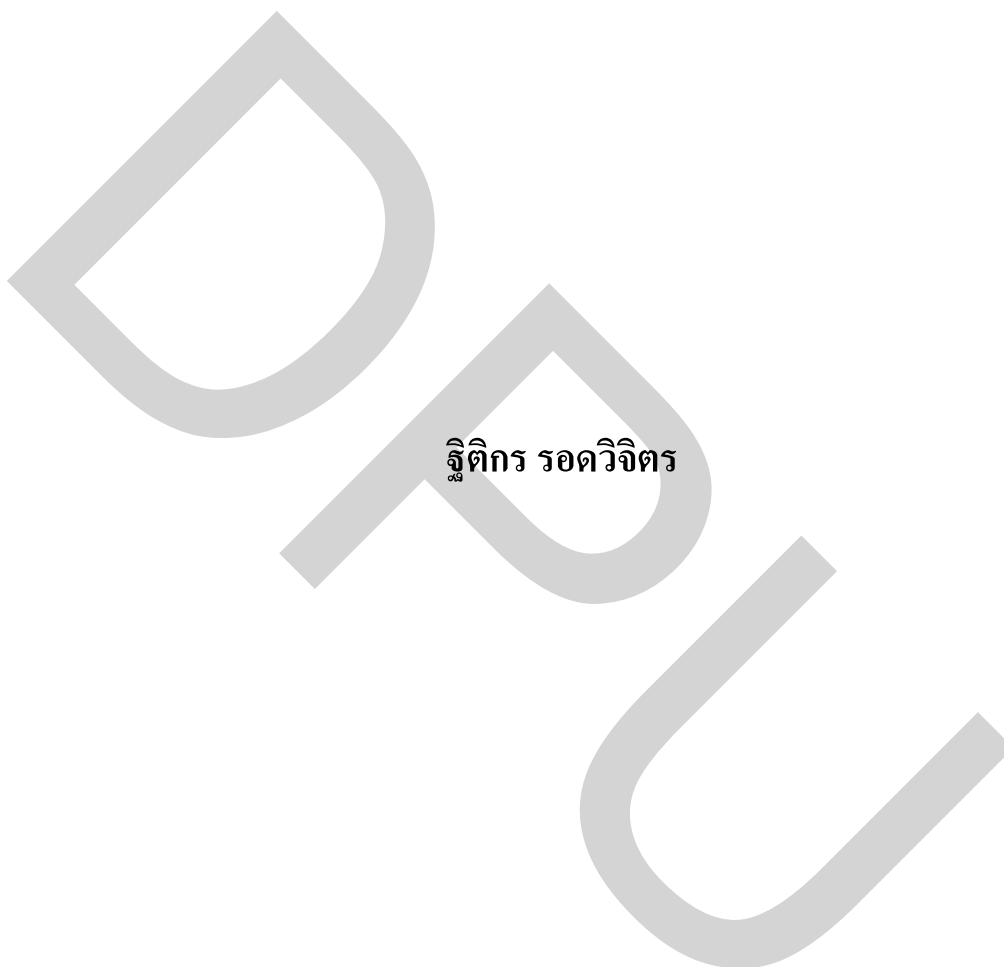


มาตรการในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์
ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มจร
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2556

**The Measure in Enforcement of Debt Repayment As Security
in Movable Properties by Private**



Thitikorn Rodvijitr

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Law Department of Law
Pradi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

2013

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน
ชื่อผู้เขียน	จิตติกร รอดวิจิตร
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ รองศาสตราจารย์ พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน เพราะปัจจุบัน สังหาริมทรัพย์มีมูลค่าทางธุรกิจไม่น้อยไปกว่าอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นสังหาริมทรัพย์จึงถูกนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้มากขึ้น เมื่อเกิดกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ย่อมต้องการบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้นหากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เกิดความไม่เป็นธรรม และมีความล่าช้า ย่อมเป็นการเพิ่มความเสียหายกับทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ประเทศไทยมีการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบการจำนองสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษและการจำนำ โดยมีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน กล่าวคือ การบังคับจำนำ เป็นการบังคับชำระหนี้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการของศาล แม้จะสะดวก รวดเร็ว แต่มิได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน อาจเป็นช่องทางให้เจ้าหนี้เอาเปรียบลูกหนี้ได้ ส่วนการบังคับจำนองสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ เป็นการบังคับชำระหนี้ที่ต้องผ่านกระบวนการศาล แม้จะมีหลักเกณฑ์แน่นอน แต่มีขั้นตอนมากมาย ทำให้เกิดความล่าช้า และเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ทั้งการบังคับชำระหนี้ก็ต้องอาศัย เจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งงานในการบังคับคดีมีเป็นจำนวนมาก ประกอบกับจำนวนเจ้าพนักงานบังคับคดีมีไม่เพียงพอกับความต้องการของประชาชน ดังนั้นจากที่กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่า การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในปัจจุบัน ยังขาดความรวดเร็วและขาดประสิทธิภาพ

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น หลังจากที่ได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนจึงเสนอแนะแนวทางการแก้ไขดังนี้ ควรปรับปรุงมูลเหตุในการบังคับหลักประกัน ให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยมิใช่แต่กรณีที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น และในการบังคับชำระหนี้ นอกจากเจ้าหนี้จะสามารถใช้สิทธิทางศาลบังคับชำระหนี้ได้แล้ว เจ้าหนี้ควรมีทางเลือกที่สามารถบังคับชำระหนี้ จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ทันที เมื่อลูกหนี้ผิดสัญญา โดยไม่ต้องผ่าน

กระบวนการทางศาล ทั้งให้เจ้าหน้าที่สามารถตั้งตัวแทนที่เป็นเอกชนสามารถเข้าบังคับชำระหนี้ได้ โดยมีการกำหนดความรับผิดชอบของตัวแทนดังกล่าว และให้ม็องค์กรของรัฐคอยควบคุมตัวแทนดังกล่าวอย่างชัดเจน เพื่อเป็นรูปแบบในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน อันจะทำให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย และเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจต่อไป

DRU

The Thesis Title	The Measure in Enforcement of Debt Repayment As Security in Movable Properties by Private.
Author	Thitikorn Rodvijitr
Thesis Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2555

ABSTRACT

This Thesis is aims to study enforcement of debt Repayment as security in movable properties by private. Because the business value of the movable property is not less than that of the immovable property, Therefore they use the movable property for the debt repayment security in creasingly. When the debtor default in the debt repayment, the creditor would like to enforcing the debt repayment from the movable property is the colleteral before other creditors in order to remedy damage. So, if the enforcement of debt Repayment as security in movable properties is not justify and slow, therefore it should increase the damages to both the creditor and the debtor as well.

From the analytic study we found that in Thailand they use the movable property as the collateral that is form of a mortgage agreement and a pledge agreement by using the enforcement of debt repayment as security in movable properties. In case of enforcing to pledge is the repayment method without the using of the jurisdiction procedure. Even though it is very convenient, very quick but there is no ordinary process stipulated clearly which may be the loop hole for the creditors to take an advantage over the debtors. As for the enforcement for the special movable property which is the collateral by using the jurisdiction procedure which there is a firm process but it is slow and produces a lot of expenses. However, it depends on the executing officer who has a lot of duty in his hands to do as well as there are only few of such people which are not enough for the people's requirement, Hence, enforcement of debt repayment as security in movable properties is not quick and lack of efficiency.

In view of these problems, after studying the law involved , the author, would like to propose the revision that : We should adjust the cause of enforcement of debt repayment. The

creditor have the full right in enforcement of debt repayment but not only for the case of the debtor who is wrong and missing in only the debt repayment. And in the enforcement of debt repayment, besides the creditor can use the jurisdiction process way he also has the other selection in enforcement of debt repayment at once which movable property is the collateral whenever the debtor is being wrong to the contract without any passing through the jurisdiction ways. However, the creditor is able to appointing the agent that is private to do enforcement of debt repayment the creditor by giving the responsibility and authority to him. Besides, there should be the government organization to control such the agent so that the enforcement of debt repayment in the movable property which is the measure in enforcement of debt repayment as security in movable properties by private must be justify to every people and be of benefit in developing the country economics accordingly.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของท่านรองศาสตราจารย์ พิณิจ ทิพย์มณี ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งดูแลและเข้าใจใน ลูกศิษย์ ตลอดจนให้คำแนะนำต่างๆ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณาเป็น ประธานกรรมการ พร้อมทั้งให้คำแนะนำต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ และท่าน รองศาสตราจารย์ณัฐพงษ์ โปษะบุตร ที่สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ คำแนะนำปรึกษา และชี้แนวทางในการแก้ไขปรับปรุง เรียบเรียงเนื้อหาอันเป็นประโยชน์ต่อการ จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัวรอดวิจิตร โดยเฉพาะคุณแม่ที่ให้การอุปการะผู้เขียน ตั้งแต่วัยเยาว์จนกระทั่งปัจจุบัน คุณพ่อที่ล่วงลับ แต่เป็นกำลังใจที่ดีที่สุดสำหรับผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัวลิ้มสกุล โดยเฉพาะคุณแม่และภรรยาที่คอยไถ่ถาม และช่วยเหลือให้การทำงานในทุกด้านสามารถผ่านพ้นอุปสรรคต่างๆ ไปได้ รวมทั้ง กิ่งโต ลูกชาย ที่น่ารักที่เป็นกำลังใจในยามเหนื่อยล้าและท้อแท้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้บังคับบัญชาทุกระดับชั้น รวมถึงกำลังพลทุกนายของ จังหวัดทหารบกอุดรดิตถ์ ที่ให้การสนับสนุนความก้าวหน้าของผู้เขียนมาโดยตลอด

ขอขอบคุณ อาจารย์ชนินทร์ มณีดำ (น้องเตี้ย) รุ่นน้อง OSK 117 ที่คอยให้กำลังใจและ คำแนะนำที่ดีเสมอ

ขอขอบคุณ พี่ๆ และเพื่อนๆ ทุกคน ที่คอยให้คำปรึกษา เป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือ ในด้านต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้

ท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ฐิติกร รอดวิจิตร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
สารบัญ	ฅ
สารบัญตาราง	ญ
สารบัญภาพ	ฎ
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
2. แนวคิด ความหมาย ความเป็นมาและรูปแบบเกี่ยวกับการนำทรัพย์สิน มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายไทย	6
2.1 ลักษณะของหนี้ประเภทที่มีการจัดหาหลักประกัน.....	6
2.2 แนวคิด และความหมายของหลักประกันการชำระหนี้	10
2.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้	16
2.4 รูปแบบการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้	18
2.4.1 สัญญาจำนอง	19
2.4.2 สัญญาจำนำ.....	25
2.4.3 สัญญาจำนำ กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง	28
2.5 การบังคับชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	34
3. กฎกฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน	39
3.1 ระบบ Civil Law	39

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2 ระบบ Common Law.....	46
3.2.1 การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ของประเทศอังกฤษ	46
3.2.2 การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ของประเทศสหรัฐอเมริกา	66
4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน	102
4.1 ปัญหาความไม่เหมาะสม ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน	103
4.1.1 ปัญหาการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน	103
4.1.2 ปัญหาความรับผิดชอบของเอกชน ในกรณีการนำเอกชนมาเป็นผู้บังคับชำระหนี้ ในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน	120
4.1.3 ปัญหาหน่วยงานที่รับผิดชอบ ในกรณีการนำเอกชนมาเป็นผู้บังคับ ชำระหนี้ในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน	124
4.2 รูปแบบกฎหมายของต่างประเทศต่อกรณี การบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน	125
4.3 แนวทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยในการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน	133
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	137
5.1 บทสรุป	137
5.2 ข้อเสนอแนะ	139
บรรณานุกรม	144
ภาคผนวก	152
ประวัติผู้เขียน	195

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 ประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา	71



สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 แผนภูมิแสดงกระบวนการฝากหลักทรัพย์	29
2.2 แผนภูมิแสดงการออกใบหุ้นในระบบไร้ใบหุ้น	31
2.3 แผนภูมิแสดงวิธีการจำหน่ายหลักทรัพย์ในระบบไร้ใบหุ้น	32



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสถานการณ์โลกปัจจุบันกระแสทุนนิยมได้เข้ามามีอิทธิพลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศที่กำลังพัฒนา และประเทศที่ด้อยพัฒนา ทำให้เงินทุนมีความสำคัญอย่างมากในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน ผู้ที่มีเงินทุนมากกว่าเปรียบเสมือนผู้ที่แข็งแกร่งกว่าย่อมได้เปรียบเมื่ออยู่ในเวทีของการแข่งขัน สำหรับประเทศไทยซึ่งมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจึงไม่อาจปฏิเสธสภาพการณแข่งขันในภาคเศรษฐกิจที่ให้ความสำคัญกับทุนเป็นอย่างมาก โดยถือว่าทุนเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดในกระบวนการผลิต หรือกระบวนการเสริมสร้างความมั่งคั่ง ทั้งนี้ เพราะทุนคือสิ่งที่ระบบเศรษฐกิจแปลงจากการออมไปสู่กระบวนการผลิตในรอบต่อๆ ไปได้ ทุนจึงทำหน้าที่เป็นตัวเชื่อมและสานต่อกระบวนการสร้างความมั่งคั่งในระยะยาว เพื่อสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในการประกอบกิจการ ทำให้ภาคธุรกิจต้องก่อหนี้ยืมสินกันเพื่อสร้างความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งการกระทำที่ก่อให้เกิดหนี้มีมากมายหลายประเภท สัญญาเป็นข้อตกลงอย่างหนึ่งของบุคคลที่ก่อให้เกิดหนี้หนึ่ง สัญญาเป็นสิ่งสำคัญในสังคมที่ทุกคนไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะสัญญาเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่เกิดสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่สัญญา หลักการเกิดของสัญญาเบื้องต้น คือ มีคำเสนอ คำสนองต้องตรงกัน หนี้ตามสัญญาจึงเกิดจากความตกลงระหว่างเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงจะผูกพันตนกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการหรือไม่ กระทำการอย่างใดในอนาคต และบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ในมูลหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้กระทำการหรือไม่กระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญานั้นได้ ข้อตกลงในสัญญาจึงเป็นเหมือนกฎ หรือข้อบังคับซึ่งใช้บังคับในระหว่างคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sun Servanda) เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ผู้เป็นเจ้าหนี้ในมูลหนี้ย่อมมีอำนาจบังคับตามมูลหนี้ที่ได้ตกลงกันได้

สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ ส่วนใหญ่มักมีการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน หรือสิทธิต่างๆ เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความแน่ใจที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ทำให้ยินยอมปล่อยเงินทุนมาให้แก่ลูกหนี้ ปัจจุบันมีการนำทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์จำนวนมากมาเป็นหลักประกัน ซึ่งทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์มีมูลค่ามากมาย และมีความสำคัญในการ

ประกอบธุรกิจ การนำทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันในประเทศไทย จึงมีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจในปัจจุบันเป็นอย่างมาก กฎหมายการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่ใช้บังคับในประเทศไทย ได้แก่ การจำนองสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษบางประเภท และการจำนำ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามมูลหนี้ เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย อันได้แก่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องของการบังคับจำนองตามมาตรา 728-735 และการบังคับจำนำ ตามมาตรา 764-768 การบังคับจำนอง ผู้รับจำนองจะต้องมีการฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้พิพากษาสั่งยึดทรัพย์สิ่งจำนอง และให้ขายทอดตลาด¹ หรือจะเรียกเอาทรัพย์จำนองหลุด² ส่วนการบังคับจำนำ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดวิธีการไว้ ตามมาตรา 764 ซึ่งวิธีการบังคับหลักประกันไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษา ผู้รับจำนำสามารถดำเนินการบังคับจำนำโดยการขายทอดตลาดได้ทันที ดังนี้จะเห็นได้ว่า การบังคับจำนองในอันที่จะต้องใช้วิธีการบังคับคดีก็ย่อมทำให้เกิดความล่าช้า เสียเวลา และเสียทุนทรัพย์ในการขึ้นศาลเป็นจำนวนมาก ส่วนการบังคับจำนำ เจ้าหนี้มีสิทธิในการขายทอดตลาดได้ทันที เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหนี้มากจนเกินไป ย่อมทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ได้ การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน จึงมีความสำคัญอย่างมากในปัจจุบัน ดังนี้จะเห็นได้ว่า เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ถูกต้องตามมูลหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก และหากการเป็นหนี้ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน แต่การบังคับหลักประกันเกิดความไม่เป็นธรรม และมีความล่าช้า ซึ่งอาจทำให้สังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันอาจทรุดโทรม เสื่อมค่า อันทำให้การจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าว ย่อมไม่ได้ราคาตามที่เจ้าหนี้ต้องการหรือคาดหมายไว้ ก็ยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นเท่าทวีคูณ จากที่กล่าวมาข้างต้นมีประเด็นปัญหาควรพิจารณา คือ วิธีการบังคับหลักประกัน ยังไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน เนื่องจากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษบางประเภทที่ต้องใช้หลักการบังคับจำนอง อันเป็นการบังคับคดีซึ่งต้องมีคำพิพากษาของศาลก่อน และเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบของทางราชการ จึงยังทำให้การบังคับจำนองมีความล่าช้า ประกอบกับเจ้าพนักงานบังคับคดี มีความเชี่ยวชาญและเข้าใจในการจำหน่ายทรัพย์สินไม่เท่าเอกชนผู้ดำเนินการประกอบธุรกิจ จึงจำหน่ายทรัพย์สินในราคาที่ต่ำกว่าความเป็นจริงและความเหมาะสมในการดำเนินธุรกิจ แม้ในปัจจุบันทางกรมบังคับคดีได้มีโครงการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดี โดยได้แก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 728.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 729.

กับการบังคับคดี กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีจะมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติแทนก็ได้ ทั้งนี้ตามคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(14) ได้มีการแก้ไขบทนิยามของเจ้าพนักงานบังคับคดีว่า “ให้หมายรวมถึง บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ปฏิบัติแทน” และในปัจจุบัน ได้มีการจัดทำกฎกระทรวงว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551³ ด้วยเหตุนี้ หากในกรณีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เมื่อลูกหนี้ผิดนัดการชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็อาจเข้าบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ทันที โดยอาจไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการของศาลและเจ้าหนี้ อาจตั้งตัวแทนเข้าไปบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินได้ อันอาจนำความสะดวก รวดเร็ว ถูกต้อง และสอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจในปัจจุบัน แต่ควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนให้ถูกต้อง แน่นนอน เป็นธรรม และสอดคล้องกับการดำเนินการทางธุรกิจในปัจจุบัน เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ผู้มีฐานะเหนือกว่าทางเศรษฐกิจเอาเปรียบลูกหนี้ได้

ดังนั้นจากประเด็นปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นที่มาของการศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ในส่วนต่างประเทศ มีระบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมต่อตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยบางประเทศให้อำนาจเจ้าหนี้สามารถเข้าบังคับชำระหนี้ทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาล และให้อำนาจเอกชนสามารถดำเนินการยึดทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ได้ โดยกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ อาทิ การได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการยึดหลักประกัน คุณสมบัติต่างๆ ของผู้ดำเนินการยึดหลักประกัน อำนาจหน้าที่ ตลอดจนวิธีปฏิบัติในการดำเนินการยึดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน เป็นต้น ซึ่งหากมีการนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย จะมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร รวมทั้งจะเกิดผลดีและผลเสียอย่างไร ซึ่งมาตรการดังกล่าวอาจนำไปเป็นแนวทางในการสร้างระบบบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็น หลักประกันตามกฎหมายดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีความเป็นธรรมทั้งต่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อการประกอบธุรกิจและระบบเศรษฐกิจของประเทศต่อไปในอนาคต

³ กฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติแทนเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ที่มา และหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันประเภทสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เจือนใจ และวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว

2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันและเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายดังกล่าว

3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหา การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน

4. เพื่อศึกษาแนวทางการแก้ปัญหา ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การนำทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้มีอยู่มากมาย เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ การบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน จึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก แต่ปัจจุบันกฎหมายในประเทศไทยในเรื่องการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก ดังนั้นจึงควรที่จะมีกฎหมายเพื่อรองรับระบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่รวดเร็วมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมต่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบบังคับต่อหลักประกันประเภทสังหาริมทรัพย์ ที่รัฐให้อำนาจเอกชนทำการยึดทรัพย์ที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ได้เอง โดยมีหลักเกณฑ์ในการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมต่อตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ จึงต้องศึกษาและวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายดังกล่าว เพื่อพิจารณาถึงการนำเอาหลักกฎหมายในเรื่องบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนมาใช้ในประเทศไทย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษา วิเคราะห์ การแก้ปัญหา การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน นอกจากนี้ศึกษาและเปรียบเทียบถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับระบบบังคับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน โดยจะศึกษาถึงหลักกฎหมายของต่างประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายดังกล่าว ตลอดจนขอบเขตแห่งการใช้สิทธิดังกล่าว เพื่อนำมาใช้ในประเทศไทยอย่างเหมาะสมต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยผู้ศึกษาได้ศึกษา สำนวนวรรณกรรม และเก็บรวบรวมข้อมูล ที่เกี่ยวข้องทั้งเรื่องเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี ปัญหา อุปสรรค จากตำราภาษาไทย ตำราต่างประเทศ บทความ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ ตัวอย่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลทั้งในและต่างประเทศ รวมทั้งสิ่งตีพิมพ์ที่เป็นหนังสือ และที่ได้เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ตลอดจนความเห็นทางวิชาการ เพื่อนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์ โดยมุ่งที่จะให้สอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งคุ้มครองสิทธิให้กับเจ้าหนี้และลูกหนี้อย่างเท่าเทียมกัน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึง แนวคิด ที่มา และหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ตลอดจนเงื่อนไขและวิธีการบังคับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันดังกล่าว รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง
2. ทำให้ทราบถึงสาระสำคัญของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนและเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายดังกล่าว
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาและวิเคราะห์ปัญหา การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน
4. เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ปัญหา การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน

บทที่ 2

แนวคิด ความหมาย ความเป็นมา และรูปแบบเกี่ยวกับการนำสังหาริมทรัพย์ มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายไทย

2.1 ลักษณะของหนี้ประเภทที่มีการจัดหาหลักประกัน

2.1.1 เป็นหนี้ประเภทที่สมบูรณ์¹

หนี้ที่เกิดจากสัญญาจะมีผลบังคับได้เพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับว่าสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นมาเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์หรือไม่ สมบูรณ์เพียงใด กล่าวคือต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และตามกฎหมายไทยสัญญาจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาที่มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ดังนั้น หนี้ประเภทที่สมบูรณ์จึงต้องเกิดขึ้นจากสัญญาที่สมบูรณ์มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย คือ สัญญาที่ไม่เป็นโมฆะ สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท คือ

1) สัญญาที่เป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก หมายถึง นิติกรรมที่เป็นโมฆะกรรม เป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วตามข้อเท็จจริง แต่ไม่อาจยอมรับให้เกิดผลทางกฎหมายได้ ส่งผลให้สัญญานั้นเสียเปล่า ไม่ก่อความเคลื่อนไหวใดๆ แห่งสิทธิไม่มีหนี้หรือหน้าที่ตามกฎหมายแก่คู่กรณีมาตั้งแต่เริ่มแรก จึงไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ (มาตรา 174) แต่กระนั้นกฎหมายยังให้ส่วนที่เป็นโมฆะบางส่วนแยกออกจากส่วนที่สมบูรณ์ได้ (มาตรา 173) และถ้าส่วนที่เป็นโมฆะอาจมีความสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่นให้ถือตามนิติกรรมที่สมบูรณ์ได้ (มาตรา 174) โดยมีสาเหตุให้สัญญาเป็นโมฆะดังนี้

(1) การทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาตรา 150

(2) การทำสัญญาไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ตามมาตรา 152

¹ ปาโรจันทร สุทัศน์ ณ อยุธยา. (2554). รูปแบบกฎหมายที่ถูกต้องเหมาะสมต่อกรณี การนำรถยนต์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้สำหรับประเทศไทย. หน้า 10-11.

(3) การแสดงเจตนาซ่อนเร้น โดยผู้แสดงเจตนาตั้งใจให้การแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับเจตนาภายใน และคู่กรณีอีกฝ่ายทราบถึงเจตนาที่ซ่อนอยู่ในใจนั้นตามมาตรา 154

(4) การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 155

(5) การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามมาตรา 156

2) สัญญาที่เป็นโมฆะเพราะถูกบอกล้างภายหลัง หมายถึง นิติกรรมที่เป็นโมฆียกรรม เป็นนิติกรรมที่กฎหมายถือว่าสมบูรณ์ครบเท่าที่ยังไม่ถูกบอกล้าง กฎหมายมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องในการให้ออกาสตัดสินใจว่าจะรักษาสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นไว้โดยการให้สัตยาบัน หรือจะทำลายสัญญาดังกล่าวโดยการบอกล้างให้สัญญาเป็นโมฆะ โดยมีสาเหตุให้สัญญาเป็นโมฆียะดังนี้

(1) การแสดงเจตนาที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสามารถบกพร่องจึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายวางไว้เพื่อคุ้มครองความหย่อนความสามารถของบุคคลตามมาตรา 153

(2) การแสดงเจตนาที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญตามมาตรา 157

(3) การแสดงเจตนาที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกกลั่นแกล้งตามมาตรา 159

(4) การแสดงเจตนาที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกข่มขู่ตามมาตรา 164

ดังนั้น หนี้ประชาชนจะสมบูรณ์ได้ จึงต้องขึ้นอยู่กับเกิดขึ้นของสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่สมบูรณ์ เมื่อหนี้ประชาชนสมบูรณ์แล้ว ย่อมส่งผลถึงความสมบูรณ์ของหนี้อุปกรณ์ กล่าวคือ หนี้อุปกรณ์จะเป็นผลใช้บังคับได้หรือบังคับได้เพียงใด หนี้ประชาชนจะต้องสมบูรณ์เสียก่อน ดังนี้ ถ้าเป็นสัญญากู้ยืมเงินที่มีการนำบุคคลหรือทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันชำระหนี้ หนี้อุปกรณ์ เช่น สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ จะมีผลบังคับได้เพียงใด จึงต้องขึ้นอยู่กับหนี้ประชาชนตามสัญญากู้ยืมเงินที่ต้องสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

2.1.2 เป็นหนี้เงิน

หนี้ประชาชนที่สมบูรณ์อาจมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่ต้องชำระได้หลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับว่าข้อสัญญากำหนดวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่ต้องชำระเป็นเช่นไร สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ประชาชนอาจมีข้อสัญญาให้ชำระหนี้ด้วยการกระทำการ ด้วยการงดเว้นกระทำการ ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินหรือด้วยการชำระหนี้เป็นเงิน แต่หนี้ประชาชนที่จะมีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันได้นั้นจะถูกจำกัดเฉพาะหนี้ประชาชนที่มีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการชำระหนี้เป็นเงินเท่านั้น เนื่องจากหนี้เงินมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากหนี้ที่มีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างอื่น เป็นต้นว่า สภาพของหนี้เงินนั้นเปิดช่องให้บุคคลภายนอกเข้ามาชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้ ตลอดจนกฎหมายให้อำนาจเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะบังคับคดียึดทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้เงินได้ หากหนี้

ประธาน ไม่มีวัตถุประสงค์แห่งนี้เป็นหนี้เงินเช่นนี้แล้ว เจ้าหนี้หาสิทธิเช่นที่กล่าวนี้ไม่ ส่วนหนี้ประธานที่มีการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้นจะเกิดจากสัญญาลักษณะใดก็ได้ แต่โดยทั่วไปมักจะเกิดจากสัญญากู้ยืมเงินหรือสัญญาให้สินเชื่อที่สถาบันการเงินทำกับลูกหนี้ในลักษณะอื่น เช่น สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี (Overdraft) สัญญาขายลดตั๋วเงิน (Bills Discount)

2.1.3 ประเภทหนี้ประธาน

หากพิจารณาในทางเศรษฐศาสตร์ พบว่าอาจเกิดกรณีที่รายจ่ายและรายได้ของบุคคลไม่สัมพันธ์กัน กล่าวคือบางคนต้องการใช้จ่ายมากกว่ารายได้หรือทรัพยากรที่ตนมีอยู่ในปัจจุบัน ในขณะที่บางคนอาจมีทรัพยากรเหลือใช้เกินความต้องการ จึงมีโอนส่วนที่เหลือใช้ไปให้ผู้ที่มีความต้องการ จึงก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการให้สินเชื่อที่อาจอยู่ในรูปของสินค้า บริการ เงินสด ตลอดจนการลดขายตั๋วเงิน เงินเบิกเกินบัญชีจากบัญชีกระแสรายวันจากธนาคารพาณิชย์ โดยตกลงว่าจะมีการชำระคืนให้แก่เจ้าของเดิมในอนาคต ส่งผลให้การจัดสรรการใช้ทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยในทางกฎหมายอาจเรียกผู้รับทรัพยากรนั้นว่าลูกหนี้หรือผู้ซึ่งมีภาระหนี้สินเกิดขึ้น และเรียกผู้ให้ยืมทรัพยากรนั้นว่าเจ้าหนี้หรือผู้ให้สินเชื่อ² นอกจากนี้การให้กู้หรือการให้สินเชื่อนั้น แน่แน่นอนว่าผู้ให้กู้ย่อมมุ่งหวังที่จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการให้กู้เป็นดอกเบี้ยที่เป็นเงิน (Explicit Rate) ของขวัญ (Implicit Rate) หรือได้รับบรรดประโยชน์รวม (Total Rate) จากการใช้จ่ายของเขาให้มากที่สุด³

ดังนั้น สินเชื่อ (Credit) หรือหนี้สิน (Debt) แท้ที่จริงแล้วคือสิ่งเดียวกัน เพียงแต่พิจารณาจากคนละด้าน และจากการที่เงินถูกใช้เป็นมาตรฐานในการชำระหนี้ในอนาคตสินเชื่อและหนี้สินจึงเป็นพันธะที่จะต้องจ่ายเงินจำนวนที่คงที่จำนวนหนึ่ง ถ้าพิจารณาในแง่ของผู้ที่จะได้รับเงินในอนาคตหรืออำนาจในการที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นชำระเงินให้แก่เขา พันธะนั้นก็คือสินเชื่อ แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของผู้ที่มีพันธะที่จะต้องจ่ายในอนาคต พันธะนั้นคือหนี้สิน⁴

การให้สินเชื่อประเภทต่างๆ ของธนาคารพาณิชย์ก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ซึ่งสินเชื่อที่ธนาคารพาณิชย์ให้นั้นจะก่อให้เกิดหนี้ 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 หนี้ในทางการค้า

หนี้ในทางการค้า เกิดขึ้นจากภาคธุรกิจ (Business) มีความต้องการกู้ยืมเงินด้วย คาดหวังผลกำไรที่จะได้รับจากการลงทุน เพื่อวัตถุประสงค์ ดังนี้

² ทรัพย์สิน หวังเจริญรุ่ง. (2547). ทฤษฎีและนโยบายการเงิน. หน้า 46-47.

³ จรินทร์ เทศวานิช. (2545). การเงินและการธนาคาร. หน้า 71.

⁴ ชมเพลิน จันทร์เรืองเพ็ญ. (2535). เศรษฐศาสตร์การเงินและการธนาคาร. หน้า 51.

1) นำไปซื้อสินค้าคงทนหรือนำไปก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ เช่น ซื้อเครื่องจักร ก่อสร้างโรงงาน หรือเพื่อซ่อมแซมหรือทดแทนส่วนที่สึกหรอ หรือลงทุนเพิ่มขึ้นเพื่อขยายกิจการ

2) นำไปเพิ่มสินค้าคงคลัง (Inventories) เนื่องจากการผลิตทั่วไปจะต้องสำรองสินค้าคงคลังเอาไว้ตามสัดส่วนเพื่อต่อ ยอดการขายที่ได้กำหนดเอาไว้ เพื่อให้สินค้าไม่ขาดแคลน สามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้าได้ตลอดเวลา เมื่อสินค้าคงคลังลดลงนั้นเป็นการส่งสัญญาณว่าเกิดความต้องการลงทุนเพิ่มขึ้น เพื่อเพิ่มจำนวนให้ได้สัดส่วนที่ได้กำหนดไว้

3) นำไปปรับสภาพคล่องของธุรกิจให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือแก่กิจการ ทำให้ธุรกิจสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่น มักเป็นการกู้ระยะสั้นและระยะปานกลาง การกู้ประเภทนี้มักพบบ่อยในช่วงเศรษฐกิจเฟื่องฟู เนื่องจากธุรกิจมีความจำเป็นต้องใช้เงินทุนจำนวนมากมาขยายกิจการ

ประโยชน์ของหนี้ในทางการค้า ช่วยให้ผู้ประกอบการผลิตที่จำเป็นต้องการใช้วัตถุดิบ และปัจจัยอื่นๆ เป็นจำนวนมาก แต่เงินที่ผู้ประกอบการได้มาจากการจำหน่ายสินค้า หรือมีจำนวนรายได้ไม่เพียงพอที่จะใช้ในการจัดหาปัจจัยที่จำเป็นดังกล่าว จึงต้องอาศัยการกู้ยืมเงิน ฉะนั้น การกู้ยืมเงินของภาคนี้จึงส่งเสริมให้มีการลงทุนมากขึ้นส่งผลต่อการเคลื่อนย้ายเงินทุนในระบบเศรษฐกิจ รวมทั้งส่งผลต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ

ผลเสียของหนี้ในทางการค้า คือ อาจทำให้ผู้ผลิตที่ไม่มีประสิทธิภาพปิดสถานะทางการเงินและการผลิตของตนไว้ จนอาจทำให้เกิดปัญหาภายหลัง⁵ หรือบางครั้งสถาบันการเงินเห็นแก่ดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนสูงทำให้ขาดความเคร่งครัดในการวิเคราะห์สินเชื่ออันนำมาสู่หนี้เสียและหนี้สูญเป็นจำนวนมาก

ประเภทที่ 2 หนี้ในครัวเรือน

หนี้ในครัวเรือน เกิดขึ้นจากภาคครัวเรือนหรือบุคคล (Household) มีความต้องการกู้ยืมเงินมาใช้จ่ายเกี่ยวกับการบริโภคสินค้าคงทนหรืออสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีราคามากกว่ารายได้รวมและเงินออมของภาคครัวเรือน นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่มีผลต่อความต้องการ ได้แก่ การคาดคะเนเกี่ยวกับรายได้ในอนาคตว่าอาจเพิ่มขึ้น ก็อาจจะส่งผลให้ความต้องการกู้ยืมเงินเพิ่มขึ้น⁶

ประโยชน์ของหนี้ในครัวเรือน ช่วยให้มาตรฐานการครองชีพสูงขึ้น เพราะการให้สินเชื่อแบบผ่อนส่งเป็นงวดๆ ทำให้ประชาชนมีสิ่งอำนวยความสะดวกในชีวิตเพิ่มขึ้น ส่งผลให้ผู้ประกอบการผลิตสินค้าหรือการบริการเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค การจ้างงานเพิ่มขึ้นรายได้ประชาชาติเพิ่มขึ้น อันเป็นผลดีต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ

⁵ จรินทร์ เทศวานิช. เล่มเดิม. หน้า 71-72.

⁶ รพีสุภา หวังเจริญรุ่ง. เล่มเดิม. หน้า 125-126.

