหล่านี้ซึ่งโดยปกติจะ ขึ้นอยู่กับการพิจารณาทางสังคม หรือบางครั้งในทางการเมืองจะขัดต่อหลักในเรื่องความเท่าเทียม กันในการจัดจำหน่ายทรัพย์สิน และโดยทั่วไปแล้วจะมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันปกติ โดย ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินที่มีอยู่เพื่อการจัดจำหน่ายให้แก่พวกตนลดน้อยลง บทบัญญัติของสิทธิ เกี่ยวกับลำดับในการชำระหนี้มีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดข้อโต้แย้งที่ไม่มีประโยชน์ในเรื่องของการ ประเมินว่า เจ้าหนี้รายใดควรจะได้รับสิทธิพิเศษในการรับชำระหนี้ก่อนและเหตุผลในการกระทำ การดังกล่าว บทบัญญัติของสิทธิเหล่านี้ในกฎหมายล้มละลายมีผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายและจำนวน หนี้ที่มีอยู่ซึ่งจะเพิ่มขึ้นเนื่องจากจำนวนเงินที่สามารถนำมาจัดจำหน่ายให้แก่เจ้าหนี้รายอื่นๆ ลดลง

ในบางครั้งการจัดลำดับการรับชำระหนี้ซึ่งอยู่บนแนวความคิดด้านสังคมอาจกำหนดไว้แล้วในกฎหมายฉบับอื่นนอกเหนือจากกฎหมายล้มละลาย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม (Social welfare) การกำหนดให้มีการจัดลำดับชำระหนี้ในกฎหมายล้มละลายอาจมีการเยียวยาที่ไม่สมบูรณ์และไม่เหมาะสมสำหรับปัญหาทางสังคม และในขณะเดียวกันจะส่งผลให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายมีประสิทธิภาพลดน้อยลงด้วย ในกรณีที่การจัดลำดับการรับชำระหนี้ที่ระบุไว้ในกฎหมายล้มละลาย หรือในกรณีที่การจัดลำดับการรับชำระหนี้ที่ปรากฏในกฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายล้มละลายจะได้รับการยอมรับและมีผลในกระบวนการล้มละลาย ควรจะกำหนดให้การจัดลำดับการรับชำระหนี้เหล่านี้ระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย (และถ้าจำเป็นให้จัดลำดับไว้พร้อมกับหนี้อื่นด้วย) สิ่งนี้จะทำให้มั่นใจว่าอย่างน้อยที่สุดกฎหมายล้มละลายมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์เกี่ยวกับผลกระทบที่มีต่อบรรดาเจ้าหนี้ได้ล่วงหน้า และจะทำให้ลูกหนี้สามารถประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินได้ถูกต้องมากยิ่งขึ้น

ในกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่ของบางประเทศกำหนดให้ลดจำนวนประเภทของหนี้บุริมสิทธิลงเป็นอย่างมาก ซึ่งสะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงในการยอมรับได้ของสาธารณะชนต่อการปฏิบัติในเรื่องดังกล่าว ตัวอย่างเช่น บางประเทศเพิกถอนสิทธิบุริมสิทธิสำหรับหนี้ทางภาษีอย่างใดก็ตาม ในบางประเทศมีแนวโน้มที่จะเพิ่มประเภทของหนี้บุริมสิทธิเพิ่มขึ้น การกำหนดให้มีประเภทของหนี้บุริมสิทธิที่แตกต่างกันไปเป็นจำนวนมากมีแนวโน้มที่จะทำให้วัตถุประสงค์เบื้องต้นของกฎหมายล้มละลายต้องยุ่งยากมากขึ้น และทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลต้องประสบปัญหายุ่งยาก ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและทำให้การจัดเตรียมแผนต้องยุ่งยากมากขึ้นในการฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้ ควรจะได้ระลึกว่าการปรับปรุงลำดับของการจัดจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดหนี้บุริมสิทธิเหล่านี้ มิได้ทำให้จำนวนเงินทั้งหมดที่บรรดาเจ้าหนี้จะได้รับมีเพิ่มขึ้น แต่จะส่งผลเพียงให้เจ้าหนี้กลุ่มหนึ่งได้รับผลประโยชน์ ในขณะที่เจ้าหนี้กลุ่มอื่นต้องเสียผลประโยชน์ไป การที่มีเจ้าหนี้บุริมสิทธิมากขึ้นเพียงใดก็จะมีผลทำให้ประโยชน์ของเจ้าหนี้รายอื่นที่จะได้รับจากการกระทำดังกล่าวลดน้อยลงเท่านั้น

ปัจจัยบางประการที่อาจเกี่ยวข้องกับการกำหนดว่าจะให้สถานะสิทธิพิเศษแก่หนี้ประเภทใดโดยเฉพาะ อาจรวมถึงความจำเป็นที่จะต้องทำให้ภาระผูกพันตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับ อย่างเช่น องค์ประกอบที่ใช้บังคับกับหนี้ของลูกจ้าง ความจำเป็นในการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของเอกชนและผลประโยชน์ของสาธารณะและทางเลือกที่มีในการบัญญัติเรื่องผลประโยชน์ของสาธารณะดังกล่าว เช่น ความประสงค์ที่จะให้สิทธิประโยชน์แก่เจ้าหนี้เพื่อจัดการเรื่องหนี้สินได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในการกำหนดว่าหนี้ประเภทใดจะเป็นหนี้บุริมสิทธิมีอยู่หลายวิธี ประเทศต่างๆ ได้กำหนดประเภทของหนี้บุริมสิทธิไว้แตกต่างกันออกไป แต่ที่นิยมกัน

โดยเฉพาะสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเงินเดือนและผลประโยชน์ของลูกจ้าง (หนึ่งประกันสังคมและเงินบำนาญ) และหนึ่งภาษีอากร ในเรื่องบุริมสิทธิของหนึ่งภาษีควรจะได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษในกรณีระหว่างประเทศซึ่งว่าจะกำหนดให้หนึ่งภาษีต่างประเทศเป็นเจ้าหนึ่งบุริมสิทธิหรือไม่ โดยบางครั้งอาจจะเป็นการกำหนดขอบเขตตามหลักต่างตอบแทนกัน (Reciprocity) กฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติในมาตรา 13 ยอมรับความสำคัญของหลักในการไม่เลือกปฏิบัติ (Nondiscrimination Principle) ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดลำดับหนึ่งต่างประเทศ และยังได้กำหนดไว้ด้วยว่าประเทศที่มีได้ยอมรับหนึ่งต่างประเทศและหนึ่งประกันสังคมยังคงสามารถเลือกปฏิบัติต่อหนึ่งเหล่านี้ให้แตกต่างออกไปได้

(1) หนึ่งแรงงาน

ในประเทศต่างๆ ส่วนมากหนึ่งของลูกจ้าง (รวมทั้งหนึ่งสำหรับค่าจ้าง หนึ่งสำหรับเงินที่จ่ายให้สำหรับวันลาหรือวันหยุด เงินอื่นๆ ที่จ่ายเนื่องจากการลาตามสิทธิ และเงินค่าชดเชย) เป็นหนึ่งบุริมสิทธิในคดีล้มละลาย ในหลายๆ กรณีหนึ่งเหล่านี้อยู่ในลำดับเหนือกว่าหนึ่งบุริมสิทธิอย่างอื่นเกือบทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนึ่งภาษีและประกันสังคม และมีเพียงไม่กี่กรณีที่อยู่เหนือกว่าหนึ่งที่มีประกันดังที่กล่าวไว้ข้างต้น วิธีการจัดลำดับให้หนึ่งของลูกจ้างเป็นเจ้าหนึ่งบุริมสิทธินี้โดยทั่วไปแล้วสอดคล้องกับการคุ้มครองพิเศษที่ให้แก่อลูกจ้างในด้านอื่นๆ ภายใต้กฎหมายล้มละลาย รวมทั้งสนธิสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองแรงงาน ในกฎหมายล้มละลายของบางประเทศ ความสำคัญของการคงไว้ซึ่งการจ้างงานต่อไปมีความสำคัญเหนือกว่าวัตถุประสงค์อื่นของกระบวนการล้มละลาย อย่างเช่น การเพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายให้มีมูลค่าสูงสุดเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งปวง แสดงให้เห็น โดยการเน้นถึงการขายกิจการบนหลักการว่าเพื่อให้ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไป (Going concern) พร้อมทั้งการโอนภาระหน้าที่การจ้างงานที่ยังคงมีอยู่) ซึ่งตรงข้ามกับการชำระบัญชีหรือการฟื้นฟูกิจการที่หนึ่งเหล่านี้อาจมีการเปลี่ยนแปลงหรือต้องสิ้นสุดลง ในบางประเทศกำหนดให้หนึ่งของลูกจ้างเป็นเจ้าหนึ่งบุริมสิทธิ แต่จะอยู่ในลำดับเดียวกันกับหนึ่งภาษีและประกันสังคมและอาจจะได้รับชำระตามสัดส่วนในกรณีที่มีเงินไม่เพียงพอชำระหนี้ ในประเทศบางประเทศไม่มีการกำหนดให้หนึ่งของลูกจ้างเป็นเจ้าหนึ่งบุริมสิทธิ และหนึ่งเหล่านี้จะถูกจัดไว้ในฐานะหนึ่งที่ไม่มีประกันสามัญ ในบางกรณีรัฐบาลอาจประกันการชำระหนี้บางประการที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่กำหนดไว้ (เช่น ค่าจ้างและค่าตอบแทนที่เกิดขึ้นภายในสามเดือนก่อนการเริ่มกระบวนการล้มละลาย) ผ่านกองทุนประกันค่าจ้าง (Wage guarantee fund) หรือโดยแผนการประกันภัยที่จัดให้มีแหล่งของเงินทุนต่างหากเพื่อให้มั่นใจว่าจะสามารถชำระหนี้ของลูกจ้างได้ กองทุนที่รับประกันการชำระหนี้ดังกล่าวอาจจะรับช่วงสิทธิมาเรียกหรือต่อกองทรัพย์สิน

ในคดีล้มละลาย และอาจจะเป็นหรือไม่เป็นเจ้าของหนี้บริมสิทธิในคดีล้มละลายในฐานะที่เป็นหนี้ของลูกจ้าง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพิจารณาทางนโยบาย อย่างเช่น การใช้เงินของสาธารณะ (ซึ่งตรงข้ามกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ล้มละลาย) เพื่อจ่ายเป็นค่าชดเชย ทางปฏิบัติโดยปกติแล้วกองทุนจะมีสิทธิเช่นเดียวกับลูกจ้าง อย่างน้อยที่สุดก็ในส่วนของเงินที่ระบุไว้ซึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นเงินค่าจ้าง

(2) หนี้นายอกร

โดยปกติแล้วหนี้นายอกรจะกำหนดให้เป็นเจ้าหนี้บริมสิทธิเพื่อเป็นการคุ้มครองรายได้ของสาธารณะ แต่ก็มีเหตุผลอื่นๆ อีกหลายประการประกอบ รวมถึงเรื่องที่ว่าสิ่งนี้จะ เป็นประโยชน์ต่อการฟื้นฟูกิจการเนื่องจากหน่วยงานด้านภาษีจะได้รับสิ่งจูงใจในการผ่อนผันการเก็บภาษีจากรูปร่างที่ประสบปัญหาเนื่องจากในท้ายที่สุดแล้วหน่วยงานดังกล่าวจะได้รับสิทธิในการชำระหนี้ก่อนภายใต้การล้มละลาย และเนื่องจากรัฐบาลเป็นหน่วยงานไม่แสวงหากำไรและเป็นเจ้าหนี้โดยผลของกฎหมาย (Unwilling creditor) หน่วยงานภาษีดังกล่าวอาจถูกกันออกจากทางเลือกในการได้รับชำระหนี้ทางการค้าขึ้น อย่างไรก็ตาม วิธีการดังกล่าวอาจไม่เป็นผลดี เนื่องจากการไม่เก็บภาษีอาจเป็นการผ่อนผันการบังคับใช้ตามกฎหมายภาษี และอาจก่อให้เกิดรูปแบบของการสนับสนุนโดยรัฐ (State subsidy) ที่มีผลกระทบต่อหลักการที่บัญญัติไว้ของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพ สิ่งนี้อาจส่งเสริมให้หน่วยงานทางภาษีผ่อนปรนการควบคุมลูกหนี้และเรียกเก็บหนี้ในลักษณะทางการค้าซึ่งอาจช่วยมิให้เกิดการล้มละลายและการลดลงของทรัพย์สินโดยประการอื่น

4) เจ้าหนี้สามัญ

เจ้าหนี้สามัญ หรือหนี้ที่ไม่มีประกันปกติ โดยทั่วไปแล้ว ทันทันทีได้มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่มีประกัน และเจ้าหนี้บริมสิทธิเต็มจำนวนแล้ว เจ้าหนี้สามัญจะได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนจากทรัพย์สินที่เหลือจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

5) เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ

การได้รับชำระหนี้ในลำดับรองเป็นการจัดลำดับในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ และไม่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์หรือความถูกต้องในทางกฎหมายของหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ที่อยู่ในลำดับรองอาจมีความสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ แต่เนื่องจากผลของสัญญาหรือคำพิพากษาของศาล หนี้ดังกล่าวจะได้รับชำระภายหลังการจัดจำหน่ายทรัพย์สินนอกเหนือจากการที่จะได้รับชำระโดยประการอื่น

ข้อเสนอแนะที่ 186 กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดลำดับที่หนี้จะได้รับจากกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย

ข้อเสนอแนะที่ 187 กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดให้หนี้ที่ไม่มีประกันได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนน้อยที่สุด กฎหมายควรจะกำหนดกลุ่มของหนี้ซึ่งมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนในกระบวนการล้มละลายอย่างชัดเจน (ถ้ามี)

ข้อเสนอแนะที่ 188 กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดว่าหนี้ที่มีประกันควรจะได้รับชำระจากทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันในการชำระบัญชีหรือตามแผนฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ภายใต้หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนหนี้ที่มีประกัน (ถ้ามี) หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระในลำดับก่อนหนี้ที่มีประกันควรมีให้น้อยที่สุด และจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย ถ้าหากมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่มีประกัน เจ้าหนี้ที่มีประกันอาจเข้าร่วมขอรับชำระหนี้ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันตามปกติ

ข้อเสนอแนะที่ 189 กฎหมายล้มละลายควรจัดลำดับหนี้ที่นอกเหนือจากหนี้ที่มีประกันไว้ดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ
- (2) หนี้บุริมสิทธิ
- (3) หนี้สามัญ
- (4) หนี้ที่ด้อยสิทธิ

ข้อเสนอแนะที่ 190 กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดว่าในกรณีที่มีเงินที่เหลือหลังจากการชำระหนี้ทั้งปวงจนเต็มจำนวนแล้วจะต้องคืนเงินที่เหลือดังกล่าวให้แก่ลูกหนี้

ข้อเสนอแนะที่ 191 กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดไว้เป็นหลักโดยทั่วไปว่าหนี้ที่อยู่ในลำดับเดียวกันจะได้รับชำระอย่างเท่าเทียมกันบรรดาหนี้ในลำดับชั้น (Rank) เดียวกันในกลุ่มหนี้ (Class) ที่ระบุไว้โดยเฉพาะจะได้รับชำระจนเต็มจำนวนก่อนหนี้ในลำดับถัดไป

3.3 การนำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

พ.ศ.²²⁹

ผู้ประกอบการมักประสบปัญหาในการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ต่อ สถาบันการเงิน เนื่องจากระบบการจํานำและจํานองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้ทรัพย์สินหลายอย่างที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเป็นประกันการชำระหนี้สินเชื่อเพื่อหาทุนมาใช้ในการประกอบกิจการในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการจําต้องใช้ในการประกอบกิจการ เช่น เครื่องจักร

²²⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ที่เสนอโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามเรื่องเสร็จที่ 736/2545.

สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต สิทธิเรียกร้อง ทรัพย์สินทั้งหมดที่ผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจ เป็นต้น ผู้ประกอบการจึงไม่สามารถใช้ทรัพย์สินดังกล่าวให้เกิดประโยชน์สูงสุด (Maximise profit) ได้อย่างแท้จริง นอกจากนี้กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นอำนาจของศาล และเจ้าพนักงานบังคับคดีก็มีความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นทางให้คู่สัญญาได้รับความเสียหาย²³⁰ ดังนั้นจึงเกิดแนวความคิดว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อรองรับการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจ จึงมีการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้น

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. หมายถึง การนำทรัพย์สินและสิทธิเรียกร้องทั้งหมด หรือที่เป็นสาระสำคัญของกิจการมาเป็นหลักประกัน ซึ่งการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น โดยทั่วไปจะต้องมีสัญญาที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 สัญญา ได้แก่

1) สัญญาประธาน คือ สัญญาการให้สินเชื่อ หรือสัญญากู้ยืมเงิน

2) สัญญาอุปกรณ์ คือ สัญญาประกันต่างๆ เช่น สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง และรวมถึงสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ด้วย

โดยสัญญาหลักประกันหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อสัญญาประธานสมบูรณ์เช่นเดียวกับการดำเนินการจำนอง และการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีสาระสำคัญดังนี้

3.3.1 ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้ให้คำนิยามของ “กิจการ” ไว้ว่า หมายถึง ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที²³¹

การที่จะใช้กิจการเป็นหลักประกันนั้นก็หมายถึง การใช้ทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เช่น กิจการ โรงงานต่างๆ หรือที่ดิน เป็นต้น ในกิจการแต่ละประเภทก็จะมีทรัพย์สินจำพวกเครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์ วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง สิทธิเรียกร้องต่างๆ เจ้าของกิจการจึงสามารถนำทรัพย์สินเหล่านี้ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการดำเนิน

²³⁰ ปกรณ์ นิลประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 83.

²³¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 3.

กิจการมาเป็นหลักประกันได้ แต่การใช้กิจการเป็นหลักประกัน เมื่อมีการบังคับหลักประกันแล้ว ผู้รับโอนจะต้องสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที

คำว่า “ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้น” หมายถึง ทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันและรวมถึงทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่อาจได้มาในอนาคตด้วย เพราะเมื่อพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า การครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (หมายถึง กิจการ) จะยังคงอยู่กับผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้ และผู้ให้หลักประกันก็ยังคงมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และรวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต และนำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันด้วย จนกว่าจะมีการบังคับหลักประกัน แต่มีข้อยกเว้นว่าผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไปจำนองเพื่อเป็นการประกันหนี้ต่อไปไม่ได้ มิฉะนั้นการจำนองเป็นโมฆะ²³² ซึ่งโดยสภาพแล้วในการประกอบธุรกิจ ทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ของกิจการจะมีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ทั้งอาจเพิ่มขึ้นหรือลดลง ไม่มีความแน่นอน การที่จะระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่าเป็นทรัพย์สินใดบ้างย่อมทำได้ยาก และขัดกับสภาพปกติในการประกอบธุรกิจ อีกทั้งวัตถุประสงค์ของร่างกฎหมายฉบับนี้ต้องการเสริมสร้างสภาพคล่องให้กับกิจการโดยผู้ให้หลักประกันสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ แม้ว่าทรัพย์สินส่วนใหญ่ของกิจการจะถูกนำไปเป็นหลักประกันแล้วก็ตาม ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้จะยังไม่สามารถเข้าครอบครองหลักประกันได้จนกว่าจะมีการบังคับหลักประกัน ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้รับหลักประกัน การตีความหมายของทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่เป็นของกิจการจะต้องรวมถึงทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่กิจการนั้นอาจได้มาในอนาคตด้วย

3.3.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดบุคคลที่เกี่ยวข้องไว้หลายฝ่าย ได้แก่

1) ผู้ให้หลักประกัน คือ ผู้ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และผู้ให้หลักประกันไม่จำกัดเพียงว่าต้องเป็นลูกหนี้เท่านั้น จะเป็นบุคคลอื่นซึ่งสามารถนำทรัพย์สินของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระได้

²³² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 22.

2) ผู้รับหลักประกัน คือ ผู้ที่เป็นเจ้าหนี้และรับหลักประกันจากผู้ให้หลักประกัน โดยผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินหรือนุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง²³³ ซึ่งสถาบันการเงินได้แก่²³⁴

- (1) ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์
- (2) บริษัทเงินทุน บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (3) บริษัทประกันภัยที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต หรือธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตหรือประกันวินาศภัย
- (4) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายจัดตั้ง

3) ผู้บังคับหลักประกัน คือ ผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นผู้บังคับหลักประกันในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน²³⁵ ซึ่งผู้บังคับหลักประกันจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ก็ต่อเมื่อจะต้องมีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการเท่านั้น เนื่องจากผู้บังคับหลักประกันเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการบังคับหลักประกันในกรณีที่มีการผิมนัดหรือผิผสัญญาหลักประกัน และจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของกิจการทั้งหมด ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้บังคับหลักประกันไว้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 57²³⁶

²³³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 7.

²³⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 3.

²³⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 3.

²³⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 57 ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน ต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายหรือบัญชี มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพดังกล่าว มีประสบการณ์และผลงานด้านการบริหารกิจการและการตรวจสอบและประเมินราคาสินทรัพย์ของนิติบุคคล ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (1) เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย
- (2) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดตามมาตรา 90 มาตรา 91 หรือมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัตินี้
- (3) เคยเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของสถาบันการเงินที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต เว้นแต่ได้รับยกเว้นตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (4) เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ให้หลักประกัน หรือผู้รับหลักประกัน

4) ศาล ซึ่งเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรณีที่มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน หรือกรณีให้ผู้ให้หลักประกัน ไม่ยินยอมส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกันแก่ผู้บังคับหลักประกัน

5) บุคคลภายนอก อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับฐานะเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

3.3.3 การจดทะเบียนหลักประกันที่เป็นกิจการ

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนการ ให้หลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียน²³⁷ ซึ่งตามร่างกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้จัดตั้งสำนักงาน ทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในกรมพัฒนาธุรกิจการค้าและจะตั้งสาขาขึ้นในต่างจังหวัด ก็ได้²³⁸ ผลของการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจคือ ผู้รับหลักประกันจะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ตามกฎหมายล้มละลายตามมาตรา 17 วรรค 2 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้ให้คำนิยามของเจ้าหนี้มีประกันว่า หมายถึง เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือ เจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งไม่รวมถึงผู้รับหลักประกันตามร่าง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. นี้ด้วย จึงต้องมีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้รับหลักประกันในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันล้มละลาย

ในการจดทะเบียนนั้น ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กำหนดให้ เป็นหน้าที่ของผู้รับหลักประกัน โดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน และในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็น ทรัพย์สินที่มีทะเบียนให้เจ้าพนักงานทะเบียนแจ้งให้นายทะเบียนและเจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือ ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบถึงการจดทะเบียน ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ด้วย และนายทะเบียนที่ได้รับแจ้งก็ต้องบันทึกการประกันตามร่าง พระราชบัญญัตินี้ลงในทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยเร็วเมื่อได้รับแจ้งด้วย การจดทะเบียน หลักประกันนั้นเพื่อเป็นการแสดงต่อสาธารณะว่าบริษัทลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินใดมาเป็น

(5) เคยถูกถอดถอนจากการเป็นประธานกรรมการ กรรมการ หรือผู้จัดการ ตามมาตรา 144 หรือ มาตรา 145 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือเคยถูกถอดถอนตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายอื่น

(6) เป็นข้าราชการการเมือง

(7) เป็นข้าราชการประจำ

(8) มีลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

²³⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 3 เจ้าพนักงานทะเบียน หมายความว่า เจ้าพนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ.

²³⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 14.

หลักประกัน และเมื่อมีการจดทะเบียนหลักประกันนอกจากจะถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันแล้ว ยังมีผลคือ ผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม²³⁹

เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่อายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันบอกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้ผู้ให้หลักประกันโดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการยกเลิกการจดทะเบียน และเมื่อมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกัน หรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน ให้ผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการยกเลิกการจดทะเบียน²⁴⁰

3.3.4 สิทธิหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้ คือ

- 1) มีสิทธิครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไป ในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน²⁴¹
- 2) มีสิทธิขอให้ผู้รับหลักประกันยืนยัน หรือระบุจำนวนหนี้ที่ค้างชำระโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย แต่การใช้สิทธิดังกล่าวนี้ต้องห่างจากการขอยืนยันหนี้ครั้งก่อน 6 เดือนขึ้นไป²⁴²
- 3) มีสิทธิไถ่ถอนหลักประกัน ในเวลาใดๆ ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกัน หรือก่อนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน โดยชำระหนี้ตามจำนวนที่กำหนดให้มีการชำระหนี้
- 4) มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง และใช้ฝีมือเพื่อสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพะนั้น และต้องบำรุงรักษา รวมทั้งซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นด้วย²⁴³
- 5) มีหน้าที่จัดทำบัญชีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน²⁴⁴

²³⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 29.

²⁴⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 21.

²⁴¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 22.

²⁴² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 26.

²⁴³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 23.

²⁴⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 24.

6) มีหน้าที่ให้ผู้รับหลักประกันหรือตัวแทนเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราวในเวลาและระยะอันสมควร และต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้รับหลักประกันตามสมควร²⁴⁵

สิทธิและหน้าที่ของผู้รับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้ คือ

1) มีสิทธิได้รับค่าเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคาลงเนื่องจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ²⁴⁶

2) มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่²⁴⁷

3) มีสิทธิได้รับทรัพย์สินที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเดิม²⁴⁸

4) มีหน้าที่ต้องออกหนังสือยินยอมให้ยกเลิกการจดทะเบียนหลักประกัน เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นอันมิใช่อายุความ²⁴⁹

5) หากมีเหตุที่จะต้องบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ให้ผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งผู้บังคับหลักประกันทราบโดยทางไปรษณีย์ตอบรับ

3.3.5 สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันกับบุคคลภายนอก

สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอกตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้ คือ

1) ผู้รับหลักประกันมีสิทธิจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะ โอน ไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่²⁵⁰

2) ถ้านำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมารวมเข้ากับทรัพย์สินของบุคคลอื่นจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ ผู้รับหลักประกันมีสิทธิจะได้รับชำระหนี้เหนือทรัพย์สินที่รวมเข้ากันตามส่วนของค่าแห่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของตนในเวลาที่ทรัพย์สินรวมเข้ากัน²⁵¹

²⁴⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 25.

²⁴⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 23 วรรค 2.

²⁴⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 29.

²⁴⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 31.

²⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 28.

²⁵⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 29.

²⁵¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 30.

3) ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันได้ทรัพย์สินมาจากการจำหน่าย จ่าย โอน แลกเปลี่ยน หรือได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วย รวมทั้ง ค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวสูญหายหรือเสียหาย ให้ถือว่าทรัพย์สินที่ได้มานั้นเป็นหลักประกันด้วย โดยผู้รับหลักประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้เหนือทรัพย์สินที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต่อเมื่อได้แก้ไขรายการจดทะเบียน เพื่อให้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว และในกรณีที่ทรัพย์สินที่ได้มาดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้อง ผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้ต่อเมื่อได้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วยแล้ว²⁵²

4) ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินอันหนึ่งตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไว้แก่ผู้รับหลักประกันหลายราย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันเรียงตามวัน และเวลาจดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนภายหลัง หากมีการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปจำหน่ายเป็นประกันการชำระหนี้ด้วย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันและผู้รับจำหน่ายเรียงตามวันและเวลาที่จดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันหรือผู้รับจำหน่ายที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันหรือผู้รับจำหน่ายที่จดทะเบียนภายหลัง²⁵³

5) หากมีการนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้ต่อเมื่อได้มีหนังสือบอกกล่าวการนำสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาใช้เป็นหลักประกันไปยังลูกหนี้แห่งสิทธินั้นแล้ว²⁵⁴

6) เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจให้ถือลำดับบุริมสิทธิ ดังนี้²⁵⁵

(1) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำหน่ายตามมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีการจดทะเบียนจำหน่ายสังหาริมทรัพย์นั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำหน่ายตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำหน่ายตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 31.

²⁵³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 33.

²⁵⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 34.

²⁵⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 36.

(3) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีและยังมิได้มีการตรากฎหมายอนุวรรตการตามข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ลำดับบุริมสิทธิเป็นไปตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น

สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับบุคคลภายนอกตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้ คือ ถ้าสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นหลักประกันถึงกำหนดชำระก่อนหน้าที่ประกันไว้ ให้ถือว่าทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นหลักประกันแทนสิทธิซึ่งเป็นหลักประกัน และให้ลูกหนี้แห่งสินทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นไปวางไว้ ณ สำนักงานวางทรัพย์ และมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันทราบโดยเร็ว²⁵⁶

สิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอกตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้ คือ

1) ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วยหรือที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีลักษณะหมุนเวียนเปลี่ยนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไป โดยทางการค้าปกติของทรัพย์สินนั้นหรือโดยความยินยอมของผู้รับหลักประกันย่อมได้ทรัพย์สินนั้นโดยปลอดภาระหลักประกัน แต่หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วยหรือที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมิใช่ทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจและบุคคลภายนอกได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยไม่รู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายนี้หรือโดยความยินยอมของผู้รับหลักประกัน ย่อมได้ทรัพย์สินนั้น โดยปลอดภาระหลักประกัน²⁵⁷

2) ถ้าสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นหลักประกันถึงกำหนดชำระก่อนหน้าที่ประกันไว้ ให้ถือว่าทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นหลักประกันแทนสิทธิซึ่งเป็นหลักประกัน และให้ลูกหนี้แห่งสินทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นไปวางไว้ ณ สำนักงานวางทรัพย์ และมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันทราบโดยเร็ว²⁵⁸

3.3.6 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ หมายถึง การบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ซึ่งแตกต่างจากการบังคับหลักประกันโดยทั่วไป เนื่องจากต้องกระทำโดยผู้บังคับหลักประกัน โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการ

²⁵⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 35.

²⁵⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 32.

²⁵⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 35.

ทางศาล เพื่อให้การบังคับหลักประกันเป็นไปโดยรวดเร็ว ทั้งนี้ ในการที่จะบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ก็ต่อเมื่อได้จัดแจ้งไว้ตามกฎหมายเท่านั้น หากมิได้จัดแจ้งไว้จะต้องบังคับในลักษณะของหลักประกันทั่วไป

เมื่อมีเหตุให้บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ตามสัญญา เจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันมีหน้าที่แจ้งให้ผู้บังคับหลักประกันทราบเป็นหนังสือ และผู้บังคับหลักประกันต้องดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว และต้องมีคำวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันไต่สวนข้อเท็จจริงวันแรก ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการในการบังคับหลักประกันเป็นไปโดยเร็ว หากผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกัน เจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายอื่นจะดำเนินการอื่นใดไม่ได้ นอกเหนือไปจากการขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการ โดยการแจ้งให้ผู้รับหลักประกันทราบเป็นหนังสือ

นอกจากนี้กฎหมายห้ามมิให้มีการคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน เว้นแต่การไต่สวนข้อเท็จจริงของผู้บังคับหลักประกัน ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือคำวินิจฉัยบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกัน การคัดค้านคำวินิจฉัยจะไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับหลักประกัน

การคัดค้านคำวินิจฉัยต้องผ่านกระบวนการทางศาล กล่าวคือ ผู้คัดค้านต้องยื่นคำร้องต่อศาล เมื่อศาลได้รับคำร้องแล้ว ศาลต้องกำหนดวันพิจารณาโดยเร็วและต้องนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้เป็นที่สุดจะอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้

3.3.7 การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ

ในการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นกิจการ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน และให้ผู้บังคับหลักประกันเป็นผู้กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน²⁵⁹ หลังจากดำเนินการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการได้แล้ว ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่จัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลัก ประกันตามลำดับดังนี้²⁶⁰

1) ค่าธรรมเนียมการวางทรัพย์สิน ค่าธรรมเนียมในการยึดหรืออายัด ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา จัดการ และดำเนินกิจการของผู้ให้หลักประกัน

²⁵⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 75.

²⁶⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 76.

2) ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าค่าธรรมเนียมการบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน

3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งปรากฏหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ

4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการนั้น

5) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ให้นำมาตรา 287 มาตรา 289 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยอนุโลม และหากจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกันอาจเรียกร้องจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกัน ไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกันไม่ได้

3.3.8 ความระงับสิ้นไปของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ทำขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ประธานของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ การระงับสิ้นไปของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจึงมีผลทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกี่ยวกับมูลหนี้ที่เข้าค้ำประกันอีก แต่ในส่วนของลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเพียงใดเป็นเรื่องของความรับผิดชอบสัญญาประธาน

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไปเมื่อ²⁶¹

- 1) หนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ
- 2) ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ
- 3) มีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
- 4) มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน

เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดที่มีอายุอายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาดตกลงยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้ผู้ให้หลักประกัน โดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการยกเลิกการ

²⁶¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 81.

จดทะเบียน²⁶² โดยผู้รับหลักประกันมีหน้าที่ออกหนังสือยินยอมให้ยกเลิกการจดทะเบียนแก่ผู้ให้หลักประกันทันที มิฉะนั้นหากเกิดความเสียหายผู้รับหลักประกันต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน²⁶³ แต่ในกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินในการบังคับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการยกเลิกการจดทะเบียน²⁶⁴

3.4 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายตามกฎหมายของประเทศไทย

ในการศึกษาถึงกระบวนการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น ควรที่จะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับระหว่างการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เป็นลำดับไป

3.4.1 การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การบังคับชำระหนี้ของไทยจะมีแนวคิดเช่นเดียวกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) คือ เมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง คู่สัญญาย่อมประสงค์จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญา มาตรการทางกฎหมายไทยจึงมีลักษณะที่มุ่งบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ให้ต่อกันไว้ หรือให้อยู่ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาให้มากที่สุด โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นหลัก ส่วนการชดใช้ค่าเสียหายเป็นกรณียกเว้น ในเมื่อไม่อาจจะบังคับให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้จะยึดถือหลักความซื่อสัตย์สุจริตอย่างยิ่งหรือคุณค่าทางด้านศีลธรรมเป็นสำคัญ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา ถ้าหากปล่อยให้มีการละเลยก็จะทำให้ระบบกฎหมายสัญญาขาดความเชื่อถือ อันจะส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขาดความแน่นอน และอาจเป็นอันตรายต่อธุรกิจการค้าหรือต่อระบบเศรษฐกิจก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามการที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยคำสั่งใหม่ทดแทนนั้นเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเลือกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้อยู่ในอำนาจดุลยพินิจของศาลไม่²⁶⁵

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นการชี้ขาดในคดีแล้ว หากคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีลักษณะที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายต้องมีการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่

²⁶² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 21 วรรค 1.

²⁶³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 28.

²⁶⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 21 วรรคท้าย.

²⁶⁵ เสนีย์ ปราโมช ข (2527). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2.

อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หากกฎหมายไม่มีมาตรการในการบังคับคู่ความฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง อาจมีการละเลยไม่ยอมปฏิบัติตามทำให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาหรือคำสั่งไม่ได้รับการเยียวยาจากกระบวนการยุติธรรม อันจะเป็นเหตุให้เห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นเป็นเพียงลายลักษณ์อักษรในกระดาษ ปราศจากความศักดิ์สิทธิ์ที่พลเมืองไม่จำเป็นต้องเคารพและปฏิบัติตาม อันจะไม่เป็นผลในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะในทางรัฐประศาสนนโยบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงต้องบัญญัติถึงวิธีการบังคับคดี เพื่อเป็นบทบัญญัติกำหนดแนวทางและวิธีปฏิบัติอันเป็นกระบวนการภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว เพื่อทำให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ในสถาบันกฎหมายของประเทศ อันจะนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคมโดยทั่วไป

การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็นวิธีการดำเนินการตามกฎหมาย ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดคดีคดีเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นแต่กระบวนการบังคับคดีส่วนมากมิได้กระทำโดยศาล หากกระทำโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีด้วยวิธีการและขั้นตอนตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบกับระเบียบราชการ คำสั่ง ข้อบังคับที่มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยกฎหมายให้คำนิยามของ “เจ้าพนักงานบังคับคดี” ว่าหมายถึง เจ้าพนักงานในสังกัดกรมบังคับคดีหรือเจ้าพนักงานอื่นผู้มีอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในอันที่จะปฏิบัติตามวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในภาค 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความระหว่างพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง และให้หมายความรวมถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ปฏิบัติการแทน²⁶⁶ โดยการบังคับคดีมีกระบวนการดังนี้ คือ

3.4.1.1 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี

บุคคลที่จะมาเกี่ยวข้องกับคดีใดๆ นั้นจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เนื่องจากบทบัญญัติในภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งมีบุคคลอื่นนอกจากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาและลูกหนี้ตามคำพิพากษาเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายจึงต้องบัญญัติว่าบุคคลใดบ้างที่ เป็นผู้มีส่วนได้เสียในวิธีการบังคับ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 280 จำแนกบุคคลที่ เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีไว้ 2 ประการ คือ

²⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 1 (14).

1) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง บุคคลเหล่านี้จะเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นคู่ความ ตั้งแต่ชั้นพิจารณาคดีจนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งและมีการบังคับคดี อันได้แก่

(1) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา คือ ผู้ที่จะได้รับสิทธิหรือประโยชน์จากคำพิพากษา ซึ่งอาจเป็นโจทก์หรือจำเลยในคดี รวมถึงผู้ร้องสอดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (1) และ (3)

(2) ลูกหนี้ตามคำพิพากษา คือ ผู้ที่ถูกคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้ต้องปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

(3) ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง ในกรณีที่มีการอายัดสิทธิเรียกร้อง โดย “ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง” คือ ลูกหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิที่จะอายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีต่อ “ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง” ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้กฎหมายจึงจัดเป็นประเภทเดียวกับลูกหนี้ตามคำพิพากษา²⁶⁷

2) บุคคลที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคดีนั้น โดยตรง บุคคลเหล่านี้จัดว่าเป็นบุคคลภายนอกโดยแท้ เนื่องจากมิได้เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและลูกหนี้ตามคำพิพากษามาแต่เดิม ต่อมาในชั้นบังคับคดีบุคคลภายนอกเหล่านี้ถูกกระทบกระเทือนสิทธิจากผลของการบังคับคดี จึงถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในวิธีการบังคับคดี เว้นแต่คำร้องนั้น ได้ถูกยกเสียในชั้นที่สุด อันได้แก่

(1) ผู้ร้องขอทรัพย์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 288

(2) ผู้รับจ้างนองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289

(3) เจ้าหนี้บุริมสิทธิ เช่น ผู้รับจำนำ

(4) ผู้ที่จะใช้สิทธิอันจดทะเบียนไว้โดยชอบ เช่น ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิต่างๆ

(5) ผู้ขอเฉลี่ยทรัพย์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290

3.4.1.2 ชั้นตอนการบังคับคดี

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วและมีเหตุที่ขอให้บังคับคดี กล่าวคือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ผู้แพคดีต้องปฏิบัติตามเช่น ชำระหนี้ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ออกไปจากที่พิพาท งดเว้นกระทำการ หรือแก้ไขจัดทำตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง แต่ผู้แพคดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน อันเป็นเหตุให้ผู้ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่ได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง

²⁶⁷ พัทธน์ จักรางกุล. (2543). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง. หน้า 141.

ของศาล โดยผู้มีอำนาจขอให้บังคับคดี กล่าวคือ คู่ความหรือบุคคลที่เป็นฝ่ายชนะคดีหรือเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้องมีการเนินการตามขั้นตอนให้ครบถ้วนก่อนจึงจะนำไปสู่ขั้นตอนการบังคับคดีโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี กล่าวคือ

1) การออกคำบังคับ

ถ้าศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งอย่างใด ซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี ก็ให้ศาลมีคำบังคับกำหนดวิธีการที่จะปฏิบัติตามคำบังคับในวันที่อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง และให้เจ้าพนักงานศาลส่งคำบังคับนั้น ไปยังลูกหนี้ตามคำพิพากษา เว้นแต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้อยู่ในศาล ในเวลาที่ศาลมีคำบังคับและศาลได้สั่งให้ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ²⁶⁸

ลักษณะของคำบังคับ คือ คำสั่งของศาลที่สั่งแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยกำหนดวิธีที่จะให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษา คำบังคับจะต้องระบุระยะเวลาและวิธีที่จะปฏิบัติตามคำบังคับ รวมทั้งเงื่อนไขอื่นตามที่จำเป็น ตลอดจนระบุไว้ในตอนท้ายว่า ในกรณี que ลูกหนี้มิได้ปฏิบัติตามคำบังคับภายในเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องถูกยึดทรัพย์หรือถูกจับตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้²⁶⁹

เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้มีการออกคำบังคับก็เนื่องมาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นเป็นเพียงคำวินิจฉัย ได้เถียงและชี้ถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่ความในคดีเท่านั้น ไม่มีสภาพบังคับ เพื่อให้คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลมีความศักดิ์สิทธิ์และมีผลในทางปฏิบัติ จึงต้องมีคำบังคับ

2) การออกหมายบังคับคดี

ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้วิธีการบังคับ โดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องยื่นคำขอให้ออกหมายบังคับคดีแก่ฝ่ายที่แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา ภายใน 10 ปี นับแต่วันที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง²⁷⁰ คำขอต้องระบุโดยชัดแจ้งถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะขอให้มีการบังคับคดีตามนั้น จำนวนที่ยังมิได้รับชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น และวิธีการบังคับคดีซึ่งขอให้ออกหมายนั้น²⁷¹ โดยศาลจะออกหมายบังคับคดีเมื่อปรากฏว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบคำบังคับโดยชอบแล้วและล่วงพ้นระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ปฏิบัติตามคำบังคับ และคำขอถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งยังต้องเป็นกรณีที่จะต้องดำเนินการทางเจ้าพนักงานบังคับคดี

²⁶⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 272.

²⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 273.

²⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 271.

²⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 275.

เท่านั้น ส่วนการดำเนินการบังคับคดีก็ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และสภาพแห่งหนี้หรือการบังคับนั้นเปิดช่องให้ทำได้²⁷²

โดยสรุป คือ ศาลจะออกหมายบังคับคดีในกรณีที่จำเป็นจะต้องดำเนินการทางเจ้าพนักงานบังคับคดี โดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา และนำออกขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่ศาลจะออกหมายบังคับคดีได้ต่อเมื่อได้มีการออกคำบังคับ เพื่อให้โอกาสลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งก่อน หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตาม จึงจะออกหมายบังคับคดี จะข้ามขั้นตอนการออกคำบังคับไม่ได้

3.4.1.3 วิธีการในการบังคับคดี

เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ศาลจะออกคำบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หากครบกำหนดตามคำบังคับแล้วลูกหนี้ตามคำพิพากษายังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดี เพื่อบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลต่อไป ซึ่งกระบวนการบังคับคดีนั้นอาจแบ่งออกเป็นประเภทต่างๆ ได้หลายคดี แต่ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะวิธีการบังคับชำระหนี้เงินอันเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นสำคัญ วิธีการบังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีในการรวบรวมเงินให้พอชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยวิธีการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา²⁷³ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) การยึดทรัพย์สิน

การยึดทรัพย์สิน คือ การเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาไว้ในความดูแลรักษาของเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อดำเนินการตามกฎหมายให้บรรลุผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (ฎีกาที่ 187/2490)²⁷⁴ เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชำระเงิน เจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยวิธีการยึดทรัพย์สินและนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ การยึดทรัพย์สินแบ่งตามประเภทของทรัพย์สินได้ดังนี้

²⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 276.

²⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 282.

²⁷⁴ พัทธมน จักรางกุล. เล่มเดิม. หน้า 148.

(1) การยึดอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากการยึดอสังหาริมทรัพย์จะไม่สามารถนำตัวทรัพย์สินมาไว้ในความดูแลของเจ้าพนักงานได้ต่างกับการยึดอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายจึงกำหนดวิธีการยึดอสังหาริมทรัพย์ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 304 คือให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเอาหนังสือสำคัญสำหรับทรัพย์สินนั้นมาและฝากไว้ ณ สถานที่ใดหรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควร และแจ้งการยึดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินผู้มีหน้าที่ทราบ เพื่อให้เจ้าพนักงานที่ดินบันทึกการยึดไว้ในทะเบียน ถ้าหนังสือสำคัญแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้นยังไม่ได้ออกหรือนำมาแสดงไม่ได้หรือหาไม่พบ การที่ได้แจ้งการยึดต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินเป็นการยึดตามกฎหมายแล้ว การยึดอสังหาริมทรัพย์ครอบไปถึงอุปกรณ์และดอกผลนิติบัญญัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

(2) การยึดอสังหาริมทรัพย์อันมีรูปร่าง เช่น ยึดเงิน ยึดเรือ ยึดทองรูปพรรณ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเอาทรัพย์สินนั้นมาและฝากไว้ ณ สถานที่ใดหรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควร และแจ้งการยึดนั้นให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบ หรือมอบไว้ในอารักขาของลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยความยินยอมของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือมอบไว้ในอารักขาของบุคคลอื่นใดซึ่งครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ และแจ้งการยึดให้ลูกหนี้หรือบุคคลเช่นว่านั้นทราบ กับต้องกระทำให้การยึดนั้นประจักษ์แจ้ง โดยการประทับตราหรือกระทำโดยวิธีอื่นใดที่เห็นสมควร การยึดอสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างนั้นครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นด้วย²⁷⁵

2) การอายัดทรัพย์สิน

การอายัดทรัพย์สิน หมายถึง การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีสั่งบุคคลภายนอกมิให้ทำการโอนหรือชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ในคดี แต่ให้ชำระแก่เจ้าพนักงานบังคับคดี ในกรณีที่เกิดการอายัดขึ้นได้ก็เพราะลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งไม่ชำระหนี้ตามคำบังคับมีสิทธิเรียกร้องที่จะให้บุคคลภายนอกชำระเงินจำนวนหนึ่ง ให้ส่งมอบสิ่งของ หรือมีสิทธิเรียกร้องอย่างอื่น²⁷⁶ ทั้งนี้ ในคำสั่งอายัดนั้น กฎหมายจึงได้กำหนดให้ต้องระบุข้อห้ามไว้ดังนี้

(1) ห้ามลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้งดเว้นจำหน่ายสิทธิเรียกร้องตั้งแต่ขณะที่ได้ส่งคำสั่งนั้นให้ และ

(2) ห้ามบุคคลภายนอกไม่ให้ชำระเงินหรือส่งมอบสิ่งของให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่ให้ชำระหรือส่งมอบให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดี ณ เวลาหรือภายในเวลาตามที่กำหนดในคำสั่งอายัด

²⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 303.

²⁷⁶ พืพัฒน จักรางกูล. เล่มเดิม. หน้า 178.

ในการขายทรัพย์สินนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282 (2) และ (3) บัญญัติถึงสิ่งที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะยึดได้ไว้ ซึ่งได้แก่

- (1) สंहारิมทรัพย์มีรูปร่าง
- (2) อสังหาริมทรัพย์
- (3) สิทธิที่พึงปวงอันมีอยู่ในทรัพย์
- (4) เงิน

3) การขายทอดตลาดทรัพย์สิน

หลังจากเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา และได้แจ้งการยึดให้ผู้มีส่วนได้เสียและเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เรียบร้อยแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องรายงานศาลเพื่อขออนุญาตขายทอดตลาดทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 308 ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ขายแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดได้เมื่อพ้นระยะเวลาอย่างน้อย 5 วัน นับแต่วันที่ยึด การขายนั้นให้ดำเนินตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎกระทรวงว่าด้วยการบังคับคดีและตามข้อกำหนดของศาลซึ่งระบุไว้ในคำสั่งอนุญาตให้ขายทรัพย์สินนั้นถ้าหากมี ซึ่งวิธีการขายทอดตลาดเป็นการขายโดยเปิดเผยต่อหน้าคู่ความและประชาชนผู้สนใจเข้าซื้อทรัพย์สินทั้งปวง อันเป็นการแสดงความสุจริตของเจ้าพนักงานบังคับคดีผู้ขายทอดตลาดอีกทางด้วย แต่หากทรัพย์สินมีสภาพเป็นของสละเสียได้ กฎหมายได้ยกเว้นให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจขายทรัพย์สินดังกล่าวได้ทันทีโดยวิธีขายทอดตลาดหรือด้วยวิธีอื่นที่สมควรได้²⁷⁷ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 308 วรรค 2

ในการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นให้เจ้าพนักงานบังคับคดีปฏิบัติตามข้อบังคับต่อไปนี้

1) ในการขายทรัพย์สินที่มีหลายสิ่งด้วยกัน ให้แยกขายทีละสิ่งต่อเนื่องกันไป แต่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจจัดสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีราคาเล็กน้อยรวมขายเป็นกองๆ ได้เสมอ และเจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจจัดสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ สองสิ่งหรือกว่านั้นขึ้นไปรวมขายไปด้วยกันได้เมื่อเป็นที่คาดหมายได้ว่า เงินรายได้ในการขายจะเพิ่มขึ้นเพราะเหตุนั้น

2) ในการขายอสังหาริมทรัพย์รายใหญ่ และทรัพย์สินนั้นอาจแบ่งแยกออกได้เป็นตอนๆ เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นเป็นตอนๆ ได้ในเมื่อเป็นที่คาดหมายได้ว่าเงินรายได้ในการขายทรัพย์สินบางตอนจะเพียงพอแก่การบังคับคดีหรือว่าเงินรายได้ทั้งหมดจะเพิ่มขึ้นเพราะเหตุนั้น

²⁷⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 309.