นอกจากนี้ หนี้ในครัวเรือน ยังช่วยให้เกิดการงอกเงยในอนาคต เช่น การกู้ยืมเงินเพื่อการศึกษาต่อ เมื่อเรียนสำเร็จก็จะมีงานทำและมีรายได้เพิ่มสูงขึ้น

ผลเสียของหนี้ในครัวเรือน คือ ประชาชนสามารถใช้จ่ายได้มากขึ้น ย่อมมีการคาดกันว่า เศรษฐกิจจะมีการขยายตัวออกไปสู่ผู้ประกอบการอาจเสี่ยงขยายการผลิตเพื่อหากำไร และทำการค้าเกินตัว ส่งผลให้ราคาสินค้าสูงขึ้น หรือในทางตรงกันข้ามถ้าไม่เกินไปตามที่คาดหมายไว้เกิดภาวะการผลิตมากเกินไป หรือเจ้าหนี้อาจจะเรียกลูกหนี้ชำระหนี้คืน ลูกหนี้จะไม่สามารถขายทรัพย์สินเพื่อให้ได้เงินมาชำระหนี้ เมื่อมีการเสนอขายสินค้ากันมากขึ้น ราคาสินค้าก็จะลดลงนำไปสู่สถานะเศรษฐกิจตกต่ำ และบางครั้งอาจทำให้ระบบเศรษฐกิจไม่มีเสถียรภาพ เนื่องจากความต้องการบริโภคมากขึ้นจะทำให้ราคาสินค้าเพิ่มขึ้น และส่งผลต่อการเพิ่มขึ้นของสถานะเงินเฟ้อ นอกจากนี้ อาจทำให้ประชาชนก่อหนี้จนเกินตัว เนื่องจากไม่รู้จักประมาณรายได้และรายจ่ายของตนเอง ตลอดจนที่สถาบันการเงินให้สินเชื่อมากเกินไปจนขาดการควบคุมทำให้ทุนสำรองไม่เพียงพอ ประชาชนผู้ฝากเงินอาจขาดความไว้วางใจต่อสถาบันการเงินดังกล่าวได้⁷

กล่าวโดยสรุป สินเชื่อทำหน้าที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านการบริโภคหรือการลงทุน การกำหนดระดับรายได้ในเศรษฐกิจ ด้วยการเอาเงินออมของเศรษฐกิจกลับเข้าสู่หารหมุนเวียนของเศรษฐกิจ กระจายการบริโภคตามความพอใจได้มากขึ้น ทั้งยังส่งเสริมให้ประหยัดทรัพยากรในเศรษฐกิจได้จากการทำให้การผลิตขนาดใหญ่เกิดขึ้นได้ในระบบเศรษฐกิจ แต่ข้อควรระวังเกี่ยวกับสินเชื่อที่สำคัญ ได้แก่ การเกิดหนี้สินในภาคครัวเรือน การเกิดหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ในภาคธุรกิจ และการเกิดเงินเฟ้อ เป็นต้น⁸

2.2 แนวคิด และความหมายของหลักประกันการชำระหนี้

แนวคิด

ปัญหาการชำระหนี้โดยทั่วไป มักเกิดจากลูกหนี้ผัดผ่อน ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามมูลหนี้ จึงเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องการความมั่นใจในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้จึงต้องการหลักประกันจากลูกหนี้เพื่อความมั่นใจว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ผัดผ่อน เจ้าหนี้อาจสามารถบังคับชำระหนี้เอาหลักประกันได้ ส่วนตัวลูกหนี้เองก็ย่อมต้องการปัจจัยในการลงทุนจากเจ้าหนี้ จึงยินยอมนำทรัพย์สินหรือบุคคลมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ไว้วางใจ และยินยอมให้เงินทุนกับลูกหนี้ต่อไป

⁷ จรินทร์ เทศวานิช. หน้าเดิม.

⁸ รพีสุภา หวังเจริญรุ่ง. เล่มเดิม. หน้า 59.

ความหมายของคำว่าหลักประกัน

คำว่า “หลักประกัน” (Security) มีการให้ความหมายต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของคำว่า “หลักประกัน” ไว้ว่า “เงินสด หลักทรัพย์ หรือบุคคลที่นำมาประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือประกันการชำระหนี้”⁹

2. Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “หลักประกัน” (Security) ไว้ว่าเป็นพันธกรณี การจำนำ การจำนอง การวางทรัพย์ สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ซึ่งให้โดยลูกหนี้เพื่อให้ความมั่นใจในการชำระหนี้ของตน โดยจัดทรัพย์สินให้ไว้กับเจ้าหนี้ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ประชาชนได้ บางครั้งก็ใช้เรียกบุคคลซึ่งเอาตัวหรือตำแหน่งเป็นหลักประกัน หรือเป็นผู้ค้ำประกันการชำระหนี้ของบุคคลที่สาม¹⁰

3. Stroud’s Judicial; Dictionary ได้ให้ความหมายว่า “(1) A”Security,” Speaking Generally is Anything the Makes the Money more Assured in is Payment or more Readily Recoverable; as Distinguished from e.g. Mere .I.O.U. Which is Only Evidence of A debt...” ซึ่งแปลความได้ดังนี้ “(1) กล่าวโดยทั่วไปแล้วหลักประกันคือสิ่งใดก็ตามที่ทำให้ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีความเป็นไปได้มากขึ้นหรือทำให้หนี้้นั้นสามารถที่จะเรียกเก็บได้โดยทันทีที่ต้องการซึ่งแตกต่างไปจากใบรับสภาพหนี้ซึ่งเป็นเพียงหลักฐานแห่งหนี้เท่านั้น”

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า “หลักประกัน” คือ สิ่งที่จะทำให้ เจ้าหนี้ผู้มีหลักประกัน มีโอกาสที่จะได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้มากกว่าเจ้าหนี้รายอื่นๆ

หลักการของกฎหมายว่าด้วยหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน

หลักของการประกันการชำระหนี้ด้วยการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันมีลักษณะโดยทั่วไป 4 ประการ¹¹ ดังนี้

⁹ ราชบัณฑิตยสถาน. (2537). พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. หน้า 538.

¹⁰ Henry Campbell. (1979). Black’s Law Dictionary. p.1622. ความว่า obligation, pledge, mortgage, deposit, lien, etc, given by a debtor in order to make sure the payment or performance of his debt, by furnishing the creditor with a resource to used in case of failure in the principal obligation. The name is also sometimes given to one who becomes surety , or guarantor for another.”

¹¹ บุญญาวิช ไทยสยาม. (2554). รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมในการนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ทางการค้ากับธนาคารพาณิชย์. หน้า 16-21.

1. ททรัพย์สินทุกประเภทของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันที่มีอยู่ไม่ว่าประเภทใด และไม่ว่าผู้ให้หลักประกันจะมีกรรมสิทธิ์อยู่แล้ว หรือจะมีในอนาคตสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นรวมทั้งทรัพย์สินที่เป็นของผู้ให้หลักประกันเองในขณะที่ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินนั้นไปเป็นหลักประกัน ทั้งนี้รวมถึงทรัพย์สินที่จะเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้หลักประกันในอนาคตซึ่งกรรมสิทธิ์ที่ผู้ให้หลักประกันจะมีในอนาคตนั้นพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญา

2. ในระหว่างที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันยังคงสามารถใช้สอยและได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเหมือนดังเช่นที่เคยใช้สอยหรือได้ประโยชน์ตามปกติทางการค้า

ระหว่างที่เจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันนำทรัพย์ของผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์ของผู้ให้หลักประกันเป็นประกันการชำระหนี้ ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันนั้นสามารถใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ตามปกติทางการค้าหรือตามวิธีปฏิบัติของลูกหนี้ เจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันจะจำกัดสิทธิในการใช้สอยทรัพย์ที่เป็นหลักประกันนั้นไม่ได้

3. เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะผู้ทรงทรัพย์สิทธิและเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันต้องได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าหนี้บุริมสิทธิ กล่าวคือเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิพิเศษมากกว่าเจ้าหนี้สามัญดังนั้นหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้เจ้าหนี้ที่ไว้ในขณะก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่นที่ทำให้เจ้าหนี้กลายเป็นเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้จากหลักประกันดังกล่าวได้ด้วยวิธีขายหลักประกันหรือวิธีอื่นใดโดยทันที สิทธินี้ถือเป็นทรัพย์สิทธิ

4. วิธีการบังคับหลักประกันต้องไม่มีความยุ่งยาก ไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย และทำได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว ไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล เว้นแต่จะเข้ากรณีที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

การบังคับหลักประกันต้องไม่มีความยุ่งยาก ไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ไม่เป็นภาระทั้งแก่รัฐและคู่สัญญา และดำเนินการได้ด้วยความเร็ว และไม่ต้องนำคดีผ่านกระบวนการทางศาล เนื่องจากการบังคับหลักประกันโดยทางศาลมีขั้นตอนและวิธีการที่ต้องใช้เวลามากทำให้เสียเวลา ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวทำให้เกิดต้นทุนที่เพิ่ม ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนทางด้านค่าใช้จ่ายที่จะต้องเพิ่มขึ้น เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ ค่าเดินทางมาศาล และทางด้านเวลา ทำให้เสียเวลามากขึ้น และขณะที่จะต้องเสียเวลาในการรอเพื่อดำเนินการตามขั้นตอนนั้นจะทำให้ทรัพย์ที่เป็นหลักประกันไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์อื่นๆ ได้เกิดการเสื่อมค่าเสื่อมราคาในทรัพย์หลักประกันขึ้น

ความหมายของหลักประกันอย่างกว้างและอย่างแคบ¹²

ภายใต้การดำเนินธุรกรรมต่างๆ ที่มีความซับซ้อนที่ปรากฏขึ้นในปัจจุบันนี้ส่งผลให้การให้คำจำกัดความของคำว่า หลักประกัน นั้นขยายขอบเขตกว้างขึ้นกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้แต่เดิม การให้นิยามความหมายของคำว่า หลักประกันจึงไม่อาจพิจารณาแค่เพียงความหมายที่บัญญัติขึ้นไว้ในตัวบทกฎหมายเท่านั้น แต่ควรพิจารณาไปถึง ความหมายของหลักประกันที่ได้รับ การยอมรับในวงการธุรกิจต่างๆ ในสังคมอีกด้วยเพื่อนำไปสู่การทำความเข้าใจมากยิ่งขึ้น และแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของการขยายวงของการยอมรับหลักประกันที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงในสภาวะการณ์ปัจจุบัน ดังนั้น การพิจารณาถึงความหมายของหลักประกันนั้น ผู้เขียนจึงขอทำการ อธิบายความหมายของหลักประกัน ทั้งในความหมายอย่างแคบและความหมายอย่างกว้าง ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้ คือ

(1) หลักประกันในความหมายอย่างแคบ

หลักประกันในความหมายอย่างแคบนั้น หมายถึง มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ ในการรับชำระหนี้ เมื่อเกิดมีการผิดสัญญาขึ้น ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) การประกันหนี้ด้วยบุคคล คือ การที่บุคคลภายนอกยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้โดยรับรองว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระให้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “ค้ำประกัน” ซึ่งเจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้แทนได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

(1.2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน คือ การเจาะจงเอาทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของบุคคลอื่น มาทำสัญญาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยเจ้าหนี้เชื่อในมูลค่าของทรัพย์สินนั้นว่าเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและทรัพย์สินนั้นเพียงพอการชำระหนี้ได้ และมีผลให้เจ้าหนี้นั้นได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญ

(2) หลักประกันในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง หลักประกันในความหมายอย่างแคบ และรวมถึงมาตรการในการควบคุมป้องกันเพื่อมิให้ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้โดยอาจอยู่ในรูปของเงื่อนไขในสัญญา เช่น การให้ลูกหนี้ดำรงสัดส่วนการถือหุ้น การห้ามลงทุน ห้ามก่อหนี้ การทำประกันภัยความเสี่ยง การทำค้ำรับรองเกี่ยวกับสถานภาพของลูกหนี้ เป็นต้น

¹² วีระพงษ์ โฉนวรรตน์. ปัญหาหลักประกันในสัญญาให้สินเชื่อสนับสนุนโครงการ. หน้า 31-32.

ลักษณะของสัญญาหลักประกันการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน อาจแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ

ลักษณะที่ 1 การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้

การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้ ได้แก่ การจำหน่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 โดยผู้จำหน่ายต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ ที่มีรูปร่างให้แก่ผู้รับจำหน่ายเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ วิธีการส่งมอบนั้นอาจเป็นส่งมอบโดยชัดแจ้งหรือด้วยวิธีการใดๆ เพื่อให้ทรัพย์สินจำหน่ายอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ผู้รับจำหน่าย ซึ่งเรียกว่าเป็นการส่งมอบการครอบครองโดยปริยายก็ได้ เช่น จำนำสิ่งของที่เก็บไว้ในสถานที่แห่งหนึ่งอาจส่งมอบด้วยการมอบกุญแจของสถานที่เก็บสิ่งของเหล่านั้นให้เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่าย¹³ เมื่อผู้รับจำหน่ายได้ครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งเป็นหลักประกันภายใต้อารักขาของตนเองแล้วก็ถือว่าเป็นการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้ถึงการประกันหนี้ที่มีต่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว

กรณีการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสารตาม มาตรา 750 นั้น กระทำได้โดยส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับจำหน่าย ทั้งได้บอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำหน่ายแก่ลูกหนี้แห่งสิทธิด้วย และความหมายของทรัพย์สินที่เป็นสิทธิซึ่งมีตราสารนั้น ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์อาจแบ่งได้ดังนี้

1) ต้องเป็นตราสารที่ใช้แทนทรัพย์สิน หรือเป็นตัวสิทธิ¹⁴

สิทธิซึ่งมีตราสารในความเห็นของฝ่ายนี้ หมายถึง ตราสารที่แสดงสิทธิในตัวทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อได้พิจารณาข้อความในตราสารจะสามารถเห็นได้ว่า เป็นการรับรองความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ระบุไว้ในตราสารฉบับนี้ และเป็นตราสารที่สามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้ เช่น ใบตราส่งสินค้า ใบรับของคลังสินค้า ใบประทวนสินค้า ซึ่งการส่งมอบตราสารในลักษณะนี้เท่ากับส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่ตราสารนั้นแทนอยู่ (ตราสารที่ใช้แทนทรัพย์สินหรือเป็นตัวสิทธิ) หรือตัวเงินซึ่งตัวตราสารเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดสิทธินั้น หากตราสารเหล่านี้หลุดมือไปหรือถูกทำลายไปก็ย่อมทำให้สิทธิของผู้ทรงตราสารหมดสิ้นไปชั่วคราวจนกว่าจะได้มีการออกตราสารแห่งสิทธินั้นใหม่ แต่เอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งหนี้ (หลักฐานแห่งการฟ้องคดี) เช่น หนังสือสัญญากู้ยืม หรือหนังสือสัญญาซื้อขายทรัพย์สินธรรมดา หากใช้ตราสารในความหมายตามมาตรา 750 นี้

¹³ สุดา วิสชุดพิชญ์. (2542). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ. หน้า 115-116.

¹⁴ เสนีย์ ปราโมช. (2512). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ. หน้า 160-161.

เหตุผลของนักนิติศาสตร์แนวนี้มีดังนี้

(1) เนื่องมาจากการจำหน่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 ที่บัญญัติให้ต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่าย ซึ่งสังหาริมทรัพย์บางอย่างมีจำนวนมาก เช่น สินค้าที่มีอยู่ในโกดัง เป็นต้น ทำให้ไม่สะดวกในการนำมาส่งมอบแก่ผู้รับจำหน่าย กฎหมายจึงยอมให้จำหน่ายตราสารได้ ถ้าหากสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้จำหน่ายมีตราสารแทนสังหาริมทรัพย์อยู่ในมือก็สามารถส่งมอบตราสารนั้นแทนทรัพย์สินที่จำหน่ายได้ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว¹⁵

(2) หากยอมให้นำสิทธิเรียกร้องต่างๆ ไปจำหน่ายกันได้ เช่น สิทธิตามสัญญากู้ยืมเงิน ผู้รับจำหน่ายย่อมไม่อาจบังคับจำหน่ายเอาจากผู้กู้ให้ใช้ได้ หรือในกรณีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ผู้รับจำหน่ายย่อมไม่อาจบังคับจำหน่ายโดยเรียกให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายได้ เพราะผู้รับจำหน่ายในขณะที่ทำสัญญาไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับผู้กู้ตามสัญญากู้ยืมหรือผู้ขายตามสัญญาซื้อขายแต่อย่างใด¹⁶

2) ตราสาร คือ เอกสารหลักฐานที่ทำขึ้นเพื่อแสดงถึงสิทธิเรียกร้อง¹⁷

กล่าวคือ มีเอกสารเป็นหลักฐานแสดงถึงสิทธิเรียกร้องต่างๆ ไป เอกสารดังกล่าวได้ทำขึ้นตามแบบที่กำหนดไว้ ก็ถือว่าเป็นตราสารตามความหมายของมาตรา 750 แล้ว เช่น สัญญากู้เงิน หรือการรับฝากเงิน เป็นต้น

ลักษณะที่ 2 การประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน¹⁸

วิธีการประกันหนี้ในรูปแบบนี้ หมายถึง การจดทะเบียนตราทรัพย์สินไว้เป็นประกันหนี้ (Registration of the Security Interest) อันได้แก่ การทำสัญญาจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 เป็นสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งตกลงกับเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินของตนเองมาเป็นหลักประกันทรัพย์สินที่จะนำมาจำนอง ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนแล้วตามมาตรา 703 ส่วนการจำนองตามมาตรา 702 ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้รับจำนองหากได้ทำตามแบบคือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วสัญญาจำนองก็เป็นอันสมบูรณ์ ทั้งนี้การจดทะเบียนตราทรัพย์สินเป็นประกันหนี้เป็นการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้ถึงสถานะของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อป้องกันตัวทรัพย์สินเอง และบุคคลที่สามที่เข้ามา

¹⁵ เสนีย์ ปราโมช, เล่มเดิม, หน้า 1280-1281.

¹⁶ นวรัตน์ กลิ่นรัตน์, (2534), *จำหน่ายตราสาร*, หน้า 20.

¹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, (2523), “สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและดอกเบี้ย,” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, ปีที่ 5, ฉบับที่ 3, หน้า 89-91.

¹⁸ อภิรติ พิบูลภาณุวัฒน์, (2546), *การพัฒนากฎหมายหลักประกัน*, หน้า 13-14.

เกี่ยวข้องกับทะเบียน และประโยชน์ที่ผู้จ้างจะได้รับจากการประกันวิธีนี้ คือ ใ้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินด้วย

ลักษณะที่ 3 การให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกันนี้¹⁹

เนื่องจากรูปแบบของการส่งมอบการครอบครองและจดทะเบียน มีข้อจำกัดสำหรับทรัพย์สินบางประเภทที่นำมาประกันนี้ ดังนั้น จึงมีการนำเอากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันนี้ โดยที่ลูกหนี้ยังสามารถครอบครองและใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ ดังนี้ การให้กรรมสิทธิ์เป็นหลักประกันอาจแยกได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1) ลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เจ้าก่อนเพื่อยึดหน่วง และมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์คืนให้แก่ลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว และลูกหนี้ก็ยังครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้น ต่อไปได้ถ้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงกับเจ้าหนี้ลูกหนี้ก็ไม่สามารถไถ่ถอนเอากรรมสิทธิ์คืนกลับไปได้ เช่น สัญญาขายฝาก เป็นต้น

2) เจ้าหนี้เป็นเจ้าของทรัพย์สินและโอนการครอบครองให้ลูกหนี้ แต่มีเงื่อนไขว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังลูกหนี้ จนกว่าลูกหนี้จะชำระราคาทรัพย์สินครบถ้วนแล้ว เช่น สัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขาย ที่มีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ เป็นต้น

2.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

กฎหมายแทบจะทุกประเภทในโลก มีรากฐานเริ่มต้นมาจากกฎหมายโรมัน โดยหลักกฎหมายของโรมันที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน มี 3 ประเภท ได้แก่

ประเภทที่ 1 แบบ Fiducia หรือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นประกัน

เป็นการรักษาทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน (Domonium Fuduciatruim) ซึ่งเป็นการส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันส่งมอบได้ยาก และเป็นการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้แบบพิธีการ คือ การยกทรัพย์สินต่อหน้าไพรเตอร์ (Mancipatio)²⁰ หรือ (Iniure Cessio)²¹ ซึ่งเป็นที่นิยมในหมู่เจ้าหนี้ เนื่องจากเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้หนักแน่นมาก แต่หลักการดังกล่าวก็ถูกเลิกใช้ในช่วงปลายสมัยจักรวรรดิ เนื่องจากพิธีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยุ่งยาก

¹⁹ แหล่งเดิม.

²⁰ ประชุม โจนฉาย. (2546). *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*. หน้า 197.

²¹ ปิตักุล จีระมงคลพาณิชย์. (2547). *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน การนำสิทธิเรียกร้องเป็นหลักประกันการชำระหนี้*. หน้า 14.

ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักของ Fiducia มีลักษณะเหมือนกับการขายฝากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 ซึ่งบัญญัติว่า อันว่าขายฝากนั้น คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้

ประเภทที่ 2 แบบ Pignus หรือ การส่งมอบทรัพย์สินเป็นประกัน

หลักประกัน แบบ Pignus พัฒนาการมาจากการรักษาทรัพย์สินแบบ Fiducia เป็นหลักประกันที่ลูกหนี้ไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้เพียงส่งมอบหรือสละการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เท่านั้น โดยที่ลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอยู่ และลูกหนี้มีสิทธิจะได้รับทรัพย์สินดังกล่าวคืน เมื่อทำการชำระหนี้คืนแก่เจ้าหนี้แล้ว อย่างไรก็ตาม จุดประสงค์โดยเคร่งครัดดั้งเดิมของหลักประกันแบบนี้ คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีรูปร่าง อันอาจโอนกรรมสิทธิ์แก่เจ้าหนี้ได้ หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ต่อมาจึงได้มีการขยายขอบเขตของหลักประกันว่าให้รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น (Iura Inre Aliena) เช่น ภาระจำยอม หนี้ที่ค้างชำระจากผู้อื่น และทรัพย์สินในอนาคตและดอกผลที่ยังไม่ได้เกิดขึ้นด้วย²² เป็นต้น ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า หลักประกันแบบ Pignus มีลักษณะเดียวกับการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747²³

อย่างไรก็ดี ตามหลักประกัน แบบ Pignus นั้น ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามสัญญาต่างก็มีหน้าที่ดังนี้²⁴

เจ้าหนี้ (ผู้รับจำนำตามสัญญา Pignus) มีหน้าที่ดังนี้

1. ต้องทำให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนสู่สภาพเดิมเมื่อหนี้ได้ถูกชำระ
2. ถ้าหากทรัพย์สินที่จำนำถูกขาย ต้องทำให้ส่วนที่เหลือกับคืนสู่สภาพเดิม (ถ้ามี) ภายหลังชำระหนี้แล้ว
3. ต้องดำเนินการดูแล การเก็บเกี่ยวดอกผลด้วยความระมัดระวัง (Exacta Diligentia) กล่าวคือ ต้องเก็บเกี่ยวดอกผลของทรัพย์สินนั้น (ถ้ามี) แล้วใช้ชำระดอกเบี้ยก่อนแล้วจึงชำระเงินต้น แต่คู่สัญญาอาจตกลงให้เจ้าหนี้เก็บเกี่ยวดอกผลเป็นดอกเบี้ยก็ได้
4. ในกรณีจำนำสังหาริมทรัพย์ตามปกติ เจ้าหนี้จะใช้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้เว้นแต่ข้อกำหนดในสัญญาจะยอมให้ใช้ได้ ถ้าเจ้าหนี้นำไปใช้โดยไม่สุจริตจะมีความผิดฐานลักทรัพย์

²² ประชุม โฉมฉาย. เล่มเดิม. หน้า 198.

²³ แหล่งเดิม. หน้า 15.

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 15-16.

ลูกหนี้ (ผู้จำนำ) ตามสัญญา Pignus มีหน้าที่ ดังนี้

1. จ่ายค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ได้จ่ายเพื่อความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินจำนำ เช่น ค่ารักษาพยาบาล²⁵
2. ค่าชดเชยและค่าเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับเพราะการกระทำของทรัพย์สินที่จำนำ ถ้าลูกหนี้รู้ควรรู้ถึงคุณสมบัติที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้ เช่น ลูกหนี้จำนำทาสซึ่งควรรู้ได้ว่าชอบขโมยของ เป็นต้น
3. จ่ายค่าเสียหายหากจำนำทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของลูกหนี้ และทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกันไป

นอกจากนี้ เมื่อเจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินนั้นก็ยังมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างดี หากเจ้าหนีปฏิบัติต่อทรัพย์สินไม่ถูกต้อง สัญญาที่ระงับ เช่น ในกรณีที่เจ้าหนี้นำทาสไปค้าประเวณีหรือกระทำการอันเป็นที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงแล้ว หลักประกัน Pignus จะระงับไปในทันที แต่เจ้าหนี้มีสิทธิจะได้รับค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการดูแลทรัพย์สินนั้นด้วยประเภทที่ 3 แบบ Hypotheca หรือการตกลงให้ทรัพย์สินเป็นประกัน

เป็นรูปแบบการให้หลักประกันที่เป็นคุณค่าแก่ลูกหนี้มากที่สุด กล่าวคือ เป็นการที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์และการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ ซึ่งลูกหนี้จะยังคงมีกรรมสิทธิ์และครอบครองทรัพย์สินนั้น เพื่อใช้ประโยชน์ต่อไปได้ แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้จะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันที ดังนั้น ในระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีทั้งกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าว การประกันลักษณะนี้เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ เนื่องจากลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอันเดียวกันนี้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนีรายอื่นได้ แต่ในการบังคับทรัพย์สิน เจ้าหนีรายใดที่ก่อ Hypotheca ก่อนจะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ที่เป็นผู้จดทะเบียนทีหลังได้ โดยลูกหนี้มีหน้าที่แจ้งต่อผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้ให้ทราบถึงการมี Hypotheca ก่อนนั้นแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าหลักเรื่องของ Hypotheca เหมือนกับการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702

2.4 รูปแบบการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

ปัจจุบันทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจ เพราะสังหาริมทรัพย์บางประเภทมีมูลค่าสูง ไม่น้อยไปกว่า ทรัพย์สินประเภท ที่ดิน ซึ่งเป็น

²⁵ สมัยก่อนทาสเป็นทรัพย์สินซึ่งปัจเจกบุคคลโดยทั่วไปสามารถมีกรรมสิทธิ์เหนือทาสได้ ดังนั้นแล้วทาสจึงสามารถนำมาจำนำได้.

อสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ จึงเป็นส่วนสำคัญในการค้าพาณิชย์ในปัจจุบัน

ความหมายของ สังหาริมทรัพย์

สังหาริมทรัพย์ ซึ่งหมายความว่าทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย²⁶ ซึ่งสังหาริมทรัพย์นำมาใช้เป็นหลักประกันได้ โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท

1. สังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง เช่น แหวน สร้อยคอ โทรท์สน์ เป็นต้น
2. สิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ อันได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ในสังหาริมทรัพย์ บุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ จำนำ สิทธิในหุ้นส่วน สิทธิยึดหน่วง ลิขสิทธิ์ และสิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น
3. สังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิทธิซึ่งมีตราสาร เช่น ตั๋วเงิน พันธบัตร ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ ประทวนสินค้า ใบตราส่ง เป็นต้น

สิทธิที่มีตราสาร หมายความว่า สิทธิของผู้ทรงที่มีอยู่ในตราสาร ซึ่งมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ โดยมีลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือมีผู้ใช้เงินตามตราสารนั้น ตราสารดังกล่าวจะเป็นเอกสารแทนตัวทรัพย์สินหรือตัวเงิน และสามารถโอนกันได้ด้วยวิธีการของตราสารนั้นๆ การนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ตามกฎหมายไทย มี 3 ประเภท

2.4.1 สัญญาจำนอง

สังหาริมทรัพย์ที่นำมาจำนองได้ ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 ได้แก่

1. เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
เรือ หมายความว่า ยานพาหนะทางน้ำทุกชนิด ไม่ว่าจะใช้เพื่อบรรทุกทุกลำเลียง โดยสาร ลาก จูง ดัน ยก ชุดหรือลอก รวมทั้งยานพาหนะ ใช้อื่นที่สามารถใช้น้ำได้ ทำนองเดียวกัน²⁷
2. แพ
แพ หมายความว่ารวมตลอดถึง โป๊ะ อุบลอย และสิ่งลอยน้ำอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน²⁸
3. สัตว์พาหนะ
สัตว์พาหนะ หมายถึง ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อ ลา ซึ่งได้ทำหรือต้องทำตัวรูปพรรณ (เอกสารแสดงลักษณะลักษณะพื้นฐานโดยเฉพาะของสัตว์พาหนะ)²⁹ เมื่อถึงเกณฑ์ดังนี้

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140.

²⁷ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3.

²⁸ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 มาตรา 3.

- (1) ช้างที่อายุย่างเข้าปีที่ 8
 - (2) สัตว์อื่นนอกจากโคตัวเมีย มีอายุย่างเข้าปีที่ 6 หมายความว่า หากเป็นม้า โคน กระบือ ล่อ ลา เมื่ออายุย่างเข้าปีที่ 6
 - (3) สัตว์ใดได้ใช้ขับจี้ ลาก เ็น หรือใช้งานแล้ว แม้ว่าอายุจะต่ำกว่าที่กำหนดไว้ ก็ถือว่าอยู่ในเกณฑ์ที่จะต้องทำตัวรูปพรรณแล้ว
 - (4) สัตว์ใดที่มีอายุย่างเข้าปีที่ 4 เมื่อจะนำออกนอกราชอาณาจักร
 - (5) โคตัวเมียที่อายุย่างเข้าปีที่ 6 เมื่อจะทำการโอนกรรมสิทธิ์²⁹
4. สंहारิมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ เพื่อให้สามารถนำทรัพย์มาจำนองได้มากประเภทขึ้น ซึ่งมีดังนี้
- (1) เครื่องจักร ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514
- เครื่องจักร หมายความว่า สิ่งประกอบด้วยชิ้นส่วนหลายชิ้นสำหรับใช้ก่อกำเนิดพลังเปลี่ยนหรือแปลงสภาพพลังงาน หรือส่งพลังงาน ทั้งนี้ด้วยกำลังน้ำ ไอน้ำ เชื้อเพลิง ลม ก๊าซ ไฟฟ้า หรือพลังงานอื่นอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน และหมายความรวมถึงอุปกรณ์ไฟสวิตช์ ปลุกเล สายพาน เพลา เกียร์ หรือสิ่งอื่นที่ทำงานสนองกัน³¹
- เครื่องจักรที่นำไปจำนองได้ต้องมีการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เสียก่อน เมื่อจดทะเบียนแล้วให้ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้³²
- (2) เรือเดินทะเล ตามพระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537
- เรือ หมายความว่า เรือขนาดตั้งแต่ 60 ตันกรอสขึ้นไปที่เดินด้วยเครื่องจักรกลไม่ว่าจะใช้กำลังอื่นหรือไม่ก็ตาม และเป็นเรือที่มีลักษณะสำหรับใช้ในทะเลตามกฎหมายข้อบังคับการตรวจเรือที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทย³³
- การจำนองเรือให้บังคับตามบทบัญญัติแห่ง พระราชบัญญัตินี้ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ใช้บังคับก็การจำนองเรือตาม พระราชบัญญัตินี้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้³⁴

²⁹ พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 มาตรา 4.

³⁰ พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 มาตรา 8.

³¹ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 มาตรา 3.

³² พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 มาตรา 5.

³³ พระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 มาตรา 4.

³⁴ พระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 มาตรา 7.

(3) รถยนต์

รถ หมายความว่า รถยนต์ รถจักรยานยนต์ รถพ่วง รถบดถนน รถแทรกเตอร์ และรถอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง³⁵

รถยนต์ที่จดทะเบียนแล้ว รถพ่วง รถบดถนน และรถแทรกเตอร์ที่จดทะเบียนแล้วให้เป็นทรัพย์สินประเภทที่จำนองเป็นประกันหนี้ได้ตามกฎหมาย³⁶

หลักเกณฑ์ของการจำนอง³⁷

การจำนอง เป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยการจดทะเบียนตราทรัพย์สินไว้เป็นประกันซึ่งผู้จำนองยังสามารถครอบครองใช้สอยทรัพย์สินที่จำนองได้ตามปกติ และเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้นิยมใช้มากที่สุดเนื่องจากเจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ทั้งนี้ การจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) จำนองต้องมีสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้จำนอง” เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้รับจำนอง” เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

ตามคำจำกัดความของการจำนองที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702 ดังกล่าว สามารถพิจารณาได้ว่าการจำนองเป็นสัญญาระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง สัญญานี้เป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ซึ่งจะต้องมีสัญญาประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้³⁸ และเป็นหนี้ที่มีการระบุจำนวนเงินไว้เป็นจำนวนแน่นอนตายตัว หรือจำนวนสูงสุดที่จะเป็นหนี้ในอนาคตและเมื่อเจ้าหนี้ประสงค์จะให้เกิดความมั่นใจหนี้หลักของตนว่าจะได้รับการชำระคืนเงินสิ้นเชิง³⁹ เจ้าหนี้ก็จะเรียกให้มีการประกันหนี้หลักนั้น คือ “หนี้อุปกรณ์ หรือสัญญาอุปกรณ์” เพื่อเป็นหลักประกันในการปฏิบัติชำระหนี้ของหนี้ประธาน⁴⁰

³⁵ พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 มาตรา 4.

³⁶ พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 มาตรา 17/1.

³⁷ อภิวิติ พิบูลภาณุวัชรน์. (2546). การพัฒนากฎหมายหลักประกัน. หน้า 49-50.

³⁸ สุรพล วิเศษ โกสิน. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบูรณสิทธิ. หน้า 79.

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 80.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 81.

สัญญาอุปกรณ์ที่เกิดจากการจำนองนี้เป็นการนำเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ประชาชนซึ่งเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์ โดยที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้ครอบครอง ลูกหนี้ประชาชนหมายถึงลูกหนี้ ชั้นต้น ลูกหนี้อุปกรณ์หมายถึง ลูกหนี้ผู้จำนอง และหนี้อุปกรณ์ย่อมระงับสิ้นไปเมื่อหนี้ประชาชนระงับไป ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2004/2526 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเมื่อหนี้ตามสัญญากู้เป็นหนี้ประชาชน และหนี้ตามสัญญาจำนองเป็นหนี้อุปกรณ์หนี้ทั้งสองประเภทจึงอาจแยกเป็นส่วนออกต่างจากกันได้ โดยอำนาจแห่งมูลหนี้โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญากู้หรือตามสัญญาจำนองก็ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 มิได้บังคับว่า โจทก์มีสิทธิฟ้องบังคับจำนองได้แต่ทางเดียว

(2) ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินในขณะที่จำนองด้วย

(3) สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน

สัญญาจำนองย่อมก่อให้เกิดทรัพย์สินเหนือตัวทรัพย์สินจำนอง⁴¹ ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินในอันที่จะบังคับเอาแต่ตัวทรัพย์สินได้โดยตรง ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดังนี้

ก. ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธินั้นยกขึ้นอ้างแก่บุคคลได้ทั่วไป⁴² แม้ทรัพย์สินซึ่งจำนองจะถูกโอนไปหรือถูกขายต่อไปให้กับบุคคลภายนอกหรือไม่ทรัพย์สินนั้น จะตกไปอยู่กับผู้ใด

ข. ทำให้สิทธิจำนองเป็นสิทธิที่ไม่มีเวลาสิ้นสุด ไม่มีอายุความ⁴³ ทำให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องแม้หนี้ประชาชนจะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตามผู้รับจำนองจะเรียกเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเกินกว่าห้าปีไม่ได้

การบังคับจำนอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การบังคับจำนองมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) การดำเนินการของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิตามกฎหมายกล่าวคือ⁴⁴

ก. การบังคับจำนองด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาด

⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3332/27.

⁴² เสนีย์ ปราโมช. (2512). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)*. หน้า 511-512.

⁴³ พจน์ บุญปกม. (2540). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ, สิทธิค้ำหน่วงและบูรณสิทธิ*. หน้า 27.

⁴⁴ สุรพล วิเศษโกสิน . เล่มเดิม. หน้า 37.

ข. การบังคับจำนองด้วยวิธีการเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 และมาตรา 729 ทั้งนี้ โดยจะได้พิจารณาเป็นลำดับดังนี้

(ก) การบังคับจำนองด้วยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง

การบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 728 กล่าวคือ เมื่อหนี้ของลูกหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้และถ้าลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ผู้รับจำนองประสงค์จะบังคับจำนองก็ต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระภายในกำหนดเวลาอันสมควร ซึ่งได้กำหนดไว้ในหนังสือบอกกล่าวนั้น⁴⁵ ถ้าลูกหนี้หรือผู้จำนองไม่ชำระหนี้หรือไม่ขอไถ่ถอนจำนองผู้รับจำนองจึงมีสิทธิฟ้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยึดทรัพย์จำนองและขายทอดตลาด เพื่อนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตน โดยวิธีการยึดทรัพย์

(ข) การบังคับจำนองโดยฟ้องขอให้เอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 729 ดังต่อไปนี้

1. ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี
2. ผู้จำนองมิได้แสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ
3. ไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันดังจะเห็นได้ว่าหากผู้รับจำนอง ไม่ประสงค์จะบังคับจำนองด้วยวิธีการขายทอดตลาดก็ย่อมจะสามารถเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของตนได้ แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 729 ดังที่กล่าวมาข้างต้น

(2) ข้อสังเกตเกี่ยวกับการบังคับจำนอง

ก. การบังคับจำนองด้วยวิธีการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองตามมาตรา 729 นี้ คือต้องฟ้องคดีต่อศาล

ข. การฟ้องคดีเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองเป็นการบังคับจำนองเช่นเดียวกับการบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง ดังนั้น ก่อนฟ้องคดีผู้รับจำนองต้องมิจดหมายบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728⁴⁶

⁴⁵ สุตา วิสสุตพิชญ์. (2542). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ. หน้า 48.

⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2500.

ค. การที่ผู้รับจ้างจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเอาทรัพย์สินที่จ้างหลงเหลือเป็นสิทธิของตนได้นั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขครบถ้วนทั้งสามประการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729 (1) (2) (3)

ง. เงื่อนไขตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 729 (2) ที่ว่า “ผู้จ้างมิได้แสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ” นั้น เป็นหน้าที่นำสืบของผู้จ้าง ถ้านำสืบไม่ได้ศาลก็จะพิพากษาให้ทรัพย์สินที่จ้างนั้นหลงเหลือเป็นสิทธิของผู้รับจ้างไม่ได้

การกระทำที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อการบังคับจ้าง

ในการจ้างนั้นผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่จ้างก่อนเจ้าหนี้สามัญ ผู้จ้างมีหน้าที่ในการที่จะต้องไม่ทำให้สิทธิในการบังคับจ้างถูกกระทบกระเทือนด้วยการทำให้ทรัพย์สินที่จ้างเสื่อมราคาลง โดยเฉพาะการจดทะเบียนทรัพย์สินใดๆ เหนือทรัพย์สินนั้นอันเป็นที่เสียหายแก่สิทธิของผู้รับจ้างในเรื่องนี้มีบทบัญญัติในมาตรา 722 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ว่า “ถ้าทรัพย์สินที่ได้จ้างแล้ว และภายหลังที่จดทะเบียนจ้างมีการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพย์สินอย่างอื่น โดยผู้รับจ้างมิได้ยินยอมด้วยไซ้ ท่านว่าสิทธิจ้างยอมเป็นใหญ่กว่าภาระจำยอมหรือทรัพย์สินอย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจ้างในเวลาบังคับจ้างก็ให้ลบลบสิทธิดังกล่าวนี้เสียจากทะเบียน”

การจ้างเป็นการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จ้าง เมื่อจะรับจดทะเบียนจ้าง ผู้รับจ้างย่อมพิจารณาแล้วว่าทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าครอบคลุมจำนวนหนี้ของลูกหนี้ตามสัญญาประธานแล้ว หากผู้จ้างทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่ผู้รับจ้างก็ขอให้ลบลบสิทธินั้นออกจากทะเบียนได้⁴⁷

การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นการทำให้เสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจ้างในเวลาบังคับจ้างอันทำให้ผู้รับจ้างลบลบสิทธิดังกล่าวออกเสียจากทะเบียนได้นั้น คือการจดทะเบียนภาระจำยอมหรือการจดทะเบียนทรัพย์สินอย่างอื่น ผู้รับจ้างจะใช้สิทธิเพิกถอนภาระจำยอมหรือทรัพย์สินที่ผู้จ้างก่อให้เกิดขึ้นตามมาตรา 722 ได้เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ดังนี้คือ⁴⁸

(1) เมื่อมีการจดทะเบียนจ้างแล้ว ปรากฏว่าทรัพย์สินจ้างไม่ได้เป็นของผู้จ้าง

(2) ภายหลังจดทะเบียนจ้างแล้ว ผู้จ้างได้ไปจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพย์สินอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินที่จ้างนั้น

⁴⁷ พจน ุชปาคม. เล่มเดิม. หน้า 42.

⁴⁸ สุดา วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 42.

(3) การขอให้ลบสิทธินั้น ผู้รับจำนองจะขอให้ลบได้เมื่อมีการบอกกล่าวบังคับจำนอง⁴⁹ ผู้ซื้อทรัพย์สินจำนองในการขายทอดตลาดจะไม่สามารถใช้ทรัพย์สินดังกล่าวได้ต้องรอจนกระทั่งสัญญาเช่าครบกำหนด ทำให้ทรัพย์สินที่จำนองเสื่อมราคาไม่ผิดอะไรกับการจดทะเบียนทรัพย์สิน⁵⁰ ผู้รับจำนองจะขอให้ลบสิทธิออกจากจดทะเบียนไม่ได้⁵¹ เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 722 เนื่องจากการเช่าเป็นบุคคลสิทธิการที่ผู้ซื้อทอดตลาดได้ไปซึ่งทรัพย์สินก็ย่อมมีสิทธิการเช่าติดไปด้วยย่อมจะได้ไปซึ่งค่าเช่าของทรัพย์สินนั้น

ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองย่อมระงับไปเมื่อมีเหตุดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อหนี้ที่เป็นประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นที่มีสาเหตุแห่งอายุความ
- (2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ
- (3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น
- (4) เมื่อถอนจำนอง
- (5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง
- (6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด

2.4.2 สัญญาจำนำ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเรื่อง “การจำนำ” ไว้ตั้งแต่มาตรา 747 ถึงมาตรา 769 ซึ่งทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่สามารถนำมาจำนำได้ การจำนำทรัพย์สินต้องส่งมอบการครอบครองและการจำนำสิทธิที่มีตราสาร จะได้พิจารณาดังนี้

- 1) การจำนำทรัพย์สินต้องมีการส่งมอบการครอบครอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของการจำนำไว้ในมาตรา 747 ความว่า “อันว่าจำนำนั้นคือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า “ผู้จำนำ” ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้รับจำนำ” เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้” ผู้จำนำต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ การส่งมอบการครอบครองจึงเป็นสาระสำคัญและถือเป็นแบบแห่งสัญญาจำนำ เพราะสิทธิจำนำนั้นเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมายจึงเป็นทรัพย์สิน มิได้

⁴⁹ พจน บุษปาคม. เล่มเดิม. หน้า 81.

⁵⁰ สุดา วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 79.

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 81.

ก่อตั้งขึ้น โดยสัญญาหรือข้อตกลง ดังจะเห็นได้ว่าคู่สัญญาจะตกลงกันทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือจะทำเป็นสัญญาหรือข้อตกลงก็ได้ แต่ถ้ามิได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการจำนำตามกฎหมาย เพราะกฎหมายมุ่งถึงผลแห่งการใช้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกัน คือให้เจ้าหนี้มีอำนาจที่จะบังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยการนำทรัพย์สินไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ซึ่งการที่บังคับตามสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องมีตัวทรัพย์สินมารองรับการใช้สิทธิดังกล่าว⁵²

จึงเห็นได้ว่า หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ความครอบครองของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็ย่อมไม่มีสิทธิเพราะไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินใดๆ เหนือทรัพย์สินที่จำนำ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่าด้วยการระงับสิ้นไปแห่งการจำนำในมาตรา 769 (2) จำนำย่อมระงับสิ้นเมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนไปสู่การครอบครองของผู้จำนำแต่ในส่วนของการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำคู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินที่จำนำไว้ได้ตามมาตรา 749 ในการส่งมอบนั้นสามารถกระทำได้โดยการโอนการครอบครอง จึงนำหลักเรื่องการโอนการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 และ 1379⁵³ มาใช้ในเรื่องการส่งมอบการครอบครองด้วย โดยเทียบเคียงกับความหมายของการส่งมอบการครอบครองตามมาตรา 2 ของ Bill of Exchange Act 1882 ของอังกฤษซึ่งบัญญัติว่า “Delivery Means Transfer of Possession, Actual or Constructive from one Person to Another” ซึ่งแปลความได้ว่า คำว่า “การส่งมอบ” หมายความว่า การโอนการครอบครองโดยตรงหรือโดยปริยายจากบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง และการครอบครองนั้นคือ การแสดงกริยาอาการยึดถือหรือหวงกันไว้เพื่อตนเอง⁵⁴

นอกจากนั้น การส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวต้องกระทำโดยการแสดงเจตนาเพื่อใช้เป็นหลักประกันในการชำระหนี้ด้วย เช่น ก. กู้เงิน ข. ต่อมากิจธุระจึงฝากรถยนต์ไว้กับ ข. กรณีนี้มีใช้เป็นการจำนำ⁵⁵ ดังนั้น การจำนำต้องมีหนี้ประธานก่อน แล้วจึงมีการตกลงส่งมอบทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น สัญญาจำนำจึงต้องเป็นสัญญาอุปกรณ์ ซึ่งหากหนี้ประธานสิ้นผลหรือระงับไปไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตามการจำนำซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็ต้องระงับไปด้วย แม้ว่าผู้รับจำนำจะยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำคืนให้แก่ผู้จำนำก็ตาม สิทธิที่ผู้รับจำนำมีอยู่เหนือ

⁵² อภิรติ พิบูลกานวรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 62.

⁵³ มาตรา 1378 บัญญัติว่า “การโอนไปซึ่งการครอบครองนั้นย่อมทำได้ โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง”

⁵⁴ ประมวล สุวรรณสร. (2514). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. หน้า 79.

⁵⁵ ชุมพล จันทราทิพย์. (2537). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพฯ, หน้า 84.

ทรัพย์สินนั้นก็สิ้นสุดลง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 169 (1) ว่าจำหน่ายอรรถลับสิ้นไปเมื่อหนี้ซึ่งจำหน่ายเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่นอันมิใช่เพราะเหตุแห่งอายุความ

ทรัพย์สินที่จำหน่ายต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งคำว่า “สังหาริมทรัพย์” ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140 ว่า “สังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย” เมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของสัญญาจำหน่ายในประการแรกดังกล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าการจำหน่ายต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้ตามความหมายของคำว่า “การส่งมอบ” และ “การครอบครอง” ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว จึงจะก่อให้เกิดสิทธิจำหน่ายขึ้นตามกฎหมาย ดังนั้นสังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาจำหน่ายได้ตามมาตรา 747 จะต้องสามารถส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้ได้ด้วยคือ เจ้าหนี้สามารถยึดทรัพย์สินไว้ได้การส่งมอบจึงไม่อาจกระทำได้ด้วยเพียงการแสดงเจตนาต่อกัน ดังนั้นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างจึงเป็นทรัพย์สินที่โดยสภาพไม่อาจส่งมอบให้แก่กันได้แม้จะรวมอยู่ในความหมายของสังหาริมทรัพย์ผู้วิชัยมีความว่าไม่สามารถจำหน่ายได้ตามมาตรา 747 เพราะการจำหน่ายตามมาตรา 747 จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่ายด้วยสัญญาจำหน่ายจึงจะสมบูรณ์

2) สัญญาจำหน่ายเป็นสัญญาอุปกรรมแห่งหนี้ ซึ่งทำให้เกิดภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเจ้าหนี้มีสิทธิยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น แม้ว่าในบทบัญญัติเรื่องการจำหน่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติว่าเจ้าหนี้จำหน่ายมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน เจ้าหนี้สามัญเหมือนเจ้าหนี้จำนองก็ตาม ท่านว่าผู้รับจำหน่ายอรรถลับมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกับผู้ทรงบุริมสิทธิในลำดับที่หนึ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278 นั้น ซึ่งมาตรา 251 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ผู้ทรงบุริมสิทธิ” ไว้ว่า “ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้ อันค้ำชำระแก่ตนจากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ โดยนัยดังที่บัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น “ดังนั้นจึงทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้น ก่อนเจ้าหนี้อื่นเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง แต่โดยที่การยึดถือครอบครองทรัพย์สินของผู้รับจำหน่ายนั้น มิใช่การยึดถือในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายจึงมีหน้าที่ที่จะต้องสงวนรักษาทรัพย์สินที่จำหน่ายตามมาตรา 759 หากเกิดค่าใช้จ่ายใดๆ ในการสงวนรักษาทรัพย์สินนั้น ผู้รับจำหน่ายสามารถเรียกจากผู้จำหน่ายได้ ตามมาตรา 762 และนอกจากสิทธิในการยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่ายไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้แล้ว ในกรณีที่มีดอกผลชนิดินัยที่เกิดจากทรัพย์สินที่จำหน่าย เจ้าหนี้จำหน่ายยังมีสิทธิที่ได้รับดอกผลนั้นเพื่อชำระต้นเงินหรือดอกเบี้ย

ได้ด้วย ตามมาตรา 761 มาตรา 762⁵⁶ ความว่า “ค่าใช้จ่ายใดๆ อันควรแก่การรักษาทรัพย์สินที่จำนำนั้น ผู้จำนำต้องชดใช้ให้แก่ผู้รับจำนำเว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา”

การบังคับจำนำ

การบังคับจำนำหรือการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจำนำ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 13 หมวด 3 โดยได้กำหนดถึงวิธีการบังคับจำนำไว้ในมาตรา 764 และมาตรา 765⁵⁷ มีหลักเกณฑ์ ดังนี้คือ

- 1) ผู้รับจำนำจะต้องทำหนังสือบอกกล่าวถึงลูกหนี้ หรือผู้จำนำให้ทำการชำระหนี้และอุปกรณ์ภายในเวลาที่กำหนดให้ตามสมควร ซึ่งต้องระบุไว้ในคำบอกกล่าวนั้น
- 2) ถ้าลูกหนี้หรือผู้จำนำละเลยไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดผู้นำจำสามารถบังคับจำนำได้ โดยวิธีการนำทรัพย์สินที่จำนำออกขายทอดตลาดแต่ต้องทำการแจ้ง วัน เวลา และสถานที่ ที่จะทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้จำนำทราบ หากไม่สามารถบอกกล่าวได้ ผู้รับจำนำจะนำทรัพย์สินที่จำนำออกขายทอดตลาดได้ เมื่อหนี้ได้ค้างชำระมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งเดือน

เพราะฉะนั้น ในการบังคับหลักประกันด้วยทรัพย์สินตามสัญญาจำนำนี้ผู้รับจำนำสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากหลักทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ได้เอง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการในองค์กรยุติธรรม คือ การฟ้องร้องต่อศาลเพื่อบังคับจำนำ

2.4.3 สัญญาจำนำ กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง

การจำนำหลักทรัพย์ในระบบไร้ใบหุ้⁵⁸

ปัจจุบันการนำตราสารมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจ และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้มีนำระบบวิธีการซื้อขายหุ้⁵⁸ โดยไม่มีใบหุ้⁵⁸ มาใช้ในศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ซึ่งเรียกว่า ระบบไร้ใบหุ้⁵⁸ (Scripless System) ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญดังนี้

⁵⁶ พจน ุขยปาคม. เล่มเดิม. หน้า 145.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 764 บัญญัติว่า เมื่อจะบังคับจำนำผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนว่า ให้ชำระหนี้และอุปกรณ์ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้น

ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำชอบที่จะเอาทรัพย์สินซึ่งจำนำออกขายได้ แต่ต้องขายทอดตลาด

อนึ่งผู้รับจำนำต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้จำนำบอกเวลาสถานที่ซึ่งจะขายทอดตลาดด้วย

มาตรา 765 บัญญัติว่า ถ้าไม่สามารถจะบอกกล่าวก่อนได้ ผู้รับจำนำจะเอาทรัพย์สินจำนำออกขายทอดตลาดเสียในเมื่อหนี้ค้างชำระมาแล้ววงหน้าเวลาเดือนหนึ่งแล้วก็ได้ให้ทำได้.

⁵⁸ จรูญ ชัยวิเชียร. ปัญหาการออกและการจำนำหลักทรัพย์ในระบบไร้ใบหุ้⁵⁸. หน้า 28-36.

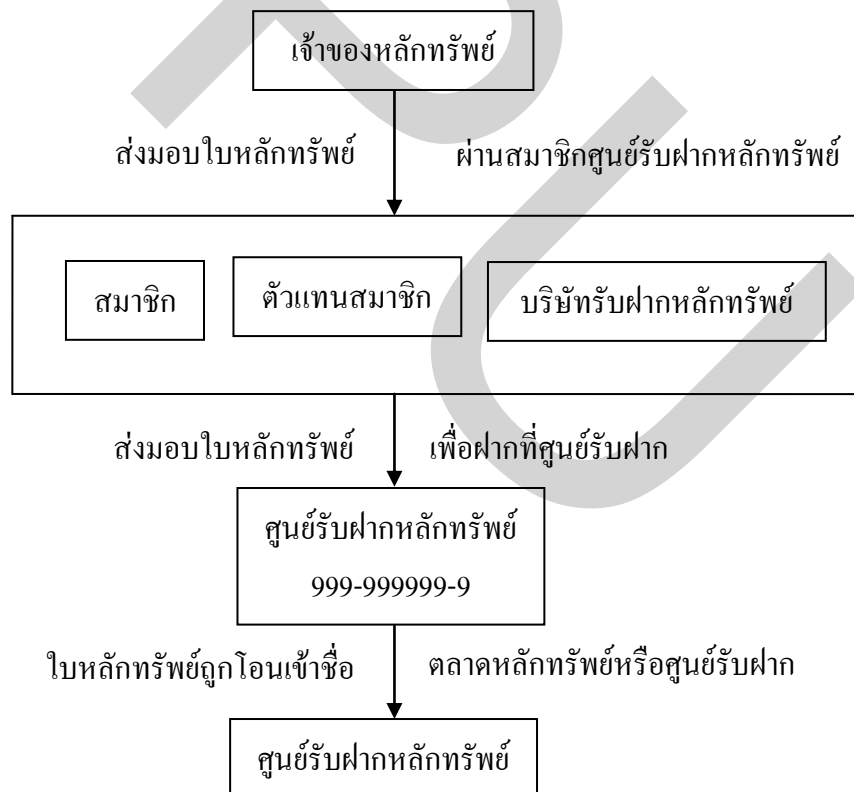
หลักการและกระบวนการของระบบ ไร่ใบหุ้น

ระบบ ไร่ใบหุ้นที่ใช้ในศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ตลาดหลักทรัพย์ได้ออกข้อกำหนดและข้อบังคับ เพื่อเป็นการปฏิบัติแก่สมาชิกในการรับฝาก การถอนหลักทรัพย์ การส่งมอบ การโอนหลักทรัพย์ การจดทะเบียน จำน่า บังคับ จำน่า และขายทอดตลาด ดังมีหลักการที่สำคัญๆ ดังนี้

(1) การฝากหลักทรัพย์กับศูนย์รับฝากหลักทรัพย์

การฝากหลักทรัพย์กับศูนย์รับฝากจากบรรดาสมาชิก หรือบริษัทรับฝากหลักทรัพย์ (CUSTODIAN) เมื่อศูนย์รับฝากได้รับฝากหลักทรัพย์ไว้แล้ว ใบหลักทรัพย์เหล่านั้นจะถูกโอนเข้าอยู่ในชื่อของศูนย์รับฝาก ทั้งนี้หลักทรัพย์ที่รับฝาก จะปรากฏอยู่ในรูปของบัญชีการฝากหลักทรัพย์ที่ศูนย์รับฝากจัดทำขึ้นให้ เช่นเดียวกับการระบบการฝากเงินของธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเมื่อมีการซื้อขายจากบริษัทสมาชิกหรือบริษัทผู้ฝากรายใด ก็จะทำการส่งมอบโดยวิธีหักรายการในทางบัญชีโดยไม่ต้องส่งมอบใบหลักทรัพย์ให้แก่กันแต่อย่างใด

แผนภูมิแสดงกระบวนการฝากหลักทรัพย์



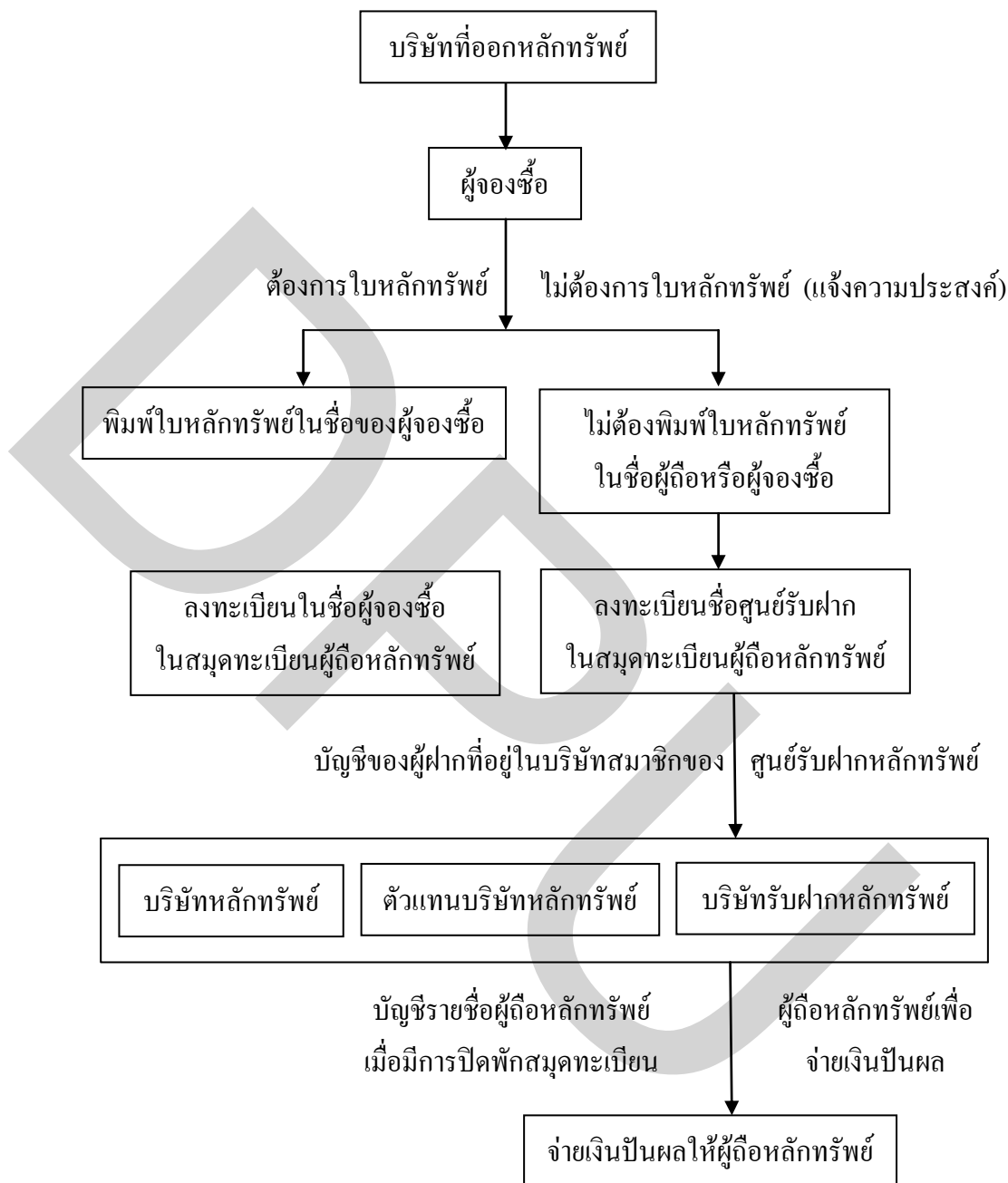
ภาพที่ 2.1 แผนภูมิแสดงกระบวนการฝากหลักทรัพย์

และจากภาระหน้าที่ที่ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ได้รับฝากใบหลักทรัพย์จากบริษัทสมาชิก หรือผู้ฝาก ซึ่งเป็นการรับฝากหลังจากมีการออกใบหลักทรัพย์กันแล้วจึงนำมาฝาก เพื่อส่งมอบและ โอนหลักทรัพย์ด้วยวิธีการบันทึกทางบัญชี⁵⁹ โดยมีต้องมีการส่งมอบและ โอนใบหลักทรัพย์ทำให้ ปริมาณเอกสาร คือ ใบหลักทรัพย์ยังมีปริมาณมาก เป็นปัญหาต่อระบบการเก็บและการรับฝาก ดังนั้นศูนย์รับฝากจึงได้คิดวิธีที่จะลดปริมาณเอกสาร ซึ่งหมายถึง ใบหลักทรัพย์ทุกชนิดให้มีน้อย หรือไม่มีเลย โดยนำวิธีการ ไม่ใช่ใบหุ้นมาใช้ในการรับฝาก กล่าวคือ เมื่อบริษัทจดทะเบียน ได้ได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ หรือบริษัทจดทะเบียนมีความ ประสงค์จะออกหลักทรัพย์ประเภทหุ้นสามัญเพิ่มทุนหรือหุ้นกู้ หรือหลักทรัพย์ใดๆ หลังจากที่ ได้รับอนุญาตให้มีการจองซื้อหลักทรัพย์ไม่ว่าด้วยวิธีการใดๆ หากผู้จองซื้อ มีบัญชีฝากหลักทรัพย์ อยู่กับศูนย์รับฝาก ผู้จองซื้อซึ่งเป็นผู้ฝากสามารถจะระบุให้บริษัทออกใบหลักทรัพย์ในชื่อของ ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์แทนได้ โดยบริษัทที่ออกหลักทรัพย์จัดทำรายชื่อของผู้จองซื้อไปให้ศูนย์ รับฝากหลักทรัพย์ได้รับทราบ ว่า ผู้จองซื้อเป็นผู้ฝากที่มีบัญชีฝากอยู่กับบริษัทหลักทรัพย์ใด หมายเลขบัญชี และจำนวนหลักทรัพย์ที่ได้รับเท่าใดเท่านั้น กรรมสิทธิ์ในหลักทรัพย์ที่ผ่านระบบ ไม่มีใบหุ้นนี้จะได้รับการรับรองสิทธิทันทีที่บริษัทจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ได้แจ้งให้ศูนย์รับฝากได้รับ ทราบบัญชีรายชื่อผู้ถือหลักทรัพย์ที่ได้รับการจัดสรร และมีบัญชีฝากอยู่กับศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ซึ่งจะทำให้ไม่มีใบหุ้นหรือใบหลักทรัพย์แต่อย่างใด

ในส่วนของผู้ที่ต้องการใบหุ้นหรือใบหลักทรัพย์ หรือในกรณีที่ผู้จองซื้อหลักทรัพย์ไม่ มีบัญชีฝากอยู่กับบริษัทสมาชิกของศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ และมีความประสงค์จะได้ใบหลักทรัพย์ไว้ เอง บริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ก็จะจัดทำใบหุ้น หรือใบหลักทรัพย์ไปให้ตามปกติ

⁵⁹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 228.

แผนภูมิแสดงการออกใบหุ้นในระบบไร้ใบหุ้น

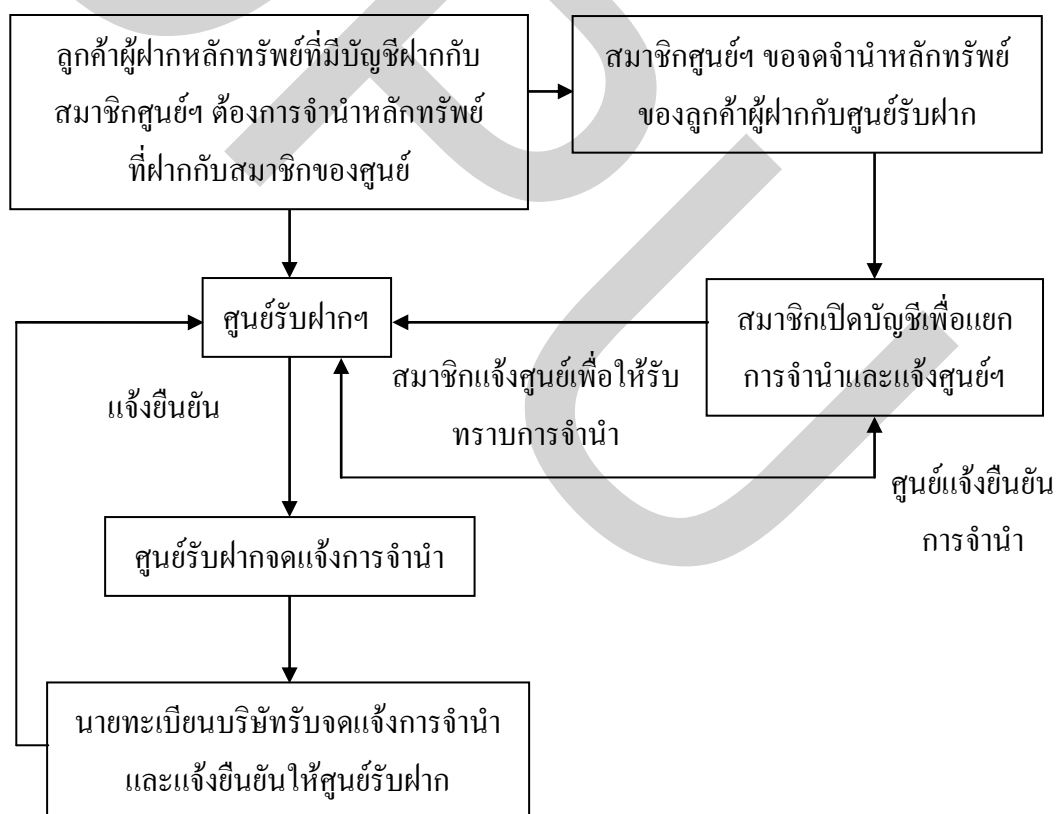


ภาพที่ 2.2 แผนภูมิแสดงการออกใบหุ้นในระบบไร้ใบหุ้น

(2) การจำหน่ายหลักทรัพย์ในศูนย์รับฝากหลักทรัพย์

การจำหน่ายหลักทรัพย์ หากลูกค้าผู้ฝากหลักทรัพย์รายใดมีความประสงค์จะนำหลักทรัพย์ของตนที่มีอยู่ในบัญชีฝากไปจดทะเบียนการจำหน่ายเพื่อเป็นประกันการขอสินเชื่อกับบริษัทสมาชิกของศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ การจำหน่ายนั้นไม่ต้องส่งมอบใบหลักทรัพย์ที่จำหน่ายให้แก่กัน เพียงแต่แจ้งให้ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ได้รู้ถึงการจำหน่าย ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ก็จะแจ้งให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือห้ามซื้อขายหลักทรัพย์ที่จำหน่ายต่อกันนั้นไว้ พร้อมกับให้ผู้รับจำหน่ายหลักทรัพย์เปิดบัญชีการรับจำหน่ายหลักทรัพย์ไว้เป็นบัญชีต่างหากจากบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ปกติ และศูนย์รับฝากหลักทรัพย์จะจัดแจ้งการจำหน่ายหลักทรัพย์ไปยังนายทะเบียนของบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ให้ได้รับทราบ เมื่อนายทะเบียนได้ตอบรับทราบการจำหน่ายให้ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ได้รับทราบแล้ว ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ก็จะแจ้งให้ผู้รับจำหน่ายที่เป็นสมาชิกมารับใบตอบรับการจำหน่ายไว้เป็นหลักฐาน

แผนภูมิแสดงวิธีการจำหน่ายหลักทรัพย์ในระบบไร้ใบหุ้น



ภาพที่ 2.3 แผนภูมิแสดงวิธีการจำหน่ายหลักทรัพย์ในระบบไร้ใบหุ้น

(3) การเพิกถอนการจำหน่ายหลักทรัพย์ในศูนย์รับฝากหลักทรัพย์

การเพิกถอนการจำหน่ายหลักทรัพย์ของผู้ฝากที่ได้นำมาจำหน่าย หากปลดภาระหนี้แล้ว จะมีการเพิกถอนการจำหน่าย จะต้องกระทำทั้งจำนวนที่ได้ทำการจำหน่ายไว้ ซึ่งหากต้องการจะเพิกถอนเพียงบางส่วนจะกระทำได้โดยต้องขอเพิกถอนทั้งจำนวนก่อน แล้วจึงจะทำการจำหน่ายใหม่ในส่วนที่เหลือได้ ส่วนเอกสารที่จะต้องใช้ในการเพิกถอน โดยยื่นต่อศูนย์รับฝากหลักทรัพย์คือ

1. ใบนำส่งการจำหน่ายที่กรอกข้อความครบถ้วนสมบูรณ์พร้อมสำเนา 1 ฉบับ
2. หนังสือเพิกถอนการจำหน่าย จำนวน 4 คู่ฉบับ

เมื่อศูนย์รับฝากได้รับเอกสารครบถ้วนแล้ว ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์จะปลดพักการโอน (Lock) หลักทรัพย์ตามจำนวนที่ขอเพิกถอนนั้น และนำส่งหนังสือเพิกถอนการจำหน่ายไปยังนายทะเบียนบริษัท เพื่อดำเนินการเพิกถอนการจำหน่ายในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น เมื่อนายทะเบียนตอบรับการเพิกถอนแล้วศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ก็จะจัดส่งใบตอบรับการเพิกถอนให้แก่สมาชิกเพื่อเป็นหลักฐาน และสมาชิกผู้รับจำหน่ายก็ไปทำการถอนหลักทรัพย์ที่ขอเพิกถอนออกจากบัญชีการจำหน่ายต่อไป

การบังคับจำหน่าย และการขายทอดตลาดหลักทรัพย์ในศูนย์รับฝากหลักทรัพย์

การบังคับจำหน่ายและการขายทอดตลาด⁶⁰ เมื่อมีการจำหน่ายหลักทรัพย์ไว้แล้ว ผู้จำหน่ายไม่สามารถจะปลดภาระหนี้ต่อผู้รับจำหน่ายได้ หากสมาชิกผู้รับจำหน่ายประสงค์จะทำการบังคับจำหน่ายและขายทอดตลาด หลักทรัพย์ที่จำหน่ายในระบบไว้ใบหุ้นสมาชิกสามารถที่จะปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดใน 2 วิธี ดังนี้

กรณีแรก กรณีที่สมาชิกบังคับจำหน่าย และขายทอดตลาดหลักทรัพย์ที่จำหน่าย โดยใช้ใบหลักทรัพย์ มีวิธีการดังนี้

(1) ให้สมาชิกยื่นคำขอลอนใบหลักทรัพย์และขอออกใบหลักทรัพย์ในชื่อของผู้จำหน่าย โดยยื่นใบถอนหลักทรัพย์จากบัญชีจำหน่ายและคำขอให้ออกใบหลักทรัพย์ต่อศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ทั้งนี้ผู้รับจำหน่ายและผู้จำหน่ายต้องยินยอมให้ผู้รับจำหน่ายเป็นผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อในใบคำขอให้ออกใบหลักทรัพย์แทนผู้จำหน่ายได้ เพื่อที่ผู้รับจำหน่ายจะบังคับจำหน่ายหลักทรัพย์นั้นไว้ด้วย

(2) เมื่อศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ได้รับใบถอนหลักทรัพย์และคำขอให้ออกใบหลักทรัพย์ตามข้อ (1) แล้วศูนย์รับฝากหลักทรัพย์จะดำเนินการ ดังนี้

ปลดพัก (Lock) การโอนและหักบัญชีตามจำนวนหลักทรัพย์ที่ขอลอน พร้อมออกใบ Slip ให้สมาชิกเก็บเป็นหลักฐานเพื่อดำเนินการออกใบหลักทรัพย์ในชื่อผู้จำหน่ายต่อไป

⁶⁰ จรรยา ชัยวิเชียร. เล่มเดิม. หน้า 34-36.