3) ในการขายทรัพย์สินหลายสิ่งด้วยกัน เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจกำหนดลำดับที่จะขายทรัพย์สินนั้น

บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินซึ่งจะต้องขาย อาจร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรวมหรือแยกทรัพย์สินหรือขอให้ขายทรัพย์สินนั้นตามลำดับที่กำหนดไว้หรือจะร้องคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีที่สั่งดังกล่าวข้างต้นก็ได้ ในกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำร้องขอหรือคัดค้านเช่นนั้น ผู้ร้องจะยื่นคำขอต่อศาล โดยทำเป็นคำร้องภายใน 2 วัน นับตั้งแต่วันปฏิเสธ เพื่อขอให้มีการชี้ขาดในเรื่องนั้นก็ได้ คำสั่งของศาลให้เป็นที่สุดและให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเลื่อนการขายไปจนกว่าศาลจะได้มีคำสั่งหรือจนกว่าจะได้พ้นระยะเวลาซึ่งให้นำเรื่องขึ้นสู่ศาลได้

ในการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดที่เจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นว่าเป็นราคาที่สมควรขายได้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีอาจคัดค้านว่าราคาดังกล่าวมีจำนวนต่ำเกินสมควร ในกรณีเช่นนี้ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเลื่อนการขายทอดตลาดทรัพย์สินไป เพื่อให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่คัดค้านหรือไม่ก็ตาม หาผู้ซื้อที่จะเสนอซื้อในราคาที่บุคคลดังกล่าวต้องการมาเสนอซื้อในการขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งต่อไป โดยให้ผู้เสนอราคาสูงสุดต้องผูกพันกับการเสนอราคาดังกล่าวเป็นระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่เสนอราคารานั้น และในการขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งต่อไป หากมีผู้เสนอราคาสูงสุดในจำนวนไม่สูงกว่าจำนวนที่ผู้เสนอราคาสูงสุดได้เสนอในการขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งก่อนหรือไม่มีผู้ใดเสนอราคาเลย ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดในการขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งก่อน แต่หากมีผู้เสนอราคาสูงสุดในการขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งต่อไปในจำนวนสูงกว่าจำนวนที่ผู้เสนอราคาสูงสุดได้เสนอในการขายทอดตลาดทรัพย์สินครั้งก่อน ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดในการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น²⁷⁸

ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีเห็นว่าราคาที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินมีจำนวนต่ำเกินสมควร และการขายทอดตลาดทรัพย์สินในราคาต่ำเกินสมควรนั้นเกิดจากการคบคิดกันฉ้อฉลในระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องในการเข้าสู่ราคาหรือความไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติหน้าที่ บุคคลดังกล่าวอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการเพิกถอนการขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ และเมื่อศาลได้สวนแล้วเห็นว่าคำร้องรับฟังได้ ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตตาม

²⁷⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 309 ทวิ วรรค 1.

คำร้องหรือแก้ไขหรือมีคำสั่งกำหนดวิธีการอย่างใดตามที่ศาลเห็นสมควรให้เสร็จภายในกำหนด 90 วัน นับแต่วันได้รับคำร้องนั้น²⁷⁹

3.4.1.4 ทรัพย์สินที่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

จากการศึกษาถึงวิธีการยึดหรือการอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นนั้น ทรัพย์สินใดที่จะต้องถูกดำเนินการบังคับคดีได้ตามกฎหมายนั้นต้องพิจารณาตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ว่าหมายถึง วัตถุที่มีรูปร่าง²⁸⁰ และ “ทรัพย์สิน” หมายรวมรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้²⁸¹

นอกจากนี้แล้วทรัพย์สินที่เป็นของภริยาหรือที่เป็นของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระตามคำพิพากษาได้นั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ยังสามารถยึดหรืออายัดและเอาออกขายได้ตามกฎหมาย²⁸²

3.4.1.5 ทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาบางประเภทไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี โดยจะทำการยึดหรืออายัดไม่ได้ซึ่งได้แก่

1) ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี²⁸³

(1) เครื่องนุ่งห่มหลับนอนหรือเครื่องใช้ในครัวเรือนหรือเครื่องใช้สอยส่วนตัวโดยประมาณรวมกันราคาไม่เกิน 50,000 บาท ในกรณีที่ศาลเห็นสมควร ศาลจะกำหนดทรัพย์สินดังกล่าวที่มีราคาเกิน 50,000 บาท ให้เป็นทรัพย์สินที่ไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความจำเป็นตามฐานะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(2) เครื่องมือหรือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพหรือประกอบวิชาชีพ โดยประมาณรวมกันราคาไม่เกิน 100,000 บาท แต่ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตยืมค่างวดและใช้เครื่องมือหรือเครื่องใช้อันจำเป็นเพื่อดำเนินการเลี้ยงชีพ

²⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 309 ทวิ วรรค 2.

²⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137.

²⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 138.

²⁸² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 282 วรรคท้าย.

²⁸³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 285.

หรือการประกอบวิชาชีพ อันมีราคาเกินกว่าจำนวนราคาดังกล่าวแล้ว ให้ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจอนุญาตหรือไม่อนุญาตภายในบังคับแห่งเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร

(3) วัตถุ เครื่องใช้ และอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้ทำหน้าที่แทนหรือช่วยอวัยวะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(4) ทรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย หรือตามกฎหมายข่มไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอันมีลักษณะเป็นส่วนตัวโดยแท้ เช่น หนังสือสำหรับวงศ์ตระกูล โดยเฉพาะ จดหมาย หรือสมุดบัญชีต่างๆ นั้น อาจยึดมาตรวจดูเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับคดีได้ถ้าจำเป็น แต่ห้ามมิให้เอาออกขายทอดตลาด และข้อยกเว้นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีนี้ให้ขยายไปถึงทรัพย์สินอันเป็นของภริยาหรือของบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้

2) ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น เงินหรือสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี²⁸⁴

(1) เบี้ยเลี้ยงชีพซึ่งกฎหมายกำหนดไว้และเงินรายได้เป็นคราวๆ อันบุคคลภายนอกได้ยกให้เพื่อเลี้ยงชีพ เป็นจำนวนรวมกันไม่เกินเดือนละ 10,000 บาท หรือตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(2) เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ บำเหน็จ เบี้ยหวัด หรือรายได้อื่นในลักษณะเดียวกันของข้าราชการ เจ้าหน้าที่ หรือลูกจ้างในหน่วยราชการ และเงินสงเคราะห์ บำนาญ หรือบำเหน็จที่หน่วยราชการได้จ่ายให้แก่คู่สมรสหรือญาติที่ยังมีชีวิตของบุคคลเหล่านั้น

(3) เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ ค่าชดใช้ เงินสงเคราะห์ หรือรายได้อื่นในลักษณะเดียวกันของพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงานที่นายจ้างจ่ายให้แก่บุคคลเหล่านั้น หรือคู่สมรส หรือญาติที่ยังมีชีวิตของบุคคลเหล่านั้น เป็นจำนวนรวมกันไม่เกินเดือนละ 10,000 บาท หรือตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(4) เงินฉापนกิจสงเคราะห์ที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับอันเนื่องมาจากความตายของบุคคลอื่นเป็นจำนวนตามที่จำเป็นในการดำเนินการฉापนกิจศพตามฐานะของผู้ตายที่ศาลเห็นสมควร

²⁸⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 286.

3.4.2 การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ หมายถึง การบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 6 ซึ่งแบ่งเป็น 3 ส่วน โดยใน ส่วนที่ 1 จะกล่าวถึงผู้บังคับหลักประกัน ส่วนที่ 2 กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ และส่วนที่ 3 การคัดค้านผู้บังคับหลักประกัน เหตุที่ต้องบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะก็เนื่องจากการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการต้องกระทำโดยผู้บังคับหลักประกันซึ่งแตกต่างจากการบังคับหลักประกันโดยทั่วไป ผู้บังคับหลักประกัน หมายความว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นผู้บังคับหลักประกันในกรณีที่น่ากิจการเป็นหลักประกัน²⁸⁵ และผู้ที่จะทำการเป็นผู้บังคับหลักประกันต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน²⁸⁶

ในการที่จะบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ก็ต่อเมื่อได้จัดแจ้งไว้ตามกฎหมายเท่านั้น หากมิได้จัดแจ้งไว้จะต้องบังคับในลักษณะของหลักประกันทั่วไป และการที่จะตกลงกันไว้ก่อนเวลานี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับหลักประกันเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจในเรื่องการบังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ ข้อตกลงเช่นนั้นเป็น โฆษะ

3.4.2.1 เหตุที่ต้องบังคับหลักประกัน

1) ลูกหนี้ผิดนัดสัญญาประธาน เนื่องจากมีสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ 2 สัญญา ซึ่งได้แก่สัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ โดยสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาอุปกรณ์ ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ผิดนัดในสัญญาประธานจึงสามารถบังคับหลักประกันได้ ซึ่งลูกหนี้อาจเป็นบุคคลเดียวกับผู้ให้หลักประกันหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่ไม่ใช่บุคคลเดียวกันเมื่อในสัญญาประธานกำหนดให้คู่สัญญาต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดแล้ว การให้หลักประกันก็เป็นการรับรองการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพื่อให้แน่ใจว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนและถูกต้องตามที่ได้ตกลงกันไว้ การที่ลูกหนี้ผิดนัด จึงหมายถึงลูกหนี้ที่ทำสัญญาประธานไม่ใช่บุคคลภายนอกที่เป็นผู้ทำสัญญาประกัน

²⁸⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 3.

²⁸⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 56.

2) เมื่อมีเหตุที่จะต้องบังคับหลักประกัน แบ่งได้เป็น 2 เหตุ ได้แก่

(1) เหตุตามข้อสัญญา หรือเหตุที่จะบังคับได้ตามสัญญาหลักประกัน คือ เหตุที่เป็นข้อตกลงของคู่สัญญาในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ เช่น เมื่อมีการเลิกกิจการ หรือมีการยุติการค้าขายเพราะหากผู้ให้หลักประกันเลิกกิจการหรือยุติการค้าขายแล้ว เท่ากับกิจการนั้นไม่มีรายได้ที่จะนำมาชำระหนี้จึงต้องมีการบังคับหลักประกัน หรืออาจตกลงให้มีการบังคับหลักประกันในกรณีที่หลักประกันมีความเสี่ยง

(2) เหตุตามกฎหมาย คือ เหตุที่จะบังคับหลักประกันได้ตามกฎหมาย โดยเป็นเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน แม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาก็ตาม เมื่อมีเหตุดังกล่าวขึ้นก็สามารถบังคับหลักประกันได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น กรณีที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยอันเนื่องมาจากความผิดของลูกหนี้

3.4.2.2 กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กำหนดให้กระทำโดยผู้บังคับหลักประกัน แม้ว่าหน้าที่ประกันนั้นขาดอายุความก็สามารถบังคับหลักประกันได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกินกว่า 5 ปีไม่ได้²⁸⁷ ซึ่งการบังคับหลักประกันมีขั้นตอนดังนี้²⁸⁸

1) หากมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจให้ผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งผู้บังคับหลักประกันทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ และให้ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ดังนี้

(1) กำหนดวัน เวลา และสถานที่ไต่สวนข้อเท็จจริง โดยเร็วซึ่งต้องไม่เกิน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งเหตุที่ต้องบังคับหลักประกัน และ

(2) มีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบโดยไม่ชักช้าโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ในการนี้ให้แจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นบังคับหลักประกันและประเด็นการพิจารณา รวมทั้งสำเนาหนังสือแจ้งเหตุที่ต้องบังคับหลักประกันของผู้รับหลัก ประกันไปด้วย

ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันตายหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามก่อนมีหนังสือแจ้งเหตุที่ต้องบังคับหลักประกัน ให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันอื่นเป็นผู้บังคับหลักประกันแทน

²⁸⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 82.

²⁸⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 65.

2) ผู้ให้หลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่เป็นหลักประกันที่เป็นอยู่ในวันที่ผู้ให้หลักประกันได้รับหนังสือแจ้งจากผู้บังคับหลักประกัน โดยยื่นหนังสือชี้แจงต่อผู้บังคับหลักประกันภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้ง หากผู้ให้หลักประกันไม่ชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่เป็นหลักประกันภายในกำหนดเวลา ให้ถือว่าในวันที่ผู้รับหลักประกันได้รับหนังสือแจ้งการนัดไต่สวนของผู้บังคับหลักประกันนั้น กิจการที่เป็นหลักประกันมีอยู่เท่ากับที่ปรากฏในรายการจดทะเบียนในวันที่ผู้รับหลักประกันได้รับหนังสือดังกล่าว²⁸⁹

3) เมื่อผู้ให้หลักประกันได้รับหนังสือแจ้งการนัดไต่สวนของผู้บังคับหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายจ่ายโอนกิจการที่เป็นหลักประกัน เว้นแต่²⁹⁰

(1) กิจการนั้นมีทรัพย์สินที่มีสภาพเป็นของสละเสียได้หรือหากหน่วงช้าไว้ จะเป็นการเสี่ยงต่อความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายเกินส่วนกับค่าของทรัพย์สินนั้น หรือมีทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ต้องส่งมอบแก่บุคคลภายนอกตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ที่ทำไว้ก่อนที่จะได้รับหนังสือแจ้งการนัดไต่สวน ผู้ให้หลักประกันอาจจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวได้โดยวิธีที่เห็นสมควร แต่ต้องมีหนังสือแจ้งผู้บังคับหลักประกันทราบล่วงหน้าถึงเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าว ประเภท ชนิด และปริมาณของทรัพย์สินนั้น วัน เวลา สถานที่ วิธีการจำหน่าย และราคาจำหน่ายในท้องตลาดของทรัพย์สินนั้น ในวันที่มีหนังสือแจ้ง และราคาที่จะจำหน่ายต้องไม่ต่ำกว่า 2 ใน 3 ของราคาจำหน่ายในท้องตลาดของทรัพย์สินนั้น หรือ

(2) ผู้ให้หลักประกันได้วางเงินประกันหรือให้หลักประกันเพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการจำหน่ายจ่ายโอนกิจการที่เป็นหลักประกันตามจำนวนที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของจำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้กิจการเป็นหลักประกัน

4) ในการไต่สวนข้อเท็จจริงผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันจะดำเนินการด้วยตนเอง หรือมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน หรือตั้งทนายความคนเดียวหรือหลายคนให้เป็นผู้ดำเนินการแทนตนก็ได้ หลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁹¹

²⁸⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 66.

²⁹⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 67.

²⁹¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 68.

5) เมื่อได้สวนข้อเท็จจริงเสร็จ ให้ผู้บังคับหลักประกันวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ หากคู่สัญญาตกลงกันให้มีผู้บังคับหลักประกันหลายคน การลงมติวินิจฉัยให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้²⁹²

(1) ในกรณีมีเหตุบังคับหลักประกัน และผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะบังคับหลักประกันทันที ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน แต่หากผู้รับหลักประกันยินยอมผ่อนผันให้แก่ผู้ให้หลักประกันเป็นหนังสือ โดยให้ถือว่ายังไม่เคยมีเหตุบังคับหลักประกันดังกล่าวเกิดขึ้น ให้วินิจฉัยว่า ไม่มีเหตุบังคับหลักประกันและให้บันทึกคำยินยอมของผู้รับหลักประกันไว้ในคำวินิจฉัย

(2) ในกรณีไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยว่า ไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน

คำวินิจฉัยต้องทำเป็นหนังสือและต้องประกอบด้วยสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เหตุผลในการวินิจฉัย ลายมือชื่อของผู้บังคับหลักประกันและวันที่มีคำวินิจฉัย และผู้บังคับหลักประกันต้องวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันได้สวนข้อเท็จจริงวันแรก²⁹³

6) เมื่อมีคำวินิจฉัยแล้ว ให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยให้ลูกหนี้ ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบ โดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ในกรณีที่มีคำสั่งบังคับหลักประกัน ให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งคำสั่งดังกล่าวให้เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน นายทะเบียนบริษัท หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบด้วย และเมื่อได้รับแจ้งคำวินิจฉัยแล้ว ให้เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน นายทะเบียนบริษัท หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องจดบันทึกคำวินิจฉัยดังกล่าวไว้ในทะเบียนโดยเร็ว²⁹⁴

3.4.2.3 ผลของคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน

ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันจะมีผลดังต่อไปนี้

1) ให้บรรดาสหสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกันในกิจการที่เป็นหลักประกัน ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลตกแก่ผู้บังคับหลักประกันทันที และห้ามมิให้

²⁹² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 69.

²⁹³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 70.

²⁹⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 71.

เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้บังคับหลักประกันเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการนั้น²⁹⁵

2) ภายใน 3 วัน เมื่อได้รับคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกัน ดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ตลอดจนสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน หากผู้ให้หลักประกันไม่ดำเนินการส่งมอบกิจการดังกล่าว ผู้บังคับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันและส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน²⁹⁶

3) เมื่อผู้ให้หลักประกันส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกันแล้ว ให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกัน กำหนดวิธีการที่เหมาะสม ในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งผู้บังคับหลักประกันอาจจำหน่ายจ่ายโอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันได้ เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้ โดยให้ถือว่า การดำเนินการของผู้บังคับหลักประกันเป็นการดำเนินการ โดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกัน และผู้บังคับหลักประกันต้องปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความเอื้อเฟื้อสอดคล้องอย่างผู้ประกอบการวิชาชีพจะพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์เช่นนั้น²⁹⁷

จะเห็นได้ว่าการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันที่เหมาะสม ซึ่งต่างจากการจำหน่ายหลัก ประกันที่เป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิและการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย

3.4.2.4 การคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน

เมื่อผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยแล้ว ห้ามมิให้คัดค้านคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ว่าผู้บังคับหลักประกันจะมีคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกันหรือไม่ เว้นแต่¹²⁹⁸

1) การได้สวนข้อเท็จจริงเพื่อมีคำวินิจฉัยนั้นไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ หรือ

²⁹⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 73.

²⁹⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 74.

²⁹⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 75.

²⁹⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 72.

2) คำวินิจฉัยนั้นบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญ การร้องคัดค้านนี้ไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับหลักประกันตามคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ซึ่งการคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกันมีขั้นตอนดังนี้

1) เมื่อผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยแล้วและมีเหตุที่จะคัดค้านคำวินิจฉัย ให้ผู้คัดค้านคำวินิจฉัยยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัย

2) เมื่อได้รับคำร้องคัดค้านแล้ว ศาลอาจกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องวางประกันหรือให้หลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ หากผู้ยื่นคำร้องไม่วางประกันหรือให้หลักประกันตามที่ศาลกำหนด ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง

3) ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาคำร้องคัดค้านโดยเร็ว และให้นั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย

4) ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความผิดคัดค้าน ให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัย แต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่มีเหตุคัดค้าน ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง

นอกจากนี้แล้ว ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่และก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน หรือผู้รับหลักประกัน หรือขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม อาจมีการคัดค้านผู้บังคับหลักประกันซึ่งมีขั้นตอนดังนี้²⁹⁹

1) เมื่อปรากฏเหตุดังกล่าวข้างต้น ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่ง

2) เมื่อได้รับคำร้อง ศาลอาจกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องวางประกันหรือให้หลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ หากผู้ยื่นคำร้องไม่วางประกันหรือให้หลักประกันตามที่ศาลกำหนด ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง คำสั่งศาลดังกล่าวให้เป็นที่สุด

3) ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาคำร้องโดยเร็ว และให้นั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย

4) ในระหว่างพิจารณา ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้บังคับหลักประกันหยุดการปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งก็ได้ หากศาลมีคำสั่งดังกล่าว ให้ศาลแต่งตั้งผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งซึ่งศาลเห็นสมควร ปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันชั่วคราว

²⁹⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 77.

หากศาลเห็นว่ามิเหตุคัดค้านผู้บังคับหลักประกัน ให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่ง แต่หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุดังกล่าวให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภายใน 15 วัน คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด³⁰⁰

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่ง และยังมีกิจการที่ต้องดำเนินต่อไป ให้ศาลแต่งตั้งผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควรเป็นผู้บังคับหลักประกันแทน³⁰¹ และคำพิพากษาของศาลที่ให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่ง ไม่กระทบถึงการใดที่ผู้บังคับหลักประกันได้กระทำไปแล้วก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเช่นนั้น³⁰²

3.4.3 การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยไม่มีการแยกกระบวนการล้มละลายของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลออกจากกัน การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายมีหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ

3.4.3.1 ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน

เจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย หมายถึง เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ³⁰³ จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายต่างจากเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ตามกฎหมายแพ่งอาจมีประกันได้ทั้งด้วยบุคคลและด้วยทรัพย์สิน แต่ตามกฎหมายล้มละลายนั้น เจ้าหนี้มีประกันหมายถึงเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สิน และจะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ส่วนสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้นั้น จะต้องเป็นสิทธิในทางจำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งเป็นการจำกัดประเภทของเจ้าหนี้มีประกันไว้เพียง 4 ประเภทเท่านั้น หากเป็นประกันรูปแบบอื่นก็ไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย เช่น การให้กู้เงิน โดยลูกหนี้ผู้กู้มอบใบรับของในคลังสินค้าให้เจ้าหนี้ผู้ให้กู้เป็นประกัน³⁰⁴ หรือลูกหนี้ผู้กู้มอบโฉนดที่ดิน

³⁰⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 78.

³⁰¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 79.

³⁰² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 80.

³⁰³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 6.

³⁰⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 534/2504.

ให้เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ยึดถือไว้เป็นประกัน³⁰⁵ หรือการทำสัญญาจำนำสมุดเงินฝากซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำนำ สิทธิซึ่งมีตราสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁰⁶ สำหรับเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมาย ล้มละลายทั้ง 4 ประเภท มีรายละเอียด ดังนี้

1) จำนอง

จำนองเป็นการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบ ทรัพย์สินที่จำนอง และผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโอนไปเป็นของบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ดังที่ กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.3.2.2

2) จำนำ

จำนำเป็นการนำทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้โดยต้องส่งมอบทรัพย์สิน ที่จำนำให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.3.2.1

3) สิทธิยึดหน่วง

สิทธิยึดหน่วง หมายถึง การที่เจ้าหนี้ได้ครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ และ มีหนี้อันเป็นคุณประโยชน์แก่คนเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้ครอบครองไว้นั้น มีสิทธิที่จะยึดหน่วง ทรัพย์สินที่ได้ครอบครองไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ โดยการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิยึดหน่วงได้ก็ต้อง เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ หนี้ดังกล่าวต้องถึงกำหนดชำระแล้ว และการ เข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องเป็นการครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁰⁷ ดังที่กล่าว มาแล้วในหัวข้อที่ 2.3.2.4

4) บุริมสิทธิที่อาจบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ

บุริมสิทธิที่อาจบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ หมายถึง บุริมสิทธิพิเศษ เหนือสังหาริมทรัพย์เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างของลูกหนี้ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถบังคับได้ทำนอง เดียวกับผู้รับจำนำ และให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนำมาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งกฎหมาย กำหนดไว้ 2 ประเภท คือ บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ของผู้ให้เช่าสังหาริมทรัพย์ และ บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ของเจ้าสำนักโรงแรม³⁰⁸ สำหรับบุริมสิทธิพิเศษเหนือ สังหาริมทรัพย์ประเภทอื่นๆ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้สามารถบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ แต่อย่างใด จึงไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้บุริมสิทธิ

³⁰⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 545/2504.

³⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4101/2539, 7820/2547.

³⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 241.

³⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 266.

ดังกล่าวหากได้ใช้สิทธิยึดหน้าทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในความครอบครองไว้แล้วก็อาจเป็นเจ้าหนี้มีประกันในฐานะผู้มีสิทธิยึดหน้า

ปัญหาว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนองจะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันหรือไม่ บุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ เจ้าหนี้บุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในมูลรักษาสังหาริมทรัพย์ และในมูลจ้างทำของเป็นการงานขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ เมื่อจดทะเบียนแล้วก็มีลักษณะคล้ายกับจำนอง เนื่องจากเจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากอสังหาริมทรัพย์นั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นเช่นเดียวกับจำนอง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 289 บัญญัติให้นำบทบัญญัติของจำนองมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม ดังนั้น เมื่อจดทะเบียนบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ไว้แล้ว แม้ทรัพย์นั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกก็ยังคงบังคับได้อยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702 วรรคสอง และการจดทะเบียนก็ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เรียงตามวันเวลาจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 730 เจ้าหนี้จึงอาจบังคับชำระหนี้เอาที่อสังหาริมทรัพย์ทำนองเดียวกับการบังคับจำนอง

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4791/2536 วินิจฉัยว่า บุริมสิทธิพิเศษในมูลจ้างทำของเป็นการงานขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ เจ้าหนี้ต้องทำประมาณราคาชั่วคราวไปบอกจดทะเบียนไว้ก่อนเริ่มลงมือทำการก่อสร้างอาคารหากมิได้ไปบอกจดทะเบียนไว้ก่อนเริ่มลงมือก่อสร้างอาคาร เพื่อให้มีผลบริบูรณ์เป็นบุริมสิทธิพิเศษใช้ยันเจ้าหนี้อื่นในการที่จะได้รับชำระหนี้เหนือที่ดินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น หากเจ้าหนี้มิได้จดทะเบียนไว้ย่อมไม่มีบุริมสิทธิพิเศษเหนือที่ดินของลูกหนี้และไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น และถือไม่ได้ว่าเจ้าหนี้เป็นเจ้าหนี้มีประกันตามความหมายในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เจ้าหนี้คงอยู่ในฐานะที่จะขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของจำเลยอย่างเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น

ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จึงแปลความได้ว่า หากปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในเรื่องบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์แล้ว ย่อมถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายด้วยเช่นกัน โดยถือว่าเป็นเจ้าหนี้ในทางจำนอง

5) เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายพิเศษ

ในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับได้กำหนดให้มีบุริมสิทธิพิเศษประเภทใหม่ๆ ขึ้นมา และยังบัญญัติให้ถือว่าบุริมสิทธิพิเศษดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย ซึ่ง ได้แก่

(1) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 26 กำหนดให้เจ้าหนี้ ซึ่งมิได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการเอาประกันภัยมีบุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินที่วางเป็น

หลักทรัพย์ประกันและเงินสำรองที่วางไว้กับนายทะเบียน และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าวเป็นอย่างเดียวกันกับเจ้าหนี้นี้ประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย

(2) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 26 กำหนดให้เจ้าหนี้นี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการเอาประกันภัยมีบุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินที่วางเป็นหลักทรัพย์ประกันและเงินสำรองที่วางไว้กับนายทะเบียน และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าวเป็นอย่างเดียวกันกับเจ้าหนี้นี้ประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย

(3) พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 มาตรา 21 ซึ่งกำหนดให้ผู้ถือหลักทรัพย์ของนิติบุคคลเฉพาะกิจมีฐานะเป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิพิเศษเหนือสินทรัพย์ที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรับโอนมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ โดยให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากสินทรัพย์นั้นในลำดับก่อนบุริมสิทธิอื่น และให้ผู้ถือหลักทรัพย์มีฐานะเป็นเจ้าหนี้นี้ประกันตามกฎหมายล้มละลาย

โดยในกรณีที่มีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น เมื่อมีการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจแล้วมีผล คือ ผู้รับหลักประกันจะเป็นเจ้าหนี้นี้ประกันตามกฎหมายล้มละลายตามมาตรา 17 วรรค 2 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.

3.4.3.2 สิทธิของเจ้าหนี้นี้ประกัน

ในคดีล้มละลาย เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้นี้ก็ไม่มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยอำนาจของศาลในส่วนแบ่งได้ เจ้าหนี้นี้จะขอรับชำระหนี้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการในกฎหมายล้มละลายโดยยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งเจ้าหนี้นี้ยื่นคำขอรับชำระหนี้มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาแสดงต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพื่อพิสูจน์ว่าหนี้ที่ยื่นไว้มีอยู่จริง และลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ เจ้าหนี้นี้จึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ เจ้าหนี้นี้จะรับชำระหนี้จากลูกหนี้โดยวิธีอื่นไม่ได้ ถึงแม้จะเป็นเจ้าหนี้ซึ่งศาลพิพากษาคดีแล้ว หรือฟ้องคดีแพ่งไว้แล้วแต่คดียังอยู่ในระหว่างพิจารณาก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวมีอำนาจจัดการในเรื่องกิจการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 22 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แต่สำหรับกรณีเจ้าหนี้นี้ประกันนั้นมีสิทธิอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

1) ถือสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของลูกหนี้ไว้โดยไม่มาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 95 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือ

2) ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 96 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ดังนั้น ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้อาจมีประกันจึงมีสิทธิ 2 ประการ ดังนี้

1) เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิตามมาตรา 95 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

เจ้าหนี้อาจมีประกันยอมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ตรวจสอบทรัพย์สินนั้น³⁰⁹ แต่อย่างไรก็ตามหากเจ้าหนี้อาจมีประกันไม่ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ก็ไม่สามารถมีส่วนร่วมในการบวนการล้มละลายได้ ทั้งยังจะได้รับชำระหนี้เพียงเท่ากับราคาทรัพย์สินหลักประกันที่ขายทอดตลาดได้ หากมีหนี้ส่วนที่ขาดอยู่ก็ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย แม้ลูกหนี้จะปลดจากล้มละลายแล้วก็ตาม เพราะเมื่อลูกหนี้ปลดจากล้มละลายย่อมหลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวงอันพึงขอรับชำระหนี้ได้³¹⁰ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) การบังคับตามสิทธิของเจ้าหนี้อาจมีประกันนั้น เจ้าหนี้อาจมีประกันสามารถเลือกฟ้องเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งมีหน้าที่ชำระเสาะหาหนี้สินของลูกหนี้ หรือยื่นคำร้องขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้อาจมีประกันก็ได้

ในกรณีเจ้าหนี้อาจมีประกันฟ้องเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นจำเลย เพื่อบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะต้องฟ้องยังศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี ส่วนแบ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ถือว่าเป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลล้มละลายกลาง

กรณีเจ้าหนี้อาจมีประกันยื่นคำร้องขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีราคาสูงกว่าจำนวนหนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามคำร้องของเจ้าหนี้อาจมีประกันนั้น โดยขายตามวิธีการที่สะดวกและเป็นผลดีที่สุดตามมาตรา 123 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 จะสั่งดำเนินการตามคำร้องและให้เจ้าหนี้ไปดำเนินการเองไม่ได้ แต่หากจำนวนหนี้ที่ค้างชำระท่วมราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การบังคับแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันย่อมไม่มีประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีคำสั่งดำเนินการแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นได้

³⁰⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 95.

³¹⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 77.

(2) กรณีที่เจ้าหนี้เลือกที่จะใช้สิทธิขอบังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน มิใช่เป็นการขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 91, 94 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 สิทธิของเจ้าหนี้ในดอกเบี้ยซึ่งมีสิทธิจะได้รับย่อมไม่ตกอยู่ในบังคับของมาตรา 100 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่ไม่ให้ถือว่าดอกเบี้ยภายหลังวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เป็นหนี้ที่ขอรับชำระได้ เจ้าหนี้ที่ใช้สิทธิตามมาตรา 95 ย่อมมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้จนถึงวันขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกัน

(3) เจ้าหนีที่มีประกันซึ่งใช้สิทธิตามมาตรา 95 เป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในคดีล้มละลาย การจะแต่งตั้งเจ้าหนีที่มีประกันซึ่งใช้สิทธิตามมาตรา 95 เป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์แทนเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์คนเดิม จึงไม่มีประโยชน์แก่คดีล้มละลาย

ในทางปฏิบัติหากเจ้าหนีที่มีประกันยังไม่เคยฟ้องบังคับจำนอง หรือขอรับชำระหนี้เจ้าหนี้นุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 มาก่อน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะสั่งให้เจ้าหนีที่มีประกันมาให้การสอบสวนและนำส่งพยานหลักฐานพิสูจน์ภาระหนี้ เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำสั่งให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้แล้ว ก็จะดำเนินการบังคับคดีกับทรัพย์หลักประกันให้แก่เจ้าหนีที่มีประกัน และหากมีการฟ้องบังคับจำนอง หรือขอรับชำระหนี้เจ้าหนี้นุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 มาแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะตรวจสอบว่าอยู่ในข่ายเพิกถอนฉ้อฉล หรือการกระทำที่เจ้าหนี้ได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือไม่ หากไม่อยู่ในข่ายเพิกถอนให้แจ้งเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีในทางแพ่งต่อไป และจ่ายเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดให้แก่เจ้าหนีที่มีประกันตามสิทธิแต่ไม่เกินวงเงินนุริมสิทธิ หากมีเงินเหลือให้ส่งเข้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายต่อไป³¹¹

2) การขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนีที่มีประกันตามมาตรา 96 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

เจ้าหนีที่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้³¹²

(1) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

(2) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

³¹¹ คำสั่งกรมบังคับคดีที่ 448/2549 เรื่อง การปฏิบัติงานบังคับคดีล้มละลายในสำนวนเจ้าหนีที่มีประกันตามมาตรา 95 ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2549

³¹² พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 96.

(3) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินตามราคาดังกล่าวได้ ถ้าเห็นว่าราคาดังกล่าวไม่สมควร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นตามวิธีการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และเจ้าหนี้ตกลงกัน ถ้าไม่ตกลงกันจะขายทอดตลาดก็ได้ แต่ต้องไม่ทำให้เสียหายแก่เจ้าหนี้นั้น และเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ เมื่อขายได้เงินจำนวนสุทธิเท่าใด ให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาในคำขอ ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่แจ้งโดยหนังสือให้เจ้าหนีทราบว่าจะใช้สิทธิไถ่ถอนหรือตกลงให้ขายทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันภายในกำหนดเวลา 4 เดือนนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ให้ถือว่ายินยอมให้ทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าหนี้ตามราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมา และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หมดสิทธิไถ่ถอนหรือขายทรัพย์สินนั้น

ในกรณีที่เจ้าหนีมีประกันยื่นขอรับชำระหนี้โดยไม่แจ้งว่าเป็นเจ้าหนีมีประกัน ต้องคืนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และถือว่าสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันเป็นอันระงับไป เว้นแต่จะไปขออนุญาตศาลแก้ไขคำขอรับชำระหนี้โดยอ้างเหตุการณณ์ละวันนั้นเกิดจากความพลั้งเผลอ³¹³ นอกจากนี้เจ้าหนีมีประกันมีสิทธิที่จะเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งว่าจะไปบังคับหลักประกันเองโดยไม่ต้องยื่นขอรับชำระหนี้ หรือจะขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย จะใช้สิทธิทั้ง 2 ทางไม่ได้³¹⁴

โดยการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนีมีประกันตามมาตรา 96 มีรายละเอียดดังนี้

(1) เมื่อเจ้าหนีมีประกันได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 แล้วเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมมีอำนาจทำการสอบสวนหนี้ที่ขอรับชำระของเจ้าหนีมีประกันได้ว่าต้องห้ามมิให้ขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 94 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือไม่แล้วทำความเห็นเสนอสำนวนเรื่องหนี้สินดังกล่าวต่อศาลตามมาตรา 105 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แตกต่างจากกรณีที่เจ้าหนีมีประกันใช้สิทธิบังคับจากหลักประกันโดยไม่ขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 95

³¹³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 97.

³¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1711/2535, 6722/2544.

(2) มาตรา 96 นี้ไม่ให้ใช้บังคับในกรณีที่ตามกฎหมายลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น เจ้าหนี้มีประกันในทางจำนองและสัญญาจำนอง ไม่มีข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 จึงไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 แต่ชอบที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 95

3.4.3.3 ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย มีลำดับดังต่อไปนี้

1) เจ้าหนี้มีประกัน

ในกรณีที่มีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายนั้น ผู้บังคับหลักประกันซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันนั้นจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้เต็มราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้อื่น และยังมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ได้อย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

2) เจ้าหนี้บุริมสิทธิ

เจ้าหนี้บุริมสิทธิ หมายถึง เจ้าหนี้ไม่มีประกันที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่น ซึ่งในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้อื่นที่มีใช้ เจ้าหนี้มีประกันนั้น ให้ชำระค่าใช้จ่ายและหนี้สินตามลำดับดังต่อไปนี้³¹⁵

(1) ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้ ไม่ว่าจะตายก่อนถูกฟ้องหรือตายภายหลังถูกฟ้องก็ตาม

(2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้

(3) ค่าปลงศพลูกหนี้ตามสมควรแก่ฐานานุรูป

(4) ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตามมาตรา 179 (3)

(5) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็น โจทก์และค่าทนายความที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด

ค่าทนายความที่ว่านี้หมายความว่าถึงค่าทนายความซึ่ง โจทก์มีสิทธิจะได้ ซึ่งจะกำหนดตามอัตราในตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลอาจมีคำสั่งในเรื่องค่าธรรมเนียมไว้ในคำพิพากษาว่า ค่าทนายความในชั้นศาลของเจ้าหนี้ผู้เป็น โจทก์

³¹⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 130.

ซึ่งผู้ล้มละลายต้องใช้แก้ใจทักนั้น ให้ใช้ตามจำนวนที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เห็นควรกำหนดก็ได้³¹⁶

(6) คำภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระภายใน 6 เดือน ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ได้ทำให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้าง ตามมาตรา 257 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน

สำหรับคำภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระนั้น ศาลฎีกาตีความว่า หมายความว่า ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ก็ต้องถึงกำหนดชำระภายใน 6 เดือน แต่ถ้าถึงกำหนดชำระภายหลังวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ไม่มีกฎหมายจำกัดไว้ จึงอยู่ในลำดับ 6 นี้ด้วย แม้จะยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตาม ดังนั้น ถ้าหนี้ภาษีอากรถึงกำหนดชำระเกินกว่า 6 เดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ก็ไม่อยู่ในลำดับที่ 6 แต่อยู่ในลำดับที่ 7 ถือเป็นหนี้อื่นๆ

(7) หนี้อื่นๆ

ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใดให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้น ได้รับเฉลี่ยตามส่วน

สำหรับค่าใช้จ่ายตามข้อ ก ถึงข้อ จ นั้น เป็นค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการล้มละลาย และส่วนมากเกิดขึ้นภายหลังจากการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายแล้ว (Post-bankruptcy claims) ดังนั้น จึงเป็นค่าใช้จ่ายที่กฎหมายกำหนดให้ชำระเอาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนจึงจะนำเงินที่เหลือมาจัดสรรแก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิได้ (Pre-preferential claims) ค่าใช้จ่ายเหล่านี้จึงมีต้องยื่นขอรับชำระหนี้เพื่อมาพิสูจน์หนี้ตามกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น เฉพาะเจ้าหนี้อากร และเจ้าหนี้แรงงานตามข้อ ฉ เท่านั้นที่จะถือว่าเป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลาย เนื่องจากเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายและไม่ใช่เป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการในกระบวนการล้มละลายแต่อย่างใด โดยการที่เจ้าหนี้อากร และเจ้าหนี้แรงงานจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายตามมาตรา 27 และมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เจ้าหนี้อากรและเจ้าหนี้แรงงานดังกล่าวจัดได้ว่าเป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิสามัญ ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่น

³¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1228/2505 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่.

3) เจ้าหนี้สามัญ

เจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันซึ่งตามกฎหมายล้มละลายไม่ได้จัดให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ดังนั้น เจ้าหนี้ไม่มีประกันจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้โดยเฉลี่ยตามสัดส่วนหนี้ของตนตามหลัก Pari Passu การจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันนับว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลาย ซึ่งเป็นมาตรการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในบรรดาเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเท่าเทียมกัน เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจเกิดจากเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันมาตั้งแต่ต้น หรืออาจเกิดจากเจ้าหนี้มีประกันซึ่งมีจำนวนหนี้เกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินหลักประกัน หนี้ส่วนที่เกินก็ต้องถูกปฏิบัติอย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกัน สำหรับเจ้าหนี้ไม่มีประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายตามมาตรา 27 และมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้พิจารณาทำความเข้าใจเห็นสมควร และศาลมีคำสั่งให้ได้รับชำระหนี้แล้ว แต่เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางรายอาจได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยการหักลบหนี้ (Set off) ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 102 และ 103

4) เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ

พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2542 ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 130 ทวิ ว่า ในกรณีที่หนี้ตามมาตรา 130 (7) รายใด มีการกำหนดโดยกฎหมายหรือสัญญา ให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวนแล้ว เจ้าหนี้ดังกล่าวนั้นยังคงมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งทรัพย์สินตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมายหรือสัญญานั้น

เจ้าหนี้ด้อยสิทธิโดยผลของกฎหมาย เช่น กรณีทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจะนำมาแบ่งคืนให้แก่หุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นได้เพียงเท่าที่ไม่ต้องเอาชำระหนี้ของลูกหนี้แล้ว³¹⁷ หรือในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นคู่สมรสของลูกหนี้จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้จนพอใจแล้ว³¹⁸ ส่วนหนี้ด้อยสิทธิโดยสัญญา เช่น กรณีที่ก่อนล้มละลายลูกหนี้ได้ทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้กับเจ้าหนี้หลายรายโดยเจ้าหนี้ทั้งหลายอาจตกลงให้เจ้าหนี้ที่อนุมัติสินเชื่อใหม่ให้แก่ลูกหนี้นำไปหมุนเวียนในธุรกิจมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้เดิมที่นำมาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ เป็นต้น

³¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1269.

³¹⁸ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483. มาตรา 129.

บทที่ 4

วิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการบังคับหลักประกันทางธุรกิจ ที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย

การที่ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กำหนดให้มีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้เพื่อเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของระบบการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น โดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดถึงวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งมีวิธีการคล้ายกับการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษ แต่ในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นอาจเกิดปัญหาในกระบวนการบังคับหลักประกันหากกิจการนั้นล้มละลายซึ่งสามารถวิเคราะห์แยกประเด็นได้ดังนี้ คือ

4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้นุริมสิทธิในคดีล้มละลาย

การที่กฎหมายล้มละลายกำหนดให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่น เป็นการจัดลำดับบุริมสิทธิขึ้นใหม่โดยพิจารณาถึงความยุติธรรม (Fairness) ตามอำนาจต่อรองของเจ้าหนี้แต่ละราย ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย หรือหลัก Pari Passu ซึ่งตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยได้มีการกำหนดให้นุริมสิทธิไว้ตามมาตรา 130 (1)-(6) ของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483³¹⁹

³¹⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 130 บัญญัติว่า “ในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้นั้น ให้ชำระค่าใช้จ่ายและหนี้สินตามลำดับดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้
- (2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ค่าปลงศพลูกหนี้ตามสมควรแก่ฐานะานุรูป
- (4) ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตามมาตรา 179 (3)
- (5) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็น โจทก์และค่าทนายความที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

กำหนด

4.1.1 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนีที่มีประกันกับเจ้าหนีที่ไม่มีสิทธิในคดีล้มละลาย

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดรูปแบบของการนำทรัพย์สินมาทำเป็นสัญญาประกันการชำระหนี้ไว้เพียง 2 ลักษณะ คือ การจำนำและการจำนอง

การจำนำ คือ การส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยสาระสำคัญของการจำนำคือการส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้รับจำนำ ซึ่งหลักการนี้ไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์บางอย่างที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เช่น สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตสินค้า ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ เนื่องจากผู้จำนำจำเป็นต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านี้ในการประกอบกิจการ

การจำนอง คือ การนำสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนบางประเภท คือ เรือมีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ หรือสังหาริมทรัพย์อื่น ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะกาล เช่น เครื่องจักร มาเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองและผู้จำนองสามารถใช้ทรัพย์สินที่จำนองต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนอง แม้จะเป็นผลดีต่อการประกอบธุรกิจ แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้คงจำกัดไว้เพียงอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ผู้ประกอบการจึงไม่สามารถใช้สังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ และตนใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง ทรัพย์สินทั้งหมดที่ผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจ มาเป็นประกันการชำระหนี้ได้ อีกทั้งการบังคับจำนองต้องผ่านกระบวนการทางศาล เนื่องจากศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีเป็นจำนวนมากส่งผลให้การบังคับจำนองเป็นไปโดยล่าช้า และเป็นผลเสียต่อการประกอบกิจการทั้งของผู้จำนองและผู้รับจำนอง และการบังคับคดีจำนองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีที่มีความเชี่ยวชาญในการจำหน่ายทรัพย์สิน ไม่เท่าเทียมเอกชนและต้องเป็นไปตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ จึงส่งผลให้จำหน่ายทรัพย์สินที่จำนองได้ในราคาไม่สูงนัก และการบังคับจำนองต้องล่าช้าออกไปอีก กระบวนการบังคับจำนองที่ล่าช้ายังส่งผลให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้ให้สินเชื่อโดยมีหลักประกันไม่สามารถควบคุมภาระความเสี่ยงที่เกิดจากการให้สินเชื่อได้จนเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดหนี้สูญเป็นจำนวนมาก

(6) คำพยานอากรที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ได้ทำให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้างตามมาตรา 257 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน

(7) หนี้อื่นๆ

ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใดให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้น ได้รับเฉลี่ยตามส่วน"

แม้จะมีความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการตรากฎหมายกำหนดให้เครื่องจักรและสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวสามารถนำมาจำนองได้ ตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 แต่พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ได้แก้ปัญหที่เกิดขึ้นจากระบบการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อย่างแท้จริง โดยเป็นเพียงการแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่องโดยการเพิ่มทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้เท่านั้น ในทางปฏิบัติยังมีทรัพย์สินบางชนิดของกิจการ ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ และที่สำคัญคือประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้ทั้งกิจการ โดยมีกระบวนการบังคับหลักประกันที่สามารถขายทรัพย์สินไปได้ทั้งกิจการโดยไม่ต้องดำเนินการแยกขาย ซึ่งจะส่งผลให้กิจการมีมูลค่าเพิ่มขึ้น กระทรวงพาณิชย์และกระทรวงยุติธรรมจึงได้ร่วมมือกันจัดทำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เพื่อเป็นช่องทางให้แก่ผู้ประกอบการสามารถนำเอาทรัพย์สินทุกชนิดของกิจการที่มีค่าทางธุรกิจมาใช้เป็นหลักประกัน ในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ เพื่อเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายในเรื่องจำนำและจำนอง โดยจะมีกระบวนการบังคับคดีและจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันเป็นลักษณะพิเศษ

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. จึงบัญญัติให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกัน และให้นิยามความหมายของคำว่า “กิจการ” หมายความว่า ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที³²⁰ จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าลูกหนี้สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปนี้มาเป็นประกันการชำระหนี้ได้ ซึ่งได้แก่

- 1) อสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า
- 2) สิทธิเรียกร้องต่างที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ
- 3) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้สินเชื่อเพื่อหาทุนมาใช้ในการประกอบกิจการ โดยที่ลูกหนี้ยังคงใช้ทรัพย์สินดังกล่าวในการประกอบกิจการเพื่อประโยชน์สูงสุดได้ เพราะเมื่อลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันแล้ว การครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันยังคงอยู่ที่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน

³²⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 3.

กล่าวคือ ผู้ให้หลักประกันยังคงมีสิทธิครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอน และจำนอง ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้น ไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ไม่ได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ³²¹

โดยในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินอันหนึ่งตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ไว้แก่ผู้รับหลักประกันหลายราย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนภายหลัง และหากมีการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ด้วย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันและผู้จำนองเรียงตามวันและเวลาที่จดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันหรือผู้รับจำนองที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันหรือผู้รับจำนองที่จดทะเบียนภายหลัง³²²

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้มีการกำหนดให้มีการจดทะเบียน การให้หลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียน เมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการ จะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย³²³ โดยเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย หมายถึง เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำนำ หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มี บุริมสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ³²⁴ จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้มีประกัน หมายถึงเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สิน และจะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ส่วนสิทธิของ เจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น จะต้องเป็นสิทธิในทางจำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง หรือ เจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งเป็นการจำกัดประเภทของเจ้าหนี้มี ประกันไว้เพียง 4 ประเภทเท่านั้น จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของประเทศ ไทยนั้นจะมุ่งเน้นเฉพาะการประกันด้วยทรัพย์สินแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) ในส่วนของ หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) หรือการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นยังไม่มี การประกาศใช้แต่อย่างใด

ในคดีล้มละลายเมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์สินเด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิบังคับให้ ลูกหนี้ชำระหนี้โดยอำนาจของศาลในส่วนแบ่งได้ เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ก็แต่โดยปฏิบัติตาม

³²¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 22.

³²² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 33.

³²³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 17 วรรค 2.

³²⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 6.

วิธีการในกฎหมายล้มละลายโดยยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แต่สำหรับกรณีของเจ้าหนี้มีประกันนั้นย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้³²⁵ หรือเจ้าหนี้มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้³²⁶

1) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้วขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

2) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

3) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในคดีล้มละลายเจ้าหนี้มีประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเป็นลำดับแรกจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้อื่น และยังอาจขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ได้อย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกัน โดยการยื่นขอรับชำระหนี้ ส่วนการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายให้แก่เจ้าหนี้อื่นที่มิใช่เจ้าหนี้มีประกันนั้นจะเป็นไปตามลำดับการชำระหนี้ตามมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งถือได้ว่าเป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิในคดีล้มละลาย เรียงตามลำดับก่อนหลังได้ดังนี้ ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้ ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ค่าปลงศพลูกหนี้ตามสมควรแก่ฐานะานุรูป ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตามมาตรา 179 (3) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด ค่าภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระภายใน 6 เดือน ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ได้ทำให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้างตามมาตรา 257 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หลังจากเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว จึงจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้สามัญและเจ้าหนี้อายุสิทธิเป็นลำดับต่อไป

จากเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น จึงมีข้อที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลายว่าจะมีผลกระทบต่อสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นุริมสิทธิในคดีล้มละลาย

³²⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 95.

³²⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 96.