(3) เมื่อสมาชิกได้รับใบหลักทรัพย์ และดำเนินการขายทอดตลาดใบหลักทรัพย์แล้ว ผู้ซื้อหลักทรัพย์จากการขายทอดตลาดสามารถติดต่อกับนายทะเบียน เพื่อให้ดำเนินการออกใบหลักทรัพย์ในชื่อผู้ซื้อหลักทรัพย์จากการขายทอดตลาดต่อไปได้

กรณีที่ 2 กรณีที่สมาชิกบังคับจำหน่าย และขายทอดตลาดโดยไม่ใช้ใบหลักทรัพย์นั้น ให้ใช้หนังสือตอบรับการจำหน่ายของผู้รับจำหน่ายเป็นหลักฐาน แทนใบหลักทรัพย์ที่จำหน่ายและเมื่อมีการขายทอดตลาดใบหลักทรัพย์ที่จำหน่ายแล้ว ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ให้สมาชิกยื่นใบนำส่งการจำหน่าย ระบุการเป็นจำหน่ายพร้อมหลักฐาน ซึ่งแสดงได้ว่ามีการบังคับจำหน่าย หลักฐานแสดงการขายทอดตลาด และรายงานการขายทอดตลาดต่อศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ โดยจะต้องยื่นก่อนวันปิดสมุดทะเบียนพักการโอนหลักทรัพย์ของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์นั้น โดยจะยื่นหลักฐานดังกล่าวในระหว่างที่นายทะเบียนพักการโอนหลักทรัพย์ไม่ได้

(2) เมื่อศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ได้รับและตรวจสอบหลักฐานตามข้อ (1) ว่าถูกต้องครบถ้วนแล้ว ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์จะส่งหลักฐานดังกล่าวต่อนายทะเบียนพร้อมดำเนินการปลดพัก (Lock) การโอนหลักทรัพย์ในบัญชีการจำหน่ายของผู้รับจำหน่าย ตามจำนวนหลักทรัพย์ที่ขายทอดตลาดนั้น

(3) เมื่อศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ดำเนินการปลดพัก (Lock) หลักทรัพย์ที่ขายทอดตลาดตามข้อ (2) แล้ว สมาชิกจะต้องดำเนินการโอนจำนวนหลักทรัพย์ที่ขายทอดตลาดจากบัญชีการจำหน่ายของผู้รับจำหน่ายไปยังบัญชีฝากหลักทรัพย์ของผู้ซื้อหลักทรัพย์นั้นตามที่ได้รับแจ้งมาทันที หากผู้ซื้อหลักทรัพย์ประสงค์จะได้ใบหลักทรัพย์สมาชิกก็สามารถดำเนินการถอนใบหลักทรัพย์ได้ตามขั้นตอนปกติต่อไป

2.5 การบังคับชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กระบวนการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น เพื่อบังคับให้มีการชำระหนี้ ตามคำพิพากษาของศาล การบังคับคดีเป็นวิธีดำเนินการเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยเป็นกระบวนการพิจารณา ซึ่งดำเนินขึ้นภายหลังที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว โดยการปฏิบัติของเจ้าพนักงานบังคับคดี โดยมีขั้นตอนดังนี้

ขั้นตอนแรก คือ การออกคำบังคับ เมื่อศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งอย่างใด ซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี ก็ให้ศาลมีคำบังคับกำหนดวิธีที่จะปฏิบัติตามคำบังคับนั้นไว้ และให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเป็นผู้นำส่งคำบังคับไปยังลูกหนี้ตามคำพิพากษา เว้นแต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้อยู่ในศาล ในเวลาที่ศาลมีคำบังคับนั้นและศาลได้สั่งให้ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 273

ขั้นตอนที่ 2 การออกหมายบังคับคดี เมื่อครบกำหนดตามคำบังคับแล้ว ลูกหนี้ยังไม่ได้ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ต้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีเพื่อทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ และนำออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ หรือจัดการให้เจ้าหนี้ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินในกรณีฟ้องขับไล่ต่อไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 276

ขั้นตอนที่ 3 การดำเนินการบังคับคดีโดยการยึด อายัด และจำหน่ายทรัพย์สิน หรือจัดการให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้เข้าครอบครองทรัพย์สินพิพาทในคดีที่ฟ้องขับไล่หรือรื้อถอน

การบังคับคดี ในกรณีที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระเงินนั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยการยึดหรืออายัดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ยึดหรืออายัดนั้น

ในที่นี้จะได้กล่าวถึงวิธีการยึดสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับแนวทางการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ประเภทสังหาริมทรัพย์ โดยเอกชน ดังนี้

การยึดสังหาริมทรัพย์จะเกิดขึ้น เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งได้กำหนดให้ลูกหนี้ชำระเงินและเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีรวบรวมเงินให้พอชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น โดยวิธียึดหรืออายัด และขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา⁶¹ เป็นตัวเงินเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

ก. ในการยึดสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งการยึดนั้น ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบ ถ้าไม่อาจแจ้งได้ก็ต้องแจ้งให้บุคคลซึ่งครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ทราบ และต้องกระทำการยึดนั้นให้เป็นประจักษ์แจ้ง โดยการประทับตรา หรือกระทำโดยวิธีอื่นใดที่เห็นสมควร ส่วนทรัพย์สินนั้นต้องยึดเอาเก็บรักษาไว้ หรือฝากไว้ ณ สถานที่ใด หรือแก่บุคคลใดตามที่เห็นสมควร หรือถ้าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายินยอมจะมอบไว้ในความอารักขาของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือมอบไว้ในความอารักขาของผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก็ได้

ข. กรณีสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนจะอยู่กับลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรืออยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา อันเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

⁶¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 282 บัญญัติว่า “ถ้าคำพิพากษาหรือคำสั่งใดกำหนดให้ชำระเงินจำนวนหนึ่ง ภายใต้งบบังคับแห่งบทบัญญัติห้ามมาตราต่อไป เจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยวิธียึดและอายัดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษตามบทบัญญัติในลักษณะนี้.”

โดยสิ้นเชิง ทั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีอาจจะยึดทรัพย์สินที่เป็นของภรรยาหรือบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว อาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือเป็นทรัพย์สินที่อาจบังคับเอาชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้⁶² และหมายรวมถึงทรัพย์สินที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของรวม⁶³ ตลอดจนทรัพย์สินที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษานำไปจำหน่าย จำนองหรือประกัน⁶⁴ และทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันลูกหนี้ตามคำพิพากษาคด้วย แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ตกอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ดังนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีจึงมีอำนาจยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา อันได้แก่ สังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในเรื่องการจำหน่าย การ จำนอง หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ลูกหนี้ได้ประกันไว้กับบุคคลภายนอกนั้น เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ตามคำพิพากษาย่อมยึดมาเพื่อขายทอดตลาดได้ แต่ทั้งนี้ย่อมไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับจำนอง ซึ่งจะบังคับชำระหนี้ตามบุริมสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น

ค. ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษายื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี เพื่อนำยึดสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หากศาลสงสัยว่าไม่สมควรยึด ศาลอาจมีคำสั่งให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาวางเงินประกันตามจำนวนที่เห็นสมควร ในเวลาที่ออกหมายเพื่อป้องกันการบุบสลาย หรือสูญหายอันจะเกิดขึ้นเนื่องจากการยึดทรัพย์ผิด ถ้าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่วางศาลก็จะไม่ออกหมายบังคับคดีให้⁶⁵

ง. ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำยึดทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีใช้ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือให้ยึดทรัพย์สินเกินความจำเป็น ทำให้บุคคลภายนอกหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาเสียหาย ความรับผิดชอบเหล่านั้นย่อมตกอยู่กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา การยึดทรัพย์สินจึงเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องสืบให้รู้ว่า ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีทรัพย์สินอะไรบ้าง อยู่ที่ไหน ใครครอบครอง ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้วยึดได้และหากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเชื่อว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบุคคลอื่นที่เชื่อว่าจะอยู่ในฐานะที่จะให้ถ้อยคำอันเป็นประโยชน์ต่อการ ได้ส่วนเช่นว่านั้น⁶⁶

ในกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดี มีความสงสัยว่าทรัพย์สินที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำยึดเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่มีอำนาจยึดได้เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจร้องต่อศาลให้กำหนดการอย่างใดๆ เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทน เมื่อได้รับคำร้อง

⁶² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 282 วรรคท้าย.

⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1667/2497, 492/2499, 174/2504, 1492/2510.

⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 778/2503, 81/2514, 944/2490.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 276 วรรคสอง.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 277.

แล้วอาจสอบถามเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควร และอาจมีคำสั่งให้ยึดหรือไม่ แล้วแต่ศาลจะพิจารณาเห็นสมควร เมื่อศาลมีคำสั่งอย่างใด เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปฏิบัติตามนั้น ก็ย่อมเป็นการปลดปล่อยความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานบังคับคดี กล่าวคือ แม้จะเกิดความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา อันเกิดจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของเจ้าพนักงานบังคับคดี แต่เป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลดังกล่าว เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่คำพิพากษา⁶⁷ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาทราบอยู่แล้วว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีทรัพย์สินและประสงค์จะยึดทรัพย์สินเพื่อบังคับคดี ต้องเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาที่จะสืบเสาะที่อยู่ของทรัพย์สินนั้นเอง จะขอให้ศาลออกหมายเรียกลูกหนี้หรือบุคคลอื่นมาไต่สวนหาได้ไม่

ข้อจำกัดของการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ก. ห้ามยึดซ้ำ

เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดทรัพย์สินไว้แทนเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาแล้ว เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นจะยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นซ้ำอีกไม่ได้ แต่ให้ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดี เพื่อขอให้มีส่วนเฉลี่ยในทรัพย์สินหรือเงินจากการขายทอดตลาดนั้น หากมีการยึดทรัพย์สินไว้เพื่อบังคับคดีแล้ว เจ้าหน้าที่คำพิพากษาในอีกคดีหนึ่ง นำยึดซ้ำและการขายทอดตลาดไป การยึดและการขายทอดตลาดในคดีหลังเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ซื้อไม่มีสิทธิร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สิน แต่ถ้าเป็นการยึดไว้ก่อนโดยเจ้าพนักงานอื่นมิใช่เจ้าพนักงานบังคับคดีนั้น กฎหมายไม่ห้ามยึดซ้ำ หรือหากเป็นกรณียึดทรัพย์สินชั่วคราวก่อนพิพากษา ไม่ต้องห้ามยึดซ้ำเช่นเดียวกัน⁶⁸

ข. ห้ามยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้

กฎหมายห้ามยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาทั้งค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ⁶⁹ อย่างไรก็ตามเป็นการยึดทรัพย์สินเกินความจำเป็นหรือไม่เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาเป็นกรณีไป ไม่มีหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่ชัดเจน⁷⁰

⁶⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 283 วรรคสอง.

⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2514.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 284 วรรคแรก “เว้นแต่จะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้หรือศาลจะได้มีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ห้ามไม่ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาพร้อมทั้งค่าฤชาธรรมเนียมในคดี และค่าธรรมเนียมในการบังคับคดี อนึ่ง ถ้าได้เงินมาพอจำนวนที่จะชำระหนี้แล้ว ห้ามมิให้เอาทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดออกขายทอดตลาดหรือจำหน่ายด้วยวิธีอื่น.”

⁷⁰ ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1036/2508, 144/2516, 4531/2529, 1283/2535.

อย่างไรก็ตามมักจะมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำยึดทรัพย์สินเกินความจำเป็น หรือที่มีใช้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาอยู่เสมอ ซึ่งกฎหมายก็ให้สิทธิผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีอื่น คำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล⁷¹ ขอให้ยกเลิกการบังคับคดีฝ่ายที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเกินกว่าจำเป็น แก่การบังคับคดี ตลอดจนการยึดทรัพย์สินจากที่เป็นของบุคคลอื่นมิใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา⁷² เช่นเมื่อผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดของศาลไม่ได้กรรมสิทธิ์เพราะทรัพย์สินมิใช่ของลูกหนี้ ตามคำพิพากษาเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อทรัพย์สินดังกล่าว⁷³ เว้นแต่พนักงาน บังคับคดีได้กระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ค. การร้องขัดทรัพย์สิน

การร้องขัดทรัพย์สิน คือการที่ผู้อ้างตนว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงที่ได้ถูกเจ้าพนักงาน บังคับคดียึดมา โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินนั้นและต้องการให้ศาลสั่งก่อน การยึด⁷⁴ โดยที่ผู้ร้องขอให้ศาลสั่งถอนการยึดนั้นจะต้องยื่นคำร้องก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะ ได้เอาทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด หรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น และการขายทอดตลาดนี้จะต้อง เป็นการขายทอดตลาดที่สมบูรณ์ คือการที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้มีการตกลงด้วยการเคาะไม้หรือ ด้วยวิธีอย่างใดอย่างหนึ่งตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาดหรือศาลมีคำสั่งให้ขายทรัพย์สิน นั้นแล้ว⁷⁵

การร้องขัดทรัพย์สิน ถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ผู้ถูกกระทบกระเทือนจากการบังคับคดี ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 288

⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 296 วรรคสอง.

⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 284 วรรคสอง.

⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 433/2503 (ประชุมใหญ่).

⁷⁴ ยี่งลักษณะ เศรษฐศาสตร์ธรรม. (2535). การขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด. หน้า 23.

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3030/2528.

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน

จากบทที่ 2 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ความหมาย เบื้องต้นที่เกี่ยวกับการนำทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ในบทที่ 3 จะเป็นการศึกษา กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการนำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน และการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ทั้งระบบ Civil Law และ Common Law โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกค้านี้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อใช้เป็นแนวทางในการนำหลักการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน มาใช้ในประเทศไทยต่อไป

การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตามกฎหมายต่างประเทศ ในปัจจุบัน ระบบกฎหมายของหลักประกันนี้ด้วยทรัพย์สิน แยกพิจารณาตามระบบกฎหมาย คือ ระบบ Civil Law และ ระบบ Common Law

3.1 ระบบ Civil Law

หลักกฎหมายหลักประกัน ตาม ระบบ Civil Law เป็นกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน โดยรายละเอียดตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ในบทนี้จะกล่าวถึง กฎหมายการบังคับหลักประกัน ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมาย ในระบบ Civil Law ดังนี้

กฎหมายการบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของประเทศฝรั่งเศส

เนื่องจาก ประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ในภาคพื้นยุโรป การบังคับสิทธิเรียกร้องทางหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้หรือผิดสัญญาที่กำหนด เจ้าหนี้ต้องดำเนินการทางศาลเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการบังคับตามคำพิพากษา คือการบังคับคดีนั่นเอง ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ของประเทศฝรั่งเศส ที่ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ดังนี้

1) องค์กรและบุคลากรที่ดำเนินการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศฝรั่งเศส¹

(1) ลักษณะและการแต่งตั้ง (Huissiers)

Huissiers ในประเทศฝรั่งเศส จะปฏิบัติงานในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานทางศาล (Official Court Attendants) ในการส่งเอกสารทางกฎหมาย (Sere Legal Papers) บังคับคดีเก็บรวบรวมทรัพย์สิน (Levy Exection) และปฏิบัติหน้าที่อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องและในหน้าที่ที่สำคัญรองลงมา Huissiers ก็ปฏิบัติการเป็นตัวแทนผู้เก็บรวบรวม (Collection Agents) เช่นเดียวกัน

Huissiers จะมีฐานะเป็นพนักงานของรัฐบาลด้วย (Officier Ministerial) โดยได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม (Minister of Justice) โดยจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้

ก. มีสัญชาติฝรั่งเศส

ข. มีบุคลิกที่ดี (Good Character)

ค. เป็นสมาชิกในสำนักงานของ Huissiers มา 3 ปี

ง. ได้ผ่านการทดสอบและได้รับความเห็นชอบของศาลในท้องถิ่นที่เป็นภูมิลำเนาของเขาแล้ว

(2) อำนาจและหน้าที่ของ Huissiers

ก. หน้าที่ในการส่งเอกสารทางกฎหมาย (Service of Legal Papers) ซึ่งนอกจากกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ส่งโดยทางไปรษณีย์ได้แล้ว จะต้องส่งโดย Huissiers เท่านั้น มิฉะนั้นการส่งโดยบุคคลอื่นจะทำให้การส่งดังกล่าวนั้นตกเป็นโมฆะ

ข. Huissiers มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับคดี เก็บรวบรวม อายด์ทรัพย์สิน และทำเอกสารทางกฎหมาย (Legal Documents) เท่าที่จำเป็นในการปฏิบัติงานด้วย

ค. Huissiers มีอำนาจในการทำหนังสือบอกกล่าวตามรูปแบบ (The Service of Formal Notifications) เช่น ในการทำคำคัดค้านสำหรับเอกสารตั๋วเงิน (Notice of Protest of Negotiable Instruments) และการบอกกล่าวให้ออกไปจากโรงเรือนที่เช่า (Notice to Vacate Leased Premises)

อนึ่ง ในกรณีที่ไม่มี Official Commissaries Priseurs Huissiers ก็จะต้องดำเนินการขยายทอดตลาดทรัพย์สินส่วนบุคคลด้วย ซึ่งอาจจะถูกแต่งตั้งให้ทำการสืบสวนข้อเท็จจริงให้แก่คู่ความหรือศาลด้วยก็ได้

ง. การปฏิบัติหน้าที่ของ Huissiers จะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายในขอบเขตอำนาจแห่งท้องที่ที่เขามีภูมิลำเนาอยู่เท่านั้น (ตามหลัก Tribunal D' Instance) ซึ่งในท้องที่หนึ่งจะมี Huissiers หลายคน และคู่ความก็สามารถใช้บริการของคนใดคนหนึ่ง ในหลายคนนั้นได้

¹ บงกช ชาญศิลป์. (2552). การทำกิจกรรมมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับเอาประกันกิจการ. หน้า 87-93.

จ. ในกรณีปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทนคู่ความเป็นส่วนตัว (Agents of Private Parties) Huissiers นั้น ก็จะกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานของศาล และจะถูกเรียกว่า “Huissiers Audienciers” มีหน้าที่หลักคือการรักษาคำสั่งในศาลและจะถูกเรียกว่า โดยจะมีการคัดเลือกจาก Huissiers ที่ปฏิบัติหน้าที่โดยในท้องที่ นั้นทั้งหมดโดยศาล ในแต่ละปี และ Huissiers Audienciers นี้ ก็จะไม่ได้รับค่าจ้าง (Salary) จากรัฐบาล แต่เขาจะมีสิทธิที่จะได้ค่าธรรมเนียมที่จ่ายโดยคู่ความเท่านั้น

ฉ. แม้ Huissiers จะไม่ได้รับค่าจ้างจากรัฐบาล แต่มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานทางการปกครอง Officieis Ministeriels ที่มีสิทธิและหน้าที่เหมือนเจ้าพนักงานทางสาธารณะคนหนึ่งและมีสิทธิที่จะประดับเครื่องหมายของสำนักงานได้ และหากมีกรณีการต่อสู้หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเขา ก็จะถูกถือว่าเป็นการกระทำผิดอาญา และเอกสารที่ Hissiers ได้กระทำขึ้นทางสำนักงานสำนักงานก็จะถูกถือว่าถูกต้องแท้จริง เช่นเดียวกับที่เจ้าพนักงานทางสาธารณะอื่นทำขึ้นอีกด้วย

ช. ในกรณีมีข้อห้ามจากการกระทำตามกฎหมาย Hissier ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานกึ่งสาธารณะ (Quasipublic Officer) จะต้องส่งเอกสารไปยังบุคคลที่ปฏิเสธโดยเขาต้องเก็บฉบับแรกของเอกสารที่เขาส่งไว้ และต้องทำตรรกษณ์ที่เหมาะสมด้วย Huissier แต่ละคนอาจจะมีเสมียนหนึ่งคนหรือมากกว่าก็ได้ ซึ่งพวกเขาจะปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นหน้าที่โดยตรงของ Huissiers ได้แต่ Huissiers ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติงานหน้าที่โดยสุจริตของพวกเขา

ซ. สำหรับการจัดการในสำนักงาน Huissiers ทั้งหลายอาจจะแบ่งกันจัดการหรือจัดการร่วมกันอย่างเป็นหุ้นส่วนก็ได้

2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีในทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศส

การบังคับคดีทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศส แบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

(1) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งอาจแบ่งแยกอธิบายได้เป็น 3 กรณี ด้วยกันคือ

ก. การบังคับคดีโดยให้ส่งมอบหรือโอนสิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะเจาะจงการบังคับคดีโดยให้ส่งมอบหรือโอนสิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะเจาะจง (To Give “De Donner”) เป็นหน้าที่ให้มอบให้ที่โดยปกติมักไม่มีปัญหาในการบังคับ ในคดีเรื่องที่ดินหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทีเพียงแต่ทำสัญญาขายโอนกรรมสิทธิ์ เท่านั้น ศาลไม่จำเป็นต้องแทรกแซง เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น แต่ถ้าหากว่าจำเลยผู้ซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของแล้ว ต่อมาภายหลังทำสัญญานั้นได้ปฏิเสธที่จะยุติการครอบครองที่ดินหรือทรัพย์สินภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นเขาก็อาจจะถูกไล่ให้ออกไปจากที่ดินหรือทรัพย์สินนั้นอาจจะถูกยึดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีที่เรียกว่า Huissiere ถ้าเป็นกรณีที่สัญญากำหนดว่าการ โอนกรรมสิทธิ์ต้องขึ้นอยู่กับการลงนามในเอกสารเพิ่มเติม และ

จำเลยได้ปฏิเสธที่จะลงนามในเอกสารนั้นโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ศาลอาจจะพิพากษาให้คำพิพากษานั้นมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ได้ ส่วนในกรณีทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ที่ไม่แน่นอน (Unascertained Fungible Goods) โจทก์ก็อาจจะซื้อทรัพย์สินที่มีค่าเหมือนกันจากท้องตลาดแล้วบังคับเอาราคาตามที่ตนจ่ายไปจากจำเลยได้

ข. การบังคับคดีโดยให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ถ้าปรากฏว่าจำเลยไม่ชำระหนี้ด้วยการไม่ยอมทำงาน โดยเฉพาะเจาะจงนั้น ศาลก็จะกำหนดให้โจทก์ได้รับงานนั้นได้ด้วยค่าใช้จ่ายของจำเลย และในกรณีฉุกเฉินโจทก์ก็อาจกระทำได้ โดยที่ศาลจำต้องไม่ให้อำนาจ แต่โจทก์ก็ต้องแสดงให้เห็นได้ว่างานนั้นได้ถูกทำขึ้น อย่างสิ้นเปลืองน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กรณีนี้ ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากในการให้อำนาจต่อการชำระหนี้แทน เช่นนี้ เพราะกรณีดังกล่าวเป็นในกรณีที่ต้องอาศัยคุณสมบัติของบุคคลเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่จำเลยได้สร้างสิ่งก่อสร้างที่มีข้อผูกพันอยู่ว่า จะไม่กระทำการสร้าง เช่น การก่อสร้างกำแพงขึ้น ไปปิดกั้นแสงสว่าง ไม่ให้ส่องมายังบ้านโจทก์ ศาลจะให้อำนาจโจทก์บังคับคดีได้ โดยซื้อหรือเคลื่อนย้ายกำแพงดังกล่าวออกไปโดยให้จำเลยเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของโจทก์ ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมาก ทั้งในกรณีที่จะให้จำเลยชดใช้ตามที่โจทก์ได้กระทำไป หรือจะให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลอาจสั่งให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในหลายสถานการณ์ เช่น เพื่อป้องกันซื้อทางการค้า เพื่อป้องกันการแทรกแซงสิทธิ เพื่อป้องกันการแทรกแซงการรับการศึกษาของโจทก์ หรือสถานการณ์อื่นๆ ที่คล้ายกัน เป็นต้น

การบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะนี้ เป็นกรณีที่การชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้เท่านั้น เช่น การวาดรูป แต่ถ้าการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้ ไม่อาจเป็นไปได้ หรือจะนำไปสู่ผลอันไม่บังควร ศาลมีดุลยพินิจ ที่จะใช้หลักแห่งความยุติธรรม ตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น และบางครั้งก็นำหลักประเพณีมาพิจารณาด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีที่บุคคลกระทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทรัพย์สินเสียหาย ก็บังคับเฉพาะค่าความเสียหาย แต่ไม่สามารถบังคับให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมได้

ค. การบังคับคดีต่อทรัพย์สิน เป็นวิธีที่ใช้บังคับต่อทรัพย์สินใดๆ ก็ตามที่อาจจำนองได้ รวมถึงทั้งที่ดิน สิทธิในบ่อแร่ (Mining Rights) สิทธิในน้ำ (Water Rights) ทรัพย์สินที่ดิน (Fixtures) และสิทธิต่างๆ ในที่ดิน เช่น สิทธิเก็บกิน (Usufruit) เป็นต้น การบังคับจำนองก็อาจจะบังคับโดยตรงต่อโรงเรือนที่ติดจำนองได้ (Mortgaged Premises) ถึงแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะไม่ได้อยู่ในครอบครองของผู้จำนองคนแรกก็ตาม และบุคคลภายนอกอาจเรียกร้องการอาศัยที่ได้มาครั้งแรกต่อทรัพย์สินจำนองที่ยังคงเป็นของผู้จำนองอยู่ อย่างไรก็ตาม วิธีการบังคับคดีวิธีนี้ ลูกหนี้อาจขอให้งดการบังคับคดี โดยการแสดงว่ามีรายได้จากค่าเช่าที่ได้จากทรัพย์สินนั้นในเวลา 1 ปี มีจำนวน

ที่เพียงพอที่จะจ่ายหนี้ได้ และในกรณีที่บุคคลภายนอกที่เป็นจำเลยในกระบวนการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเพียงเจ้าของโรงเรียนที่ถูกจำนองโดยเจ้าของคนก่อน ก็อาจจะหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับหนี้ได้ โดยการสละโรงเรียนนั้นให้แก่โจทก์ หรือโดยการจ่ายชำระหนี้นั้น และเข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องจากโจทก์ หรือโดยการปล่อยไปตามกระบวนการที่เรียกว่า “Purge” ที่เป็นการจ่ายชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันอีกอย่างหนึ่ง

อนึ่ง เนื่องจากกระบวนการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์นี้ เป็นกระบวนการที่มีความยุ่งยากซับซ้อน จึงจำเป็นต้องมีการแทรกแซงของศาลในทุกคดี ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณากระบวนการเช่นนี้ ก็คือศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ และในกรณีมีทรัพย์สินอยู่ในหลายท้องที่ศาลที่มีเขตอำนาจย่อมแก่ศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่ที่สิ่งปลูกสร้างที่เป็นหลักส่วนใหญ่ตั้งอยู่และนอกจากนี้ กระบวนการทั้งหมดก็จะต้องถูกกระทำโดยตลอดโดย An Avoue อีกด้วย

(2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีต่อทรัพย์สินประเภท อสังหาริมทรัพย์

ก. การทำคำสั่งให้จ่าย

เมื่อเริ่มต้นกระบวนการบังคับคดีเจ้าหนี้จะต้องส่งคำสั่งให้จ่าย (Commandment) ให้แก่ลูกหนี้ คำสั่งนั้นจะต้องประกอบไปด้วย การบรรยายลักษณะของทรัพย์สินที่จะถูกบังคับคดี ซึ่งโดยทั่วไปคำสั่งนี้ก็เหมือนกับคำสั่งให้จ่ายที่ใช้ในคดีที่บังคับต่ออสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีชื่อความระบุงการเลือกภูมิลำเนาไว้ด้วย ส่วนสำเนาคำสั่งนั้นก็ต้องถูกบันทึกไว้ในทะเบียนของสำนักงานทะเบียนที่ดินสาธารณะ (The Public Land Records Office) ภายในเวลา 90 วัน ของการส่งหนังสือการบันทึกคำสั่งให้จ่ายนี้จะมีผลเหมือนกับการทำรายงานยึดทรัพย์ (The Process-Verbal De Saisie) ในการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์ที่ทรัพย์สินนั้นก็จะถูกกำหนดให้อยู่ในความอารักขาของศาล และหลังจากนั้นเจ้าของทรัพย์สินก็ไม่สามารถที่จะทำการยกย่ายใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นได้อีก แม้แต่การให้เช่า ซึ่งหากเกิดมีขึ้นก็จะไม่ผูกพันเจ้าหนี้ และยิ่งไปกว่านั้น เจ้าของทรัพย์สินก็จะต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้นและอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาอีกด้วย ถ้าเขาได้กระทำความผิดทำให้ทรัพย์สินนั้นเสื่อมค่าลงและในกรณีที่เจ้าของยังคงครอบครองอยู่ในโรงเรียนนั้น ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาก็อาจจะสั่งให้เขาออกไปได้และหากมีรายได้ใดๆ เกิดขึ้นจากทรัพย์สินนั้นก็จะถูกพิจารณาเป็นทรัพย์ที่จะต้องกันไว้สำหรับบังคับคดีให้แก่เจ้าหนี้ได้อีกด้วย และนอกจากนี้ในกรณีที่มีหลายคำสั่งคำสั่งที่ถูกส่งโดยเจ้าหนี้อื่นภายหลังคำสั่งแรกก็จะต้องถูกบันทึกไว้อีก หากแต่เพียงถูกแสดงไว้ในขอบข้างๆ ของบันทึกของคำสั่งแรกเท่านั้น

ข. การทำบัญชีสิทธิเรียกร้อง (The Cahier Des Charges)

ภายในระยะเวลา 40 วัน ของการบันทึกคำสั่งให้จ่ายดังกล่าว คู่ความก็จะต้องเตรียมเอกสารที่เรียกว่า Cahier Des Charges ที่ต้องระบุงรายการต่างๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขของการขายทรัพย์

รวมทั้งเวลาและสถานที่ที่จะทำการขายการสู้ราคาขั้นต่ำ ตลอดจนข้อความที่บรรยายลักษณะของทรัพย์สินและหลักฐานของการบังคับคดีซึ่งไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาหรือตราสารที่เจ้าพนักงานรับรอง (Notarial Instrument) และการดำเนินกระบวนการทั้งหมดตั้งแต่ต้นจนถึงวันนั้น เอกสารนี้ก็ต้องส่งไปรวมสำนวนไว้ที่สำนักงานของศาลด้วย หลังจากนั้นภายในเวลา 8 วัน เจ้าของทรัพย์สินและผู้ถือสิทธิค้ำหน้า (Lienholders) ทั้งหมดที่ประกันอยู่ในทะเบียนที่ดินนั้น ก็จะถูกส่งหนังสือเชิญให้มาตรวจสอบเอกสาร Cajoers Des Cjarges นั้น และแสดงข้อความคัดค้านใดๆ ที่พวกเขามีอยู่ การยื่นข้อคัดค้านเช่นนั้น ก็มีตัวอย่าง เช่น อ้างว่าการประมูลนั้นกำหนดราคาการประมูลขั้นต่ำเกินไป เป็นต้น ซึ่งเมื่อมีการรับฟังและพิจารณาข้อคัดค้านแล้ว ศาลก็อาจจะทำคำพิพากษาสั่งแก้ไข Cahiers Des Charges นั้นได้ การคัดค้านเกี่ยวกับหลักฐานต่างๆ และความไม่ถูกต้องตามกฎหมายในการดำเนินกระบวนการก็ต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าวกันในชั้นนี้ด้วยเช่นกัน

ค. การขายทรัพย์สิน

หลังจากที่มีการโต้แย้ง และเอกสาร Cahiers Des Charges ได้ถูกแก้ไขแล้ว จะต้องดำเนินการพิมพ์ประกาศขายขึ้นในท้องที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ และประกาศนั้นก็ต้องประกาศเป็นการทั่วไป อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าของการนั่งพิจารณาก็อาจจะสั่งให้ประกาศเพิ่มเติมหรือยอมให้ประกาศน้อยกว่านั้นก็ได้ การประกาศนั้นต้องกระทำขึ้นในเวลาระหว่างวันที่ 15 และ 30 ก่อนการขาย การดำเนินการขายนั้น ต้องกระทำในศาลที่มีองค์คณะผู้พิพากษาครบ 3 คน ถ้ากระบวนการขายมีความไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ก็จะต้องมีการยกความไม่ถูกต้องนั้นขึ้นว่ากล่าวก่อนเริ่มการประมูลราคา และถ้าข้อกล่าวอ้างนั้นมีเหตุผล การขายก็ต้องถูกเลื่อนออกไป ผู้เข้าสูราราคาที่มิปรากฏตัวจะต้องประมูลราคาต่อผู้ขายทอดตลาด ('An Avone') และ 'Avone' ก็จะไม่ยอมให้คู่ความใดที่ตกเป็นบุคคลล้มละลายเข้าสูราราคา ถ้าไม่มีการเข้าสูราราคา ทรัพย์สินนั้นก็จะตกได้แก่ (Struck Down) คู่ความใดที่ทำการบังคับคดีตามราคาประมูลขั้นต่ำที่ระบุไว้ในเอกสาร Cahier Des Charge นั้น แต่ถ้ามีการสูราราคาทรัพย์สินนั้นก็จะตกได้แก่ผู้ที่สูราราคาสูงสุด ในระหว่างการสูราราคาผู้ขายทอดตลาด (An Avone) ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยหลักวิธีการของเขา แต่ต้องกระทำเมื่อมีการสูราราคาสำเร็จภายใน 3 วัน จากนั้นผู้สูราราคาได้จะต้องจ่ายราคาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามที่ได้ประกาศไว้ก่อนเริ่มการประมูลด้วยอย่างไรก็ดี บุคคลใดที่ได้เข้าสูราราคาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามที่ได้ประกาศไว้ก่อนเริ่มการประมูลด้วยอย่างไรก็ดี บุคคลใดที่ได้เข้าสูราราคาอาจจะเรียกร้องให้มีการขายครั้งที่สองได้ โดยการเสนอที่จะให้ราคาเกินกว่าราคาที่ขายได้ในการขายครั้งแรกอย่างน้อย 10 เปอร์เซ็นต์ ถ้าการสูราราคาในครั้งที่สองนั้น ไม่ได้ราคาที่สูงกว่าเดิม

หลังจากสรุปผลของการประมูลทั้งหมดแล้ว ศาลก็จะทำคำพิพากษาว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ประมูลได้ โดยต้องมีการแสดงสิทธินั้นลงไว้ในสำเนาคำพิพากษาและในรายงาน Cahier

Ded Charges ด้วย ตามแบบแห่งการบังคับคดี ซึ่งทำให้ผู้ประมุขนั้นมีสิทธิที่จะไล่เจ้าของ คนก่อน ออกไปได้ ถ้าหากจำเป็น Huissier ก็ต้องเข้าช่วยเหลือ และในทางกลับกันคำพิพากษานี้ ก็เป็นการให้อำนาจแก่บุคคลที่เป็นผู้เรียกร้องให้มีการขายบังคับคดีต่อผู้ประมุขได้ ถ้าหากว่าผู้ประมุขนั้นไม่ชำระราคา อย่างไรก็ดี ถ้าไม่มีการชำระราคาขาย การขายก็จะต้องทำขึ้นใหม่และทรัพย์สินก็จะตกให้แก่ผู้ประมุขคนอื่น ส่วนคำพิพากษาที่สั่งโอนสิทธินั้นก็จะถูกบันทึกไว้ที่สำนักงานทะเบียนที่ดิน ซึ่งจะส่งผลต่อบุคคลภายนอก และนอกจากนั้นถ้าผู้ประมุขได้ไม่บันทึกไว้ในทะเบียนภายใน 2 เดือน ทรัพย์สินนั้นก็อาจจะถูกขายทอดตลาดได้อีก

ง. สิทธิของผู้ซื้อจากการขายทอดตลาด

โดยทั่วไปผู้ที่ได้สิทธิมาโดยการซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด จะไม่มีสิทธิดีไปกว่าเจ้าของเดิมและสิทธิที่เป็นข้อบกพร่อง การลิดรอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิม สิทธิภาระจำยอมทั้งหมด และข้อจำกัดสิทธิต่างๆ ที่คล้ายกัน ก็ยังคงมีอยู่ต่อผู้ซื้อเช่นเดิม แต่ถ้าเป็นการขายทอดตลาดที่มีคำพิพากษาโอนสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ผู้ประมุขได้ ก็จะมีผลเป็นการยกเลิกการจำนองต่างๆ ทั้งหมดนั้น ไปทีเดียวโดยผู้รับจำนองก็ยังคงมีสิทธิเฉพาะในการแบ่งราคาจากการซื้อขายนั้นเท่านั้น ส่วนเจ้าของคนก่อน ก็ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อ ถ้าผู้ซื้อนั้นถูกขับไล่โดยบุคคลภายนอก หลังจากที่ได้ชำระราคาให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว โดยต้องชำระกลับคืนตามหลักการดำเนินคดีในเรื่องลามิกวารได้ (Cunjust Enrichment)

จ. การเปลี่ยนแปลงจากการขายในการบังคับคดี

กรณีนี้เป็นการขายโดยสมัครใจ เป็นวิธีการผ่อนปรนอย่างหนึ่ง ที่อาจเกิดขึ้นในเวลาใดๆ หลังจากที่มีการทำบันทึกคำสั่งให้จ่าย (Comandement) โดยเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดอาจจะร้องขอให้การขายที่ถูกบังคับให้ขายในศาลนั้น เปลี่ยนแปลงมาเป็นการขายโดยความสมัครใจ ซึ่งถ้าคู่ความทุกฝ่ายตกลงเขาก็จะยินยอมให้รวบรวมคำร้องยื่นให้ต่อหัวหน้าผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีนั้น (Tribunal De Grande Instance) ผู้ซึ่งจะทำคำสั่งให้ดำเนินการพิจารณาข้อเสนอแนะและพิจารณาตั้งรูปแบบการขายและแต่งตั้งผู้พิพากษานายเดี่ยวหรือเจ้าพนักงานผู้ชำนาญการ (Notaire) มากกว่า 1 คน เป็นผู้ดำเนินการขาย แต่การขายทรัพย์สินนั้นก็ต้องยังคงขายโดยวิธีการขายทอดตลาด เนื่องจาก Notaries นั้น เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องธุรกิจที่ดินที่อาจจะทำให้ได้ราคาสูงกว่าการขายโดยศาล อนึ่ง ถ้าไม่มีความยินยอมในระหว่างคู่ความ เจ้าของทรัพย์สินก็ต้องยื่นคำร้องขอเปลี่ยนแปลงนี้ต่อศาลก่อน และเรียกร้องการเปลี่ยนแปลงในกรณีศาลอาจจะไม่แต่งตั้ง Notary เพื่อดำเนินการขายก็ได้ แต่จะต้องแต่งตั้งผู้พิพากษาคณะหนึ่ง ซึ่งแม้ว่าจะน้อยกว่ารูปแบบแห่งการขายแบบเต็มก็ตาม

3.2 ระบบ Common Law

ระบบกฎหมาย Common Law เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ในเรื่องหลักกฎหมายหลักประกันจึงเป็นไปตามหลัก Common Law และ Equity โดยแบ่งการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

- 1) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย
- 2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลกฎหมายมีหลายกรณี เช่น สิทธิยึดหน่วงการหักกลบลบหนี้ ตามหลัก Equity การติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลัก Equity การยึดอายัดทรัพย์สินของจำเลยตามวิธีการพิจารณาของศาล (Procedural Security)

ส่วนของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา (Consensual Security) ในความหมายอย่างแคบตามหลัก Common Law จะเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกัน รวมถึงดอกเบี้ยและรายได้จากทรัพย์สินที่เป็นประกัน ยกเว้นคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

ในที่นี้จะศึกษากฎหมายการบังคับหลักประกันในระบบ Common Law ของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1 การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ของประเทศอังกฤษ²

ตามหลักกฎหมายของอังกฤษการการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเกิดจากสัญญามีด้วยกัน 4 แบบ คือจำนำ (Pledge) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (Contractual Lien) จำนอง (Mortgage) และเช่า (Charge) ซึ่งกล่าวตามลำดับดังนี้

- 1) จำนำ เป็นการประกันหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการประกันหนี้ประเภทอื่น หลักการสำคัญคือ เจ้าหนี้จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ทั้งนี้ หลักกฎหมาย Common Law ถือว่าการครอบครองทรัพย์สินจำนำ (Possession) เป็นสาระสำคัญของการจำนำ เพราะการที่ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนำอยู่นั้น เป็นหนทางที่ทำให้ลูกหนี้สามารถหลอกหลวงเจ้าหนี้อื่นๆ ได้ โดยเจ้าหนี้นั้นอาจเข้าใจว่าลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนั้น ในระยะแรกของหลักกฎหมาย Common Law ถือว่า การครอบครองทรัพย์สินจำนำของเจ้าหนี้นั้น เป็นเงื่อนไขสำคัญของการจำนำ ซึ่งการจำนองที่ดินในระยะแรกก็มีจุดกำเนิดมาจากการจำนำเหมือนกัน โดยผู้รับจำนองที่ดินจะครอบครองที่ดินที่จำนองไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ต่อมาการจำนองได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบ โดยให้ผู้จำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนองและหลังจากนั้นอีกจึงมีการจำนองสินค้าได้

² บงกช ชาญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 76-87.

2) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา สิทธิยึดหน่วงโดยการครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่น (Possessory Lien) อาจเกิดขึ้น โดยผลของกฎหมาย หรือเกิดจากสัญญาก็ได้ ผลก็คือ ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ สิทธิยึดหน่วงที่เกิดจากสัญญามีผลแตกต่างกับจำนำตรงที่ ข้อตกลงในสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิยึดหน่วง จะจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินไว้ เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น แต่สิทธิยึดหน่วงไม่มีสิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินประกันและไม่อาจก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกันได้ เพราะหากสิทธิยึดหน่วง โดยสัญญาสามารถทำให้ผู้ทรงสิทธิขายทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ได้ ก็เท่ากับเป็นการจำนำนั่นเอง

3) จำนอง (Mortgage) มีความหมายโดยทั่วไปว่าเป็นความประสงค์ของผู้กู้หรือผู้จำนอง (Mortgagor) ที่จะนำทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันอาจเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การเช่า (Demise) หรือเช่าช่วง (Subdemise) ซึ่งการจำนอง (Mortgage) มีผลทางกฎหมายคือ โดยการโอนทรัพย์สินที่เป็นได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ (Chattel) หรือโดยการโอนสิทธิเรียกร้อง ที่ผู้จำนองมีเหนือทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิในการโอนสิทธิที่มีตราสาร (Chose in Action) หรือเป็นการทำข้อตกลง โดยไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และไม่โอนการครอบครองทรัพย์สินแต่ให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือหลักประกัน หรือให้สิทธิบังคับหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) ซึ่งการกระทำต่างๆ ดังกล่าวมีเจตนาให้ทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาโดยการทำสัญญา หรือหนังสือที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความประสงค์ที่จะจำนองและมีการตกลงในการไถ่ถอนจำนองด้วย³

4) ฆา (Charge) เป็นการประกันการชำระหนี้อันทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน โดยมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้มาจากทรัพย์สินประกัน แต่อาจหมายถึงการประกันหนี้ที่ไม่มีชื่อโดยเฉพาะ การประกันหนี้แบบฆาไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครอง หรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประกัน แต่เป็นเรื่องของการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภท โดยเฉพาะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ผลก็คือ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้มาจากทรัพย์สินประกันประเภทนั้นหรือจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินประเภทดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน หรือเจ้าหนี้ลำดับรองจากเจ้าหนี้ที่มีประกันแบบฆา⁴ หรือบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินประเภทนั้นไว้ในครอบครอง เว้นแต่ผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทนั้นด้วยการซื้อมาเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต อีกทั้งไม่ทราบวาทรัพย์สินประเภทนั้น ได้ถูกนำไปใช้

³ E.L.G.Typler. (1993). *Halsbury's Law of England: Mortgage*. p.187.

⁴ R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. pp 14-15.

เป็นประกันชำระหนี้แบบขาด ซึ่ง Charge จะมีอยู่ 2 ชนิด ด้วยกัน คือ Fixed Charge (หลักประกันแบบตายตัว) และ Floating Charge (หลักประกันแบบลอยตัว) โดยหลักประกันแบบ Floating Charge นั้นส่วนใหญ่จะให้โดยบริษัท ให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้โดยไม่ต้องระบุนายการทรัพย์สินนั้นหรือให้แต่บางส่วนก็ได้ โดยที่ในระหว่างที่ไม่มีการผิดสัญญาลูกหนี้ก็สามารถใช้สอย ซื้อมาขายทรัพย์สินของตนต่อไปได้ตามปกติทางธุรกิจ จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกัน (Crystallize) ส่วนหลักประกันแบบ Fixed Charge นั้น ผู้ให้หลักประกันจะต้องได้รับความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนจึงจะสามารถ ใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ทำให้ไม่สามารถนำสินค้าและวัตถุดิบไปใช้ในการดำเนินธุรกิจได้

การที่จะนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจะมีการให้หลักประกันแบบ Floating Charge แก่เจ้าหนี้เพราะหลักประกันประเภทนี้เจ้าหนี้สามารถมีอำนาจในการตั้ง Receiver เข้ามาดำเนินการจัดการกับกิจการได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยไม่ต้องหยุดดำเนินกิจการและสามารถขายทรัพย์สินนั้นไปได้ทั้งกิจการ ในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

ในการให้หลักประกันแบบ Floating Charge นี้ เจ้าหนี้มักจะใช้ควบคู่กับหลักประกันแบบ Fixed Charge หรือควบคู่กับการจำนอง เพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจมากขึ้น การที่ลูกหนี้ได้ให้หลักประกันประเภทนี้ก็จะเป็นการยับยั้งการแต่งตั้งผู้บริหารแผน เพราะหน้าที่ของผู้บริหารแผนคือทำเพื่อเจ้าหนี้ทุกคนรวมถึงเจ้าหนี้ไม่มีประกันด้วย นอกจากนี้หลักประกันแบบ Floating Charge ยังมีรูปแบบที่ลูกหนี้สามารถครอบครองทรัพย์สินได้จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกัน ดังนั้น จึงสามารถใช้วัตถุดิบ สินค้า มาดำเนินการค้าขายได้ในทางปกติและเมื่อมีการให้สินเชื่อโครงการ (Project Finance) ก็จะมีการให้ประกันแบบ Floating Charge เหนือทรัพย์สินของกิจการ เพื่อให้ผู้ให้หลักประกันจะสามารถแต่งตั้ง Receiver มาดำเนินการจำหน่ายหลักประกันเองได้ เพราะฉะนั้นในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวโดยละเอียดถึงรูปแบบการให้หลักประกันแบบ Floating Charge

ลักษณะและความหมายของ Floating Charge⁵

ลักษณะและความหมายของ Floating Charge นั้น ไม่ได้มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ Company Act แต่ได้มีคำพิพากษาในหลายคดีได้มีการให้ความหมายและลักษณะของ Floating Charge ไว้ เช่น

⁵ วรินทร์า ซาครพิพัฒน์, วิเคราะห์ร่างหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน, หน้า 45-65.

ความเห็นที่ 1 Lord Macnaughten ในคดี *Illingworth v Houldsworth*[1904]aac335

“มีรูปลักษณะแปรเปลี่ยนไปเรื่อยๆ โฉมเฉี่ยวอยู่เหนือหรือกล่าวได้ว่าลอยอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์บางอย่างหรือมีการกระทำบางอย่างที่ทำให้ตั้งหลักลงยึดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”⁶

ความคิดที่ 2 โดย Romer LJ ใน *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.*

“ข้าพเจ้าไม่ได้ตั้งใจที่จะพยายามให้คำจำกัดความที่แน่นอนของ Floating Charge ทั้งไม่ได้ต้องการที่จะกล่าวว่าถ้าไม่ได้เป็นตามลักษณะ 3 ประการ ที่จะกล่าวต่อไปนี้แล้วจะไม่เป็น Floating Charge แต่ข้าพเจ้าคิดว่าถ้าหลักประกันมี 3 ลักษณะที่กล่าวไว้มันก็จะ เป็น Floating Charge

1. ถ้าเป็นการเอาประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทในปัจจุบันและในอนาคต

2. ถ้าทรัพย์สินมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาในทางปกติของธุรกิจ

3. จนกระทั่งมีการกระทำบางอย่างในอนาคต โดยหรือในนามของผู้มีผลประโยชน์ในหลักประกันที่จะบังคับประกัน บริษัทสามารถดำเนินธุรกิจของเขาได้ไปตามปกติทางธุรกิจ”⁷

ความคิดเห็นที่ 3 โดย Buckiy LJ ใน *Evans v Rivel Granite Quarries Ltd.*

“Floating Charge ไม่ใช่หลักประกันในอนาคต เป็นหลักประกันในปัจจุบันซึ่งมีผลต่อทรัพย์สินของบริษัทโดยตรง รวมทั้ง... เป็นหลักประกันที่มีความลอยตัวไม่ใช่การจำนองทรัพย์สิน โดยเฉพาะเจาะจง (Fixed Mortgage) บวกกับอนุญาตให้ผู้ให้จำนองสามารถขายทรัพย์สินได้ในทางธุรกิจ แต่เป็นการจำนองลอยตัว (Floating Mortgage) ซึ่งปรับใช้กับทุกอย่างที่รวมอยู่ในหลักประกันแต่จะไม่กระทบต่อวัตถุใดจนกระทั่งเกิดการกระทำ หรือเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นหรือการกระทำบางอย่างของผู้รับหลักประกันทำให้ทรัพย์สินนั้นถูกแปลงสภาพกลายเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge”⁸

หลักสำคัญ 2 ประการ ที่ได้จากการให้ความคิดเห็นที่ 3 นั่นคือ หลักประกันนั้นเป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และหลักประกันนั้นดูจาก “ทุน” ของทรัพย์สิน ซึ่งลูกหนี้มีสิทธิจัดการทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจ สถานะของ Floating Charge ที่ถูกกำหนดว่าเป็นหลักประกันในปัจจุบัน จะแตกต่างจากการให้หลักประกันตามวันที่กำหนดในอนาคต จากการเกิดของเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนในอนาคต

ในกฎหมายอังกฤษหลักเรื่อง “ทุน” มีหลักที่แน่นอน หลักของทุนก็คือการที่เปลี่ยนจากทุนมาเป็นทรัพย์สิน นั่นคือย้ายจากทุนมาอยู่ในทรัพย์สินและทรัพย์สินใหม่จะเข้ามาแทนที่

⁶ Philip, R Wood. (1995). *Comparative Law Security and Guarantees*. p. 12.

⁷ J, R Lingard. (1993). *Bank Security Document*. p. 123.

⁸ R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 48.

ในทุน แต่การแสดงว่าเป็นทุนก็ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลง มีการเปรียบเทียบไว้ว่าเหมือนกับกรณีแม่น้ำ Thames ยังคงเป็นแม่น้ำ Thames แม้ว่าความจริงน้ำนั้นไม่มีวันที่จะเหมือนเดิม การเปรียบเทียบ ลักษณะนี้ในประเทศอังกฤษมีการนำไปเปรียบเทียบกับเรื่อง Trust เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบผู้ให้หลักประกันใน Floating Charge เหมือนกับกรณีของผู้รับผลประโยชน์ใน กองทุน Trust คือตราใบที่ Trustee ยังคงมีอยู่นั้น ผู้รับประโยชน์จะไม่มีสิทธิในทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงในกองทุนนั้น ผลประโยชน์จะมีลักษณะลอยตัวอยู่เหมือนกับกรณีผู้ให้หลักประกันภายใต้ Floating Charge

ความสำคัญของการที่ถือว่า Floating Charge เป็นหลักประกันในปัจจุบัน⁹

(1) การเกิดของการแปลงสภาพหลักประกัน (Crystallise) ทำให้หลักประกันนั้นมีผลต่อลูกหนี้ (Attach) โดยไม่ต้องมีการกระทำใหม่อย่างอื่นในส่วนของลูกหนี้

(2) ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder)¹⁰ มีสิทธิที่จะติดตามทรัพย์สินที่ไปตกในมือของผู้ซื้อหรือ ผู้มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สิน โดยก่อนที่จะมีการบังคับหลักประกันได้เอาทรัพย์สินของบริษัทไปนอกเหนือจากตามปกติทางธุรกิจ

(3) ข้อจำกัด (Retriction) ของการเอาประกันแบบ Floating Charge ในการจัดการทรัพย์สินของบริษัทมีผลผูกพันต่อบุคคลที่เข้ามาเอาประกันลำดับหลังให้ต้องผูกพันตามข้อจำกัดนั้น

(4) ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) สามารถมีคำสั่งยับยั้งการจัดการบริษัทที่นอกเหนือไป จากการกระทำตามปกติทางธุรกิจหรือมีการละเมิดใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture)

(5) เนื่องจากที่ว่าผลประโยชน์ในหลักประกันได้เกิดขึ้นแล้วแม้ว่าจะมีการลอยตัวอยู่ แต่ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) มีสิทธิที่จะฟ้องไปยังศาลสำหรับการแต่งตั้ง Receiver กรณีที่หลักประกันเกิดอันตราย แม้กระทั่งในกรณีหลักประกันนั้นยังไม่ถูกแปลงสภาพ

⁹ Ibid. p.50.

¹⁰ เมื่อบริษัทต้องการเงินทุนมากขึ้นก็ทำการขอให้บุคคลให้เงินกู้ โดยจะมีการให้หลักประกันในรูปแบบของการจำนอง หรือให้หลักประกันในทรัพย์สินของบริษัท บุคคลที่ให้เงินกู้แก่บริษัทในกรณีนี้จะไม่ได้กลายมาเป็นสมาชิกของบริษัท แต่จะเป็นเพียงเจ้าหนี้ของบริษัท โดยที่เจ้าหนี้จะได้รับดอกเบี้ยในอัตราตัว (ไม่ใช่จากเงินปันผล) คำว่า “Debenture” คือเป็นเอกสารที่แสดงถึงการยอมรับของบริษัทในหนี้ที่มีอยู่และการให้หลักประกันในหนี้นั้นแก่ผู้ให้ยืม โดยผู้ที่ให้ยืมที่บริษัทออก Debenture ใ้หนี้เรียกว่า Debenture holder

โดยปกติ รายละเอียดที่จะมีใน debenture คือ หลักประกัน (fixed หรือ Floating Charge) ข้อจำกัดของบริษัท การแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้จัดการในกรณีที่บริษัทไม่ชำระหนี้ และข้อกำหนดให้บริษัทรายงานทรัพย์สินในปัจจุบันและหนี้สินตามระยะเวลาที่ธนาคารกำหนด

หลักประกันในเรื่อง Floating Charge ในอังกฤษนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิด รวมทั้งสินค้าและสิทธิเรียกร้องแม้ว่าเจ้าหนี้ผู้มีประกันจะไม่มีกรอบครอบงำก็ตาม โดยให้ลูกหนี้ครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้นต่อไปหลักประกันแบบ Floating Charge นั้นสามารถครอบคลุมทรัพย์สินในระบบที่ต้องมีวิธีการพิเศษ เช่น ที่ดิน เรือ อากาศยาน แต่หากไม่จดทะเบียนทรัพย์สินนั้นโดยวิธีการพิเศษอีกตามประเภททรัพย์สินนั้น นั่นคือจดทะเบียน ที่ดิน เรือ อากาศยาน ต่างหากอีกก็จะทำให้บุริมสิทธิของหลักประกันแบบ Floating Charge นั้นมีสิทธิที่อ่อน¹¹

ประเทศอื่นที่ใช้ Floating Charge ตามระบบกฎหมายของอังกฤษด้วย ได้แก่ ออสเตรเลีย มาเลเซีย ปากีสถาน ฮองกง สิงคโปร์ เป็นต้น¹²

ประเทศอเมริกาเองก็มีระบบหลักประกันประเภทเดียวกันกับ “Floating Charge” แต่โดยที่อเมริกาประกอบด้วย 51 มลรัฐ และเขตปกครองอีกจำนวนมากซึ่งต่างสามารถออกกฎหมายตัวเองกฎหมายของแต่ละรัฐจึงมีลักษณะแตกต่างกันไปบ้าง แต่ละรัฐจึงร่วมกันจัดทำ Uniform Commercial Code ขึ้นมาเป็นกฎหมายแม่แบบสำหรับให้มลรัฐต่างๆ นำไปประกาศใช้เป็นกฎหมายมลรัฐต่างๆ เล็งเห็นความสำคัญว่าการที่มีกฎหมายพาณิชย์ที่มีลักษณะเหมือนกันนั้นจะเป็นแรงผลักดันให้เศรษฐกิจการค้าเจริญเติบโตได้รวดเร็วจึงได้รับเอาร่างกฎหมายแม่แบบซึ่งรวมทั้งมาตรา 9 ซึ่งเป็นการเรียบเรียงจัดระเบียบกฎหมายหลักประกัน ซึ่งกฎหมายมาตรานี้ของอเมริกามีลักษณะคล้ายคลึงกับ “Floating Charge” ของระบบอังกฤษ ซึ่งในการนำกฎหมายมาตรานี้ไปประกาศใช้ในอเมริกามีเพียงรัฐหลุยเซียนารัฐเดียวที่ยังไม่ประกาศใช้¹³

ลักษณะสำคัญของ Floating Charge¹⁴

(1) หลักประกันนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในอนาคต จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุรายการของทรัพย์สินใหม่ทุกรายการหรือจำนวนทรัพย์สินทุกชิ้นที่ลูกหนี้ได้มา

(2) ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจ เช่น ขายสินค้าในห้างสรรพสินค้าโดยที่ผู้ซื้อซื้อไปได้โดยปราศจากภาระติดพัน ลูกหนี้สามารถติดตามทวงถามหนี้สินและใช้สอยเงินที่เก็บได้ ในกรณีของโรงงานลูกหนี้ก็สามารถใช้วัตถุดิบเพื่อผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ต่างๆ เป็นต้น จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันเมื่อมีการผิดสัญญา

(3) การก่อหลักประกันต้องมีการจดทะเบียนต่อสาธารณชนเพื่อให้สามารถตรวจสอบได้

¹¹ Philip, R Wood. (1995). *Comparative Law Security and Guarantees*. p. 11.

¹² Ibid,p15.

¹³ อธิ์ อัสวานันท์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข. หน้า 117.

¹⁴ Philip, R Wood. (1995). *Comparative Law Security and Guarantees*. p. 12.

(4) การบังคับหลักประกันนั้นสามารถทำได้โดยการตั้ง Receiver ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ครอบครองและจัดการหลักประกัน โดย Receiver จะทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ และโดยนัยเดียวกันจะทำให้กิจการนั้นสามารถถูกขายไปได้ทั้งกิจการเป็นหน่วยเดียว ซึ่งทำให้ได้ราคาดีกว่าแยกขายทรัพย์สินแต่ละชนิด

(5) จะกลายเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge เมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกันประโยชน์ของ Floating Charge คือ¹⁵

(1) หลักประกันนี้เหมาะสมกับการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการใหม่ๆ เพราะโดยปกติเจ้าหนี้จ่ายเงินเป็นส่วนใหญ่ของโครงการ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงควรมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งโครงการ

(2) โดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้การค้าแม้จะไม่มีหลักประกันพิเศษ แต่เจ้าหนี้การค้าจะได้รับการจ่ายเงินจากลูกหนี้เป็นค่าสินค้าและบริการมาตลอดจนสถานการณ์ของลูกหนี้หมดหวังจริงๆ ซึ่งต่างกับเจ้าหนี้โครงการซึ่งได้รับการชำระหนี้ไปไม่เท่าใด

(3) เจ้าหนี้จะรู้สึกมั่นใจมากขึ้น เจ้าหนี้มีแนวโน้มจะอยู่สนับสนุนลูกหนี้มากกว่าทำให้ อาจมีการช่วยเหลือลูกหนี้มากกว่า ทำให้อาจมีการช่วยเหลือลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการได้ซึ่งการช่วยเหลือโดยเอกชนจะได้ผลดีกว่าการช่วยเหลือจากศาล

(4) การบังคับหลักประกันที่เป็นแบบ Floating Charge จะเป็นโดยวิธีการตั้ง Receiver ทำการครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ จนกว่าจะทำการขาย

วิธีการก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบ Floating Charge

การประกันหนี้แบบ Floating Charge เป็นการประกันหนี้ที่เกิดจากสัญญา ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปของสัญญาประกันหนี้ หรือหุ้นกู้ (Debenture) มีประกัน โดยจะแยกพิจารณาต่อไปตามลำดับ

1. การทำสัญญาประกันหนี้แบบ Floating Charge¹⁶ การทำสัญญา Floating Charge เพื่อประกันหนี้เงินกู้ ไม่มีแบบของสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง แต่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญกล่าวคือ เป็นสัญญาระหว่างบริษัทซึ่งเป็นลูกหนี้ (ผู้กู้) กับเจ้าหนี้ (ผู้ให้กู้) ปกติจะมีการระบุไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันตาม Floating Charge ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ในปัจจุบันและจะได้มาในอนาคต ซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งของลูกหนี้ และลูกหนี้สามารถจำหน่าย

¹⁵ Ibid,p12.

¹⁶ วิทยา จินกาญจน์. (2537). การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge. หน้า 56-58.

จ่าย โอนทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจของบริษัท เจ้าหนี้จะไม่แทรกแซงจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นและเป็นเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

ปกติจะมีการใช้ถ้อยคำสำนวนเพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่าเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge “โดยวิธีประกันหนี้แบบ Floating Charge (By Way Of Floating Charge)” หรือ “โดยมีวิธีมีหลักประกันหนี้แบบลอย (By Way Of Floating Security)” ซึ่งจะมีการใช้ถ้อยคำสำนวนดังกล่าวบ่อยครั้ง เพื่อเป็นการยืนยันถึงเจตนาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามอาจมีข้อความที่แตกต่างไปเป็นอย่างอื่น เช่น ในกรณีที่ไม่มีข้อความว่า “ทรัพย์สินในอนาคต (Future Assets)” ปรากฏอยู่ในสัญญาอย่างชัดเจน แต่หากสามารถที่จะตีความไปได้ว่าความจริงแล้ว บ่งบอกถึงเจตนาที่จะก่อให้เกิดภาระติดทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและจะได้รับมาในอนาคต ก็เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge

การประกันหนี้แบบ Floating Charge ไม่มีรูปแบบของถ้อยคำสำนวนที่ใช้ในสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประกันหนี้แบบนี้อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีถ้อยคำสำนวนว่า “ทรัพย์สินในปัจจุบันและอนาคต” หรือ “ทรัพย์สินของกิจการค้า” หรือ “หลักประกันหนี้แบบลอย” การใช้ถ้อยคำสำนวนดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge โดยอัตโนมัติ หลักการสำคัญจึงอยู่ที่เจตนาของคู่สัญญาที่แสดงออกมาโดยไม่มีข้อสงสัยว่า ประสงค์จะให้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งลูกหนีมืออยู่ขณะทำสัญญา หรือจะได้รับมาภายหลังเป็นหลักประกันหนี้แบบ Floating Charge นับได้ว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องสำคัญของการก่อให้เกิดสัญญา Floating Charge

โดยปกติแล้ว สัญญาประกันหนี้แบบ Floating Charge จะเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาประกันหนี้แบบซาง ซึ่งจะระบุว่ามีการประกันหนี้ด้วยแบบ Fixed Charge และ Floating Charge โดยลูกหนี้ (Chargor) และเจ้าหนี้ (Chargee) ตกลงทำสัญญาประกันหนี้เงินกู้

2. หุ้นกู้ที่มีประกันแบบ Floating Charge ตามพระราชบัญญัติ Companies Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989 ของประเทศอังกฤษ บริษัทสามารถระดมเงินทุน โดยการออกหุ้นกู้ (Debenture) ซึ่งเป็นตราสารที่บริษัทออกให้แก่ผู้ถือหุ้นกู้ เพื่อแสดงว่าบริษัทเป็นหนี้เงินกู้ผู้ถือหุ้นตามจำนวนที่ระบุไว้ในหุ้นกู้ ปกติหุ้นกู้จะมีประกันการชำระหนี้แบบซาง ทั้ง Fixed และ Floating Charge โดยจะระบุไว้ในหุ้นกู้ว่าทรัพย์สินของบริษัทประเภทใดที่จะใช้เป็นหลักประกันหนี้แบบ Fixed Charge หรือ Floating Charge กรณีที่มีการกู้เงินจากเจ้าหนี้รายเดียว เช่น จากธนาคาร บริษัทก็จะออกหุ้นกู้ฉบับเดียว (A Single Debenture) แต่ในกรณีที่บริษัทออกหุ้นกู้ เพื่อกู้ยืมเงินจากประชาชนทั่วไป บริษัทจะออกหุ้นกู้เป็นชุด (Debenture Stock) หุ้นกู้แบบนี้สามารถซื้อขายในตลาดหุ้นได้ทำนองเดียวกับหุ้นสามัญ (Shares) ทำให้มีผู้ถือหุ้นหลายรายและถ้าหากมีการออกหุ้นกู้เป็นชุด โดยมี

หลักประกัน (Secured Debenture Stock) จะต้องมีการจัดตั้งผู้แทนผู้ถือหุ้นที่เรียกว่า Trustee เพื่อให้ทำหน้าที่แทนผู้ถือหุ้น โดยบริษัทจะทำข้อตกลงกับ Trustee ในเรื่องต่างๆ เป็นตราสาร เรียกตราสารนี้ว่า Trust Deed

ในทางปฏิบัติจะพบเห็นเป็นเรื่องธรรมดาสำหรับการประกันหนี้แบบ Floating Charge ที่มาจากหุ้นกู้ฉบับเดียวหรือหุ้นกู้ฉบับใดฉบับหนึ่งของหุ้นกู้ที่มีลักษณะเป็นชุด และจะมีการ จำนองเป็นประกันด้วยหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตามการประกันหนี้แบบ Floating Charge อาจเกิดขึ้น และมีอยู่ได้โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับหุ้นกู้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่เกี่ยวกับการทำสัญญาประกัน หนี้แบบ Floating Charge เพื่อประกันหนี้เงินกู้ แต่โดยปกติแล้วในการประกันหนี้เงินกู้หรือหุ้นกู้มี ประกันแบบ Floating Charge จะประกอบด้วยการประกันแบบ Fixed Charge คู่กับ Floating Charge หรือ จำนองคู่กับ Floating Charge ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจในหลักทรัพย์ประกัน มากยิ่งขึ้น

บุคคลผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge

เจ้าหนี้ตาม Floating Charge มีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งอาจเป็นธนาคารหรือ สถาบันการเงินต่างๆ ถ้าหากมีความสามารถที่จะให้กู้ยืมเงินได้ก็อาจเป็นเจ้าหนี้เงินกู้ที่มีประกัน แบบ Floating Charge

สำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสามารถเป็นลูกหนี้ที่จะให้หลักประกันแบบ Floating Charge ได้ นั้น จากการศึกษาพบว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ส่วนใหญ่เฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้นที่ สามารถตกลงก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบนี้ได้ มีกรณีขเว้นที่บุคคลธรรมดาสามารถให้ หลักประกันแบบ Floating Charge ได้คือ ชาวานาซึ่งสามารถใช้ทรัพย์สินในเกษตรกรรมมาใช้เป็น ประกันแบบ Floating Charge ได้¹⁷

การจดทะเบียนหลักประกัน

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นกำหนดไว้ให้มีการจดทะเบียนหลักประกันตาม พระราชบัญญัติ Company Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989 มาตรา 395 กำหนดไว้ สำหรับรายการต่างๆ ของ Charge ที่บริษัทได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งต้องจดทะเบียนตามมาตรา 395 กำหนดไว้ในมาตรา 396(1)¹⁸ ซึ่งได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียน Floating Charge ภายใน 21 วัน นับแต่ก่อให้เกิด

¹⁷ Holden, J Milnes . (1998). *The Law and Practice of Banking*. p.341.

¹⁸ พระราชบัญญัติ 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.

หลักประกัน¹⁹ หรือวันที่เข้าถือสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และนายทะเบียนถูกกำหนดให้ จดรายการจดทะเบียนและลงวันที่รายการนั้นมาถึงเขา ในการจดทะเบียนจะออกหนังสือรับรอง การจดทะเบียน เพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้จดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้แล้ว แม้ว่า รายการจดทะเบียนไม่ถูกต้องทั้งหมดก็ไม่มีผลต่อหนังสือรับรอง

นอกจากนี้บริษัทลูกหนี้ต้องจดทะเบียน Floating Charge ลงในสมุดทะเบียนบริษัทและ บริษัทจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อเปิด โอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้

การจดทะเบียนเป็นการบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกโดยปริยายถึงการเอาหลักประกัน แบบ Floating Charge และการจดทะเบียนของ Floating Charge เป็นการจดแจ้งรายการต่างๆ ของ ข้อตกลงในสัญญา Floating Charge ตามที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนจดบันทึกรายการต่างๆ ลงไว้ในสมุดทะเบียน มิใช่การจดทะเบียนจำนองซึ่งต้องกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ถ้าบริษัทไม่ได้จดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายใน 21 วัน บริษัทและเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่ง ผิดพลาดจะต้องโดนปรับและทำให้ Charge เป็นโมฆะไม่สามารถต่อสู้กับผู้บริหารแผน ผู้ชำระ บัญชีของบริษัทและผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันไม่ว่าจะเกิดก่อนหรือหลัง ระยะเวลา 21 วัน ในกรณีที่มีการชำระบัญชีหรือการยื่นฟ้องกิจการแต่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเข้า กระบวนการชำระบัญชีหรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็สามารถใช้ยันกับตัวบริษัทผู้ให้หลักประกันได้²⁰

(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 charge is entitled to possession either of the goods or 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

¹⁹ T, G Reeday. (1986). **The Law Relating to Banking**. p. 136.

²⁰ R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 40

นอกจากนี้เพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ตาม Floating Charge บริษัทลูกหนี้จะต้องชำระเงินกู้ที่กู้ยืมให้แก่เจ้าหนี้โดยทันที

ถึงแม้ว่าจะกำหนดว่าการจดทะเบียนนั้นเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge แต่แนวคิดที่สำคัญภายใต้หลักที่ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge คือ การจดทะเบียนนั้นถือเป็นการแจ้งเพียงกรณีที่บุคคลนั้นโดยหลักแล้วสามารถตรวจสอบได้ โดยปกติแล้วจะไม่รวมถึงผู้ซื้อตามปกติทางธุรกิจ เพราะว่าเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติที่บุคคลเหล่านั้นจะถูกคาดหวังให้ทำการตรวจสอบในการจดทะเบียน เช่น ผู้ซื้อสินค้าจากผู้ผลิต หรือตัวแทนที่นำสินค้าไปขาย เพราะเขาไม่สามารถที่จะทำการตรวจสอบทุกครั้งที่ต้องการสินค้า และเนื่องจากผู้ซื้อสินค้าที่เป็นหลักประกันแบบ Floating Charge จะไม่มีภาระผูกพันในหลักประกันเพียงเพราะทราบถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge นอกจากนี้ได้รับการแจ้งว่าการขายสินค้าให้เขานั้นเป็นการผิดเงื่อนไขของหลักประกัน ดังนั้นผู้ซื้อจึงได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน²¹

ทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกัน

ในระบบกฎหมายของอังกฤษนั้น ลูกหนี้ไม่มีปัญหาในการใช้ทรัพย์สินต่างๆ ของตนเป็นหลักประกันเพราะมีระบบหลักประกันที่เรียกว่า Floating Charge ซึ่งเป็นการใช้ทรัพย์สินทั้งในปัจจุบันและอนาคตของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทซึ่งในการนำมาเป็นหลักประกันนั้นจะระบุไว้เพียงประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น (Class of Assets) รวมตลอดถึงสินค้าคงคลังและสิทธิเรียกร้องต่างๆ เป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ โดยที่หลักประกันแบบ Floating Charge นี้ทำให้สามารถใช้สิ่งเหล่านี้เป็นหลักประกันได้²²

(1) ใช้สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือ และสินค้าอื่นๆ เป็นหลักประกัน โดยยังให้อยู่ในความครอบครองและการใช้สอยซื้อขายของลูกหนี้ได้

(2) ใช้สิทธิเรียกร้องต่างๆ ตามสัญญาเป็นหลักประกันโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ

(3) ใช้หลักทรัพย์สินการลงทุนต่างๆ เป็นประกันโดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์สินการลงทุนนั้นๆ

(4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้

(5) สามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นประกัน โดยไม่ต้องระบุทรัพย์สินนั้น

ทุกรายการ

²¹ R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 45.