หรือไม่ หากลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือลูกหนี้ล้มละลาย เนื่องจากการที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น คือ การที่ลูกหนี้ที่เป็นผู้ประกอบการทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ประกอบการสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที ซึ่งเป็นการที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินในกิจการทั้งหมดของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ โดยเมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการก็จะมีฐานะเป็นเจ้าของที่มีประกันในคดีล้มละลาย จึงมีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ซึ่งหากกิจการที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันดังกล่าวมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนหนี้ ก็อาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ผู้รับสิทธิในคดีล้มละลายตามมาตรา 130 (1)-(6) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่อาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย

4.1.2 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้ผู้รับสิทธิในคดีล้มละลายของต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้ผู้รับสิทธิในกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศจะพบว่าส่วนใหญ่มีลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายมีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ประเทศอังกฤษ นิยามคำว่าเจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor) ไว้ว่า หมายถึง เจ้าหนี้ผู้ถือสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งในส่วนของหลักประกันดังกล่าว ได้แก่ จำนอง (Mortgage) ภาระติดพันในทรัพย์สิน (Charge) สิทธิยึดหน่วงหรืออุริมสิทธิ (Lien) หรือหลักประกันในรูปแบบอื่นๆ³²⁷ สำหรับภาระติดพันในทรัพย์สิน (Charge) แยกเป็นหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) โดยการนำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมาเป็นประกันการชำระหนี้ หรืออาจเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) โดยการนำเอากลุ่มของทรัพย์สินที่จำกัดไว้แต่ไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าเป็นทรัพย์สินอะไรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งการนำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีแนวคิดมาจากการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษนั่นเอง

เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของอังกฤษเป็นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้ จึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นๆ กฎหมายล้มละลายของอังกฤษจึงได้กำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันไม่ต้อง

³²⁷ Insolvency Act 1986, section 248.

ขอพิสูจนหนี้หรือสิทธิเรียกร้องในคดีล้มละลาย โดยเจ้าหนีที่มีประกันมีสิทธิเลือกที่จะนำทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันออกขาย เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ของตน³²⁸ หรือเจ้าหนีที่มีประกันอาจเข้าร่วมกระบวนการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายด้วยการยื่นคำขอพิสูจนหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Official Receiver) หรือทรัสต์ (Trustee) ก็ได้³²⁹ ยกเว้นเจ้าหนีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิในการบังคับหลักประกันจะถูกเลื่อนออกไปไม่เหมือนเจ้าหนีที่มีประกันรายอื่น³³⁰

ในคดีล้มละลายเจ้าหนีที่มีประกันจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่นสำหรับในส่วนของเจ้าหนีที่มีหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) ภายหลังจากให้เจ้าหนีที่มีประกันได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งหลักประกันแล้วเงินที่รวบรวมได้ก็จะต้องนำมาชำระค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย³³¹ เจ้าหนีบุริมสิทธิ³³² เจ้าหนี้สามัญ ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย³³³ และเจ้าหนี้อาศัยสิทธิตามลำดับ แต่ในส่วนของเจ้าหนีที่มีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย (Costs and expense of bankruptcy)³³⁴ และเจ้าหนี้อาศัยสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว³³⁵ เหตุผลในช่วงแรกหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) เท่านั้นที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ในปี 1870 ศาลอังกฤษได้มีการยอมรับถึงความเป็นไปได้ที่บริษัทจะสร้างหลักประกันทั่วไปเหนือทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้มาในอนาคต แต่ในขณะที่เดียวกันลูกหนี้ก็ยังสามารถที่จะนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปกติของตนได้³³⁶ ซึ่งผลจากการมีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันแทบที่จะไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เลย ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตรา Preferential Payments in Bankruptcy Act 1888 ซึ่งมีการแก้ไขในปี 1897 เพื่อขยายว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทในกฎหมายล้มละลาย โดยกำหนดให้เป็นหนี้บุริมสิทธิ (Preferential claim) มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้ที่มีประกันแบบลอย (Floating Charge) แต่

³²⁸ Insolvency Act 1986, section 285 (4).

³²⁹ Insolvency Rule 1986, r.6.109.

³³⁰ Insolvency Act 1986, section 245.

³³¹ Insolvency Act 1986, section 245.

³³² Insolvency Act 1986, section 175 (1).

³³³ Insolvency Act 1986, section 189 (2).

³³⁴ Insolvency Act 1986, section 176ZA.

³³⁵ Insolvency Act 1986, section 175.

³³⁶ David Milman. Op.cit. p. 60.

ไม่รวมถึงหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) ซึ่งเจ้าหนี้ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งจะคุ้มครอง โดยเฉพาะในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็คือ เจ้าหนี้แรงงาน และในปี 1945 รัฐบาลได้เพิ่มประเภทเจ้าหนี้ บุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลายมากขึ้น โดยเฉพาะการกำหนดให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิให้ขยายไปถึง บุคคลที่จ่ายเงินค่าจ้างให้กับลูกจ้างของบริษัทลูกหนี้ไปก่อน³³⁷

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีการนิยามความหมายของเจ้าหนี้มีประกันเอาไว้แต่อย่างใด แต่จะใช้คำว่าสิทธิเรียกร้องมีประกัน (Secured claim) กับสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน (Unsecured claim) แทน โดยให้คำจำกัดความของคำว่า “สิทธิเรียกร้อง (Claim)” หมายความว่ารวมถึงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ไม่ว่าสิทธิดังกล่าวมีประกันหรือไม่มีประกัน³³⁸ ซึ่งเจ้าหนี้มีประกันภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาหมายความว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claim) อันได้แก่ เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิพิเศษ³³⁹ (Lien) หรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้ดังกล่าวจะมีสิทธิเรียกร้องที่มีประกันเฉพาะในส่วนของมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันครอบคลุมถึงเท่านั้น ส่วนสิทธิเรียกร้องที่หลักประกันมีมูลค่าครอบครองไม่ถึงจะถือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีประกัน³⁴⁰

เจ้าหนี้รายใดมีสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันของลูกหนี้อาจจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลายก็ได้ เพราะแม้ไม่ยื่นขอพิสูจน์หนี้ก็จะไม่เสียสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไป³⁴¹ แต่การบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยสถานะหยุดพักการบังคับชำระหนี้เพื่อการชั่วคราว (Automatic stay) ในระหว่างดำเนินคดีล้มละลาย ซึ่งจะมีผลเป็นการเลื่อนระยะเวลาการบังคับเอาหลักประกันของเจ้าหนี้จนกว่าจะมีการสิ้นสุดของสถานะการพักบังคับชำระหนี้ (Termination of the stay) หรือมีการขอปลดปล่อยจากสถานะการพักบังคับชำระหนี้ (Relief from the Automatic Stay) หากเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกันดังกล่าวเข้ามาร่วมใน

³³⁷ Ibid.

³³⁸ 11 U.S.C., section 101 (5).

³³⁹ บุริมสิทธิพิเศษ (Lien) หมายถึง ภาระผูกพันหรือประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

(1) บุริมสิทธิพิเศษโดยความยินยอม (Consensual liens) หมายถึง บุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินซึ่งเกิดจากข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ เช่น จำนอง (Mortgages) หรือสิทธิประโยชน์ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน (Security Interest in Personal Property) ภายใต้อาติ 9 แห่ง Uniform Commercial Code (U.C.C.)

(2) บุริมสิทธิพิเศษตามคำพิพากษาของศาล (Judicial liens)

(3) บุริมสิทธิพิเศษโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Statutory liens).

³⁴⁰ 11 U.S.C., section 506 (a).

³⁴¹ 11 U.S.C., section 506 (d).

กระบวนการล้มละลายแล้วกฎหมายมองเพียงว่าส่วนไหนคือสิทธิเรียกร้องมีประกัน ส่วนไหนคือสิทธิเรียกร้องไม่มีประกันเท่านั้น โดยประมวลกฎหมายล้มละลายได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันดังกล่าว เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน ส่วนจำนวนหนี้ที่เกินมูลค่าแห่งหลักประกันดังกล่าวหากมีจะถูกปฏิบัติอย่างสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน³⁴²

เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันดังกล่าว จึงเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน ส่วนจำนวนหนี้ที่เกินมูลค่าแห่งหลักประกันดังกล่าวหากมีจะถูกปฏิบัติอย่างสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน สำหรับการแบ่งทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ในคดีล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องไม่มีประกันอื่น ได้มีการกำหนดให้สิทธิเรียกร้องไม่มีประกันบางประเภทมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่นๆ ไว้ถึง 10 ลำดับ โดยที่บุริมสิทธิดังกล่าวจะได้รับการชำระก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่นๆ โดยในระหว่างบุริมสิทธิด้วยกันก็มีการจัดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนหลังไปตามลำดับ และเจ้าหนี้คือยสิทธิจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นๆ ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนแล้ว ซึ่งระบบกฎหมายหลักประกันของสหรัฐอเมริกานั้น การใช้อสังหาริมทรัพย์กับสังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายแตกต่างกัน โดยการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Real Property) เป็นประกันการชำระหนี้เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยการจำนองอสังหาริมทรัพย์ (Common Law on Real Estate Mortgage) ซึ่งคล้ายกับการจำนองตามกฎหมายไทย ส่วนการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) เป็นประกันการชำระหนี้เป็นไปตามนิติกรรมว่าด้วยการประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Article 9 Secured Transactions ของ Uniform Commercial Code หรือ UCC) ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดต้องการใช้ทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการมาเป็นประกันการชำระหนี้ ส่วนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Common Law on Real Estate Mortgage แต่ส่วนที่เป็นสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ภายใต้บังคับ Article 9 (Secured Transactions) ไม่สามารถทำแบบหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ตามกฎหมายอังกฤษได้

3) ประเทศฝรั่งเศส กำหนดให้เจ้าหนี้ผู้ถือบุริมสิทธิพิเศษ จำนำ และจำนอง ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เป็นสิทธิเรียกร้องมีประกัน³⁴³ แต่โดยเหตุที่กฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสมุ่งเน้นที่การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินแทนการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ ซึ่งจะกระทำก็ต่อเมื่อการฟื้นฟูกิจการของ

³⁴² 11 U.S.C, section 506 (a).

³⁴³ Commercial Code, Article L643-2.

ลูกหนี้ไม่อาจเป็นไปได้เท่านั้น จึงได้มีการกำหนดให้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับกับการจ้างงานบางส่วนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Labour Code)³⁴⁴ และค่าฤชาธรรมเนียม (Legal costs)³⁴⁵ เป็นเจ้าหนี้นุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) ซึ่งบุริมสิทธิชั้นสูงดังกล่าวจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในการชำระบัญชีก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ รวมทั้งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditors) ด้วย³⁴⁶ หลังจากนั้นจึงชำระแก่สิทธิเรียกร้องของผู้ที่ตกลงจะให้เงินทุน สินค้าหรือบริการแก่ลูกหนี้ในกระบวนการประนอมหนี้ แล้วจึงชำระแก่เจ้าหนี้มีประกัน สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการจ้างแรงงานซึ่งเกิดขึ้นหลังจากมีคำสั่งให้ชำระบัญชี แต่ยังไม่ได้รับการจ่ายจากกองทุนประกันค่าจ้าง เงินกู้ยืมหรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้แทนในคดีฟื้นฟูกิจการปฏิบัติตามสัญญาต่างตอบแทน และเจ้าหนี้อื่นๆ ยอมตกลงที่จะรับชำระหนี้ที่หลัง สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับการจ่ายล่วงหน้าตามกองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้นุริมสิทธิ³⁴⁷ และเจ้าหนี้สามัญ เป็นลำดับไป

4) แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ให้นิยามของ “เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor)” หมายความว่า เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน ซึ่งสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน หมายถึง สิทธิเรียกร้องซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยมีหลักประกันเป็นประกันการบังคับให้ชำระหนี้ในกรณีที่ถูกหนีผิดนัด และสิทธิในหลักประกัน หมายถึง สิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันการชำระเงินหรือการชำระหนี้อื่นๆ

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL เสนอว่ากฎหมายล้มละลายควรกำหนดว่าเจ้าหนี้ที่มีประกันจะต้องยื่นขอรับชำระหนี้หรือไม่ หนี้ที่มีประกันควรจะได้รับการชำระจากทรัพย์สินที่มีการผูกพันในการชำระบัญชีหรือตามแผนฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ภายใต้หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนหนี้ที่มีประกัน (ถ้ามี) หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนหนี้ที่มีประกันควรมีให้น้อยที่สุด และจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย ถ้าหากมูลค่า

³⁴⁴ ตามประมวลกฎหมายแรงงาน (Labour Code) กำหนดให้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับกับการจ้างงานที่ครบกำหนดชำระภายใน 60 วันมีสิทธิได้รับชำระก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ ในกระบวนการคุ้มครองรักษา (Safeguard) ฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) หรือชำระบัญชี (Liquidation)

³⁴⁵ ค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งเกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการชำระบัญชี สำหรับการดำเนินกระบวนการซึ่งรวมถึงค่าตอบแทนของผู้แทนเจ้าหนี้ (Creditor's representative) หรือผู้ชำระบัญชี (Liquidator) ที่ศาลตั้งขึ้น

³⁴⁶ Andrew Tetley, Reed Smith and Marcel Bayle. Ibid.

³⁴⁷ เจ้าหนี้นุริมสิทธิในคดีล้มละลาย หมายถึง เจ้าหนี้นุริมสิทธิสามัญซึ่งจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามลำดับบุริมสิทธิของตน ตามลำดับที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง

ของทรัพย์สินที่มีภาระมีไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่มีประกัน เจ้าหนี้ที่มีประกันอาจเข้าร่วมขอรับชำระหนี้ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันตามปกติ และกฎหมายล้มละลายควรจัดลำดับหนี้ที่นอกเหนือจากหนี้ที่มีประกันไว้ดังต่อไปนี้ คือ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการหนี้บุริมสิทธิ หนี้สามัญ หนี้ที่ค้ำยสิทธิ

4.1.3 วิเคราะห์สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้บุริมสิทธิในคดีล้มละลาย

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีประกันในกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศแล้วจะเห็นว่า เจ้าหนี้ที่มีประกันหรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ อันเป็นหลักประกันจะมีสิทธิ 2 ประการ โดยสิทธิประการแรก คือ สิทธิที่จะไม่เข้าร่วมกระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้ที่มีประกันสามารถบังคับสิทธิในหลักประกันที่มีภาระผูกพัน โดยอิสระ เจ้าหนี้ที่มีประกันอาจได้รับการยกเว้นจากข้อกำหนดให้ยื่นขอรับชำระหนี้หากหนี้ที่ขอรับชำระของคนกู้ยืมมูลค่าที่จะได้รับจากการขายทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และถ้าหากทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนของหนี้ที่ขอรับชำระของเจ้าหนี้ที่มีประกัน เจ้าหนี้ดังกล่าวจะต้องยื่นขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ไม่มีหลักประกันในฐานะของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน และสิทธิประการที่สองคือ สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีประกันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนลำดับแรก โดยเจ้าหนี้ที่มีประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้รายอื่นจนกู้ยืมมูลค่าหนี้ที่เป็นประกันแก่ตน

เหตุผลก็เนื่องมาจากมาตรการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย จะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ อันเจ้าหนี้มีมาก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย กฎหมายล้มละลายเพียงแต่นำเอาทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพันของลูกหนี้มาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลายในคดีล้มละลายเท่านั้น ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายก็เพื่อคุ้มครองสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ไม่มีประกันจากการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เหลืออยู่อย่างเป็นธรรม จึงทำให้บทบัญญัติในกฎหมายล้มละลายโดยทั่วไป จึงต้องมีมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ให้เป็นสิทธิที่จะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการดำเนินคดีล้มละลาย หรือยังคงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นต่อไป หากเข้าร่วมในกระบวนการล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีประกันในการได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายทั้งสองประการไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 95 และมาตรา 96 กล่าวคือ เจ้าหนี้ที่มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ และเจ้าหนี้ที่มีประกันอาจขอรับชำระ

หนี้ได้เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน หรือเมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ หรือขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ หรือเมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ โดยเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หมายความว่า เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำนำ หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ อันเป็นการจำกัดประเภทของเจ้าหนี้มีประกันไว้เพียง 4 ประเภทเท่านั้น จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยนั้นจะมุ่งเน้นเฉพาะการประกันด้วยทรัพย์แบบเฉพาะ (Fixed Charge) ในส่วนของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) หรือการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นยังไม่มีมีการประกาศใช้แต่อย่างใด

เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้น เพื่อให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการขอสินเชื่อกับเจ้าหนี้ได้ โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง โดยการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น คือ การนำทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที อันเป็นหลักการนำอากรกลุ่มของทรัพย์สินที่จำกัดไว้แต่ไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าเป็นทรัพย์สินอะไรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันที่เป็นกิจการต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการก็จะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ในคดีล้มละลายตามมาตรา 17 วรรคสองของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ฉะนั้นหากลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกัน และลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือลูกหนี้นั้นล้มละลาย เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่เมื่อการที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น เป็นการนำทรัพย์สินที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ หากกิจการที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันดังกล่าวมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนหนี้ ก็อาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้บุริมสิทธิในคดีล้มละลาย ตามมาตรา 130 (1)-(6) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการได้รับชำระหนี้ไม่มีทางได้รับชำระหนี้เลย

จากการศึกษากฎหมายล้มละลายของต่างประเทศได้กำหนดถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นี้มีประกันไว้คล้ายกัน โดยเจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยในกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษเจ้าหนี้นี้ที่มีหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่ในกรณีของเจ้าหนี้นี้ที่มีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว ซึ่งในกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดไว้เหมือนกันเพราะเจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิเรียกร้องมีประกัน (Secured claim) นั้นหมายความถึงเฉพาะเจ้าหนี้อานอง (Mortgages) หรือเจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิประโยชน์ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน (Security Interest in Personal Property) ภายใต้อาติ 9 แห่ง Uniform Commercial Code (UCC) เท่านั้นไม่สามารถทำแบบหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ตามกฎหมายอังกฤษได้ แต่ในกฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เจ้าหนี้นุริมสิทธิขั้นสูง (Super privilege) คือ สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการจ้างงานบางส่วนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Labour Code) และค่าฤชาธรรมเนียม (Legal costs) และสิทธิเรียกร้องของผู้ที่ตกลงจะให้เงินทุน สินค้าหรือบริการแก่ลูกหนี้ในกระบวนการประนอมหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้นี้มีประกัน ส่วนแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ก็เสนอให้เจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนหน้าที่มีประกันได้โดยเจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนหน้าที่มีประกันควรมีให้น้อยที่สุด และจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย

การที่กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยจะกำหนดสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นุริมสิทธิหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลาย ให้ได้รับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้นุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือไม่ ควรพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของการกำหนดให้เจ้าหนี้นุริมสิทธิหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลาย ให้ได้รับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้นุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 กอ่นดังนี้

สำหรับข้อดีของการกำหนดให้เจ้าหนี้นุริมสิทธิหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลาย ให้ได้รับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้นุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มีดังนี้

1) หลักเกณฑ์การฟ้องคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 7 และ 9 เจ้าหนี้จะฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ต่อเมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งหมายความว่าลูกหนี้ต้องมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน แต่หลักเกณฑ์การฟ้องคดีล้มละลายในกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือขาดสภาพคล่อง ไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินเสมอไป การฟ้องคดีล้มละลายจึงยังคงมีประโยชน์แก่เจ้าหนี้อื่น แต่การฟ้องคดีล้มละลายเมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน การฟ้องคดีล้มละลายจึงไม่มีประโยชน์ต่อเจ้าหนี้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันซึ่งเป็นการที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินและสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้นทั้งหมดมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน

2) เหตุผลที่กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษกำหนดให้เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) มีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้นอริมีสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว เนื่องจากในช่วงกลางของศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการนำเอาบริษัทจดทะเบียนเข้ามาในกฎหมายอังกฤษ โดยในช่วงแรกหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) เท่านั้นที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ต่อมาในปี 1870 ศาลอังกฤษได้มีการยอมรับถึงความเป็นไปได้ที่บริษัทจะสร้างหลักประกันทั่วไปเหนือทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้มาในอนาคต แต่ในขณะที่เดียวกันลูกหนี้ก็ยังสามารถที่จะนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปกติของตนได้³⁴⁸ ซึ่งผลจากการมีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันแท่งที่จะไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เลย ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตรา Preferential Payments in Bankruptcy Act 1888 ซึ่งมีการแก้ไขในปี 1897 เพื่อเยียวยาเจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทในกฎหมายล้มละลาย โดยกำหนดให้เป็นหนี้นอริมีสิทธิ (Preferential claim) มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้ที่มีประกันแบบลอย (Floating Charge) แต่ไม่รวมถึงหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) ซึ่งเจ้าหนี้ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งจะคุ้มครอง โดยเฉพาะก็คือ เจ้าหนี้แรงงานและเจ้าหนี้ภาษีอากร เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันกฎหมายการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของประเทศไทยมีเพียงการจำนอง และจำนำ ซึ่งคล้ายกับระบบหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) ของกฎหมายประเทศอังกฤษ เมื่อมีการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้น เพื่อให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับหลักประกันลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษ ก็อาจทำให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่นไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เลย เพื่อเป็นการเยียวยาเจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภท จึงควรกำหนดให้

³⁴⁸ David Milman. Op.cit. p. 60.

เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.

3) การกำหนดให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลาย หนี้ภาษีอากร หนี้ที่เกี่ยวกับเงินเดือนและผลประโยชน์ของลูกจ้าง มีเหตุผลดังนี้

(1) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลาย เพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการชำระเงินอย่างเหมาะสมให้แก่ผู้ที่ต้องกระทำการในนามของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย และในกรณีที่มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นี้ประกันโดยตรงจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน โดยปกติแล้วเจ้าหนี้นี้ประกันจะไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมซึ่งต่างไปจากกรณีของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

(2) กรณีหนี้ภาษีอากรเป็นการกำหนดเพื่อเป็นการคุ้มครองรายได้ของสาธารณะ และเนื่องจากรัฐบาลเป็นหน่วยงานไม่แสวงหากำไรและเป็นเจ้าหนี้โดยผลของกฎหมาย (Unwilling creditor)

(3) สำหรับกรณีหนี้ของลูกจ้างนั้น ความสำคัญของการคงไว้ซึ่งการจ้างงานต่อไปมีความสำคัญเหนือกว่าวัตถุประสงค์อื่นของกระบวนการล้มละลาย เพราะการเพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายให้มีมูลค่าสูงสุดก็เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งปวง แสดงให้เห็นโดยการเน้นถึงการขายกิจการบนหลักการว่าเพื่อให้ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไป (Going concern) พร้อมทั้งการโอนภาระหน้าที่การจ้างงานที่ยังคงมีอยู่ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างเจ้าหนี้สถาบันการเงินกับเจ้าหนี้แรงงานจะพบว่า ในขณะที่เจ้าหนี้สถาบันการเงินมีอำนาจต่อรองเหนือตัวลูกหนี้เป็นอย่างมาก ในการพิจารณาปล่อยสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้ ทั้งยังมีอำนาจในการเรียกให้ลูกหนี้หาหลักประกันมาให้ และยังมีโอกาสที่จะเรียกดอกเบี้ย เบี้ยปรับ เพื่อเป็นการชดเชยความเสี่ยง แต่ในขณะที่การทำสัญญาจ้างแรงงานลูกหนี้ที่เป็นนายจ้างกลับมีอำนาจต่อรองเหนือตัวเจ้าหนี้ที่เป็นลูกจ้าง ทั้งลูกจ้างยังไม่มีความสามารถที่จะไปต่อรองเรียกร้องให้นายจ้างหาหลักประกัน เพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญา ในทางตรงกันข้ามลูกจ้างอาจต้องเป็นฝ่ายที่ต้องหาหลักประกันมาให้นายจ้างแทน นอกจากนี้ลูกจ้างอาจต้องพึ่งพารายได้จากค่าจ้างเพียงทางเดียว หากนายจ้างยุติกิจการลูกจ้างก็อาจไม่สามารถหางานใหม่มารองรับได้ทันที และในบางครั้งอาจต้องทำงานให้แก่นายจ้างโดยไม่ได้รับค่าจ้างเป็นเวลานาน โดยหวังว่ากิจการของนายจ้างจะกลับคืนมาอีกครั้ง

การกำหนดให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการอยู่บนแนวความคิดด้านสังคม ซึ่งอาจจะส่งผลให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายมีประสิทธิภาพลดน้อยลงด้วย จึงควรจะกำหนดให้การจัดลำดับการรับชำระหนี้เหล่านี้ระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย ทำให้เจ้าหนี้สามารถประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินได้อีกทั้งการกำหนดลำดับบุริมสิทธิในคดีล้มละลาย เป็นการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้โดยพิจารณาถึงความยุติธรรม (Fairness) ในระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายซึ่งมีสถานะที่แตกต่างกัน กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่น

ส่วนข้อเสียของการกำหนดให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลาย ให้ได้รับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 คือ มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในส่วนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน ซึ่งอาจไม่ส่งเสริมให้มีการก่อให้เกิดหลักประกันในลักษณะดังกล่าว และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้น ดังนั้น จึงควรจะใช้ข้อยกเว้นลักษณะดังกล่าวในกฎหมายล้มละลายอย่างจำกัด และควรจะต้องมีความชัดเจน เพราะมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของเจ้าหนี้มีประกันในเรื่องสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. และเจ้าหนี้บุริมสิทธิในคดีล้มละลายตามแบบกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ สำหรับเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย อันได้แก่ เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้รายอื่น แต่สำหรับเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. นั้น จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายจากกิจการที่เป็นหลักประกันหลังจากที่เจ้าหนี้บุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้รับชำระหนี้แล้ว แต่ให้ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ หรือเจ้าหนี้สามัญทั่วไป