²² อธิก อิศวานนท์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข. หน้า 115.

ทรัพย์สินบางชนิดสามารถเป็นได้ทั้ง Fixed Charge และ Floating Charge โดยจะต้องมีการพิจารณาว่าเป็นการให้หลักประกันประเภทใดเพราะทั้ง 2 ชนิดนี้ มีความแตกต่างกันทั้งลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้และอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้²³ โดยปกติแล้วศาลจะดูจากความสามารถของลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจว่าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ก็จะเป็นการให้หลักประกันแบบ Floating Charge

ทรัพย์สินที่มักจะมีปัญหาว่าเป็นการให้หลักประกันประเภทใด เช่น สินค้าในสต็อก วัตถุดิบ และสินค้าในการผลิต ตามปกติสินค้าในสต็อกจะพิจารณาความอิสระของบริษัทในการจัดการทรัพย์สินว่ามีหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการที่จะเป็นการให้หลักประกันแบบ Floating Charge แต่ถ้าในส่วน of วัตถุดิบและสินค้าในการผลิตทางทฤษฎีก็สามารถให้หลักประกันแบบ Fixed Charge ได้ในทางปฏิบัติแล้วบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถจะขอความยินยอมในการดำเนินการกับวัตถุดิบหรือในการประกอบสินค้าได้ในทุกขั้นตอนการดำเนินการ

เพราะฉะนั้นถ้าต้องการที่จะให้การเอาประกันในทรัพย์สินข้างต้นเป็นการเอาประกันแบบ Fixed Charge ต้องมีการควบคุมทรัพย์สินที่เอาประกันจากเจ้าหนี้ เช่น ในกรณีเอาสินค้าเป็นประกันต้องมีการเก็บรักษาไว้ในโกดังของเจ้าหนี้หรือที่เจ้าหนี้เป็นคนจัดหา และต้องมีการขออนุญาตจากเจ้าหนี้ในการปล่อยสินค้า

การแปลงสภาพทรัพย์สิน (Crystallize) ของ Floating Charge

จากความหมายของการหลักประกันแบบ Floating Charge ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้นสาระสำคัญของหลักประกันประเภทนี้คือให้อิสระกับลูกหนี้ในการดำเนินการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจของทรัพย์สินนั้น ซึ่งเจ้าหนี้จะไม่มาแทรกแซงในทรัพย์สินที่เอาประกันจนกว่าบริษัทจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี ไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือโดยคำสั่งศาลหรือถูกพิทักษ์ทรัพย์สิน หรืออำนาจในการดำเนินการของบริษัทสิ้นสุดลงเนื่องจากเอกสารในการเอาประกัน หรือมีการยุติการดำเนินธุรกิจตามปกติ ดังนั้นเมื่อเหตุการณ์ข้างต้นเกิดขึ้นก็จะกล่าวได้ว่าหลักประกันนั้นได้มีการแปลงสภาพ (Crystallise) แล้ว โดยปกติแล้วต้องมีการแจ้งการแปลงสภาพทรัพย์สินเพื่อทำการจดทะเบียน

(1) ผลของการแปลงสภาพทรัพย์สิน

การแปลงสภาพหลักประกันทำให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หมดไป และผลคือทำให้หลักประกันนั้นเปลี่ยนจากหลักประกันแบบ Floating Charge มาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge มีผลผูกพันกับทรัพย์สินทุกชิ้นของบริษัทที่มีในเวลานั้น หรือผลประโยชน์ที่

²³ R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 54-55.

ได้มาในภายหลังการแปลงสภาพทรัพย์สินไม่ใช่การจดทะเบียนอีกครั้งเพราะไม่มีหลักประกันเกิดขึ้น แต่เป็นที่ยุติการลอยตัวของทรัพย์สิน

(2) เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแปลงสภาพ

เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแปลงสภาพสามารถแบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ๆ 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่หนึ่ง ได้มีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดการค้าขายของธุรกิจ

กลุ่มที่สอง มีการแทรกแซงโดย ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ในการบังคับหลักประกันของเขาซึ่งทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหมดไป และทำให้ความสามารถในการจัดการทรัพย์สินโดยปราศจากภาระหลักประกันหมดไป

กลุ่มที่สาม การกระทำอย่างอื่นหรือเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ในใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture) ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกัน

กลุ่มที่หนึ่ง คือมีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดดำเนินการค้าขายของบริษัท ตัวอย่าง 2 อย่างของการแปลงสภาพหลักประกันที่ถูกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มนี้คือ²⁴

(1) การชำระบัญชีไม่ว่าจะโดยมติของผู้ร่วมหุ้น หรือคำสั่งศาล ในกรณีของการบังคับให้มีการชำระบัญชีวันที่ทรัพย์สินถูกแปลงสภาพคือวันที่ศาลมีคำสั่งให้ชำระบัญชี ไม่ใช่วันที่ยื่นคำร้องขอชำระบัญชี

(2) มีการหยุดการค้าขาย คือเมื่อบริษัทหยุดการค้าขายกฎหมายให้ถือว่าหลักประกันนั้นได้มีการแปลงสภาพ

กลุ่มที่สอง โดยการแทรกแซงของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ในการเข้ามาควบคุมทรัพย์สิน ตัวอย่างของการแปลงสภาพหลักประกันที่ถูกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มนี้คือ

(1) โดยการครอบครอง ถ้าผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยถูกกฎหมายทรัพย์สินนั้นก็จะมีแปลงสภาพทำให้บริษัทหมดความสามารถในการควบคุม ในการครอบครองทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องยึดครองทรัพย์สินทั้งหมดทันที เพราะกรณีส่วนใหญ่ไม่สามารถทำได้ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) เพียงแต่เข้าครอบครองบางส่วนในนามของการครอบครองทั้งหมด

(2) เมื่อมีคำสั่งมอบการครอบครองหรือขาย เมื่อมีคำสั่งบริษัทต้องส่งการครอบครองที่ดินหรือสินค้าให้กับผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ก็จะมีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพจากการมีคำสั่งทำให้สิทธิของบริษัทในการครอบครองและจัดการที่ดินหรือสินค้าหมดไป เพียงแต่การเริ่มกระบวนการยังไม่เพียงพอที่จะทำให้บริษัทหมดสิทธิในการควบคุมเพราะในที่สุดอาจจะไม่มีคำสั่งนั้น

²⁴ Ibid. pp 60-64

(3) การแต่งตั้ง Receiver นอกศาลการแปลงสภาพหลักประกัน ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่า Receiver เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือไม่ เพียงแต่การแต่งตั้ง Receiver ก็มีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพ

(4) การแต่งตั้ง Receiver โดยศาลทำให้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของ Receiver ทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหมดไปและมีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพ เพียงแต่การร้องขอให้มีการแต่งตั้งเจ้า Receiver นั้น ยังไม่เป็นการแปลงสภาพหลักประกัน เพราะอาจจะไม่มีคำสั่งศาลในการบังคับหลักประกัน

กลุ่มที่สาม จากเหตุการณ์อื่นหรือที่กำหนดไว้ในใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture)

สิทธิของเจ้าหนี้ Floating Charge ที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนหรือหลังเจ้าหนี้อื่น

ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือก่อนทรัพย์สินเกิดการแปลงสภาพ และภายหลังทรัพย์สินแปลงสภาพ

(1) สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นก่อนการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน โดยจะพิจารณาจากกรณีทั่วไปและกรณีที่มีข้อจำกัด

กรณีทั่วไป

1. การก่อให้เกิดหลักประกันแบบ Fixed Charge ในภายหลังผู้ให้หลักประกันแบบ Floating Charge จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังหลักประกันแบบ Fixed Charge แม้จะได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge ก็ตาม นอกจากจะมีข้อจำกัดเอา

2. การก่อให้เกิดหลักประกันแบบ Floating Charge ภายหลังเหนือทรัพย์สินอย่างเดียวกันจะสันนิษฐานว่ามีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากการเอาประกันครั้งแรก นอกจากจะมีข้อตกลงอื่น

3. ในกรณีที่มีการบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน ถ้าในกรณีที่การบังคับคตินั้นเสร็จเรียบร้อยแล้ว ก่อนที่จะมีการแปลงสภาพ แต่ปัญหาก็มีว่าเมื่อไรที่จะตัดสินว่าการบังคับคตินั้นเสร็จสมบูรณ์แล้ว

กรณีมีข้อจำกัดในการห้ามการเอาหลักประกันให้มีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับ Floating Charge

ถ้ามีข้อจำกัดในการจดทะเบียนบริษัทหรือในใบหุ้นกู้ของบริษัท Debenture โดยขัดแจ้งในการห้ามให้การเอาหลักประกันภายหลังมีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับการเอาหลักประกันแบบ Floating Charge ครั้งแรก และผู้รับหลักประกันลำดับหลังจะต้องได้รับแจ้งข้อห้ามนั้น เพราะถ้าไม่มีข้อห้ามก็จะทำให้หลักประกันแบบ Fixed Charge มีสิทธิเหนือกว่าหลักประกันแบบ Floating Charge

ดังนั้นปัจจุบันจึงมักมีการเขียนข้อจำกัดไว้ซึ่งเพราะถ้าปราศจากข้อจำกัดนั้นก็จะทำให้หลักประกันแบบลอย Floating Charge ไม่มีค่า²⁵

เงื่อนไขของข้อจำกัดเพื่อป้องกันการมีสิทธิเหนือกว่าหลักประกันแบบ Floating Charge ต้องมีการจดไว้ในการจดทะเบียน Company Registry ซึ่งจะทำให้ผู้ที่เอาประกันภายหลังไม่ว่าจะเป็น Legal Mortgage หรือ Equitable Mortgage ได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge และทราบข้อห้ามในการมีสิทธิเหนือหลักประกันนั้น ดังนั้น ผู้ที่เอาประกันภายหลังก็มีสิทธิหลังจากหลักประกันแบบ Floating Charge ไม่ว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันแล้วหรือไม่ และถ้าผู้รับหลักประกันภายหลังได้รับแจ้งว่าการให้หลักประกันของบริษัทนั้นเป็นการละเมิดข้อห้าม ดังนั้นผู้รับหลักประกันภายหลังก็มีสิทธิหลังจากหลักประกันแบบ Floating Charge ข้อห้ามนั้นจะต้องมีการตีความอย่างเข้มงวด

มันเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้เอาหลักประกันลำดับหลังได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge และข้อจำกัดนอกจากจะถือว่าการจดทะเบียนที่ Company Registry เป็นการแจ้งโดยปริยาย ในความเห็นของ J R Lingard ภายใต้ Company Act 1985 ที่ยังไม่มีการแก้ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งโดยปริยายต่อผู้เอาประกันลำดับหลังแต่ก็มีข้อยกเว้นในบางบุคคล²⁶

(2) สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

เนื่องจากอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกค้านี้ทั้งหมดไปเมื่อเกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินและมีผลให้หลักประกันจะกลายมาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลภายนอกจะได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ แต่จะเกิดปัญหาขึ้นกับคนภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ ภายหลังการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ในกรณีที่เหตุทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ถือว่าเป็นการแจ้งให้สาธารณชนทราบแล้ว เช่น การบอกเลิกอำนาจการจัดการของกรรมการของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งจะมีผลเปลี่ยนเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันในเวลาทีบอกเลิก ดังนั้น เจ้าหนี้ Floating Charge ในกรณีนี้จะมีสิทธิในสินทรัพย์ประกันดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ทำนองเดียวกับการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันที่เกิดจากการเลิกกิจการหรือหยุดกิจการของลูกค้านี้มีผลทำให้เจ้าหนี้ Floating Charge มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่น แต่เหตุที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินประกันยังมีนอกเหนือจากที่กล่าวอีก เช่น การแต่งตั้งเป็นหนังสือประกอบกับในขณะที่เดียวกัน Receiver ได้แสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่ายอมรับเป็น Receiver จึงต้องมีการกระทำบางอย่างอีก

²⁵ J, R Lingard. (1993). *Bank Security Document*. p. 160.

²⁶ Ibid. p. 161.

เท่าที่จำเป็น เพื่อแจ้งให้สาธารณชนทราบถึงการเข้ามาแทรกของ Receiver เช่น โดยการประกาศแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้ง Receiver

ตามหลักการนี้มีข้อยกเว้นอย่างน้อย 2 ประการ คือ

(1) ผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สิน โดยปราศจากการได้รับแจ้งการแปลงสภาพหลักประกัน โดยผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ได้ดำเนินการเสร็จหลังจากมีการแปลงสภาพหลักประกันแต่ก่อนที่จะได้รับการแจ้งถึงการแปลงสภาพหลักประกันจะได้รับทรัพย์สินนั้นไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน เนื่องจากเขาได้มีการดำเนินธุรกิจกับบริษัทก่อนที่จะมีการแปลงสภาพหลักประกัน ในกรณีนี้ถือว่าเขามีสิทธิที่จะกล่าวว่าเขาไม่ทราบถึงการสิ้นสุดอำนาจการจัดการของบริษัท

(2) เจ้าของที่ดินในการยึดหน่วงทรัพย์สินเป็นค่าเช่า การแปลงสภาพหลักประกันไม่ทำให้สิทธิในการยึดทรัพย์สินเพื่อหักกลบลบหนี้ในค่าเช่าของเจ้าของที่ดินหมดไปเพราะใน Common Law เจ้าของที่มีสิทธิที่จะยึดทรัพย์สินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้เช่าหรือไม่²⁷

สิทธิของบุคคลภายนอก

1. กรณีผู้ซื้อหรือผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือหลักประกันจากการขายตามปกติทางธุรกิจของบริษัทความสำคัญของหลักประกันแบบ Floating Charge คือบริษัทมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินในทางธุรกิจ สำหรับความหมายของคำว่า “ปกติทางธุรกิจ” นั้นมีคำขยายความที่กว้างซึ่งรวมถึงการมีสิทธิในขาย เช่าซื้อ จริงๆ แล้วคืออยู่ในรูปใดก็ได้ โดยเป็นการจัดการโดยสุจริต อยู่ในอำนาจของบริษัทและเป็นการส่งเสริมบริษัทมากกว่าเป็นการทำลายหรือทำให้สิ้นสุดของธุรกิจ²⁸ ดังนั้นผู้ซื้อหรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือตัวทรัพย์สินที่ได้ทรัพย์สินมาตามปกติทางธุรกิจ จึงมีสิทธิเหนือผู้ซึ่งเอาประกันแบบ Floating Charge แม้ว่าจะทราบถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge ก็ตาม แต่ถ้ามีการจำกัดอำนาจในการจัดการของบริษัทเอาไว้ ผู้รับประกันแบบ Floating Charge ก็จะมีสิทธิเหนือกว่า

ในกรณีที่ผู้ซื้อหรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือตัวทรัพย์สินซื้อไปโดยมีข้อจำกัดไปด้วยคือมีภาระผูกพันในหลักประกัน สิทธิของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ที่จะเข้าถึงสิทธิในหลักประกันจะปรากฏขึ้นเมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน และจนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันก็จะถือว่าสิทธิในการเข้าถึงสิทธิในหลักประกันนั้นไม่สมบูรณ์นอกจากจะมีการกำหนดไว้ในใบหุ้นกู้ (Debenture)

2. ผู้ซื้อหรือ ผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนอกเหนือจากตามปกติทางธุรกิจ ผู้ซื้อ หรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทรัพย์สินมาจากบริษัทลูกหนี้

²⁷ Ibid. p. 158.

²⁸ R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security*. p. 85.

นอกเหนือจากทางธุรกิจ จะมีสิทธิหลังจากผู้รับประกันแบบ Floating Charge ผลของการขายมีผลเหมือนการสินค้าที่เป็นการละเมิดข้อจำกัด คือสิทธิของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ในฐานะผู้รับประกันแบบ Floating Charge จะยังไม่สมบูรณ์และสามารถถือสิทธิเมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน

การที่ขายทรัพย์สินนอกจากทางปกติทางธุรกิจไม่ทำหลักประกันนั้นแปลงสภาพแต่อาจจะเป็นสาเหตุให้ ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) เข้าแทรกแซงผลประโยชน์ในหลักประกันของเขาและทำการบังคับหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำตามเงื่อนไขในใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture) หรือมีสิทธิที่จะแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เนื่องจากเกิดความเสี่ยงกับหลักประกัน

การบังคับหลักประกัน

เมื่อมีการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะมีมาตรการต่างๆ ที่ตกลงกันไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกันหรือในหุ้นกู้ซึ่งในอังกฤษมีข้อยึดหยุ่น เช่น Private Sale หรือครอบครองชั่วคราวเพื่อเรียกเก็บรายได้ ความอิสระของการทำสัญญาในของกฎหมายอังกฤษอาจถูกคัดกรองโดยเงื่อนไขของสัญญา ดังนั้นผู้ทำสัญญาจะถูกควบคุมโดยหลักเรื่อง Unfair Contract Terms ซึ่งข้อตกลงในการบังคับหลักประกันส่วนใหญ่จะมีมาตรการ 4 แนว คือ

(1) อำนาจในการขาย ในอังกฤษนั้นมีการยึดหยุ่นในการขายเพื่อช่วยเหลือเจ้าหนี้มีประกันภายใต้สัญญาหลักประกันที่เหมาะสม ข้อยึดหยุ่นนั้นรวมถึงการขายโดยเอกชนโดยไม่ผ่านศาล (Private Sale)²⁹ เพราะทำให้มีการขายโดยเร็ว โดยปราศจากการชักช้าหรือค่าใช้จ่ายของศาล แต่ก็มีความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในการป้องกันราคาซึ่งเจ้าหนี้จะต้องมีค่าใช้จ่ายของผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการควบคุมการขาย³⁰ นอกจากนั้นศาลก็ยังคงอำนาจไว้บ้างคือเจ้าหนี้มีประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสมหรือที่ราคาจริงตามตลาด

ตรงข้ามกับในหลายประเทศกำหนดให้มีการประมูลขายต่อสาธารณะแล้วต้องหลังจากมีคำสั่งศาลซึ่งกระบวนการนี้มีการล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายมาก³¹ และในบางประเทศจะมีการดำเนินคดีโดยสรุปแทนที่กระบวนการเต็มรูปแบบเพื่อให้มีคำสั่งศาลในการประมูลขายแต่ถ้ามีการคัดค้านโดยลูกหนี้ก็จะต้องมีการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบซึ่งจะทำให้ช้า³²

²⁹ Philip, R Wood. (1995). *Comparative Law Security and Guarantees*. p. 138.

³⁰ Ibid. p.142.

³¹ Ibid. p.142.

³² Ibid. p.144.

(2) อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver³³ (ในกรณีไม่มีอำนาจนี้ก็สามารถร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้ง Receiver ได้) โดยปกติเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นผู้มีประกันจะเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ผู้ถือหุ้นผู้มีวิธีการขั้นพื้นฐานในการแต่งตั้ง Receiver ได้ 2 ทางด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรก โดยการยื่นคำร้องต่อศาล The High Court เพื่อขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ประการที่สอง โดยผู้ถือหุ้นผู้แต่งตั้ง Receiver ได้เอง ไม่ต้องขอศาลแต่งตั้งอำนาจที่จะแต่งตั้ง Receiver ได้เองนี้อาจกำหนดได้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ เช่น ตามพระราชบัญญัติ Law of Property Act 1925 หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

1) เหตุที่จะมีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาล ศาล The High Court จะตั้ง Receiver ตามคำขอของเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้น เมื่อศาลพิจารณาเห็นว่า การแต่งตั้งนั้นมีเหตุอันสมควรและเป็นธรรมเนียมที่ต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ ได้แสดงถึงเหตุที่ศาลจะแต่งตั้ง Receiver

ก. บริษัทลูกหนี้ค้างชำระต้นเงินและดอกเบี้ยเมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว

ข. เมื่อบริษัทลูกหนี้หยุดกิจการขาย

ค. เมื่อทรัพย์สินเป็นหลักประกันตกอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง เช่น กรณีมีการกล่าวหาว่าบริษัทลูกหนี้ดำเนินธุรกิจไปในทางที่ผิดกฎหมาย หรือเมื่อผู้ถือหุ้นได้มีการขายหุ้นให้ผู้อื่นไป ตามคำสั่ง ศาลจะนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาพิจารณาในการตัดสินใจว่า ทรัพย์สินเป็นหลักประกันอยู่ในภาวะของความเสี่ยงหรือไม่

ง. เมื่อสามารถบังคับชำระเอาจากหลักประกันได้ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

2) เหตุที่จะมีการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นอาจแต่งตั้ง Receiver ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องอาศัยศาล ถ้าตามสัญญาประกันหุ้นผู้ได้ระบุข้อความว่า ให้ผู้ถือหุ้นผู้มีสิทธิแต่งตั้ง Receiver ถ้าหากว่าหุ้นผู้ซึ่งมีประกันถึงกำหนดชำระแล้ว ข้อเท็จจริงซึ่งแสดงว่าหุ้นผู้ถึงกำหนดชำระแล้ว จะรวมถึงข้อเท็จจริงว่าได้มีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร หรือถ้าไม่ได้มีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องมิเหตุการณต่าง ๆ ดังต่อไปนี้เกิดขึ้นคือ

ก. ถ้ามีคำสั่งหรือมีมติออกมาว่าให้บริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ

ข. ถ้าได้มีการบังคับคดี หรือครอบครองยึดถือเอาสังหาริมทรัพย์เพื่อชำระหนี้หรือบังคับเหนือหรือต่อทรัพย์สินของบริษัท แต่ก็ยังไม่ชำระภายใน 2 วัน

ค. เมื่อบริษัทหยุดจ่ายเงิน หรือหยุดดำเนินธุรกิจหรือข่มขู่ว่าจะหยุดดำเนินธุรกิจ

ง. ถ้าได้มีการแต่งตั้ง Receiver เพื่อจัดการทรัพย์สินของกิจการค้า หรือบางส่วนของทรัพย์สินของกิจการค้า

จ. เมื่อบริษัทผิดสัญญา หรือเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญา

³³ วิทยา จินกาญจน์. เล่มเดิม. หน้า 74-79.

ฉ. ถ้ามีการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการแต่งตั้ง Administrator

ช. ถ้าบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ ตามความหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 123 ของพระราชบัญญัติ Insolvency Act 1986 กล่าวโดยสรุปคือ บริษัทมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน

3) เงื่อนไขการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ เพื่อที่จะให้การแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้มีประกันแบบ Floating มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย จึงมีเงื่อนไขกำหนดไว้ 6 ประการ กล่าวคือ

ก. ไม่มี Administration Order ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่

ข. หลักประกันที่กำหนดให้มีการแต่งตั้ง Receiver นั้น มีผลบังคับได้

ค. หนี้ตามหุ้นกู้ที่มีประกันนั้น เกิดขึ้นมาจากสัญญาที่มีผลบังคับได้

ง. อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver มาจากข้อความในหุ้นกู้

จ. การแต่งตั้ง Receiver ทำให้โดยบุคคล และโดยวิธีการตามที่กำหนดไว้ในหุ้นกู้

ฉ. บุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งเป็น Receiver จะต้องมีความสมบัติที่จะกระทำหน้าที่ได้

4) อำนาจหน้าที่และผลของการแต่งตั้ง Receiver

อำนาจและหน้าที่ของ Receiver ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่า Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาล และแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ตาม Floating Charge จะมีสถานะทางกฎหมายอำนาจและหน้าที่ต่างกัน Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล ไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้ซึ่งตรงกันข้ามกับ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ ทางเทคนิคแล้วเป็นตัวแทนของลูกค้าแต่ก็อยู่ในความควบคุมของเจ้าหนี้ อำนาจ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลขึ้นอยู่กับคำสั่งของศาลโดยเฉพาะ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญญา การกระทำของ Receiver ที่ขัดต่อข้อแนะนำของศาลก็อยู่ในดุลยพินิจของศาล และศาลเป็นผู้ให้ความคุ้มครองในการกระทำของ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาล กล่าวคือ

ก. Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลจะมีอำนาจตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็น เพื่อให้ Receiver ปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ ผลก็คือ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีอำนาจจำกัด แต่ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้จะมีอำนาจมากกว่า

ข. Receiver ที่ศาลแต่งตั้งมีอำนาจจัดการจำหน่ายธุรกิจที่เกี่ยวข้องของบริษัทลูกหนี้ เฉพาะแต่ในกรณีที่ปรากฏว่าบริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ แต่ถ้าจะต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการค้า ก็เพื่อธุรกิจการค้าของบริษัทคงอยู่ต่อไป ในกรณีที่หลักทรัพย์ประกันของเจ้าหนี้ อยู่ในภาวะเสี่ยงภัย และมีแนวโน้มว่าบริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ ก็จะต้องพิจารณาว่าควรจะให้ Receiver และ Manager ดำเนินธุรกิจต่อไป หรือควรขายธุรกิจของบริษัทลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ค. โดยปกติ Receiver ได้รับอำนาจจากศาลให้ดำเนินธุรกิจเฉพาะแต่ในกรณีที่จะต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการค้า ในกรณีอื่นอาจมีปัญหามาทางปฏิบัติ เนื่องจากสถานะของ

Receiver ที่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล เพื่อจะขจัดปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว ปกติศาลจะให้อำนาจแก่ Receiver ในการจัดการกรณีดังกล่าวเพียงชั่วระยะเวลาอันสั้น เช่น 3-6 เดือน

ง. นอกจากนี้ข้อจำกัดในเรื่องอำนาจจัดการแล้ว Receiver ที่ศาลแต่งตั้งมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า Receiver ที่แต่งตั้ง โดยเจ้าหน้าที่นี้เพราะ Receiver จะต้องขอคำแนะนำจากศาลในกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นโดยที่ไม่คาดคิดมาก่อน ซึ่ง Receiver ไม่สามารถเข้าไปจัดการตามอำนาจที่มีอยู่ได้ ส่วน Receiver ที่เจ้าหน้าที่แต่งตั้งจะต้องขออนุญาตจากศาลในกรณีที่ไม่ประสงค์จะรับเอาสัญญาทางการค้าที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อบริษัทลูกหนี้ ซึ่งมีมาก่อนการแต่งตั้ง Receiver ซึ่ง Receiver จะได้รับมอบอำนาจให้ทำเช่นนั้นได้ ถ้าบริษัทลูกหนี้ไม่สนใจที่จะรักษาชื่อเสียงทางธุรกิจของบริษัทลูกหนี้

จ. นอกจากข้อจำกัดในความยืดหยุ่นและในเรื่องอำนาจดำเนินธุรกิจจำหน่าย โอนทรัพย์สินของกิจการแล้ว ค่าใช้จ่าย Receiver ก็เป็นเรื่องสำคัญ Receiver ที่ศาลแต่งตั้งจะต้องหาหลักประกัน ปกติจะมีบุคคลค้ำประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับทรัพย์สินประกัน

ฉ. แบบวิธีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาล จะสลับซับซ้อนและเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงค่าใช้จ่ายมากกว่าการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหน้าที่ ผลที่ตามมาก็คือ การยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อแต่งตั้ง Receiver จะกระทำเฉพาะกรณีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหน้าที่

ผลของการแต่งตั้ง Receiver

เมื่อมีการแต่งตั้ง Receiver ไม่ว่าจะศาลหรือเจ้าหน้าที่แต่งตั้งจะมีผลดังต่อไปนี้

ก. ถ้าหาก Floating Charge แปลงสภาพไม่เสร็จเรียบร้อย Floating Charge ก็จะเกิดการแปลงสภาพ

ข. การแต่งตั้ง Receiver จะเป็นการกีดกันมาตรการของ Administration Coder

ค. หยุดพักอำนาจของกรรมการบริษัทลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินประกัน และการดำเนินธุรกิจทั่วไปของบริษัทลูกหนี้

ง. บอกละเลินสัญญาว่าจ้างแรงงาน ซึ่งไม่สามารถดำเนินไปด้วยกันได้กับการจัดการของ Administrative Receiver

จ. ไม่มีผลกระทบต่อสัญญาอื่นที่มีอยู่

จะเห็นว่า Receiver มีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมและดูแลผลประโยชน์ทั้งของเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge จึงนับได้ว่า Receiver เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของระบบการประกันหนี้แบบ Floating Charge

(3) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน³⁴ คือสิทธิที่จะเข้าครอบครองเพื่อที่จะเก็บรายได้ของกิจการและเมื่อหนี้นั้นได้ถูกจ่าย เจ้าหนี้ก็จะสละสิทธิครอบครอง ซึ่งอาจจะเป็นการครอบครองโดยเจ้าหนี้โดยตรงหรือจาก Receiver ซึ่งโดยเทคนิคเป็นตัวแทนของผู้จำนอง การครอบครองนี้จะแตกต่างกับการครอบครองเพื่อการขาย โดยปกติแล้วเจ้าหนี้จะไม่ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันเองเพราะเจ้าหนี้จะต้องทำรายงานทรัพย์สินที่ได้รับ และจะต้องรับผิดชอบในการดูแลทรัพย์สินของเจ้าหนี้และความเสียหายของทรัพย์สินซึ่งทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าลดลง นอกจากนี้จะต้องดูแลทรัพย์สินตามปกติวิญญูชน แต่เจ้าหนี้ก็มีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายในการครอบครองแต่ถ้าครอบครองโดย Receiver ไม่ต้องรายงานเพราะเป็นตัวแทนของลูกหนี้เอง ดังนั้นการครอบครองโดยเจ้าหนี้เองจะใช้เมื่อเป็นการครอบครองเพื่อทำการขาย

(4) สิทธิในการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ³⁵ จะทำได้โดยมีคำสั่งศาลเท่านั้น ในกรณีถ้าเงินกู้มีมูลค่าเกินกว่าหลักประกันซึ่งการใช้วิธีนี้เจ้าหนี้มักไม่ค่อยใช้เพราะเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดเจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องผู้ยืมอีกได้

โดยปกติในทางปฏิบัติจะใช้มาตรการในการขายและการแต่งตั้ง Receiver และจะใช้การครอบครองในการขายเท่านั้น

3.2.2 การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในโลกยุคปัจจุบัน มีการแข่งขันทางการค้าสูงมาก ดังนั้นหากมีการผัดนัดชำระหนี้แล้วมีวิธีการบังคับหลักประกันที่รวดเร็วและเป็นธรรม ก็ย่อมทำให้การดำเนินธุรกิจไปได้อย่างสะดวกไม่ติดขัดทำให้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่ได้รับความเสียหาย หรือได้รับความเสียหายน้อยที่สุด ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อกฎหมายบางส่วนของที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนในประเทศไทยได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.2.1 นิติกรรมเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในประเทศ สหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกระบวนการที่ให้อำนาจเจ้าหนี้ในการบังคับหนี้โดยเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยกลไกของศาล โดยเจ้าหนี้จะมีสิทธิบังคับเอาให้ชำระหนี้โดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ในสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาหลักประกัน โดยเจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครอง (Repossession) ทรัพย์สินหลักประกันได้ด้วยตนเองหรือเจ้าหนี้อาจจะจ้างตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) กระทำการครอบครองทรัพย์สินก็ได้

³⁴ J, R Lingard. (1993). *Bank Security Document*. p.182.

³⁵ Ibid. p.183.

สัญญาที่มีหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า สัญญาที่มีหลักประกันในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเรียกว่า ธุรกรรมซึ่งมีหลักประกัน (Secured Transaction) ซึ่งธุรกรรมที่มีหลักประกันนี้เป็นธุรกรรมที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Uniform Commercial Code : UCC มาตรา 9³⁶ อันเป็นกรอบกฎหมายเรื่องการประกันด้วยทรัพย์สินที่ไม่ใช่การจำนองอสังหาริมทรัพย์ มีขอบข่ายบังคับใช้กับบรรดานิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์หลักในการก่อตั้งสิทธิการเป็นเจ้าของมีประกัน หรือให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินเป็นหลักประกัน (Security Interest) ทั้งนี้ไม่ว่านิติกรรมที่ทำขึ้นนั้นจะอยู่ในรูปแบบใดหรืออยู่ภายใต้ชื่อใดก็ตาม เช่น คู่สัญญาได้ทำสัญญาขายฝาก เช่า หรือฝากขาย (Consignment) กันไว้ แต่ถ้าหากเนื้อหาสาระโดยรวมแล้วมีวัตถุประสงค์เป็นการให้สินเชื่อหรือเครดิตระหว่างกัน และเป็นเรื่องที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ซื้อขาย ให้เช่า หรือฝากขาย แล้วสัญญาจะต้องอยู่ได้บังคับของหมวดมาตรา 9

(1) หลักทั่วไปของ UCC มาตรา 9

สัญญาหลักประกัน (Security Agreement) ตามมาตรา 9-102 (A) (73) ได้บัญญัติให้เป็นสัญญาที่ก่อขึ้นเพื่อให้มีบุคคลมีสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Security Interest) โดยมีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Collateral) เป็นวัตถุแห่งสิทธิเรียกร้อง (Subject of the Security Interest) (มาตรา 9-102(A)(12)) การที่บุคคลจะมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันได้ บุคคลนั้นจะต้องมีฐานะเป็นเจ้าของที่มีสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของลูกหนี้ ซึ่งองค์ประกอบที่จะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันตาม UCC มี 3 ประการ ดังนี้

(ก) กรณี (A) ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในความครอบครองของผู้รับหลักประกันตามที่ระบุไว้ในสัญญา หรือกรณี (B) จะต้องมีการระบุไว้ในสัญญาหลักประกันเป็นลายลักษณ์อักษร หรือมีการรับรอง โดยบรรยายว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถือเป็นวัตถุแห่งสิทธิเรียกร้องในหลักประกัน โดยที่ลูกหนี้จะต้องลงนาม หรือ รับรอง โดยลูกหนี้

(ข) ผู้รับหลักประกันจะต้องให้วัตถุอันมีมูลค่าแก่ลูกหนี้

(ค) ลูกหนี้จะต้องมี “สิทธิ” ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

หากเป็นเจ้าหนี้ที่มีองค์ประกอบครบ 3 ประการแล้ว ย่อมถือว่าเจ้าหนี้ได้แนบสิทธิ (Attachment) ไปกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยการแนบสิทธินี้ย่อมทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องในการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ (มาตรา 9-203)

³⁶ The American Law Institute and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 2005. U.C.C. - ARTICLE 9 - SECURED TRANSACTIONS. April 14 , 2011, <http://www.law.cornell.edu/ucc/9/>

(2) เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

บทบัญญัติของมาตรา 9 ของ UCC มีลักษณะเด่นที่แตกต่างจากการนำมาตามกฎหมายไทย จุดที่เห็นได้อย่างชัดเจน ได้แก่

(2.1) เจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การเป็นเจ้าหนี้มีประกัน (Secured Creditor) ตามหมวดมาตรา 9 นั้น โดยทั่วไปเจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Collaterals) แต่จะต้องมีสัญญา (ที่อาจเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นข้อความที่บันทึกหรือปรากฏอยู่บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ได้)³⁷ ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่เป็นหลักฐานแสดงว่าลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้มี Security Interest ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง สัญญาตามมาตรา 9 เรียกว่า สัญญา Security Agreement สิทธิในการบังคับชำระหนี้เฝ้าจากตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Security Interest) เกิดขึ้นเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้และติดยึด (Attach) กับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันทีเมื่อ

(ก) มีการทำสัญญา Security Agreement

(ข) เจ้าหนี้ชำระหนี้ต่างตอบแทน (Creditors Give Value or Consideration) เช่น ปล่อยเงินกู้หรือมอบสินค้าให้ลูกหนี้เงินผ่อน และ

(ค) ลูกหนี้มีสิทธิบริบูรณ์เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มีสิทธิเด็ดขาดในการจำหน่ายจ่ายโอน ทั้งนี้โดยลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้อยู่ในการครอบครองของลูกหนี้แต่อย่างใด

จากนั้นเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการตามมาตรา 9 ในขั้นตอนที่เรียกว่า การทำให้มีผลบริบูรณ์ หรือ Perfection และจะต้องทำการยึดติด (Attachment) ของสิทธิ เพื่อให้สิทธิการเป็นเจ้าหนี้มีประกันของตนใช้ยันกับบุคคลอื่นได้

ในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (คล้ายกับรูปแบบสัญญาจำนำ) สัญญา Security Agreement ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จะทำกันแบบปากเปล่า (Oral Agreement) ก็ได้³⁸ นอกจากนี้ หากขั้นตอนการติดยึดของสิทธิ (Attachment) เป็นมาอย่างถูกต้องครบถ้วนการที่เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพียงผู้รับจำนำ ทำให้เกิดความบริบูรณ์ของสิทธิเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ (Automatic Perfection) โดยที่เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ไม่ต้องยื่นเอกสาร Financing Statement ต่อสำนักงานทะเบียนของท้องถิ่นเหมือนกับกรรมวิธี Perfection ที่ใช้กับกรณีที่เจ้าหนี้ไม่ได้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน³⁹

³⁷ UCC § 9-203 (b)(3)(A) ใช้คำว่า an authenticated record of security agreement.