ข้อพิจารณาจากการที่กำหนดให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการภายหลังจากเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลายได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจแล้ว แต่ให้ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ หรือเจ้าหนี้สามัญทั่วไป ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในการได้รับชำระหนี้

ของเจ้าหนี้ที่ส่วนใหญ่จะเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงิน จึงอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในส่วนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่มีประกันและไม่ส่งเสริมให้มีการก่อให้เกิดหลักประกันในลักษณะดังกล่าว โดยการใช้อกิจการเป็นหลักประกันนั้น หมายถึง การใช้ทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เช่น โรงงานต่างๆ ที่ดิน เครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์ วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง สิทธิเรียกร้องต่างๆ เจ้าของกิจการจึงสามารถนำทรัพย์สินเหล่านี้ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการมาเป็นหลักประกันได้ในลักษณะที่กิจการนั้นยังคงดำเนินอยู่ต่อไป แต่เมื่อลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นล้มละลาย กิจการนั้นก็ไม้อาจดำรงอยู่ต่อไป จึงต้องมีการแยกขายทรัพย์สินไปในลักษณะที่ไม่ใช่กิจการ เจ้าหนี้จะพิจารณาทรัพย์สินของกิจการเฉพาะที่เป็นที่ดิน หรือ โรงงานเท่านั้น ซึ่งเมื่อมีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันแล้ว ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันยังคงมีสิทธิครอบครอง ใช้สอย จำหน่าย และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกันได้ ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 22 ดังนั้น นอกจากกิจการที่เป็นหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้จึงอาจให้ลูกหนี้ผู้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนำที่ดินและ โรงงานมาจำนองเป็นประกันได้อีกด้วย

4.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลาย

เจ้าหนี้สามัญ หมายถึง เจ้าหนี้ไม่มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย และตามกฎหมายไม่ได้จัดให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ดังนั้น เจ้าหนี้สามัญจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้โดยเฉลี่ยตามสัดส่วนหนี้ของตนตามหลัก Pari Passu การจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้สามัญนับว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลาย ซึ่งเป็นมาตรการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในบรรดาเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเท่าเทียมกัน เจ้าหนี้สามัญอาจเกิดจากเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันมาตั้งแต่ต้น หรืออาจเกิดจากเจ้าหนี้มีประกันซึ่งมีจำนวนหนี้เกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินหลักประกันหนี้ส่วนที่เกินก็ต้องถูกปฏิบัติอย่างเจ้าหนี้สามัญ สำหรับเจ้าหนี้สามัญจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายตามมาตรา 27 และมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้พิจารณาทำความเห็นเสนอศาล และศาลมีคำสั่งให้ได้รับชำระหนี้แล้ว

4.2.1 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนีที่มีประกันกับเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กำหนดให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการขอสินเชื่อกับเจ้าหนี้เพื่อเป็นเงินทุนในการประกอบธุรกิจได้ และเมื่อมีการจดทะเบียนการนำกิจการมาเป็นหลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว³⁴⁹ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการจะเป็นเจ้าหนีที่มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย³⁵⁰ ซึ่งเมื่อลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นล้มละลาย เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการก็จะมีสิทธิเช่นเดียวกับเจ้าหนีที่มีประกันในคดีล้มละลาย กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการย่อมมีสิทธิเหนือกิจการที่เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันก่อนเป็นลำดับแรก ตามมาตรา 95 และมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หลังจากนั้นเจ้าหนี้นุริมสิทธิเจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้ค้อยสิทธิจึงจะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายเป็นลำดับไป

ข้อที่น่าพิจารณา คือ สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลายจะมีผลกระทบต่อสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลายหรือไม่ หากมีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ต่อมากู้หนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นล้มละลาย ซึ่งการที่ลูกหนี้ทำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น คือ การนำทรัพย์สินที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที ฉะนั้น หากกิจการที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าหนีที่มีประกันในกฎหมายล้มละลาย ก็จะมีสิทธิเหนือกิจการที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำมาเป็นประกันการชำระหนี้แก่ตน จึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ทำให้เจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ไม่มีทางได้รับชำระหนี้เลย เนื่องจากเจ้าหนี้สามัญจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายหลังจากที่เจ้าหนีที่มีประกัน และเจ้าหนี้นุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว

³⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 13.

³⁵⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 17 วรรคสอง.

4.2.2 สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลายของต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันกับเจ้าหนี้สามัญในกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศจะพบว่าส่วนใหญ่มิได้ดำเนินการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย มีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ประเทศอังกฤษ สำหรับในส่วนหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น หลังจากนั้นจะชำระแก่เจ้าหนี้อื่นเป็นลำดับดังนี้ คือ ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย เจ้าหนี้บุริมสิทธิ เจ้าหนี้สามัญ ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย และเจ้าหนี้ค้ำยสิทธิ แต่กรณีของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้บุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว และจะมีการจำกัดสัดส่วนของมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้จากการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) นี้ นำมาสร้างเป็นกองทุนสำรองพิเศษ (Special reserve fund or Ringfenced sum) สำหรับเจ้าหนี้สามัญ โดยในกรณีที่มูลค่าของทรัพย์สินลูกหนี้มีน้อยกว่า £³⁵¹ 10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 ของมูลค่าทรัพย์สิน แต่หากมูลค่าของทรัพย์สินโดยรวมของลูกหนี้มีอย่างน้อย £10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 สำหรับ £10,000 แรก ส่วนที่เกินให้เพิ่มอีกร้อยละ 20 แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน £600,000 เนื่องจากในปี 2001 ได้มีการเสนอให้ปฏิรูปกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย โดยการยกเลิกบุริมสิทธิในหนี้ภาษีอากร ซึ่งการยกเลิกดังกล่าวจะส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้มากขึ้น แต่หากมีผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ประโยชน์ของการยกเลิกบุริมสิทธิในหนี้ภาษีอากรจะตกแก่ผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ไม่ใช่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน จึงต้องมีการจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้เมื่อมีการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันดังกล่าว เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน หลังจากนั้นจึงจะชำระแก่เจ้าหนี้บุริมสิทธิ (ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลายเป็นหนี้บุริมสิทธิในลำดับที่สองหลังจากสิทธิเรียกร้องในค่าอุปการะของบุคคลในครอบครัวลูกหนี้) เจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้ค้ำยสิทธิเป็นลำดับสุดท้ายภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นๆ ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนแล้ว โดยระบบกฎหมายหลักประกันของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น

³⁵¹ 1£ เท่ากับ 50.0835 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 7 มิถุนายน 2554.

ไม่สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ตามกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษได้

3) ประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) นุริมสิทธิในหนี้ที่เกิดขึ้นเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ในการประนอมหนี้ตามมาตรา L611-11 เจ้าหนี้นี้มีประกัน เจ้าหนี้แรงงานที่ได้รับการคุ้มครองจากกองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง ค่าใช้จ่ายและหนี้สินที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีคำสั่งให้ชำระบัญชีแล้ว เจ้าหนี้นุริมสิทธิสามัญ หากมีเงินเหลือเจ้าหนี้นี้สามัญก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนของหนี้ที่ได้รับการยอมรับ

4) แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL กำหนดให้เจ้าหนี้นี้ที่มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน หลังจากนั้นให้ชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ เจ้าหนี้นุริมสิทธิ เจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้นี้ด้อยสิทธิเป็นลำดับไป

4.2.3 วิเคราะห์สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลาย

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นี้มีประกันในกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศแล้วจะเห็นว่า เจ้าหนี้นี้มีประกันจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้นี้มีประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเป็นลำดับแรกก่อนเจ้าหนี้รายอื่นจนค้ำมูลค่าหนี้ที่เป็นประกันแก่ตน เนื่องมาจากมาตรการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลายจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้อันเจ้าหนี้นี้มีมาก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย กฎหมายล้มละลายเพียงแต่นำเอาทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพันของลูกหนี้มาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้นี้ไม่มีประกันทั้งหลายในคดีล้มละลายเท่านั้น ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลาย ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้นี้ไม่มีประกันจากการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เหลืออยู่อย่างเป็นธรรม หลักจากที่เจ้าหนี้นี้มีประกันได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวนหรือเต็มมูลค่าทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว จึงจะชำระค่าใช้จ่ายในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้นุริมสิทธิ เจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้นี้ด้อยสิทธิเป็นลำดับไป

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันในการได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายก่อนเป็นลำดับแรกไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 95 และมาตรา 96 โดยเจ้าหนี้นี้มีประกันตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หมายความว่า เจ้าหนี้นี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้นี้มีนุริมสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ อันเป็นการจำกัดประเภทของเจ้าหนี้นี้มีประกันไว้เพียง 4 ประเภทเท่านั้น จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้นี้มีประกันตามกฎหมาย

ล้มละลายของประเทศไทยนั้นจะมุ่งเน้นเฉพาะการประกันด้วยทรัพย์สินแบบเฉพาะ (Fixed Charge) ในส่วนการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นยังไม่มีกรณีประกาศใช้แต่อย่างใด

เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้น เพื่อให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการขอสินเชื่อกับเจ้าหนี้ได้ โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง อันเป็นหลักการของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ในกฎหมายประเทศอังกฤษ เมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันที่เป็นกิจการต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการก็จะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ในคดีล้มละลายตามมาตรา 17 วรรคสองของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ฉะนั้นหากลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกัน และลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือลูกหนี้นั้นล้มละลาย เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่เมื่อการที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น เป็นการนำทรัพย์สินที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ หากกิจการที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันดังกล่าวมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนหนี้ ก็อาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลายตามมาตรา 130 (7) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการและเจ้าหนี้บุริมสิทธิได้รับชำระหนี้แล้ว ไม่มีทางได้รับชำระหนี้เลย

จากการศึกษาว่ากฎหมายล้มละลายของต่างประเทศจะเห็นได้ว่า ได้มีการกำหนดถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันไว้คล้ายกัน โดยเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น หลังจากนั้นจึงชำระให้แก่ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ เจ้าหนี้บุริมสิทธิ เจ้าหนี้สามัญ และเจ้าหนี้ด้อยสิทธิ โดยในกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ซึ่งในกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดไว้เหมือนกันเพราะเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องมีประกัน (Secured claim) นั้นหมายความว่าถึงเฉพาะเจ้าหนี้จำนอง (Mortgages) หรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิประโยชน์ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน (Security Interest in Personal Property) ภายใต้ Article 9 แห่ง Uniform Commercial Code (UCC) เท่านั้น และตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ก็เสนอให้เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเช่นกัน แต่ในกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย กรณีของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้บุริมสิทธิได้รับชำระ

หนี้แล้ว และจะมีการจำกัดสัดส่วนของมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งจากการบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating charge) นี้ นำมาสร้างเป็นกองทุนสำรองพิเศษ (Special reserve fund or Ringfenced sum) สำหรับเจ้าหนี้สามัญ โดยในกรณีที่มีมูลค่าของทรัพย์สินลูกหนึ่งน้อยกว่า £10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 ของมูลค่าทรัพย์สิน แต่หากมูลค่าของทรัพย์สินโดยรวมของลูกหนึ่งมีอย่างน้อย £³⁵²10,000 จะถูกกันส่วนไว้ร้อยละ 50 สำหรับ £10,000 แรก ส่วนที่เกินให้เพิ่มอีกร้อยละ 20 แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน £600,000 ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เจ้าหนี้นุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) และสิทธิเรียกร้องของผู้ที่ตกลงจะให้เงินทุน สินค้าหรือบริการแก่ลูกหนึ่งในกระบวนการระดมหนี้ ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆ รวมทั้งเจ้าหนี้นี้มีประกัน สำหรับเจ้าหนี้สามัญจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากหักชำระค่าฤชาธรรมเนียมค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการชำระบัญชี และได้จ่ายให้แก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิเรียบร้อยแล้ว

การที่กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยจะกำหนดสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในคดีล้มละลาย โดยการกำหนดให้จำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ก่อนชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันหรือไม่ ควรพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของการจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ก่อนดังนี้

ข้อดีของการกำหนดให้จำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้

1) ผลของการที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันในคดีล้มละลาย จึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็นหลักประกันก่อน การฟ้องคดีล้มละลายจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้สามัญ อีกทั้งกรณีที่ลูกหนึ่งนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจัดการกิจการดังกล่าวตามปกติการค้ำของตน นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันยังคงเป็นเพียงบุคคลสิทธิ เมื่ออำนาจในการจัดการกิจการของลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันยุติลง เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการจึงสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากกิจการที่เป็นหลักประกันได้ครบใดที่อำนาจจัดการกิจการของลูกหนึ่งผู้ให้หลักประกันยังคงมีอยู่ เจ้าหนี้สามัญจึงต้อง หาทวงออกโดยการฟ้องคดีแพ่งเพื่อบังคับชำระหนี้ หากลูกหนึ่งมีเจ้าหนี้หลายราย การฟ้องเพื่อบังคับชำระหนี้

³⁵² 1£ เท่ากับ 50.0835 บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 7 มิถุนายน 2554.

ยอมเป็นไปตามลำดับก่อนหลังของมูลหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่มากพอ ก็จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ทุกราย กรณีอาจเป็นไปได้ว่าไม่มีทรัพย์สินเหลือพอให้เจ้าหนี้รายหลังๆ ได้ เช่นนี้ยอมทำให้เจ้าหนี้เสียหายได้เช่นกัน ระบบนี้เรียกกันว่าใครมาก่อนยอมได้ก่อน (First come first serve)

2) หลักเกณฑ์การฟ้องคดีล้มละลายในกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือขาดสภาพคล่อง ไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินเสมอไป การฟ้องคดีล้มละลายจึงยังคงมีประโยชน์แก่เจ้าหนี้อื่น แต่หลักเกณฑ์การฟ้องคดีล้มละลายของประเทศไทย เจ้าหนี้จะฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ต่อเมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งหมายความว่าลูกหนี้ต้องมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน การฟ้องคดีล้มละลายจึงไม่มีประโยชน์ต่อเจ้าหนี้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันซึ่งเป็นการที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินและสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้นทั้งหมดมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน

ข้อเสียของการกำหนดให้จำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีดังนี้

1) เหตุผลที่กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษกำหนดให้มีการจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ เนื่องจากในปี 2001 ได้มีการเสนอให้ปฏิรูปกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ โดยการยกเลิกนุริมสิทธิในหนี้อาคาร ซึ่งการยกเลิกดังกล่าวจะส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้มากขึ้น แต่หากมีผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ประโยชน์ของการยกเลิกนุริมสิทธิในหนี้อาคารจะตกแก่ผู้ถือหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ไม่ใช่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน จึงต้องมีการจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้เมื่อมีการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน แต่ในกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยไม่มีการยกเลิกนุริมสิทธิในหนี้อาคาร สิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายของเจ้าหนี้ไม่มีประกันจึงไม่ถูกกระทบแต่อย่างใด จึงไม่จำเป็นต้องจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เมื่อมีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในคดีล้มละลายแต่อย่างใด

2) การยอมรับสิทธิที่แตกต่างกันที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลาย จะสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจ สนับสนุนการให้สินเชื่อ และทำให้ผู้ให้กู้ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสถาบันการเงินเกิดความมั่นใจในกระบวนการล้มละลาย แต่การจำกัดสัดส่วนในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกัน มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอน

ในส่วนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน ซึ่งอาจไม่ส่งเสริมให้มีการก่อให้เกิดหลักประกันในลักษณะดังกล่าว และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้น

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจึงควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลาย โดยให้สิทธิเจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และไม่จำเป็นต้องมีการบัญชีกฎหมายจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลายแต่อย่างใด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ร่างขึ้นมาเพื่อเป็นช่องทางให้แก่ผู้ประกอบการสามารถนำเอาทรัพย์สินทุกชนิดของกิจการที่มีค่าทางธุรกิจมาใช้เป็นหลักประกัน ในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ เป็นการแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายในเรื่องจำนำและจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. บัญญัติให้ลูกหนี้สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ และให้นิยามความหมายของ คำว่า “กิจการ” ว่าหมายถึง ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันสามารถโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่น ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที³⁵³

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนการ ให้หลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียน³⁵⁴ เมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการจะ เป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย³⁵⁵ โดยเจ้าหนี้นี้มีประกันในคดีล้มละลายจะมีสิทธิ 2 ประการ โดยสิทธิประการแรก คือ สิทธิที่จะไม่เข้าร่วมกระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้นี้มีประกัน สามารถบังคับสิทธิในหลักประกันที่มีภาระผูกพันโดยอิสระ และสิทธิประการที่สอง คือ สิทธิของ เจ้าหนี้นี้มีประกันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนลำดับแรก โดยเจ้าหนี้นี้มีประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ จากเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่นจนค้ำมูลค่าหนี้ที่เป็น ประกันแก่ตน

ฉะนั้น หากลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทาง ธุรกิจ พ.ศ. และลูกหนี้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือ ลูกหนี้นั้นล้มละลาย เจ้าหนี้นี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการย่อมได้รับชำระหนี้จากกิจการที่เป็น

³⁵³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 3.

³⁵⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 13.

³⁵⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ., มาตรา 17 วรรค 2.

หลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่เมื่อการที่ลูกหนี้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น เป็นการนำทรัพย์สินที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น ซึ่งจะรวมถึงทรัพย์สินและสิทธิทุกอย่างของลูกหนี้มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ หากกิจการที่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันดังกล่าวมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนหนี้ ก็อาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้นุริมสิทธิในคดีล้มละลายตามมาตรา 130 (1)-(6) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และเจ้าหนี้สามัญที่จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการได้รับชำระหนี้ไม่มีทางได้รับชำระหนี้เลย

จากการศึกษากฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ ได้มีการกำหนดถึงสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีประกันกับเจ้าหนี้นุริมสิทธิและเจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลาย โดยเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันแบบเฉพาะ (Fixed Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่กรณีของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินคดีล้มละลาย³⁵⁶ และเจ้าหนี้นุริมสิทธิ³⁵⁷ ได้รับชำระหนี้แล้ว และจะมีการจำกัดสัดส่วนของมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้จากการบังคับหลักประกันลอย (Floating Charge) นี้³⁵⁸ นำมาสร้างเป็นกองทุนสำรองพิเศษ (Special reserve fund or Ringfenced sum) สำหรับเจ้าหนี้สามัญ

สำหรับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน หลังจากนั้นจึงจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นุริมสิทธิ เป็นลำดับต่อไป แล้วจึงชำระแก่เจ้าหนี้สามัญ โดยบุริมสิทธิพิเศษโดยความยินยอม (Consensual liens) หมายถึง บุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินซึ่งเกิดจากข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ เช่น จำนอง (Mortgages) หรือสิทธิประโยชน์ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน (Security Interest in Personal Property) ภายใต้อาติ 9 แห่ง Uniform Commercial Code (UCC)³⁵⁹ เท่านั้น

³⁵⁶ Insolvency Act 1986, section 176ZA.

³⁵⁷ Insolvency Act 1986, section 175.

³⁵⁸ Insolvency Act 1986, section 176A.

³⁵⁹ Jeff Ferriell and Edward J.Jangen. Op.cit. p. 38.

กฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศส กำหนดให้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับกับการจ้างงาน บางส่วนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Labour Code) และค่าฤชาธรรมเนียม (Legal costs) เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิชั้นสูง (Super privilege) และสิทธิเรียกร้องของผู้ซึ่งตกลงจะให้เงินทุน สินค้าหรือบริการแก่ลูกหนี้ในกระบวนการประนอมหนี้ มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ รวมทั้งเจ้าหนี้มีประกัน หลังจากนั้นจึงชำระแก่เจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้แรงงานซึ่งได้รับการคุ้มครอง จากกองทุนประกันการจ่ายค่าจ้าง ค่าใช้จ่ายและหนี้สินที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีคำสั่งให้ชำระบัญชี แล้ว เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้สามัญ

สำหรับแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL นี้ที่มีประกันควรจะ ได้รับการชำระจากทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันในการชำระบัญชีหรือตามแผนฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ภายใต้ หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนหนี้ที่มีประกัน (ถ้ามี) หนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อน หนี้ที่มีประกันควรจะมิให้น้อยที่สุด และจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย หลังจากนั้น จึงชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการก่อน แล้วจึงจะชำระหนี้บุริมสิทธิ หนี้สามัญ และหนี้ค้ำยสิทธิ เป็นลำดับไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของเจ้าหนี้มีประกัน ในคดีล้มละลาย เป็นกิจการ ซึ่งอาจรวมถึงทรัพย์สินและสิทธิเรียกร้องทั้งหลายของลูกหนี้ และหากปรากฏว่ากิจการ ดังกล่าวมีมูลค่าน้อยกว่าหนี้สินทั้งหมดของลูกหนี้ กิจการที่เป็นหลักประกันดังกล่าวก็จะถูกนำไป ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้มีประกันแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นเหตุให้เจ้าหนี้อื่นๆ ของลูกหนี้ โดยเฉพาะเจ้าหนี้ ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือ เจ้าหนี้ซึ่งมีบุริมสิทธิในคดีล้มละลายจะไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้หรือไม่ได้รับความคุ้มครองแต่ ประการใด เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้บุริมสิทธิดังกล่าว จึงควรต้องปรับปรุงกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลายหรือ การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันจากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ทำนองเดียวกับกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ ดังนี้

ให้เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการภายหลัง เจ้าหนี้บุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลายได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจแล้ว แต่ให้ได้รับชำระหนี้ก่อน เจ้าหนี้อื่นๆ หรือเจ้าหนี้สามัญทั่วไป

1) สำหรับเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย อันได้แก่ เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน้าวง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่จะบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ยังคงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น

2) ไม่จำเป็นต้องมีการจำกัดสัดส่วนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เมื่อมีการบังคับกิจการเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้สามัญในคดีล้มละลายแต่อย่างใด

ซึ่งการกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันที่เป็นกิจการภายหลังเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามกฎหมายล้มละลายได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจแล้ว แต่ให้ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ หรือเจ้าหนี้สามัญทั่วไป เป็นการจำกัดสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่ส่วนใหญ่จะเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงิน จึงอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในส่วนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่มีประกันและไม่ส่งเสริมให้มีการก่อให้เกิดหลักประกันในลักษณะดังกล่าว แต่นอกจากกิจการที่เป็นหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้อาจให้ลูกหนี้ผู้นำกิจการมาเป็นหลักประกันนำที่ดินและ โรงงานมาจำนองเป็นประกันได้อีกด้วย

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. (2550). แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ
คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ
(UNCITRAL). นนทบุรี: สหมิตรปริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง.
- ชุมพล จันทราทิพย์. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ คำประกัน
จำนอง จำนำ (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประชุม โฉมฉาย. (2546). หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์. (2545). กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปรีชา พานิชวงศ์. (2543). คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- พจน์ ปุยปกาคม. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง
จำนำสิทธิยึดเหนี่ยว และบูรณสิทธิ (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2543). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา
และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- ร.แสงกาศ์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ:
ไทยวัฒนาพาณิชย์
- วิชา มหาคุณ. (2551). คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้
(พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- สมชัย ชีฆาอุตมากร. (2553). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อน
พิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ:
พลสยามพริ้นติ้ง.
- สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิสรุตพิชญ์. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย
คำประกัน จำนอง จำนำ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุธีร์ สุภนิตย์. (2546). หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ:
วิญญูชน.

สุนทร มณีสวัสดิ์. (2553). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 2).

กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เสนีย์ ปราโมช. (2501). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุริมสิทธิ. พระนคร: มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์.

โสภณ รัตนกร. (2551). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 9).

กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

เอียน ชุนแก้ว. (2553). คู่มือการศึกษากฎหมายล้มละลาย (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ:

พลสยามพรีนติ้ง.

บทความ

ชรินทร์ สัจจญาณ. (2547, เมษายน). “กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ.” วารสารแทคแอนด์

บิซิเนส, 10, 15. หน้า 69-74.

ชนกร วรปรัชญากุล. (2546, ธันวาคม). “หลักเบื้องต้นของกฎหมายว่าด้วยกิจการที่ประสบปัญหา

ทางการเงินในฝรั่งเศส.” บทบัณฑิตย, 59, 4. หน้า 50-67.

ธรรมนุญ พิทยากรณ์. (2543, มิถุนายน). “กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจรูปแบบใหม่.”

บทบัณฑิตย, 56. หน้า 43-77.

ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2544). “แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระ

หนี้.” วารสารกฎหมายปกครอง, 20, 1. หน้า 80-96.

พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล. (2540, ธันวาคม). “ข้อจำกัดว่าด้วยการสร้างหลักประกันแห่งหนี้ตาม

กฎหมายไทย.” วารสารนิติศาสตร์, 27, 4. หน้า 11-36.

สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2542, กันยายน). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วย

บริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 3. หน้า 491-521.

สุวิทย์ สุวรรณ. (2553, มกราคม). “การประกันด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายอเมริกัน.”

วารสารกฎหมาย, 28, 1. หน้า 47-81.

วิทยานิพนธ์

- กันทรท เจียมพานทอง. (2551). การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน: ศึกษากรณีสินค้าคงคลังเป็นหลักประกัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ฐิติภรณ์ พงษ์ประเสริฐ. (2550). การบังคับคดีกับลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- บงกช ชาญศิลป์. (2552). การนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ: ศึกษาเฉพาะกรณีการบังคับเอากิจการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พีรพร เรืองรองปัญญา. (2549). ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.: ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- วรินทรา ชาครพิพัฒน์. (2545). วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.: ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิทยา จัญญาญจน์. (2537). การประกันหนี้ด้วยทรัพย์แบบ FLOATING CHARGE. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศตพล วิมลเนติกร ปิยะปานานนท์. (2553). การบังคับคดีกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา: ศึกษากรณีลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจศรีปทุม.
- อภิรดี พิบูลภาณุวัฒน์. (2546). การพัฒนากฎหมายหลักประกัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Bermann, George A. and Picard, Etienne. (2008). **Introduction to French law**. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Clarke, Alison (ed.). (1991). **Current Issue in Insolvency Law**. London: Stevens & sons.
- Ferriell, Jeff and Jangen, Edward J. (2007). **Understanding Bankruptcy** (2nd ed). United state: Lexis Nexis.
- Fletcher, Ian F. (2002). **The law of Insolvency** (3rd ed.). London: Sweet&Maxwell.
- Goode, R.M. (1990). **Principles of Corporate Insolvency Law**. London: Sweet&Maxwell.
- Goode, R.M. (1998). **Legal problem of Credit and Security** (2nd ed.). London: Sweet &Maxwell.
- Jennings, Marianne Moody. (2005). **Real Estate Law** (7th ed). Mason, Ohio: Thomson /South-Western West.
- Keay, Andrew and Walton, Peter. (2003). **Insolvency law: Corporate and Personal**. London: Person Education Limited.
- Mokal, Rizwaan Jameel. (2005). **Corporate Insolvency Law**. New York: Oxford University Press.
- Newton, Grant W. and Bloom, Gilbert D. (1991). **Bankruptcy and Insolvency Taxation**. New York: John Wiley & Sons Inc.
- Tolmie, Fiona. (1998). **Introduction to Corporate and Insolvency Law**. London: Sweet&Maxwell.

ELECTRONIC SOURCES

- Blazy, Régis Chopard, Bertrand Fimayer, Agnès and Guigou, Jean-Daniel. (2007). Financial Versus Social Efficiency of Corporate Bankruptcy Law : the French Dilemma?. Retrieved August 24, 2011, form http://wwwpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116681.

Huaiyu, Wang. (2006). An International Comparison of Insolvency Laws. Retrieved August 24, 2011, from http://www.oecd.org/data_oecd/41/41/38182541.pdf.

Mooney, Charles W. Jr. (2003). A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy as (is) Civil Procedure. Retrieved June 3, 2011, from http://ssrn.com/abstract_id=425120

Tetley, Andrew Smith, Reed and Bayle, Marcel. (2009). Insolvency Law in France. Retrieved August 24, 2011, from [http://www.reedsmith.com/_db/_documents/France_\(as_published\).pdf](http://www.reedsmith.com/_db/_documents/France_(as_published).pdf).

White Paper. (2001, 31 July). Insolvency-A Second Chance. Retrieved January 13, 2011, from <http://www.insolvency.gov.uk/cwp/cm5234.pdf>

ด

ด

ภาคผนวก

ด

ภาคผนวก ก.

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. จัดทำโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา
เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2545

ร่าง
พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ
พ.ศ.

.....
.....
.....
.....
.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๘ ประกอบกับมาตรา ๓๕ มาตรา ๔๘ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“กิจการ” หมายความว่า ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันมารด โอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที

“ทรัพย์สินมีทะเบียน” หมายความว่า ทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดให้มีทะเบียนกรรมสิทธิ์

“เจ้าพนักงานทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ

“นายทะเบียน” หมายความว่า ผู้มีอำนาจหน้าที่จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย

“ผู้บังคับหลักประกัน” หมายความว่า ผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน คนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นผู้บังคับหลักประกันในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

“สถาบันการเงิน” หมายความว่า

(๑) ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์

(๒) บริษัทเงินทุน บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

(๓) บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

(๔) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายจัดตั้ง

“สิทธิเรียกร้อง” หมายความว่า สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน แต่ไม่หมายรวมถึง สิทธิที่มีตราสาร

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ ยกเว้นค่าธรรมเนียม และกำหนดกิจการอื่นหรือออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของตน

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

มาตรา ๕ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจคือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่พึงมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับหลักประกัน

ผู้ให้หลักประกันอาจตราทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระก็ได้

มาตรา ๖ ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

มาตรา ๘ ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนด
ในกฎกระทรวง

มาตรา ๘ หลักประกันได้แก่

- (1) กิจการ
- (2) สิทธิเรียกร้อง
- (3) สังกหามทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร
สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า
- (4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง
- (5) ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๙ ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์อยู่ในปัจจุบันหรือที่จะ
ได้มาในอนาคตตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใดๆ มาใช้เป็นหลักประกันก็ได้ แต่เป็นสิทธิเหนือ
ทรัพย์สิน อันเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้มาซึ่ง
ทรัพย์สินนั้น

มาตรา ๑๐ ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภายใต้บังคับเงื่อนไข
เช่นใดจะใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันได้ภายใต้บังคับเงื่อนไขเช่นนั้น

มาตรา ๑๑ คู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญา
หลักประกันทางธุรกิจเป็นประการใดก็ได้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย
หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา ๑๒ ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกผู้รับ
ใบ อนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้บังคับหลักประกัน

ผู้รับใบ อนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันต้อง
มีหนังสือแจ้งให้คู่สัญญาทราบ พร้อมทั้งระบุอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนในการดำเนินการไว้ด้วย

มาตรา ๑๓ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อ
เจ้าพนักงานทะเบียนตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน สัญญาตามวรรคหนึ่งต้องระบุชื่อผู้รับใบ อนุญาต
เป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันไว้ด้วย

หมวด ๒ การจดทะเบียน

มาตรา ๑๔ ให้จัดตั้งสำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และจะตั้งสาขาขึ้นในต่างจังหวัดก็ได้ แต่การตั้งสำนักงานสาขาต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีก่อน

สำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจมีหน้าที่รับจด แก้ไข ยกเลิก และเพิกถอนทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามพระธรรมนูญนี้ และจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียน และข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันเพื่อให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้

การจดทะเบียน การแก้ไขทะเบียน การยกเลิกการจดทะเบียน การเพิกถอนการจดทะเบียนการให้ประชาชนตรวจดูข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนและข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมในการดำเนินการดังกล่าว ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๕ ให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นเจ้าพนักงานทะเบียนตามพระธรรมนูญนี้

มาตรา ๑๖ ให้เจ้าพนักงานทะเบียนรับจดทะเบียน แก้ไขรายการจดทะเบียน หรือ ยกเลิกการจดทะเบียนตามข้อมูลที่ได้รับแจ้งจากผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียนตามหมวดนี้

มาตรา ๑๗ ให้ผู้รับหลักประกัน โดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

เมื่อได้จดทะเบียนตามความในวรรคหนึ่งแล้ว ให้ถือว่าผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย

ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันต้องยื่นหนังสือของผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียน

หากผู้ให้หลักประกันต้องได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการก่อนจึงจะโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้ ผู้รับหลักประกันต้องยื่นหนังสือของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ยินยอมให้ผู้ให้หลักประกันโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้ต่อเจ้าพนักงานทะเบียนไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนด้วย

มาตรา ๑๘ การจดทะเบียนอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

- (๑) วัน เดือน ปีและเวลาที่จดทะเบียน
- (๒) ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน

(๓) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน

(๔) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับ ใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันและอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

(๕) หน้าที่กำหนดให้มีการประกันการชำระ

(๖) รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน หากเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนให้ระบุประเภทของทะเบียน หมายเลขทะเบียน และนายทะเบียนไว้ด้วย หากเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ ให้ระบุประเภท ปริมาณ และมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวไว้ด้วย

(๗) ข้อความซึ่งแสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

(๘) จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน

(๙) เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา

มาตรา ๑๕ ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียน ให้เจ้าพนักงานทะเบียนแจ้งให้นายทะเบียนและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบถึงการจดทะเบียนตามกฎหมายนี้ให้นายทะเบียนบันทึกการประกันตามกฎหมายนี้ลงในทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเร็วเพื่อได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่ง

มาตรา ๒๐ คู่สัญญาอาจตกลงแก้ไขรายการจดทะเบียนเป็นประการอื่นก็ได้ ในการนี้ให้ผู้รับหลักประกันโดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขรายการจดทะเบียน

หากรายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงไปจากที่จดทะเบียนไว้ ผู้ให้หลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับหลักประกันทราบ โดยเร็ว ถ้าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่เป็นเหตุบังคับหลักประกัน ให้ถือว่าหนังสือแจ้งการเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นหนังสือให้ความยินยอมของผู้ให้หลักประกัน และให้ผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขรายการจดทะเบียน

ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมารวมเข้ากับทรัพย์สินของบุคคลอื่นจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ ให้ระบุชื่อที่อยู่ของบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินอื่นนั้น รวมทั้งประเภท ปริมาณ และมูลค่าของทรัพย์สินที่นำมารวมเข้ากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในเวลาที่ทรัพย์สินรวมเข้ากันไว้ในหนังสือตามวรรคสองด้วย

ผู้มีหน้าที่ดำเนินการแก้ไขรายการจดทะเบียนตามมาตรา ๒๑ ซึ่งมีได้ดำเนินการแก้ไขรายการจดทะเบียนจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตหาได้ไม่

ให้นำมาตรา ๑๕ มาใช้บังคับแก่การแก้ไขรายการจดทะเบียนตามมาตรา ๒๑ โดยอนุโลม

มาตรา ๒๑ เมื่อหน้าที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้ผู้ให้หลักประกันโดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการยกเลิกการจดทะเบียน

เมื่อมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน ให้ผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการยกเลิกการจดทะเบียน

หมวด ๓

สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

มาตรา ๒๒ ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สอยเปลี่ยน และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ไปจำหน่ายเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ต่อไปมิได้

การใดที่แตกต่างจากความในมาตรานี้ตกเป็นโมฆะ

มาตรา ๒๓ ภายใต้บังคับมาตรา ๒๒ ผู้ให้หลักประกันต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพะนั้น และต้องบำรุงรักษา รวมทั้งซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นด้วย

ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคาลง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นจากเหตุที่ตนต้องรับผิดชอบ

มาตรา ๒๔ ผู้ให้หลักประกันต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๕ ผู้ให้หลักประกันต้องยอมให้ผู้รับหลักประกันหรือตัวแทนเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราวในเวลาและระยะอันสมควร ในการนี้ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้ให้หลักประกันทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก่อนเข้าดำเนินการไม่น้อยกว่าสามวัน

การเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งให้กระทำต่อหน้าผู้ให้หลักประกันหรือผู้ซึ่งผู้ให้หลักประกันมอบหมาย และผู้ให้หลักประกันต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้รับหลักประกันตามสมควร

มาตรา ๒๖ ในกรณีผู้ให้หลักประกันมีหนังสือไปยังผู้รับหลักประกันโดยระบุจำนวนหนี้ที่ยังมิได้ชำระแก่ผู้รับหลักประกัน ซึ่งเป็นหนี้ที่มีประกันตามกฎหมายนี้เพื่อให้ผู้รับหลักประกันรับรองความถูกต้อง ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือตอบยืนยันหรือระบุจำนวนหนี้ที่เห็นว่าถูกต้องไปยังผู้ให้หลักประกันภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว มิฉะนั้นหากเกิดความเสียหายผู้รับหลักประกันต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน

ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิที่จะดำเนินการตามวรรคก่อน โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย เว้นแต่การใช้สิทธิดังกล่าวได้กระทำภายในระยะเวลาหกเดือนนับแต่วันที่หนังสือไปยังผู้รับหลักประกันครั้งก่อน ในกรณีนี้ผู้ให้หลักประกันต้องชำระค่าใช้จ่ายแก่ผู้รับหลักประกันในแต่ละครั้งตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๗ ผู้ให้หลักประกันที่มีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในเวลาใดๆ ก็ได้ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือก่อนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน โดยชำระหนี้ตามจำนวนที่กำหนดให้มีการประกันการชำระ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการวางทรัพย์ ค่าใช้จ่ายในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรและค่าธรรมเนียมอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน

มาตรา ๒๘ เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ หรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้ผู้รับหลักประกันออกหนังสือยินยอมให้ยกเลิกการจดทะเบียนแก่ผู้ให้หลักประกันทันที มิฉะนั้นหากเกิดความเสียหายผู้รับหลักประกันต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกัน

หมวด ๔

สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

มาตรา ๒๙ ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่

มาตรา ๓๐ ถ้านำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมารวมเข้ากับทรัพย์สินของบุคคลอื่นจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ ผู้รับหลักประกันมีสิทธิตามมาตรา ๒๕ เหนือทรัพย์สินที่รวมเข้ากันตามส่วนของค่าแห่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของคนในเวลาทรัพย์สินรวมเข้ากัน

มาตรา ๓๑ ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันได้ทรัพย์สินมาจากการจำหน่ายจ่ายโอน แลกเปลี่ยน หรือได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วย รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวสูญหรือเสียหาย ให้ถือว่า ทรัพย์สินที่ได้มานั้นเป็นหลักประกันด้วย

ผู้รับหลักประกันมีสิทธิตามมาตรา ๒๕ เหนือทรัพย์สินที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามความในวรรคหนึ่งเมื่อได้แก้ไขรายการจดทะเบียนเพื่อให้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว และในกรณีที่ทรัพย์สินที่ได้มาดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้อง ผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทูลทวงหนี้แห่งสิทธิได้ต่อเมื่อ ได้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วยแล้ว

บทบัญญัติมาตรานี้ให้ใช้บังคับแก่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่ายจ่ายโอน แลกเปลี่ยน หรือได้มาแทนทรัพย์สินที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวสูญหรือเสียหายด้วย

มาตรา ๓๒ ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วยหรือที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๓๑ เป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีลักษณะหมุนเวียนเปลี่ยนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยทางการค้าปกติของทรัพย์สินนั้นหรือ โดยความยินยอมของผู้รับหลักประกันย่อมได้ทรัพย์สินนั้นโดยปลอดภาระหลักประกัน

หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วยหรือที่ได้มาแทนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๓๑ มิใช่ทรัพย์สินตามวรรคหนึ่ง บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยไม่รู้ว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายนี้หรือโดยความยินยอมของผู้รับหลักประกัน ย่อมได้ทรัพย์สินนั้นโดยปลอดภาระหลักประกัน

มาตรา ๓๓ ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินอันหนึ่งตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายนี้ไว้แก่ผู้รับหลักประกันหลายราย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียน โดยผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันที่จดทะเบียนภายหลัง

หากมีการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้ไปจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ด้วย ให้ถือลำดับผู้รับหลักประกันและผู้รับจำนองเรียงตามวันและเวลาที่จดทะเบียน โดยผู้รับ

หลักประกันหรือผู้รับจ้างที่จดทะเบียนก่อนมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันหรือผู้รับจ้างที่จดทะเบียนภายหลัง

มาตรา ๓๔ หากมีการนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันจะยก สิทธิ ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้ต่อเมื่อ ได้มีหนังสือบอกกล่าว การนำสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาใช้เป็นหลักประกันไปยังลูกหนี้แห่งสิทธินั้นแล้ว

มาตรา ๓๕ ถ้าสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นหลักประกันถึงกำหนดชำระก่อนหน้าที่ประกันไว้ ให้ถือว่าทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นหลักประกันแทนสิทธิซึ่งเป็นหลักประกัน และ ให้ลูกหนี้แห่งสิทธินำทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นไปวางไว้ ณ สำนักงานวางทรัพย์ และมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันทราบโดยเร็ว

ให้นำมาตรา ๓๓๖ มาตรา ๓๓๗ มาตรา ๓๓๘ และมาตรา ๓๓๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่การวางทรัพย์ตามมาตรานี้โดยอนุโลม

มาตรา ๓๖ เมื่อมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ให้ถือลำดับ บุริมสิทธิดังนี้

(๑) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิ เป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำนำตามมาตรา ๒๘๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีการ จดทะเบียนจำนองสังหาริมทรัพย์นั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับ จำนองตามมาตรา ๒๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(๒) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิ เป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับจำนองตามมาตรา ๒๘๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(๓) หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่าง ประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีและยังมีได้มีการตรากฎหมายอนุวรรตการตามข้อตกลงระหว่าง ประเทศดังกล่าว ให้ลำดับบุริมสิทธิเป็นไปตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น

หมวด ๕

การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

มาตรา ๓๗ ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินที่มีการจ้างเป็นประกันการชำระหนี้ตาม กฎหมายอื่นมาจดทะเบียนเป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้ด้วย หรือมีการนำทรัพย์สินที่จดทะเบียน เป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้ไปจ้างเป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายอื่นด้วย ผู้รับจ้าง จะบังคับจ้างโดยวิธีการบังคับหลักประกันตามกฎหมายนี้ก็ได้

ในระหว่างที่ผู้รับจำนองบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากปรากฏว่ามีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ เมื่อได้รับแจ้งเหตุดังกล่าว จากผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ผู้รับจำนองต้องดำเนินการบังคับจำนอง โดยวิธีการบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกิดขึ้นระหว่างที่คดีบังคับจำนองอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล เมื่อได้รับแจ้งเหตุดังกล่าวจากผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ให้ศาลยุติการพิจารณาและจำหน่ายคดีนั้นเสีย และให้ผู้รับจำนองดำเนินการบังคับจำนองโดยวิธีการบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ แต่หากเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกิดขึ้นระหว่างที่อยู่ในระหว่างการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาล ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งเหตุดังกล่าวจากผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

มาตรา ๓๘ ผู้รับหลักประกันอาจบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หลุดเป็นสิทธิหรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

มาตรา ๓๙ ห้ามมิให้ผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ เว้นแต่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้อื่นเป็นต้นเงินมากกว่าร้อยละหกสิบและไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือจำนองหรือบุริมสิทธิอื่นอันจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน

มาตรา ๔๐ เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกัน จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

การใช้สิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวรรคหนึ่งต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา ๔๑ เมื่อมีเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญา หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกัน เพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้น

ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับหนังสือ

ดังกล่าว และให้แจ้งไปด้วยว่าหากไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกัน โดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้หรือโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ และให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวให้ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตราด้วย

ถ้าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีสภาพเป็นของสละเสียได้ หรือหากหน่วงช้าไว้จะเป็นการเสี่ยงต่อความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายจะเกินส่วนกับค่าของทรัพย์สิน ผู้รับหลักประกันอาจจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยวิธีที่เห็นสมควรเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการตามวรรคก่อน

ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสิทธิเรียกร้องและผู้รับหลักประกันมีหนังสือบอกกล่าวการนำสิทธิเรียกร้องนั้นมาใช้เป็นหลักประกัน ไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิแล้ว หากผู้รับหลักประกัน โดยได้รับความยินยอมจากผู้ให้หลักประกันมีหนังสือแจ้งการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิ ห้ามมิให้ลูกหนี้แห่งสิทธิชำระหนี้แก่ผู้ให้หลักประกันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว หากหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องถึงกำหนดชำระ ให้ลูกหนี้แห่งสิทธิชำระหนี้แก่ผู้รับหลักประกัน

การส่งหนังสือตามมาตรานี้ให้ทำโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

มาตรา ๔๒ ภายใต้บังคับมาตรา ๔๕ ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือตามมาตรา ๔๑ วรรคสอง และผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกัน โดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย ในการนี้ ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่และวิธีการจำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตราล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

มาตรา ๔๓ ในการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๔๑ วรรคสาม และมาตรา ๔๒ ผู้รับหลักประกันต้องใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการดังเช่นวิญญูชนจะพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์เช่นนั้น

มาตรา ๔๔ ผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจากการจำหน่ายตามมาตรา ๔๑ วรรคสาม และมาตรา ๔๒ ย่อมได้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยปลอดภาระหลักประกันและจำนอง

มาตรา ๔๕ ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสิทธิในเงินฝากในสถาบันการเงิน และผู้รับหลักประกันเป็นสถาบันการเงินที่รับฝากเงินนั้น ไว้เองหรือเป็นผู้รับฝากเงินเพื่อประโยชน์ของผู้รับหลักประกันทั้งหมด ผู้รับหลักประกันอาจนำเงินฝากดังกล่าวหักชำระหนี้ได้ทันที เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้ให้หลักประกันทราบภายในสามวันนับแต่วันที่ดำเนินการดังกล่าวโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

หากผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้สถาบันการเงินผู้รับฝากเงิน นำเงินฝากดังกล่าวหักชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแทนผู้รับหลักประกัน สถาบันการเงิน ผู้รับฝากเงินอาจนำเงินฝากดังกล่าวหักชำระหนี้ได้ทันทีเมื่อได้รับหนังสือแจ้งจากผู้รับหลักประกันว่ามีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา

ให้นำความในมาตรา ๕๔ มาใช้บังคับแก่การนำเงินฝากมาหักชำระหนี้ตามมาตรา นี้ โดยอนุโลม

มาตรา ๔๖ ถ้าผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ และผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือตามมาตรา ๔๑ วรรคสอง โดยไม่มีหนังสือคัดค้านการบังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน แต่หากผู้รับหลักประกันได้รับหนังสือคัดค้านภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้รับหลักประกันจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย และให้นำมาตรา ๔๒ และมาตรา ๔๑ มาใช้บังคับแก่การจำหน่ายหลักประกันตามมาตรา นี้โดยอนุโลม

หนังสือคัดค้านตามวรรคหนึ่งให้ส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

มาตรา ๔๗ ก่อนจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๔๑ วรรคสาม มาตรา ๔๒ และมาตรา ๔๖ หรือก่อนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน ตามมาตรา ๔๖ ผู้รับหลักประกันต้องรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่อยู่ในความครอบครองของตนให้ปลอดภัยและต้องสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง

หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่อยู่ในความครอบครองของผู้รับหลักประกัน ชำรุดเสียหายหรือสูญหายโดยเหตุอันจะโทษผู้ให้หลักประกันมิได้ ให้นำจำนวนค่าเสียหายนั้น ไปหักออกจากจำนวนหนี้ที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

มาตรา ๔๘ เมื่อมีเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญา หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาบังคับหลักประกัน โดยให้ระบุในคำร้อง

ด้วยว่าจะบังคับหลักประกัน โดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หรือโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ

มาตรา ๔๘ เมื่อได้รับคำร้องตามมาตรา ๔๗ ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาโดยเร็วและออกหมายเรียกไปยังผู้ให้หลักประกัน ในหมายนั้นให้แจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาบังคับหลักประกันและวิธีการบังคับหลักประกันตามคำร้องและข้อความว่าให้ผู้ให้หลักประกันมาศาลเพื่อให้การและสพพยานในวันเดียวกัน และให้ศาลสั่งให้ผู้รับหลักประกันมาศาลในวันนัดพิจารณานั้นด้วย

ให้ศาลนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย

ให้คู่ความมาศาลในวันนัดพิจารณาทุกนัด และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ให้นำมาตรา ๒๐๐ มาตรา ๒๐๑ มาตรา ๒๐๒ มาตรา ๒๐๓ มาตรา ๒๐๔ มาตรา ๒๐๕ และมาตรา ๒๐๖ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่การพิจารณาคดีของศาลตามมาตรา นี้โดยอนุโลม

มาตรา ๕๐ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญาและข้อตกลงเกี่ยวกับเหตุที่จะบังคับหลักประกันที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นเป็นเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ศาลพิพากษาบังคับหลักประกันตามวิธีการที่ผู้รับหลักประกันร้องขอ เว้นแต่ผู้รับหลักประกันจะร้องขอให้บังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ แต่กรณีไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา ๓๕ ให้ศาลพิพากษาให้จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยการขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับเหตุที่จะบังคับหลักประกันที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นเป็นเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง

คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลตามมาตรา นี้ให้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภายในสิบห้าวันและให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการทูลเกล้าฯการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่การอุทธรณ์ตามมาตรา นี้โดยอนุโลม

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

มาตรา ๕๑ ผู้รับหลักประกันอาจมีคำขอต่อศาลพร้อมกับคำร้องตามมาตรา ๔๗ เพื่อมีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำพิพากษามาตรา ๕๐ ได้ โดยต้องวางเงินประกันหรือให้หลักประกันเพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการยึดหรือ

อัยคทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามจำนวนที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของจำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน

มาตรา ๕๒ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยึดหรืออัยคทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นการชั่วคราวแต่ผู้ให้หลักประกันมีความจำเป็นต้องจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาที่ทำไว้ต่อบุคคลภายนอก เมื่อผู้ให้หลักประกันร้องขอและวางเงินประกันหรือให้หลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้

มาตรา ๕๓ กรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียน เมื่อผู้รับหลักประกันโดยได้รับความยินยอมจากผู้ให้หลักประกันมีหนังสือแจ้งให้ทราบถึงการจำหน่ายหลักประกันตามมาตรา ๔๑ วรรคสาม มาตรา ๔๒ หรือมาตรา ๔๖ หรือเมื่อผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งข้อเท็จจริงและเอกสารหลักฐานเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิตามมาตรา ๔๖ หรือเมื่อผู้รับหลักประกันแสดงคำพิพากษาบังคับหลักประกันตามมาตรา ๕๐ ให้นายทะเบียนเปลี่ยนแปลงทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยถือว่าหนังสือแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันหรือคำพิพากษาบังคับหลักประกันเป็นเสมือนการจดทะเบียนของผู้ให้หลักประกัน

มาตรา ๕๔ เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๔๑ วรรคสาม มาตรา ๔๒ และมาตรา ๔๖ ให้จัดสรรชำระตามลำดับดังนี้

- (๑) ค่าธรรมเนียมการวางทรัพย์สินตามมาตรา ๓๕ และค่าใช้จ่ายในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๔๗
- (๒) ค่าใช้จ่ายตามสมควรและค่าฤชาธรรมเนียมอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน
- (๓) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ
- (๔) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินตามมาตรา ๔๑
- (๕) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ให้นำมาตรา ๒๘๗ มาตรา ๒๘๘ และมาตรา ๓๑๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิตาม (๓) โดยอนุโลม

ถ้าจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกันอาจเรียกร้องจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกันไม่ได้

การใดที่แตกต่างจากความในมาตรานี้ตกเป็นโมฆะ

มาตรา ๕๕ หากผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ ให้ถือว่าหนี้ประธานและหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไป การใดที่แตกต่างจากความในมาตรานี้ตกเป็นโมฆะ

หมวด ๖

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ส่วนที่ ๑

ผู้บังคับหลักประกัน

มาตรา ๕๖ ผู้ใดจะทำการเป็นผู้บังคับหลักประกันต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานทะเบียน

มาตรา ๕๗ ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายหรือบัญชี มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพดังกล่าว มีประสบการณ์และผลงานด้านการบริหารกิจการและการตรวจสอบและประเมินราคาสินทรัพย์ของนิติบุคคลตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๑) เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย

(๒) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือความผิดตามมาตรา ๕๐ มาตรา ๕๑ หรือมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัตินี้

(๓) เคยเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของสถาบันการเงินที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต เว้นแต่ได้รับยกเว้นตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(๔) เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ให้หลักประกัน หรือผู้รับหลักประกัน

(๕) เคยถูกถอดถอนจากการเป็นประธานกรรมการ กรรมการ หรือผู้จัดการตามมาตรา ๑๔๔ หรือมาตรา ๑๔๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือเคยถูกถอดถอนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น

(๖) เป็นข้าราชการการเมือง

(๗) เป็นข้าราชการประจำ

(๘) มีลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

มาตรา ๕๔ การขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานทะเบียนตามแบบที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

หากเจ้าพนักงานทะเบียนตรวจสอบแล้วเห็นว่าผู้ขอรับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๕๓ ให้เจ้าพนักงานทะเบียนออกใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันให้

ให้เจ้าพนักงานทะเบียนแจ้งให้ผู้ขอรับใบอนุญาตทราบถึงการอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามวรรคสอง ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่เจ้าพนักงานทะเบียนไม่ออกใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน ผู้ขอมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการไม่อนุญาต โดยให้ผู้ขอยื่นคำอุทธรณ์ต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

ให้รัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ และให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีเป็นที่สุด

มาตรา ๕๕ ใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันมีอายุหนึ่งปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต การขอต่ออายุใบอนุญาตและการต่ออายุใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

ในกรณีที่เจ้าพนักงานทะเบียนไม่ต่ออายุใบอนุญาต ผู้ขอมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการไม่อนุญาต โดยให้ผู้ขอยื่นคำอุทธรณ์ต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

ให้รัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ และให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีเป็นที่สุด

มาตรา ๖๐ ในกรณีที่ใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันสูญหายหรือชำรุดในสาระสำคัญ ให้ผู้รับใบอนุญาตยื่นคำขอรับใบแทนใบอนุญาตต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

การขอรับใบแทนใบอนุญาตและการออกใบแทนใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

มาตรา ๖๑ หากปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๕๓ หรือศาลมีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา ๖๔ แล้วแต่กรณี ให้เจ้าพนักงานทะเบียนเพิกถอนใบอนุญาตผู้บังคับหลักประกันดังกล่าว

ผู้รับใบอนุญาตที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการเพิกถอนใบอนุญาต โดยให้ผู้ขอยื่นคำอุทธรณ์ต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

ให้รัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ และให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีเป็นที่สุด

ในระหว่างที่ยังมิได้วินิจฉัยอุทธรณ์ ให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งอนุญาตให้ทำการไปพลางก่อนได้เมื่อผู้อุทธรณ์ร้องขอ

มาตรา ๖๒ ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกันให้เป็นไปตามอัตราหรือจำนวนที่ปรากฏในรายการจดทะเบียนตามมาตรา ๑๘ (๔)

ส่วนที่ ๒

กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

มาตรา ๖๓ ในกรณีที่มีการนำกิจการมาเป็นประกัน การบังคับหลักประกันให้เป็นไปตามบทบัญญัติในหมวดนี้

มาตรา ๖๔ ให้นำความในมาตรา ๓๗ มาตรา ๔๔ และมาตรา ๕๓ รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับแก่การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามหมวดนี้โดยอนุโลม

มาตรา ๖๕ หากมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ให้ผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งผู้บังคับหลักประกันทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

ให้ผู้บังคับหลักประกันกำหนดวัน เวลา และสถานที่ไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็วซึ่งต้องไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือตามวรรคหนึ่ง และมีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบ โดยไม่ชักช้าโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ในกรณีนี้ให้แจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นบังคับหลักประกันและประเด็นการพิจารณา รวมทั้งสำเนาหนังสือของผู้รับหลักประกันตามวรรคหนึ่งไปด้วย

ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันตายหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๕๗ ก่อนดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันอื่นเป็นผู้บังคับหลักประกัน และให้นำความในมาตรา ๑๒ วรรคสอง มาใช้บังคับแก่การเลือกผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา นี้โดยอนุโลม

มาตรา ๖๖ ผู้ให้หลักประกันต้องมีหนังสือชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่เป็นหลักประกันที่เป็นอยู่ในวันที่ผู้ให้หลักประกันได้รับหนังสือตามมาตรา ๖๕ วรรคสอง ต่อผู้บังคับหลักประกันภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว

หากผู้ให้หลักประกันไม่ชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่เป็นหลักประกันภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าในวันที่ผู้รับหลักประกันได้รับหนังสือตามมาตรา ๖๕ วรรคสองนั้น กิจการที่เป็นหลักประกันมีอยู่เท่ากับที่ปรากฏในรายการจดทะเบียนในวันที่ผู้รับหลักประกัน ได้รับหนังสือดังกล่าว

มาตรา ๖๗ เมื่อได้รับหนังสือตามมาตรา ๖๕ วรรคสอง ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายจ่ายโอนกิจการที่เป็นหลักประกัน เว้นแต่

(๑) กิจการนั้นมีทรัพย์สินที่มีสภาพเป็นของสละเสียได้หรือหากหน่วงช้าไว้จะเป็นการเสี่ยงต่อความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายเกินส่วนกับค่าของทรัพย์สินนั้นรวมอยู่ด้วย หรือมีทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ต้องส่งมอบแก่บุคคลภายนอกตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ที่ทำไว้ก่อนที่จะได้รับหนังสือตามมาตรา ๖๕ วรรคสอง รวมอยู่ด้วย ผู้ให้หลักประกันอาจจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวได้โดยวิธีที่เห็นสมควร แต่ต้องมีหนังสือแจ้งผู้บังคับหลักประกันทราบล่วงหน้าถึงเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าว ประเภท ชนิด และปริมาณของทรัพย์สินนั้น วัน เวลา สถานที่ วิธีการจำหน่าย และราคาจำหน่ายในท้องตลาดของทรัพย์สินนั้นในวันที่มีหนังสือแจ้ง และราคาที่จะจำหน่ายต้องไม่ต่ำกว่าสองในสามของราคาจำหน่ายในท้องตลาดของทรัพย์สินนั้น หรือ

(๒) ผู้ให้หลักประกันได้วางเงินประกันหรือให้หลักประกันเพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการจำหน่ายจ่ายโอนกิจการที่เป็นหลักประกันตามจำนวนที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของจำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้กิจการเป็นหลักประกัน

มาตรา ๖๘ ในการไต่สวนข้อเท็จจริง ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน จะดำเนินการด้วยตนเอง หรือมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน หรือตั้งทนายความคนเดียวหรือหลายคนให้เป็นผู้ดำเนินการแทนตนก็ได้

หลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๖๙ เมื่อไต่สวนข้อเท็จจริงเสร็จ ให้ผู้บังคับหลักประกันวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่

หากคู่สัญญาตกลงกันให้มีผู้บังคับหลักประกันหลายคน การลงมติวินิจฉัย ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก

ในกรณีมีเหตุบังคับหลักประกัน และผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะบังคับหลักประกันทันที ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน แต่หากผู้รับหลักประกันยินยอมผ่อนผันให้แก่ผู้ให้หลักประกันเป็นหนังสือโดยให้ถือว่ายังไม่เคยมีเหตุบังคับหลักประกันดังกล่าวเกิดขึ้น ให้วินิจฉัยว่าไม่มีเหตุบังคับหลักประกันและให้บันทึกคำยินยอมของผู้ให้หลักประกันไว้ในคำวินิจฉัย

ในกรณีไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน

คำวินิจฉัยต้องทำเป็นหนังสือและต้องประกอบด้วยสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เหตุผลในการวินิจฉัย ลายมือชื่อของผู้บังคับหลักประกันและวันที่มีคำวินิจฉัย

มาตรา ๘๐ ผู้บังคับหลักประกันต้องวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวันนับแต่วันไต่สวนข้อเท็จจริงวันแรก

มาตรา ๘๑ ให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยตามมาตรา ๖๕ ให้ลูกหนี้ ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ในกรณีที่มีคำสั่งบังคับหลักประกัน ให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งคำสั่งดังกล่าวให้เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน นายทะเบียนบริษัท หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบด้วย

เมื่อได้รับแจ้งคำวินิจฉัยตามวรรคก่อน ให้เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน นายทะเบียนบริษัท หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องจดบันทึกคำวินิจฉัยดังกล่าวไว้ในทะเบียนโดยเร็ว

มาตรา ๘๒ ห้ามมิให้คัดค้านคำวินิจฉัยตามมาตรา ๖๕ เว้นแต่การไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อมีคำวินิจฉัยนั้นไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมาตรา ๖๘ หรือคำวินิจฉัยนั้นบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญ

ให้ผู้คัดค้านคำวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ยื่นคำร้องต่อศาลภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัย

การร้องคัดค้านตามมาตรา ๘๒ ไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับหลักประกันตามคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน

เมื่อได้รับคำร้องตามวรรคสอง ศาลอาจกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องวางประกันหรือให้หลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ หากผู้ยื่นคำร้องไม่วางประกันหรือให้หลักประกันตามที่ศาลกำหนด ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง

ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาคำร้องตามวรรคหนึ่งโดยเร็ว และให้นำคำพิพากษาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่มีเหตุคัดค้านตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยตามมาตรา ๖๕

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่มีเหตุคัดค้านตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลตามมาตรา ๖๕ ให้เป็นที่สุด

มาตรา ๗๓ ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ให้บรรดาสหิติตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกันในกิจการที่เป็นหลักประกัน ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลตกแก่ผู้บังคับหลักประกันทันที และห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกัน แต่ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้บังคับหลักประกันเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการนั้น

มาตรา ๗๔ ภายในสามวันเมื่อได้รับคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกัน ดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ตลอดจนสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน

หากผู้ให้หลักประกันไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ผู้บังคับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันและส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน

มาตรา ๗๕ ให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกัน กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตามมาตรา ๗๖ เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ ผู้บังคับหลักประกันอาจจำหน่ายจ่ายโอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้

ให้ถือว่าการดำเนินการของผู้บังคับหลักประกันตามวรรคหนึ่งเป็นการดำเนินการโดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกัน

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๗๕ ผู้บังคับหลักประกันต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างผู้ประกอบวิชาชีพจะพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์เช่นนั้น

มาตรา ๗๖ เงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันให้จัดสรรชำระตามลำดับดังนี้

(๑) ค่าธรรมเนียมการวางทรัพย์สินตามมาตรา ๓๕ ค่าธรรมเนียมในการยึดหรืออายัดตามมาตรา ๑๔ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา จัดการ และดำเนินกิจการของผู้ให้หลักประกันตามมาตรา ๑๕

(๒) ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าดูค่าธรรมเนียมการบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน

(๓) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งปรากฏหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ

(๔) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการนั้นตามมาตรา ๑๖

(๕) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ให้นำความในมาตรา ๕๔ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับแก่การจัดสรรชำระตามมาตรา นี้โดยอนุโลม

ส่วนที่ ๓

การคัดค้านผู้บังคับหลักประกัน

มาตรา ๑๗ ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่และก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน หรือขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๕๑ ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่ง

เมื่อได้รับคำร้องตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องวางประกันหรือให้ผู้ให้หลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ หากผู้ยื่นคำร้องไม่วางประกันหรือให้ผู้ให้หลักประกันตามที่ศาลกำหนดให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง คำสั่งศาลดังกล่าวให้เป็นที่สุด

ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาคำร้องตามวรรคหนึ่งโดยเร็ว และให้นั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย

ในระหว่างพิจารณา ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้บังคับหลักประกันหยุดการปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งก็ได้ หากศาลมีคำสั่งดังกล่าว ให้ศาลแต่งตั้งผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งซึ่งศาลเห็นสมควร ปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันชั่วคราว

ให้ผู้ยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่งเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บังคับหลักประกันชั่วคราวตามอัตราหรือจำนวนที่ศาลกำหนด แต่กรณีที่มีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่งให้ถือว่าค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกันชั่วคราวเป็นค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกันตามมาตรา ๗๖ (๒) และให้จัดสรรชำระแก่ผู้ยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง

มาตรา ๗๘ หากศาลเห็นว่าเหตุคัดค้านผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา ๗๗ วรรคหนึ่งให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่ง แต่หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุ ดังกล่าวให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง

คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลตามมาตรา ๗๘ ให้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภายในสิบห้าวัน คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

มาตรา ๗๙ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา ๗๘ และยังมีกิจการที่จะต้องดำเนินต่อไป ให้ศาลแต่งตั้งผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควร เป็นผู้บังคับหลักประกันแทน

ให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ที่เกี่ยวกับผู้บังคับหลักประกันมาใช้บังคับแก่ผู้บังคับหลักประกันแทนตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม

มาตรา ๘๐ คำพิพากษาของศาลที่ให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา ๗๘ ไม่กระทบถึงการใดที่ผู้บังคับหลักประกันได้กระทำไปแล้วก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเช่นนั้น

หมวด ๘

ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

มาตรา ๘๑ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไปเมื่อ

(๑) หนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดอันมิใช่เหตุอายุความ

(๒) ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

(๓) มีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

(๔) มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน

มาตรา ๘๒ ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกินกว่าห้าปีไม่ได้

หมวด ๘

บทกำหนดโทษ

มาตรา ๘๓ ผู้ให้หลักประกันซึ่งฝ่าฝืนมาตรา ๒๐ วรรคสอง มาตรา ๒๔ มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๐ และมาตรา ๖๗ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๔ ผู้รับหลักประกันซึ่งฝ่าฝืนมาตรา ๒๐ มาตรา ๔๒ มาตรา ๔๕ และมาตรา ๔๖ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

มาตรา ๘๕ ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันซึ่งแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดความจริงในการจดทะเบียนตามมาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ หรือในการแก้ไขรายการจดทะเบียนตามมาตรา ๒๐ หรือในการยกเลิกการจดทะเบียนตามมาตรา ๒๑ หรือในการดำเนินการตามมาตรา ๕๓ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของจำนวนหนี้ที่เป็นประกันตามสัญญา หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๖ ผู้ให้หลักประกันซึ่งเอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ทำให้ไร้ประโยชน์ ย้าย ซ่อนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่นซึ่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยทุจริต จนเป็นเหตุให้ผู้รับหลักประกันไม่อาจบังคับหลักประกันทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินห้าแสนบาท

มาตรา ๘๗ ผู้รับหลักประกันซึ่งแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงในการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้บังคับหลักประกันตามมาตรา ๔๘ หรือในการแจ้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อมีคำสั่งบังคับหลักประกันตามมาตรา ๖๕ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของจำนวนหนี้ที่เป็นประกันตามสัญญา หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๘ ผู้ให้หลักประกันซึ่งส่งมอบหรือแสดงดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารอันเป็นเท็จเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ตลอดจนสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต่อผู้รับหลักประกันหรือผู้บังคับหลักประกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๕ ผู้ให้หลักประกันซึ่งฝ่าฝืนมาตรา ๘๔ วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๖ ผู้รับหลักประกันหรือผู้บังคับหลักประกันซึ่งล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูล หรือความลับในการประกอบธุรกิจหรือข้อมูลอื่นใดของผู้ให้หลักประกันอันเป็นข้อมูลหรือความลับที่ตามปกติวิสัยของผู้ให้หลักประกันจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย และเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลหรือความลับนั้น เพื่อประโยชน์ตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการหรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวน หรือการพิจารณาคดี

ผู้ใดได้มาหรือล่วงรู้ข้อเท็จจริงจากบุคคลตามวรรคหนึ่งเนื่องในการปฏิบัติราชการหรือการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี แล้วเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นในประการที่น่าจะเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

มาตรา ๘๗ ผู้บังคับหลักประกันซึ่งปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต หรือกระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือบุคคลอื่น หรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้โดยมุ่งหมายให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท

มาตรา ๘๘ ในกรณีผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมหรือได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว

มาตรา ๘๙ บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เจ้าพนักงานทะเบียนมีอำนาจเปรียบเทียบได้ ในการนี้ เจ้าพนักงานทะเบียนอาจมอบหมายให้พนักงานสอบสวนดำเนินการเปรียบเทียบได้ โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการเปรียบเทียบตามที่เห็นสมควรไว้ด้วยก็ได้

เมื่อผู้กระทำความผิดได้เสียค่าปรับตามที่เปรียบเทียบภายในเวลาที่กำหนดแต่ไม่เกินสามสิบวันแล้ว ให้ถือว่าคดีอาญาเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ถ้าผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมให้เปรียบเทียบหรือเมื่อยินยอมแล้วไม่ชำระเงินค่าปรับภายในกำหนดเวลาตามวรรคสอง ให้ดำเนินคดีต่อไป

บทเฉพาะกาล

มาตรา ๕๔ ในกรณีที่มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา ๘ (๕) ยกเลิกการใช้ทรัพย์สินใดเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้บรรดาสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประกันการชำระหนี้และจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนก่อนวันที่กฎกระทรวงนั้นมีผลใช้บังคับ ยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาต่อไปจนกว่าสัญญานั้นจะระงับสิ้นไป

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....
นายกรัฐมนตรี

ภาคผนวก ข.

คำสั่งกรมบังคับคดีที่ 448/2549

เรื่อง การปฏิบัติงานบังคับคดีล้มละลายในสำนวนเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 95

คำสั่งกรมบังคับคดี

ที่ 448/2549

เรื่อง การปฏิบัติงานบังคับคดีล้มละลายในสำนวนเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 95

.....

เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เกี่ยวกับการดำเนินการในสำนวนเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เป็นไปด้วยความเรียบร้อยเหมาะสม และเป็นแนวทางเดียวกัน จึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

1. กรณีเจ้าหนี้มีประกันยังไม่เคยฟ้องบังคับจำนองหรือขอรับชำระหนี้บุริมสิทธิ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 ในคดีแพ่งและเจ้าหนี้มีประกันได้ยื่นคำร้องตามมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 พร้อมนำส่งบันทึกถ้อยคำ เอกสารหลักฐานประกอบหนี้ และเอกสารประกอบการยึดทรัพย์ครบถ้วน ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รับคำร้องและทำการยึดทรัพย์ประกันภายในวันนั้นแล้วพิจารณามีคำสั่งต่อไป

หากเอกสารไม่ครบถ้วนให้แจ้งเจ้าหนี้ให้นำส่งเอกสารให้ครบถ้วนและยึดทรัพย์หลักประกันภายใน 15 วันนับแต่วันยื่นคำร้อง มิฉะนั้นจะถือว่าทิ้งคำร้อง

1.1 การเลื่อนวันนัดสอบสวน ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาเหตุที่ขอเลื่อนโดยเคร่งครัดและให้เลื่อนกรณีจำเป็น แต่ทั้งนี้มิให้เลื่อนไปเกินกว่า 20 วัน และกำชับว่าในนัดหน้าจะไม่อนุญาตให้เลื่อนอีก ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ หากการขอเลื่อน ไม่มีเหตุอันสมควรให้ถือว่าไม่มีพยานหรือไม่คิดใจนำพยานมาให้การสอบสวน

1.2 ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทำความเข้าใจหรือคำสั่งให้เสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันเสร็จการสอบสวน และงดการส่งสำนวนให้นักบัญชีคำนวณยอดหนี้ กรณีจำเป็นไม่อาจทำความเข้าใจหรือคำสั่งให้แล้วเสร็จภายในกำหนดดังกล่าว ให้รายงานตามลำดับเพื่อขออนุญาตขยายระยะเวลาต่ออธิบดีหรือรองอธิบดีผู้ได้รับมอบหมาย หรือผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีและวางทรัพย์ภูมิภาคแล้วแต่กรณี

1.3 คำสั่งมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้เสนออธิบดีหรือรองอธิบดีผู้ได้รับมอบหมายเพื่อพิจารณาสั่งการหรือเห็นชอบ ในส่วนภูมิภาคให้เสนอความเห็นหรือคำสั่งพร้อมสำนวนให้ผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีและวางทรัพย์ภูมิภาคสั่งการเว้นแต่ความเห็นของผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีจังหวัดหรือสาขากับผู้อำนวยการสำนักงานบังคับคดีและวางทรัพย์ภูมิภาคแตกต่างกัน ให้ส่งเรื่องให้อธิบดีหรือรองอธิบดีผู้ได้รับมอบหมายสั่งการ

กรณีคดีสำคัญหรือคดีมีทุนทรัพย์มากหรือมีปัญหายุ่งยากซับซ้อน ให้รายงานอธิบดีหรือรองอธิบดีผู้ได้รับมอบหมายทราบโดยเร็ว

2. กรณีเจ้าหนี้มีประกันได้ฟ้องบังคับจำนองหรือขอรับชำระหนี้บูรณสิทธิ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 ในคดีแพ่ง และศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้บูรณสิทธิแล้ว ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้อง หากพบว่าการทำนิติกรรมของลูกหนี้ไม่อยู่ในข่ายเพิกถอนตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้แจ้งเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีต่อไปในคดีแพ่งและจ่ายเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้มีประกันตามสิทธิแต่ไม่เกินวงเงินบูรณสิทธิ หากมีเงินเหลือให้ส่งเข้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

3. กรณีเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งติดจำนองบุคคลภายนอก ซึ่งมีได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้หรือยื่นคำร้องตามมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แจ้งการยึดทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองทราบ โดยระบุในหนังสือแจ้งการยึดว่า เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าวโดยวิธีปลอดการจำนองหากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองประสงค์จะขอรับชำระหนี้จำนองจากเงินค่าขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าว ให้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารประกอบหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งการยึด แล้วให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ประกาศขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยปลอดการจำนอง เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินได้และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำสั่งคำร้องของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองแล้ว ให้ทำบัญชีจ่ายเงินให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองตามคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองมิได้ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จำนองต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ให้ทำบัญชีเงินส่วนของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองไว้ และแจ้งเจ้าหนี้ผู้รับจำนองทราบ หากคดีไม่มีกิจการทรัพย์สินใดต่อดำเนินการต่อไปให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รายงานศาลขอให้มีการปิดคดี

อนึ่ง หากคำสั่งหรือบันทึกข้อความใดที่ขัดหรือแย้งกับคำสั่งนี้ ให้ถือปฏิบัติตามคำสั่งนี้ ทั้งนี้ ให้ถือปฏิบัติตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2549

(ลงชื่อ)

สิรวัด จันทรัฐ

(นายสิรวัด จันทรัฐ)

อธิบดีกรมบังคับคดี

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ฉลอมบูรณ์ เฟื่องล้ำ

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีการศึกษา 2548

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 59 ปีการศึกษา 2549