³⁸ UCC § 9-203 (b)(3)(B)

³⁹ UCC § 9-313.

(2.2) ให้เจ้าหนี้สามารถทำสัญญาให้ตนมี Security Interest ในเนื้อทรัพย์สินที่มีการแลกเปลี่ยนหมุนเวียน เช่น สต็อกสินค้า (Floating Lien Over Inventory) หรือทรัพย์สินที่ลูกหนี้จะพึงได้มาภายหลัง (After-Acquired Property) ซึ่งเจ้าหนี้และลูกหนี้จะทำสัญญาให้เจ้าหนี้มี Security Interest ในเนื้อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่แล้วและที่จะได้มาภายหลังตามกรอบของมาตรา 9 ก็ได้ เมื่อลูกหนี้ได้รับทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันตามสัญญา มา Security Interest ของเจ้าหนี้จะติดยึด (Attach) เข้ากับตัวทรัพย์สิน โดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องมีการทำสัญญากันใหม่ การที่เจ้าหนี้มี Security Interest ในทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาภายหลังโดยอัตโนมัติกลายเป็นกลไกที่เป็นประโยชน์ต่อการทำธุรกิจการค้าอย่างมาก แต่ถ้าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นเป็นสินค้าผู้บริโภค⁴⁰ (Consumer Goods) สินค้าผู้บริโภคที่ได้มาภายหลัง จะกลายเป็นหลักประกันตามสัญญาเดิมได้เฉพาะส่วนที่ได้มาภายใน 10 วัน นับตั้งแต่เจ้าหนี้ได้ปล่อยเครดิต หรือปล่อยเงินกู้ให้ลูกหนี้⁴¹ นอกจากนี้ ยังมีข้อยกเว้นในหมวดมาตรา 9 อีกด้วยว่า การทำสัญญาให้เจ้าหนี้มี Security Interest ในเนื้อทรัพย์สินที่เป็นสิทธิเรียกร้องมูลละเมิดทางการค้า (Commercial Tort Claims) ที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่อาจทำได้⁴²

(2.3) เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบังคับหลักประกันได้โดยไม่ต้องพึ่งอำนาจศาล (Self-Help Enforcement) เจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 9 มีสิทธิตามกฎหมายที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเหมือนกับการบังคับจำนำ รวมทั้งในกรณีที่เจ้าหนี้มิได้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสามารถเข้าไปทำการเข้าไปยึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาเก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์อย่างอื่น โดยไม่จำเป็นจะต้องฟ้องร้องลูกหนี้ผ่านกระบวนการพิจารณาของศาล แต่การกระทำของเจ้าหนี้ต้องไม่ขัดต่อความสงบ

(2.4) Security Interest ติดตามทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตลอดไปไม่ว่าจะถูกแปรสภาพเป็นเงินหรือเป็นทรัพย์สินอื่นใด ไม่ว่าจะกีดกันก็ตาม

(2.5) มีบทบัญญัติที่ระบุลำดับ บัริมสิทธิระหว่างเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 9 ด้วยกัน ซึ่งส่วนมากเป็นไปตามลำดับของการยื่น Financing Statement ต่อหน่วยงานทางทะเบียนของรัฐ (Filing or Recording Office) หรือลำดับของการทำให้บริบูรณ์ (Perfection) เป็นหลัก มีกรณี Purchase Money Security Interest ที่กล่าวมาแล้วในข้อ (3) เป็นข้อยกเว้นนอกจากนี้ยังมีการจัดลำดับบัริมสิทธิระหว่างเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 9 กับเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายอื่น เช่น เจ้าหนี้ที่มีสิทธิยึดหน่วงโดยผลของกฎหมาย (Statutory Lien) เป็นต้น

⁴⁰ ตาม UCC § 9-102 (a)(23) สินค้าผู้บริโภคหมายถึงสินค้าที่ใช้ในครัวเรือนเป็นหลัก.

⁴¹ UCC § 9-204 (b)(1)

⁴² UCC § 9-204 (b)(2)

(2.6) มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน โดยสุจริต มาตรา 9-320 ของ UCC ให้ผู้ซื้อสินค้าได้สินค้าไปโดยปราศจากการติดพันใดๆ ถ้าสินค้าที่ซื้อไปนั้น เป็นสินค้าที่อยู่ในสต็อกสินค้า (Inventory) ที่ผู้ขายมีไว้เพื่อขายตามปกติ และผู้ซื้อได้ซื้อสินค้านั้นในทำนองเดียวกับลูกค้าอื่นๆ ทั่วไป แม้ว่าผู้ซื้อจะรู้ว่าสินค้านั้นเป็นหลักประกันของเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งของผู้ขายก็ตาม ตัวอย่างที่เห็นกันโดยทั่วไป ได้แก่ การซื้อรถยนต์จาก Show Room หรือจากร้านของตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ ซึ่งตามสภาพความเป็นจริงโดยทั่วไปบรรดารถยนต์ที่จอดอยู่ในร้านหรือ Show Room ทั้งหมดนั้นมักจะมี Security Interest ของธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อแก่ตัวแทนจำหน่ายติดยึดอยู่แล้ว ในกรณีดังกล่าว กลไกของกฎหมายจะทำงานในลักษณะที่ว่า Security Interest ที่ติดยึดอยู่กับรถจะเปลี่ยนไปติดยึดกับเงินที่ลูกค้าผู้ซื้อรถยนต์ต้องชำระให้แก่ตัวแทนจำหน่ายโดยอัตโนมัติ ทำให้ลูกค้าที่ซื้อรถโดยสุจริตได้รถไปโดยปราศจากการติดพันใดๆ เหมือนตัวทรัพย์สิน หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นว่าลูกค้ารายดังกล่าวซื้อแหวนเพชรจาก Show Room ขายรถยนต์ ถ้าแหวนเพชรดังกล่าวมี Security Interest ติดอยู่ ลูกค้าจะไม่ได้กรรมสิทธิ์เด็ดขาดในตัวแหวน เพราะแหวนเพชรมิได้เป็นสต็อกสินค้า (Inventory) ที่ขายอยู่ในร้านขายรถยนต์ตามปกติผู้ซื้อโดยสุจริตอีกประเภทหนึ่งที่กฎหมายคุ้มครอง ได้แก่ ผู้ซื้อสินค้าบริโภคที่ใช้แล้ว (Used Consumer Goods) เช่น ซื้อมือถือหรือเครื่องซักผ้าเก่าจากเพื่อนบ้านเพื่อนำมาใช้ต่อในบ้านของตน ถ้าหากเพื่อนบ้านฝ่ายที่เป็นผู้ซื้อได้จ่ายค่าตอบแทนให้ผู้ขายโดยสุจริต กล่าวคือซื้อโดยไม่รู้ว่าคุณสมบัติหรือเครื่องซักผ้าชิ้นนั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้และเจ้าหนี้ของผู้ขายไม่ได้ยื่น Financing Statement⁴³ ต่อหน่วยงานของรัฐแสดงสิทธิความเป็นเจ้าหนี้มีประกันเหนือมือถือหรือเครื่องซักผ้าดังกล่าว ผู้ซื้อซึ่งซื้อไปใช้ในครัวเรือนเหมือนกัน ย่อมได้สิทธิ์ไปโดยชอบ

3.2.2.2 ประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันตามหมวดมาตรา 9 (Collaterals) ได้แก่ สังกาหาริมทรัพย์ (Personal Property) ทั้งปวง รวมทั้งสังหาริมทรัพย์ที่ติดตรึงเข้ากับอสังหาริมทรัพย์จนกลายเป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์นั้น (Fixtures) ได้มีการจัดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้

⁴³ การที่เจ้าหนี้ ยื่น Financing Statement เป็นการประกาศให้คนทั้งโลกทราบอย่างเป็นทางการว่าตนมี Security Interest เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต้องรับรู้ความมีอยู่ของ Security Interest นั้น โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย นอกจากนี้ ในกรณีที่สินค้าผู้บริโภคที่ใช้แล้วเป็นรถยนต์นั่งส่วนบุคคล พ.ร.บ. รถยนต์ของมลรัฐส่วนมากจะกำหนดไว้ในทำนองเดียวกันว่า การที่เจ้าหนี้บันทึก Security Interest ไว้ในทะเบียนรถ ถือเป็นภาระแก่บุคคลภายนอกทุกคนได้รู้ถึง Security Interest ที่ตนมีอยู่เหนือรถยนต์แทนการยื่น Financing Statement ต่อทางการ.

โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ วัตถุที่มีรูปร่าง และวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งผู้เขียนขอแสดงไว้ตามตาราง ดังนี้

ตารางที่ 3.1 ประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเภทของหลักประกัน	ความหมาย	การทำให้หลักประกันมีผลสมบูรณ์
วัตถุที่มีรูปร่าง	วัตถุใดๆ ที่สามารถเคลื่อนที่ได้ในเวลาที่มีการนำสิทธิเรียกร้องไปแนบ (Attachment) ในหลักประกัน (เช่น ปศุสัตว์) หรือ วัตถุใดๆ ที่ติดกับที่ดิน รวมไปถึง ต้นไม้ที่จะถูกตัด หรือพืชผลเกษตรกรรม	
1. สินค้าพวกอุปโภคบริโภค	สินค้าที่ใช้ หรือซื้อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการส่วนตัว ในครอบครัว หรือ เกี่ยวกับบ้านเรือน เช่น เฟอร์นิเจอร์ในบ้าน [UCC 9-102(A)(23)]	ในกรณีที่เป็นสิทธิเรียกร้องในหลักประกันสำหรับการซื้อด้วยเงิน (กล่าวคือ การก่อสิทธิเรียกร้องในหลักประกัน) (Purchase-Money Security Interest : Pmsi) สำหรับ เรือ ยานพาหนะ และรถลาก จะต้องใช้วิธีการยื่นแบบฟอร์ม หรือ กระทำการตามหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ (Certificate-Of-Title) ตามกฎหมาย และในกรณีที่เป็นการสินค้านานาชนิดอื่น จะใช้วิธีการยื่นแบบฟอร์มหรือการครอบครองโดยผู้รับหลักประกัน

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเภทของ หลักประกัน	ความหมาย	การทำให้หลักประกัน มีผลสมบูรณ์
2. อุปกรณ์ [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	สินค้าที่มีวัตถุประสงค์หลักในการนำไปใช้ในทางธุรกิจ (แต่ไม่รวมถึงสินค้าสำหรับขาย หรือ สินค้าเกษตร) เช่น รถส่งของ [UCC 9-102 (A) (33)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสาร หรือ การเข้าถือครองโดย ผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
3. สินค้าเกษตร [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	พืชผล (รวมถึง สินค้าจากทะเล) ปศุสัตว์ หรือ สินค้าที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทางการเกษตร เช่น นม ขา [UCC 9-102 (A) (34)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสาร หรือ การเข้าถือครองโดย ผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
4. สินค้าสำหรับขาย [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	สินค้าที่ถือครองโดยบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขาย หรือตามสัญญาให้บริการ หรือ สัญญา เช่าซื้อ หรือวัตถุประสงค์ที่มีไว้สำหรับการผลิต หรือใช้ในกระบวนการผลิต [UCC 9-102(A)(48)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสาร หรือ การเข้าถือครองโดย ผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
5. ทรัพย์สินเบ็ดเตล็ด [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	ทรัพย์สินของบุคคลที่มีอยู่ หรือ ติดอยู่กับ ทรัพย์สินอื่นของบุคคลที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสินค้า เช่น เครื่องเล่น DVD ที่อยู่ใน รถยนต์ [UCC 9-102 (A) (1)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสาร หรือ การเข้าถือครองโดย ผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
วัตถุที่ไม่มีรูปร่าง	ทรัพย์สินที่ไม่สามารถจับต้องได้แต่จะมีอยู่ โดยความสัมพันธ์กับสิ่งอื่นๆ	
1. หลักฐานเป็นหนังสือเกี่ยวกับทรัพย์สิน [UCC 9-301, 9-310 (A),	เอกสาร หรือ การบันทึกที่เป็นหนังสือ ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงถึงหนี้เงิน และสิทธิเรียกร้องในสินค้า เช่น สัญญาหลักประกัน หรือ ตัวสัญญาใช้เงิน หมายเหตุ: ในกรณีที่มีการบันทึก หรือ สิ่งที่บันทึกอยู่เก็บอยู่ในสื่อกลางทางอิเล็กทรอนิกส์ หลักประกันจะ	การยื่นแบบฟอร์มเอกสาร หรือ การเข้าถือครอง หรือ ควบคุม โดยคู่สัญญาฝ่ายที่รับหลักประกัน

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเภทของ หลักประกัน	ความหมาย	การทำให้หลักประกัน มีผลสมบูรณ์
9-312 (A), 9-313 (A), 9-314 (A)]	เรียกว่า หลักฐานเป็นหนังสือทางอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับทรัพย์สิน (Electronic Chattel Paper) ในกรณีที่มีข้อมูลนั้นอยู่ในวัตถุที่จับต้องได้ เรียกว่า “หลักฐานเป็นหนังสือซึ่งจับต้องได้เกี่ยวกับทรัพย์สิน (Tangible Chattel Paper)”	
2. ตราสาร [UCC 9-301, 9-309 (4), 9-310 (A), 9-312 (A) และ (E), 9-313 (A)]	ตราสารเปลี่ยนมือได้ เช่น เช็ค บัตรเงินฝาก หรือ คราฟ หรือ หลักฐานเป็นหนังสืออื่นใดที่แสดงสิทธิในการชำระเงิน ซึ่งไม่ใช่ สัญญาหลักประกัน หรือ สัญญาเช่าซื้อ แต่มีลักษณะที่สามารถโอนได้ (หลังจากที่มีการสลักหลังในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้) โดยการส่งมอบ [UCC 9-102(A)(47)]	เว้นแต่กรณีที่เป็นการทำให้มีผลสมบูรณ์ชั่วคราว การทำให้สมบูรณ์จะต้องการทำโดยยื่นแบบฟอร์ม หรือ การเข้าถือครอง ในกรณีที่เป็นการขายตัวสัญญาใช้เงิน การทำให้มีผลสมบูรณ์สามารถกระทำได้โดยการแนบสิทธิเรียกร้อง (การก่อสร้างสิทธิเรียกร้องในหลักประกันโดยอัตโนมัติ)
3. บัญชี	สิทธิใดๆ ดังต่อไปนี้ ในการรับชำระเงิน (A) การรับชำระเงินจากทรัพย์สินใดๆ รวมไปถึงทรัพย์สินทางปัญญา (B) สิทธิในการรับเงินจากการให้บริการ หรือการรับบริการ เช่น สิทธิตามสัญญา (C) สิทธิในการรับเงินตามกรมธรรม์ประกันภัย (D) สิทธิรับเงินจากหนี้ อุปกรณ์ (E) สิทธิในการรับเงินจากการใช้บัตรเครดิต (F) สิทธิในการรับเงินจากการได้รับรางวัลจากกิจกรรมที่จัดขึ้นโดยรัฐ หรือ ลีตเตอร์รี่ที่จัดโดยรัฐบาล หรือ การแข่งขัน	ใช้วิธีการยื่นแบบฟอร์มเว้นแต่การโอนบางประการสามารถกระทำให้มีผลสมบูรณ์ได้โดยการผูกติด (การก่อสร้างสิทธิเรียกร้องในหลักประกันโดยอัตโนมัติ)

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเภทของหลักประกัน	ความหมาย	การทำให้หลักประกันมีผลสมบูรณ์
	สิ่งยงควงอื่่นๆ และ (G) สิทธิในการรับเงินจากการประกันสุขภาพ ซึ่งระบุว่าเป็นประโยชน์ หรือสิทธิเรียกร้องตามกรรมธรรม์	
4. บัญชีเงินฝาก	บัญชีใดๆ ที่ทำกับธนาคาร [UCC 9-102 (A) (29)]	ทำให้มีผลสมบูรณ์โดยการควบคุม เช่น เมื่อคู่สัญญาที่มีหลักประกัน เป็นธนาคารที่มีบัญชีอยู่ หรือเมื่อคู่สัญญาได้สัญญาว่าคู่สัญญาที่มีหลักประกันสามารถถอนเงินจากบัญชีนั้นได้โดยตรง
5. วัตถุที่ไม่มีรูปร่างอื่นใด	ทรัพย์สินใดๆ ของบุคคล (หรือ หนี้ของลูกหนี้ในการชำระเงิน) ที่ไม่ได้กล่าวมาข้างต้น [UCC 9-102 (A) (42)], รวมไปถึงโปรแกรมที่ไม่ได้อยู่กับคอมพิวเตอร์ หรือ สินค้า [UCC 9-102 (A) (44), (A) (61) และ (A) (75)]	กระทำโดยการยื่นแบบฟอร์มเท่านั้น (ในกรณีที่เป็นลิขสิทธิ์ ต้องยื่นต่อ U.S. Copyright Office) เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการโอนการชำระวัตถุที่ไม่มีรูปร่างโดยการผูกติด (การก่อสิทธิเรียกร้องในหลักประกันโดยอัตโนมัติ)

3.2.2.3 การติดยึดของสิทธิเข้ากับตัวทรัพย์สิน⁴⁴ (Attachment)

การยึดติดของ Security Interest เข้ากับตัวทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันเป็นหนึ่งในสองขั้นตอนของการก่อตั้ง Security Interest หากไม่มีการติดยึดตามแบบหรือพิธีการที่ระบุไว้ในหมวดมาตรา 9 การดำเนินกรรมวิธีในขั้นตอนที่จะทำให้เกิดความบริบูรณ์ของสิทธิก็จะไม่บังเกิดผลใดๆ เจ้าหนี้จะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน (Unsecured Creditor) องค์ประกอบที่ทำให้เกิดการติดยึดของสิทธิมี 3 อย่าง คือ

⁴⁴ สุวิทย์ สุบรรณ. (2554). วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 64-66.

(1) มีการทำสัญญา Security Agreement ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งต้องมีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

(ก) ชื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้

(ข) มูลหนี้ที่มีอยู่ต่อกัน

(ค) ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ และ

(ง) ลูกหนี้ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน คู่สัญญาจะเพิ่มเติมเงื่อนไขอื่นๆ เข้าไปในสัญญาได้ ตัวสัญญาจะอยู่ในรูปแบบของสิ่งพิมพ์ หรือการเขียนด้วยลายมือก็ได้ นอกจากนี้กฎหมายยังอนุญาตให้ทำสัญญาในรูปแบบของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้อีกด้วย อนึ่ง คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรหากลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเชิงผู้รับจำนำ

รายการที่สำคัญที่สุดในสัญญา Security Agreement คือรายการที่ว่าด้วยทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน คู่สัญญาจะต้องบรรยายให้ชัดเจนว่าทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินสิ่งใด ในทางปฏิบัติต้องระบุ ชื่อ ยี่ห้อ ขนาด จำนวนของทรัพย์สินด้วย การระบุเพียงว่า “ลูกหนี้ยินยอมให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้” เป็นการระบุทรัพย์สินที่บกพร่อง ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เช่นเดียวกับการระบุแบบเหมารวมมากเกินไป (Super-Generic)

(2) เจ้าหนี้ชำระหนี้ต่างตอบแทนลูกหนี้ (Creditor Gives Value or Consideration) กล่าวคือ ต้องมีนิติกรรมหรือหนี้เป็นประธาน (Principal Contract or Underlying Contract) ที่ผูกพันกันได้เสียก่อน การประกันด้วยทรัพย์สินซึ่งเป็นนิติกรรมหรือหนี้อุปกรณ์ (Accessory) จึงจะมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมาย แต่หลักในเรื่องหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์นี้มีได้มีอยู่ในสารบบของกฎหมายอเมริกัน การทำสัญญาประกันด้วยทรัพย์สินตามหมวดมาตรา 9 ก็เหมือนกับการทำสัญญาหลักอื่นๆ ที่มีได้คำนึงถึงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาประธาน และสัญญาใดเป็นสัญญาอุปกรณ์ แต่ถือการชำระหนี้ต่างตอบแทนเป็นหลัก ถ้าเจ้าหนี้ไม่ได้เห็นผลประโยชน์หรือทรัพย์สินเป็นสิ่งตอบแทน (Consideration) ที่สมน้ำสมเนื้อแก่ลูกหนี้ Security Interest จะไม่มีทางติดยึดเข้ากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้เลย แม้ลูกหนี้จะได้ทำสัญญามอบสิทธิหรือส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้ก็ตาม ตัวอย่างของทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้พึงมีให้แก่ลูกหนี้เป็นการต่างตอบแทน ได้แก่สินค้า (เงินผ่อน) เงินให้กู้ สิทธิการเช่า สิทธิครอบครองสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

(3) ลูกหนี้มีอำนาจโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันความสมบูรณ์ของสิทธิของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกัน หากลูกหนี้ไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ไม่มีสิทธิครอบครอง ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกัน สัญญา Security Agreement ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ทำกันไว้ก็จะไม่มีผลผูกพัน เพราะ

Security Interest จะไม่ติดยึดเข้ากับตัวทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ลูกหนี้นำทรัพย์สินที่ลักขโมยหรือยักยอกคนอื่นมาใช้เป็นหลักประกัน ลูกหนี้อีกรายหนึ่งของเพื่อนมาใช้ชั่วคราวและลอบนำรถยนต์ดังกล่าวไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ส่วนตัวโดยที่เพื่อนมิได้รู้เห็นเป็นใจ หลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน สามารถนำมาใช้กับองค์ประกอบข้อนี้ได้เป็นอย่างดี กล่าวคือถ้าลูกหนี้ไม่มีสิทธิในตัวทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ก็ไม่มีทางได้สิทธิ Security Interest ไป แม้ลูกหนี้จะทำสัญญามอบสิทธิดังกล่าวให้ก็ตาม

3.2.2.4 การทำให้สิทธิมีผลบริบูรณ์ (Perfection)⁴⁵

Security Interest ที่ได้ติดยึดเข้ากับตัวทรัพย์สินของลูกหนี้ มีผลผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น หากจะทำให้ Security Interest ดังกล่าวมีผลผูกพันเจ้าหนี้ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ (โดยความยินยอมของลูกหนี้) จะต้องดำเนินการวิธีที่เรียกว่า “การทำให้บริบูรณ์ (Perfection)” ตามแบบและพิธีการที่ระบุไว้ในมาตรา 9 ให้ครบถ้วนเสียก่อน การบริบูรณ์ของสิทธิอาจจะเกิดขึ้นในขณะเดียวกันกับการติดยึดของสิทธิ เช่นกรณีรับจำนำ หรือเกิดขึ้นภายหลังการติดยึดก็ได้ แต่จะเกิดขึ้นก่อนการติดยึดไม่ได้ โดยแบบหรือพิธีการที่ทำให้บริบูรณ์ (Modes of Perfection) มีอยู่ 4 วิธีดังนี้

(1) การทำให้บริบูรณ์ด้วยการยื่นเอกสารเกี่ยวกับหนี้สินที่เรียกว่า Financing Statement ต่อหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการจดทะเบียนหรือรับแจ้งเอกสารดังกล่าว วิธีการทำให้บริบูรณ์โดยการยื่น Financing Statement นี้ เป็นวิธีที่ปกติธรรมดาและใช้กันมากที่สุด สำหรับการทำให้บริบูรณ์ (Perfection) ใช้ได้กับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกือบทุกประเภท ถ้าเป็นหลักประกันประเภทบัญชีลูกหนี้ (Accounts) หรือทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน (General Intangibles) การยื่น Financing Statement เป็นวิธีเดียวเท่านั้นที่จะทำให้เกิดความสมบูรณ์ของ Security Interest ของเจ้าหนี้ (UCC 9-310)

(2) การทำให้บริบูรณ์ด้วยการครอบครองทรัพย์สิน (Perfection By Possession) การที่เจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก็คือการจำนำนั่นเอง หากสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะได้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน (Security Interest) ติดยึดเข้ากับตัวทรัพย์สิน (Attached) อยู่แล้วโดยครบถ้วน การครอบครองทรัพย์สินก็จะมีผลเป็นการทำให้สิทธิของเจ้าหนี้มีผลบริบูรณ์ทันที⁴⁶ การที่เจ้าหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินเยี่ยงผู้รับจำนำทำให้เกิดข้อยกเว้น 2 ประการคือ ประการแรก เจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่ต้องทำสัญญา Security Agreement เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อการติดยึดของสิทธิ และ

⁴⁵ แหล่งเดิม. หน้า 66-69.

⁴⁶ UCC § 9-319 (b)(6).

ประการที่สอง เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ไม่ต้องยื่น Financing Statement ต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อทำให้สิทธิมีผลบริบูรณ์

การทำให้บริบูรณ์โดยการครอบครองทรัพย์สิน ใช้สำหรับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินที่มีตัวตน (ทุกประเภท) ทรัพย์สินที่คล้ายกับมีตัวตน (Quasi-Tangibles) ประเภทตราสารเปลี่ยนมือ (Negotiable Instruments) ตราสารการลงทุน (Certificated Securities) และ Chattel Paper ที่อยู่ในรูปที่มีตัวตนจับต้องได้เท่านั้น⁴⁷

(3) การทำให้บริบูรณ์โดยการเข้าควบคุม (Perfection By Control) ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้เข้าควบคุมได้ และมีผลทำให้ Security Interest ของตนมีผลบริบูรณ์โดยไม่ต้องยื่น Financing Statement ต่อหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ บัญชีเงินฝาก สิทธิตาม เลตเตอร์ ออฟ เครดิต Electronic Chattel Paper (ตราสารหนี้ที่อยู่ในรูปอิเล็กทรอนิกส์) ตราสารการลงทุน (เช่น หลักทรัพย์หรือใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์) และบัญชีซื้อขายโภคภัณฑ์ในตลาด Commodity Exchange การเข้าควบคุมในบริบทนี้หมายถึงการที่เจ้าหนี้มีสิทธิโดยเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยที่ไม่ต้องเป็นครอบครองหลักประกันโดยตรง เช่น เจ้าหนี้ที่เป็นธนาคารมีอำนาจควบคุมบัญชีเงินฝากของลูกค้า เพราะลูกค้าได้ทำสัญญาให้สิทธิแก่ธนาคารในการหักกลบหนี้หรือควบคุมการเบิกถอน หรือบริษัทหลักทรัพย์ที่เป็นนายหน้าค้าหลักทรัพย์มีสิทธิสั่งการให้นายทะเบียนหลักทรัพย์โอนหรือสลักหลังใบโอนหุ้นหรือใบหุ้นของลูกค้าให้ตนโดยผลของสัญญาที่ทำกันไว้ระหว่างตนกับลูกค้าผู้ซื้อขายหลักทรัพย์ เป็นต้น เป็นที่น่าสังเกตว่า ทรัพย์สินที่เป็นตราสารการลงทุน และสัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์นั้นคู่สัญญามีสิทธิเพื่อเลือกที่จะทำให้บริบูรณ์โดยการยื่น Financing Statement แทนการเข้าควบคุมก็ได้ แต่ถ้าหากมีการโต้แย้งสิทธิระหว่างเจ้าหนี้ที่มีสิทธิบริบูรณ์ด้วยการยื่น Financing Statement กับเจ้าหนี้ที่มีสิทธิบริบูรณ์ด้วยการควบคุมทรัพย์สิน สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีผลบริบูรณ์ด้วยการเข้าควบคุมทรัพย์สินย่อมมาก่อน⁴⁸

(4) การมีผลบริบูรณ์โดยอัตโนมัติ (Automatic Perfection) Security Interest บางประเภทที่มีความบริบูรณ์ในตัวของมันเอง โดยเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ไม่ต้องดำเนินการวิธีใดๆ อีกเลยหลังจากมีการยึดติด⁴⁹ (Perfected Upon Attachment) ตัวอย่างของ Security Interest ชนิดนี้ ได้แก่ Purchase Money Security Interest หรือ Pmsi เหนือสินค้าผู้บริโภค (Consumer Goods) ที่กล่าว

⁴⁷ UCC § 9-313(a)-(B).

⁴⁸ UCC § 9-328.

⁴⁹ UCC § 9-309

มาแล้วในบทที่ 1 ของหมวดที่ 3⁵⁰ Security Interest ของหน้าค้าหุ้นหรือโทเคนดิจิทัลที่มีอยู่เหนือหุ้นหรือหน่วยลงทุนที่นายหน้าได้ซื้อตามคำสั่งของลูกค้าซึ่งเป็นลูกค้า Security Interest ที่เจ้าหนี้มีอยู่เหนือสิทธิของลูกค้านี้ที่จะได้รับมรดกที่ยังไม่ได้แบ่งของผู้ตาม และ Security Interest ของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือสิทธิของลูกค้านี้ (สิทธิเรียกร้อง) ที่จะได้รับรางวัลสลากกินแบ่งหรือรางวัลที่ได้จากการประกวดแข่งขันหรือการชิงโชคต่างๆ เป็นต้น ทั้งนี้ที่ลูกหนี้ทำสัญญา Security Agreement ยอมให้เจ้าหนี้มี Security Interest เหนือทรัพย์สินที่เป็นสินค้าผู้บริโภค หรือหุ้นหรือหน่วยลงทุน รวมทั้งสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่กล่าวมานี้ การติดยึดและความบริบูรณ์ของ Security Interest จะเกิดขึ้นพร้อมกันทันทีโดยอัตโนมัติ โดยที่เจ้าหนี้ที่ไม่ต้องยื่น Financing Statement หรือเข้าครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สินหรือสิทธิที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด

3.2.2.5 การบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

1) หลักการและเหตุผล⁵¹

อาจกล่าวได้ว่า การบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันเป็นหัวใจสำคัญของมาตรา 9 การบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันของหมวดมาตรา 9 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในหมู่เจ้าหนี้และลูกหนี้ ประสิทธิภาพจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อธุรกรรมการประกันด้วยทรัพย์สินมีกลไกและกติกาที่เป็นธรรม คู่กรณีมีความจำเป็นในการพึ่งพากระบวนการทางศาลน้อยที่สุด การใช้หมวดมาตรา 9 ได้อย่างมีประสิทธิภาพจะเป็นการสร้างกระแสธุรกิจและขยายการค้าการลงทุน ตลอดจนตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค การบังคับชำระหนี้เป็นสิทธิเพื่อเลือกของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิ์ดังกล่าวเสมอไป สิทธิในการบังคับชำระหนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ การผิดนัดชำระหนี้ (Default) มิได้เกิดจากลูกหนี้ไม่ผ่อนชำระหนี้เงินกู้หรือค่าสินค้าแต่เพียงอย่างเดียว แต่หมายรวมถึงการผิดนัดเพราะการทำผิดสัญญาหรือเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งของสัญญา Security Agreement ด้วยสัญญา Security Agreement ส่วนมากถูกร่างขึ้นโดยนักกฎหมายของฝ่ายเจ้าหนี้และมักจะมีข้อสัญญามาตรฐานที่เรียกว่า Default Clause หรือ Events of Default ระบุอยู่ในสัญญาด้วย Default Clause ดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขหรือเหตุการณ์ต่างๆ ซึ่งเจ้าหนียกขึ้นเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาและบังคับชำระหนี้จากหลักประกันได้หากลูกหนี้ผิดเงื่อนไขหรือเหตุการณ์ที่ระบุไว้ได้ข้อใดข้อหนึ่งจริง เช่นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือถูกทำลาย

⁵⁰ เหตุผลหลักที่ UCC กำหนดให้ PMSI ในสินค้าผู้บริโภคมีผลบริบูรณ์ทันทีโดยไม่ต้องมีการยื่น Financing Statement ก็คือความจำเป็นที่ต้องส่งเสริมและการอำนวยความสะดวกให้แก่ธุรกิจการค้าปลีก ถ้าบังคับให้ผู้ค้าปลีกสินค้าต้องยื่น Financing Statement สำหรับการขายสินค้าเงินเชื่อหรือเงินผ่อนทุกครั้ง ก็จะเป็นภาระมากเกินไปสำหรับผู้ซื้อขาย และเป็นการปิดกั้นโอกาสของผู้บริโภค.

⁵¹ สุวิทย์ สุบรรณ. เล่มเดิม. หน้า 76.

ข้อมูลเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินหรือฐานะของลูกหนี้ที่ลูกหนี้เปิดเผยแก่เจ้าหนี้เป็นความเท็จ ลูกหนี้ผิดเงื่อนไขไม่ทำประกันภัยคุ้มครองทรัพย์สิน ลูกหนี้ตายหรือหยุดประกอบกิจการหรือเลิกบริษัท เป็นต้น นอกจากนี้เจ้าหนี้ประเภทผู้ค้าส่งหรือค้าปลีก ส่วนมากมักจะกำหนดเงื่อนไขพิเศษของการคินัดเพิ่มเติมด้วยอีกว่า เมื่อใดก็ตามที่มีเหตุการณ์ที่เจ้าหนี้รู้สึกไม่สบายใจหรือไม่มั่นคงในการให้สินเชื่อ เช่นมีการเปลี่ยนผู้บริหาร เปลี่ยนเจ้าของกิจการในบริษัทลูกหนี้หรือลูกหนี้คินัดชำระหนี้ค่าใช้จ่ายประจำเช่นไม่จ่ายเงินเดือนลูกจ้างตรงตามเวลา (มักจะเรียกว่า Insecurity Clause) ก็ให้ถือว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้คินัด ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้ตามสัญญา Security Agreement ที่ได้ทำกันไว้ ข้อสัญญาคินัดเหล่านี้บางครั้งศาลก็ตัดสินว่าใช้บังคับกันไม่ได้เพราะไม่เป็นธรรม และไม่สมดุลกับหลัก Good Faith และหลักการคุ้มครองผู้บริโภค

2) ประเภทการบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ แบ่งเป็น 2 กรณี

2.1) การบังคับทรัพย์สินตามสัญญาหลักประกันโดยกระบวนการยุติธรรม

ผู้รับหลักประกันซึ่งต้องการที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยใช้กระบวนการยุติธรรมมีวิธีการให้เลือกหลายวิธี เช่น ผู้รับหลักประกันสามารถฟ้องเรียกเอาทรัพย์สินคืน (Action in Replevin) (การฟ้องนี้เป็นการฟ้องตาม Common Law ซึ่งได้มีการนำหลักการนี้มาใช้มาบัญญัติเป็นกฎหมาย) ในบางศาลอาจจะดำเนินการภายใต้กฎหมายในฐานะผู้สืบสิทธิในการครอบครอง กล่าวคือ เป็นการฟ้องคดีให้ส่งมอบทรัพย์สิน การเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยกระบวนการยุติธรรมโดยทั่วไปจะมีค่าใช้จ่ายมากกว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินด้วยตนเอง โดยค่าใช้จ่ายทั่วไปจะรวมไปถึงค่าวางหลักประกัน และค่าใช้จ่ายสำหรับเจ้าพนักงานผู้ที่จะดำเนินการเข้าครอบครองทรัพย์สิน นอกเหนือไปจากค่าทนายความ โดยมาตรา 9-504 (1) ได้ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายเหล่านั้น ในกรณีที่ลูกหนี้ขัดขืนในการส่งมอบทรัพย์สิน ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหนี้ควรที่จะดำเนินการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยกระบวนการทางศาล โดยการฟ้องคดีของเจ้าหนี้เป็นการใช้สิทธิตาม มาตรา 9-503 กระบวนการในการฟ้องคดีเพื่อเรียกคืนทรัพย์สิน หรือตามกฎหมายการเรียกร้องและส่งมอบกำหนดว่า เมื่อเจ้าหนี้ยื่นฟ้อง และได้ให้การรับรองต่อเจ้าหน้าศาล (Affidavit) และได้วางประกันตามที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ย่อมสามารถเข้ายึดทรัพย์สินนั้นได้ และส่งมอบทรัพย์สินนั้นก็ส่งมอบต่อให้เจ้าหนี้ในระหว่างรอลำพิพากษา เว้นแต่ในกรณีที่จำเลยได้ให้การปฏิเสธตามระยะเวลาที่กำหนด

2.2) การบังคับทรัพย์สินตามสัญญาหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม UCC มาตรา 9-503 ได้ให้อำนาจคู่สัญญาผู้รับหลักประกันเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกันเมื่อลูกหนี้คินัด ซึ่งการเข้าครอบครองนี้กระทำได้ “โดยไม่ต้องใช้กระบวนการทางศาล ถ้าการเข้าครอบครองนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบสุข (Without Judicial Process if This Can be Done Without Breach of Peace)” ซึ่งเป็นการให้อำนาจ

เจ้าหนี้ ไม่อาจจะไม่ต้องใช้กระบวนการทางศาล โดยสามารถใช้กระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สินด้วยตัวเองได้ แต่การเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้นั้นมิได้ขัดต่อความสงบสุข ในกรณีที่กระบวนการในการเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้กระทำไปโดยขัดต่อความสงบสุขย่อมทำให้เจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบละเมิด หรือ ความรับผิดทางอาญา รวมไปถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษ และรับโทษอาญา และรับผิดชอบตามมาตรา 9-507 และอาจจะทำให้เจ้าหนี้เสียสิทธิในการขอค้ำประกันส่วนต่างด้วย ซึ่งประเด็นนี้จะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

3) วิธีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาบังคับชำระหนี้

ในการเข้ายึดคืนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้าแต่อย่างใด เพราะ เจ้าหนี้ส่งคำบอกกล่าวลูกหนี้ก่อน ลูกหนี้ก็อาจจะย้ายถ่ายเททรัพย์สินหรือซ่อนทรัพย์สิน ผลสุดท้ายก็จะเป็นการทำให้เจ้าหนี้ที่เพิ่มขึ้นของทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม หากสัญญา Security Agreement กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องแจ้งให้ลูกหนี้ทราบก่อนการยึดคืนทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามนั้น หลังจากได้ทรัพย์สินอยู่ในครอบครองของตนแล้ว เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้าเกี่ยวกับวันเวลาและสถานที่ที่จะทำการขายทรัพย์สินเสมอ ในกรณีที่เป็นการบังคับชำระหนี้โดยการขายหลักประกัน เจ้าหนี้ที่ไม่ประสบความสำเร็จในการยึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจากลูกหนี้ด้วยการช่วยเหลือตัวเองดังที่กล่าวมาแล้ว เพราะลูกหนี้รู้ทันหรือรู้ทางหนีทีไล่ดีกว่าสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทุกเมื่อ หลักประกันที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองตั้งแต่ต้นแบบการจำหน่ายหรือเป็นการยึดคืนมาในภายหลัง เจ้าหนี้จะต้องเก็บรักษาให้อยู่ในสภาพที่ดีเสมอเหมือนกับการรักษาทรัพย์สินของตัวเองโดยวิญญูชนทั่วไป ในกรณีที่หลักประกันเป็นเครื่องจักรกลขนาดใหญ่ที่การเคลื่อนย้ายหรือถอดประกอบต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญหรือค่าใช้จ่ายสูง หรือเป็นอุปกรณ์ที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูงในการดูแลรักษา เจ้าหนี้ส่วนมากจะไม่ใช้สิทธิยึดคืนเว้นแต่จะไม่มีทางเลือกอื่น ถ้ากิจการของลูกหนี้ยังพอไปไหว เจ้าหนี้มักจะฟ้องเรียกให้ชำระหนี้แบบเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งคดีแบบนี้เป็นคดีไม่มีข้อยุ่งยากและปล่อยให้ลูกหนี้ใช้ประโยชน์ในเครื่องจักรกลหรืออุปกรณ์ไปตามปกติ ทั้งนี้เพราะการยึดคืนหลักประกันดังกล่าวจะทำให้เจ้าหนี้ต้องตรองออกค่าใช้จ่ายในการถอดประกอบ การขนย้าย และการเก็บรักษาอีกเป็นจำนวนมากนอกเหนือไปจากหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระ

วิธีการในการนำทรัพย์สินมาชำระหนี้

ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันได้เข้าครอบครองทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้แล้ว ผู้รับหลักประกันมีวิธีการในการนำทรัพย์สินมาชำระหนี้ 2 วิธี คือ (1) การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาด (Strict Foreclosure) หรือ (2) การขายทรัพย์สินที่เข้าไปครอบครอง และการขอให้มิ ค้ำพิพากษาบังคับส่วนต่าง

3.1) การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาด

เมื่อลูกหนี้ผิดนัด และมีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ผู้รับหลักประกันมีทางเลือกที่จะไม่ต้องนำทรัพย์สินนั้นไปขาย เนื่องจาก UCC ได้ให้ผู้รับหลักประกันมีรับหลักประกันเสมือนหนึ่งเป็นการชำระหนี้เต็มจำนวน ตามมาตรา 9-505(2) ดังนั้น เจ้าหนี้อย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องในส่วนต่าง⁵² การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดเช่นนี้ถือเป็นหลักกฎหมาย Common Law และหลักการนี้ก็มีการนำไปใช้ใน Uniform Conditional Sales Act การบังคับเช่นนี้ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมักจะพิจารณาว่าจะใช้การบังคับทรัพย์สินโดยเด็ดขาด หรือเลือกที่จะการขายและฟ้องคดีเพื่อเรียกเอาส่วนต่าง เจ้าหนี้ที่ใช้วิธีการบังคับทรัพย์สินส่วนใหญ่จะพิจารณาว่า หากมูลค่าของหลักประกันมีมูลค่าเท่าเทียมกับจำนวนหนี้ที่มีอยู่ เจ้าหนี้จะเลือกการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดซึ่งจะมีข้อได้เปรียบบางประการที่ดีกว่าการนำหลักประกันไปขาย หรือ การฟ้องเพื่อเรียกร้องหนี้ การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดจะประสบความสำเร็จโดยไม่ต้องใช้ความพยายามของผู้รับหลักประกันมากนัก และที่สำคัญไปกว่านั้นเจ้าหนี้ที่รับหลักประกันซึ่งได้กระทำการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดจะไม่ถูกลูกหนี้หรือบุคคลอื่นกล่าวอ้างถึงความไม่เป็นธรรมในการกรณีที่ทรัพย์สินนั้นไปขายต่อในกรณีที่จับทรัพย์ตามตรา 9-504 ทั้งนี้ มาตรา 9-502(2) ให้อำนาจการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดดังนี้

“มาตรา 9-502(2) ในกรณีอื่นที่เกี่ยวข้องกับสินค้าบริโภค หรือทรัพย์สินหลักประกันอื่น ผู้รับหลักประกันซึ่งครอบครองทรัพย์สินมีหลังจากที่มีการผิดนัดมีสิทธิในการแจ้งว่าตนจะครอบครองหลักประกันนั้นแทนการชำระหนี้ โดยจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้มิได้ลงนามว่าปฏิเสธหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิของลูกหนี้ตามอนุมาตรานี้หลังจากลูกหนี้ผิดนัด แต่หากเป็นกรณีสินค้าบริโภคจะไม่ต้องมีการแจ้งแต่อย่างใด และในกรณีอื่นที่จะต้องแจ้ง การแจ้งนั้นจะต้องส่งไปให้ผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ได้รับหลักประกันด้วยว่าจะมีการใช้สิทธิที่มีอยู่ในหลักประกัน (ต้องแจ้งก่อนที่จะมีการแจ้งให้ลูกหนี้ หรือก่อนที่ลูกหนี้จะเปลี่ยนแปลงสิทธิในทรัพย์สิน) หากผู้รับหลักประกันได้รับการปฏิเสธเป็นลายลักษณ์อักษรจากบุคคลที่มีสิทธิได้รับการแจ้งดังกล่าวภายใน 21 วัน หลังจากที่มีการแจ้งไปแล้ว ผู้รับหลักประกันจะต้องจัดการกับหลักประกันตามมาตรา 9-504 แต่สำหรับกรณีที่ไม่มีกรปฏิเสธเป็นหนังสือ ผู้รับหลักประกันย่อมมีสิทธิครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนการชำระหนี้ของลูกหนี้ได้”

⁵² Bailey C. Moseley. (1982). In the Court of Appeals Sixth Appellate District of Texas at Texarkana. Retrieved April 12, 2012, from <http://www.6thcoa.courts.state.tx.us/opinions /HTMLOpinion.asp? Opinion ID=10869>

มาตรา 9-502(2) กำหนดกระบวนการในการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดดังนี้

(1) ผู้รับหลักประกันจะต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินหลังจากลูกหนี้ผิดนัด

(2) เจ้าหนี้จะต้องแจ้งให้ลูกหนี้ทราบเป็นลายลักษณ์อักษรระบุถึงความต้องการที่จะถือครองทรัพย์สินนั้นแทนการชำระหนี้ของลูกหนี้ แต่หลักการนี้จะไม่อาจกระทำได้หากลูกหนี้ได้ปฏิเสธการใช้สิทธินั้นหลังจากผิดนัด หรือในกรณีที่หลักประกันนั้นเป็นสินค้าอุปโภคบริโภค ผู้รับหลักประกันจะต้องรอ 21 วันที่ภายหลังจากที่ลูกหนี้ผิดนัด โดยที่ลูกหนี้ต้องไม่ปฏิเสธมาก่อน หากหลักประกันเป็นสินค้าอุปโภคบริโภค ผู้รับหลักประกันไม่ต้องติดต่อเจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้ในหลักประกันนั้น อย่างไรก็ตาม หากหลักประกันไม่ใช่สินค้าอุปโภคบริโภค ผู้รับหลักประกันจะต้องแจ้งเจตจำนงในการบังคับทรัพย์สินนั้นอย่างเด็ดขาดไปให้กับเจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้ซึ่งได้ส่งหนังสือแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเรียกร้องสิทธิในหลักประกันนั้น ดังนี้ หากลูกหนี้ปฏิเสธสิทธิ หรือมีบุคคลซึ่งมีส่วนได้เสียแจ้งการปฏิเสธเป็นลายลักษณ์อักษรในระหว่าง 21 วัน หลังจาการแจ้ง ผู้รับหลักประกันย่อมต้องจัดการกับหลักประกันตาม กระบวนการของมาตรา 9-504 แทน

3.2) การขายทรัพย์สินที่เข้าไปครอบครอง และการขอให้มีการชำระหนี้บางส่วน

การบังคับหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกันและการนำหลักประกันนั้นไปขายเป็นวิธีทั่วไปในการบังคับตามหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด โดยทั่วไปผู้รับหลักประกันมักจะมีไม่ค่อยมีความต้องการที่จะถือครองทรัพย์สินหลักประกันตามมาตรา 9-505(2) ที่กล่าวไปข้างต้น หรือการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาในหนี้ เพื่อไปบังคับคดีตามคำพิพากษาและบังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งจะไม่ค่อยมีประโยชน์เท่าใดนัก ดังนั้น มาตรา 9-504 จึงบัญญัติถึงการขายทรัพย์สินหลักประกันซึ่งถือเป็นประเด็นหลักของ มาตรา 9 ส่วนที่ 5 ทั้งนี้ บทบัญญัติเรื่องการนำทรัพย์สินไปขายเป็นกระบวนการที่สำคัญที่ให้สิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน โดยเจ้าหนี้มีสิทธิ “ขาย ให้เช่าซื้อ หรือกระทำการอย่างใดๆ ในทรัพย์สินหลักประกันทั้งหมด หรือ บางส่วน ตามเงื่อนไข หรือ ภายใต้การกระทำที่สอดคล้องกับการดำเนินการ หรือกระบวนการทางพาณิชย์อันเหมาะสม” นอกจากนั้น มาตรา 9-504(3) ยังระบุว่า “การกระทำการต่อหลักประกันนั้นอาจจะเป็นการกระทำตามสัญญาหนึ่งฉบับ หรือ มากกว่านั้น การขาย หรือ การเข้ากระทำการกับทรัพย์สินนั้นอาจจะกระทำเป็นหน่วย หรือ แบ่งเป็นส่วนๆ และภายในระยะเวลา หรือ สถานที่ใดๆ หรือ ตามข้อตกลงใดๆ ก็ได้” หลักการกระทำต่อหลักประกันในรูปแบบเสรีนิยมนี้ เป็นหลักการที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ผู้รับหลักประกันได้รับประโยชน์จากราคาขายและทำให้การเรียกร้องส่วนต่างของผู้รับหลักประกันในศาลลดลงได้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 9-504 ได้กำหนดให้มีเงื่อนไข 2 ประการ สำหรับการนำหลักประกันไปขายของเจ้าหนี้ (1) เจ้าหนี้จะต้องแจ้ง และ (2) กระบวนการทุกอย่างในการขาย

รวมถึง วิธีการ ข้อปฏิบัติ เวลา สถานที่ และข้อกำหนดจะต้องเป็น “การกระทำทางพาณิชย์ที่เหมาะสม”

4) หลักเกณฑ์ในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ โดยวิธีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

จากมาตรา 9-503 จะเห็นว่าการบังคับเอาหลักประกันนั้นสามารถกระทำได้โดยเจ้าหนี้ และในทางปฏิบัติเจ้าหนี้อาจมอบอำนาจให้ตัวแทนไปทำการบังคับเอาหลักประกันได้ โดยวิธีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน และนำทรัพย์สินนั้นไปขาย ทั้งนี้ การเข้าครอบครองทรัพย์สินด้วยตนเองจะต้องกระทำโดยเหมาะสม (Self-Help Repossession to be Proper) ซึ่งได้มีการแบ่งองค์ประกอบตามบทบัญญัติมาตรา 9-503 ที่จะครอบครองทรัพย์สินนั้นเป็นไปโดยเหมาะสมหรือไม่ ดังนี้

- (1) เจ้าหนี้จะต้องมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันที่เข้าครอบครอง
- (2) ลูกหนี้จะต้องผิดนัด
- (3) การฟ้องคดีของเจ้าหนี้จะต้องเป็นไปตามข้อสัญญาของที่ตกลงไว้กับลูกหนี้
- (4) การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก “การขัดต่อความสงบสุข”

ในกรณีที่การกระทำประการใดประการหนึ่งที่กล่าวมานี้ขาดไป ย่อมถือว่าเจ้าหนี้ได้กระทำการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง ทำให้เจ้าหนี้ต้องผิดต่อลูกหนี้ในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ต้อง หรือในบางกรณีเจ้าหนี้อาจจะต้องรับผิดชอบแม้การกระทำนั้นจะกระทำโดยตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน นอกจากนี้ หากกระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สินได้มีการกระทำละเมิดต่อลูกหนี้ต่างหากจากการกระบวนการครอบครอง ย่อมทำให้เจ้าหนี้ หรือตัวแทนของเจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดด้วย

จากองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ ที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนขออธิบายละเอียดและคดีที่เกี่ยวข้องพอสังเขปดังนี้

- (1) เจ้าหนี้จะต้องมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันที่เข้าครอบครอง

ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิในการบังคับคดีโดยการเข้าครอบครองได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งในประเด็นนี้มีคดีที่น่าสนใจ คือ

คดี Johnson V Grossinger Motorcorp⁵³ ในคดีนี้ ผู้ซื้อรถยนต์ไม่สามารถฟ้องว่าตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ (Automobile Dealer) ได้กระทำการเบียดบังทรัพย์สินจากข้อเท็จจริงที่ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ได้เข้าครอบครองรถยนต์ หลังจากที่ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ไม่ได้รับเงินจากบุคคลภายนอก

⁵³ Cahill, P.J., and McBride, J. (2001, June 29). Illinois Court of Appeals - First Appellate District Decisions. Retrieved April 12, 2012, from <http://law.justia.com/cases/illinois/court-of-appeals-first-appellate-district/2001/1003347.html>

ที่ต้องชำระเงินให้ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์แทนผู้ซื้อรถยนต์ ทั้งนี้ ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์มิได้สละสิทธิ (Waive) ที่จะต้องได้รับเงินอย่างต่อเนื่องตามสัญญาไว้ ดังนั้น ตัวแทนจำหน่ายจึงยังคงมีสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินหลักประกันในรถยนต์อยู่ และผู้ซื้อก็มีเพียงสิทธิครอบครองซึ่งสิทธิทั้ง 2 ประการนี้เป็นสิทธิที่มาจากข้อตกลงที่จะต้องจัดทำเอกสารขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระเงินของบุคคลภายนอก จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าหากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว เมื่อมีการผิดนัดตามสัญญาเกิดขึ้น เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิบังคับหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินได้ แม้บุคคลที่ไม่ชำระหนี้จะไม่ใช่ลูกหนี้โดยตรงก็ตาม แต่ในกรณีที่ทรัพย์สินไม่ได้มีฐานะเป็นหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้ย่อมไม่มีสิทธิบังคับคดีโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินได้

หากเจ้าหนี้ได้กระทำการครอบครองทรัพย์สินนั้นย่อมถือเป็นการครอบครองโดยไม่ถูกต้อง (Wrongful Repossession) อันก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่เจ้าหนี้ ดังข้อเท็จจริงในคดี *Williams V Western Surety Co.*⁵⁴ ในคดี *William* บริษัทให้เงินกู้ซึ่งมีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในบ้านเคลื่อนที่ได้ขายบ้านเคลื่อนที่ได้ไปให้กับตัวแทนจำหน่ายบ้าน โดยสัญญาขายฝากสินค้า (On Consignment) และตัวแทนจำหน่ายบ้านได้ขายบ้านต่อไปให้กับผู้ซื้อบ้าน อย่างไรก็ตามบริษัทให้เงินกู้ได้ปฏิเสธที่จะส่งมอบเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ให้กับผู้ซื้อเนื่องจากตัวแทนจำหน่ายบ้านยังมีได้จ่ายเงินค่าบ้านให้กับบริษัทให้เงินกู้ หลังจากนั้นบริษัทให้เงินกู้จึงทำการเข้าครอบครองบ้านจากผู้ซื้อบ้าน โดยอ้างว่าบริษัทให้เงินกู้สิทธิเรียกร้องในหลักประกันในบ้านเคลื่อนที่นั้น ในคดีนี้ศาลเห็นว่าบริษัทให้เงินกู้ได้กระทำการเบียดบังทรัพย์สินโดยการเข้าครอบครองบ้านเคลื่อนที่โดยไม่ชอบ เนื่องจากผู้ซื้อคนใหม่ได้ซื้อบ้านเคลื่อนที่จากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น (Regular Merchants of Mobile Home) ทำให้ผู้ซื้อได้รับบ้านโดยปลอดสิทธิเรียกร้องในหลักประกันที่บริษัทให้เงินกู้พึงมี ดังนั้น การเข้าครอบครองบ้านจึงถือเป็นการเข้าครอบครองที่ไม่ถูกต้อง จากคดีนี้ทำให้เห็นว่า ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินให้กับบุคคลภายนอกอันมีผลทำให้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้มีฐานะเป็นทรัพย์สินหลักประกันอีกต่อไป เจ้าหนี้ย่อมไม่มีสิทธิที่จะบังคับคดีโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินได้ หรือในกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องในหลักประกัน แต่มิได้ยื่นเอกสารทางการเงินเพื่อให้หลักประกันมีผลสมบูรณ์ สิทธิเรียกร้องจะไม่ผูกพันผู้ซื้อรายต่อไปในหนี้ที่มีอยู่เดิม ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้ขายเครื่องมือต่างๆ (Equipment) มิได้ยื่นเอกสารทางการเงินที่ครอบคลุมถึงเครื่องมือทางการเกษตร (Farm Equipment) ซึ่งได้ขายไปให้ผู้ซื้อที่ไม้อาจทราบถึงความมีอยู่ของสิทธิเรียกร้องในหลักประกันนั้น การที่จะเข้าไป

⁵⁴ The Court of Appeals of Washington, Division Three. (1972, January 5). Retrieved April 12, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19723066WnApp300_1265.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยผู้ขายข่มขู่เป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง (Wrongful Repossession) เป็นต้น

(2) ลูกหนี้จะต้องผิคนัด การที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จะต้องเป็นกรณีที่ดีได้ว่าลูกหนี้ผิคนัดเสียก่อน หากเจ้าหนี้ หรือตัวแทนของเจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สินโดยที่ลูกหนี้ยังไม่ผิคนัด ข่มขู่ว่าเจ้าหนี้กระทำการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง อันจะมีผลทำให้ก่อความรับผิดชอบแก่เจ้าหนี้ หรือตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินได้

กรณีที่ได้มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่ในความเป็นจริงยังไม่อาจถือได้ว่าลูกหนี้ผิคนัด มีสาเหตุหลัก 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก การบันทึกของเจ้าหนี้มิได้แสดงให้เห็นถึงสถานะจริงๆ ของลูกหนี้ซึ่งอาจเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลภายในที่ผิดพลาด ทำให้ข้อมูลที่ปรากฏแสดงว่าลูกหนี้ “ผิคนัด” ทั้งที่ ความจริงแล้วลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ไปแล้ว เช่น ในคดี Ford Motor Credit Co. V Jackson⁵⁵ ในคดีนี้ลูกหนี้ได้ทำการผ่อนชำระรถยนต์จำนวน 8 งวด โดยเริ่มตั้งแต่เดือนกรกฎาคมซึ่งการชำระหนี้สิ้นสุดลงในเดือนมีนาคมในปีถัดไป แต่เจ้าหนี้ได้พบว่าลูกหนี้ผิคนัด โดยผิดพลาดในเดือนมีนาคม เจ้าหนี้จึงได้ทำการเข้าครอบครองรถยนต์ ในคดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ขายยังมีได้ผิคนัด ทำให้ผู้รับได้ปฏิเสธการรับชำระหนี้ซึ่งได้ชำระภายในกำหนดเวลาการเข้าครอบครองทรัพย์สินจึงไม่ถูกต้อง เป็นต้น

ประการที่สอง ลูกหนี้ได้ผิคนัดแล้วจริงๆ แต่ในกระบวนการเจรจากับเจ้าหนี้ได้มีการละสิทธิในการเรียกร้องที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินเมื่อลูกหนี้ผิคนัด เช่น ในคดี Rogers V Allis-Chalmers Credit Corp.⁵⁶ ในคดีนี้ลูกหนี้ได้ซื้อรถแท็กซี่เก๋งเกิ้ลยัดดิน ซึ่งผู้ขายมีสิทธิเรียกร้องในรถแท็กซี่นี้ในฐานะหลักประกัน ในเวลาต่อมาลูกหนี้ไม่ได้ชำระหนี้เดือนกันยายน และเดือนตุลาคมซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ผิคนัด และเจ้าหนี้ข่มขู่มีสิทธิในการเข้าครอบครองรถแท็กซี่ได้ทันที อย่างไรก็ตาม พนักงานบัญชีของเจ้าหนี้ได้แจ้งให้กับลูกหนี้ทราบว่า หากลูกหนี้ได้ทำการส่งเงินมาชำระหนี้ภายในสิ้นเดือนตุลาคมจะไม่มีการดำเนินคดีใดๆ ในระหว่างการเจรจาของพนักงานบัญชีกับลูกหนี้ หลังจากนั้น ลูกหนี้จึงได้ส่งเงินไปชำระในวันที่ 28 ตุลาคม ตามที่ได้มีการแจ้งให้

⁵⁵ Court of Appeal of Louisiana, Second Circuit. (2010, September 16). Retrieved April 12, 2012, from <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=in%20laco%2020100811316.xml&docbase=cslwar3-2007-curr>

⁵⁶ Henley. (1982, June 1). United States Court of Appeals, Eighth Circuit. Retrieved April 12, 2012, from <http://openjurist.org/679/f2d/138/rogers-v-allis-chalmers-credit-corp>

ทราบ แต่ได้มีการส่งเงินชำระหนี้กลับมา และได้มีการเข้าไปครอบครองรถแท็กซี่ในวันที่ 31 ตุลาคม คณะลูกขุนในคดีนี้ เห็นว่าเจ้าหนี้ได้เข้าไปครอบครองรถแท็กซี่โดยไม่ถูกต้อง และศาลอุทธรณ์ก็ได้ยืนตามความเห็นของคณะลูกขุน โดยเห็นว่าการขยายเวลาของเจ้าหนี้ในการชำระเงินของลูกหนี้เป็นการคุ้มครองลูกหนี้จากการถูกบังคับคดีตามบทบัญญัติที่เคร่งครัดในสัญญา

ประการที่สาม เจ้าหนี้อาจจะมีการตกลงให้ชำระเงินล่าช้าจะไม่ได้มีการดำเนินการตามกฎหมายอันเป็นเหตุที่ลูกหนี้อ้างได้ว่าได้มีการกระทำการใดๆ ที่ถือเป็นรูปแบบ และวิธีที่อนุญาตให้ชำระล่าช้าได้ ทำให้เจ้าหนี้ไม่อาจจะดำเนินคดีในช่วงเวลาผ่อนผัน (Grace Period) ในความจริงได้หากไม่มีการยื่นหนังสือทวงถามก่อนได้ เช่น คดี Margolin V Franklin⁵⁷ ในคดีนี้เจ้าหนี้ได้มีให้ลูกหนี้ถึงกำหนดชำระเงินเวลาชำระวันที่ 15 ของทุกๆ เดือน ทั้งนี้ ลูกหนี้มิได้ชำระเงินในวันที่ 15 ของเดือนเมษายน มิถุนายน กรกฎาคม สิงหาคม กันยายน และเดือนตุลาคม เจ้าหนี้จึงได้ส่งหนังสือเตือนในวันที่ 15 ของทุกๆ เดือน และเจ้าหนี้จึงได้รับชำระหนี้ในวันที่ 27 ของเดือนนั้นๆ โดยที่เจ้าหนี้ไม่ได้ดำเนินคดีใดๆ กับลูกหนี้ ในเดือนเหล่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในเดือนพฤศจิกายน เมื่อเจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระเงินในวันที่ 15 เจ้าหนี้จึงได้ส่งหนังสือเตือน และในวันที่ 26 ได้กระทำการครอบครองรถยนต์ ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้ยืนตามความเห็นของศาล Trial Court ที่เห็นว่า การดำเนินการของเจ้าหนี้ และวิธีการที่ยอมรับการชำระเงินในวันที่ 27 เป็นเวลา 6 เดือน ย่อมถือเป็นการปิดปาก (Estopped) เจ้าหนี้ในการเรียกร้องว่าลูกหนี้ผิดนัดในการมิได้จ่ายเงินในวันที่ 15 ของเดือนนั้น

(3) การฟ้องคดีของเจ้าหนี้จะต้องเป็นไปตามข้อสัญญาของที่ตกลงไว้กับลูกหนี้

ตามบทบัญญัติ มาตรา 9-503 ที่กล่าวไปข้างต้น ได้บัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาในการกำหนดข้อตกลงอย่างไรก็ได้ ดังนั้น การที่เจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้อาจจะถือเป็นการครอบครองทรัพย์สินที่ไม่ถูกต้องได้ หากมีข้อเท็จจริงว่าเจ้าหนี้กระทำผิดข้อตกลงในสัญญาที่กระทำกับลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องระยะเวลา หรือวิธีการในการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ รวมไปถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นๆ ของลูกหนี้ เช่น ในคดี Herrera V Quijano⁵⁸ ในคดีนี้ สัญญาให้สินเชื่อบริษัทให้สิทธิผู้ให้กู้ในการเข้าครอบครองทรัพย์สินเมื่อลูกหนี้ผิดนัด รวมไปถึงให้สิทธิในการคำนวณรวมเงินที่ถึงกำหนด โดยต้องแจ้งให้ผู้กู้ทราบถึงความ

⁵⁷ Appellate Court of Illinois-First District. (1971, April 14). Retrieved April 12, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1971659132IllApp2d527_1532.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

⁵⁸ John B. Wilson, Judge. (1992, July 22). Court of Appeals of Oregon. Retrieved April 13, 2012, from http://or.findacase.com/research/wfwmDocViewer.aspx/xq/fac.19920722_0041143.OR.htm/qx

ต้องการที่จะใช้สิทธินั้นเสียก่อน ดังนี้ การที่เจ้าหนี้เข้าครอบครองรถยนต์โดยที่มิได้มีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบตามข้อสัญญาการค้ำหนวบรวมเงินที่ถึงกำหนด ย่อมถือเป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง และในคดีนี้ศาลยังเห็นว่าลูกหนี้สามารถขอให้มีการพิพากษาในกรณีการเบียดบังทรัพย์สินจากการเข้าครอบครองรถยนต์ได้ เพราะสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้มิได้ก่อให้เกิดสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยทันที

(4) การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก “การขัดต่อความสงบสุข”

จากการศึกษาพบว่าประเด็นที่สำคัญที่สุดในเรื่องการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ไม่ถูกต้องที่กฎหมาย UCC ของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญมากที่สุด คือ การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องไม่ใช่การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุข ดังนี้ เมื่อใดที่การเข้าครอบครองทรัพย์สินถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบสุข การเข้าครอบครองทรัพย์สินเช่นนี้ย่อมถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง

สำหรับความหมายของคำว่า “การขัดต่อความสงบสุขนั้น” ใน UCC ไม่ได้มีการกำหนดบทนิยามไว้ แต่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการกระทำที่ถือว่าเป็น “การขัดต่อความสงบสุข” มิได้มีการกำหนดนิยามไว้ใน UCC ทำให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา นำความหมายที่อยู่ใน Restatement of Tort § 116 มาใช้ โดยที่ Restatement (Second) of Tort § 116 ระบุว่า “การขัดต่อความสงบสุข คือ ความเสียหายที่เกิดกับสาธารณะซึ่งกระทำโดยความรุนแรงหรือบุคคลหนึ่งได้ก่อให้เกิด หรืออาจจะก่อให้เกิดการรบกวนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยทันที” จะเห็นได้ว่าการกระทำที่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุข ยังไม่จำเป็นต้องมีการกระทำละเมิดขึ้นเสียก่อน เพียงแค่การกระทำที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขได้แล้ว ดังจะพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงในคดีดังต่อไปนี้

คดี Hilliman V Cobado⁵⁹ ในคดีนี้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันในปศุสัตว์ของลูกหนี้ และเจ้าหนี้ได้เชื่อว่ามีภาระค้ำหนวบรวมเงินตามสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้จึงเข้าไปในฟาร์มของลูกหนี้ และนำปศุสัตว์ออกมา แต่ลูกหนี้ได้อ้างว่าตนยังไม่คิดนัด และสั่งให้เจ้าหนี้ออกไปจากทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้ไม่ได้สนใจข้ออ้างของลูกหนี้ และเจ้าหนี้ได้รวบรวมปศุสัตว์ขึ้นไปบนรถบรรทุก แต่นายอำเภอได้เข้ามาแจ้งกับเจ้าหนี้ว่าเจ้าหนี้ไม่ควรที่จะนำปศุสัตว์ออกไป และขอให้นำปศุสัตว์ไปไว้ที่เดิม มิฉะนั้นเจ้าหนี้จะถูกจับ แต่เจ้าหนี้ก็ได้สนใจการแจ้งเตือนเช่นนี้ และพยายามที่จะพร้อมปศุสัตว์นั้นและพร้อมที่จะถูกจับ

⁵⁹ Supreme Court, Cattaraugus County. (1986, February 24). Retrieved April 13, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=3&xmlDoc=1986337131Misc2d206_1304.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7

ในคดีนี้ศาลพิจารณาว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการข่มขู่ที่จะกระทำอันตรายเพื่อการเข้าครอบครองทรัพย์สินเพื่อให้ถือเป็นการละเมิดต่อความสงบสุข ซึ่งในข้อเท็จจริงที่กล่าวมานี้ถือว่าเพียงพอต่อการทำให้เกิดความหวาดกลัว และความไม่สงบแล้ว

คดี Big Three Motors, Inc. V Rutherford⁶⁰ ในคดีนี้ภริยาของลูกหนี้ได้ขับรถยนต์ซึ่งจำเลย (เจ้าหนี้) มีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันในรถยนต์นั้น เมื่อได้มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินได้บังคับให้ภริยาของลูกหนี้ขับรถออกนอกเส้นทาง และให้ภริยาของลูกหนี้ขับรถไปหาเจ้าหนี้ กรณีเช่นนี้ศาลถือว่าการขัดต่อความสงบสุข ดังนั้น ลูกหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน รวมถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษ

คดี Ivy V General Motor Acceptance Corp.⁶¹ ตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินได้ลากรถแวนของลูกหนี้ออกจากที่อยู่ของลูกหนี้ ลูกหนี้จึงได้ไล่ตามผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่ลากรถไปโดยใช้รถยนต์อีกคันหนึ่ง จนทำให้เกิดมีการอุบัติเหตุทางรถยนต์ขึ้นเล็กน้อยกับตัวแทนผู้ครอบครองทรัพย์สิน ศาลเห็นว่าการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขเช่นกัน

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำละเมิดเสมอไป เพียงแค่ว่าจะกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมก็ถือว่าการขัดต่อความสงบสุขแล้ว

จากการศึกษาพบว่ามีประเด็นดังต่อไปนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลจะใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขหรือไม่

การให้ผู้ซึ่งบังคับกฎหมายมาเข้าร่วมในการครอบครองทรัพย์สิน

ในบางกรณีที่ตัวแทนเข้าครอบครองทรัพย์สินได้มีความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงบทบัญญัติ UCC ในเรื่องขัดต่อความสงบสุข โดยให้ผู้ซึ่งบังคับกฎหมายในระดับท้องถิ่นเข้าร่วมมาอยู่ร่วมในกระบวนการเข้าครอบครองด้วย ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า เมื่อการเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้เกิดขึ้นได้ เพราะมีเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าร่วมด้วย กรณีเช่นนี้ย่อมถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขเช่นกัน เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว การนำเจ้าพนักงานผู้ซึ่งบังคับกฎหมายมาเข้าร่วมใน

⁶⁰ Torbert, C.J.; Faulkner, Embry and Adams, JJ., (1984, April 6). Supreme Court of Alabama Retrieved April 13, 2012, from http://al.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19840406_0005.AL.htm/qx

⁶¹ Lesterivy v. General Motors Acceptance Corporation and American Lenders Service Company of Jackson. (1992). Retrieved April 14, 2012, from http://ms.findacase.com/research/wfrmDoc Viewer.aspx/xq/fac.19921217_40368.MS.htm/qx

การครอบครองทรัพย์สินถือเป็นเหตุให้ฟ้องคดีได้ เพราะเป็นการทำให้การเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ต้องแจ้งและการรับฟังเห็นผล ไม่มีผลทางกฎหมายอีกต่อไป

ในคดี First & Farmer Bank V Henderson⁶² ในคดีนี้ธนาคารได้พยายามที่จะเข้าครอบครองเรือโดยขอให้ผู้ที่มีตำแหน่งเป็นรองนายอำเภออยู่เหตุการณ์ด้วย โดยธนาคารได้พยายามที่จะลากเรือออกไป แต่ลูกหนี้ได้เข้ามาห้ามไว้จนมีการโต้เถียงกันเกิดขึ้น รองนายอำเภอจึงเข้ามาในการโต้เถียงนั้น ลูกหนี้จึงได้ไปติดต่อกับนาย แต่ในระหว่างนั้นลูกจ้างของธนาคารก็ได้นำเรือออกไปแล้ว ศาลเห็นว่ากฎหมายได้กำหนดให้การเข้าครอบครองทรัพย์สินต้องกระทำโดยปราศจากการขัดต่อความสงบ ทำให้เจ้าหนี้จึงไม่สามารถใช้อำนาจรัฐเข้ามาป้องกันการขัดต่อความสงบสุขที่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงพิจารณาว่าหากจำเป็นต้องใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐยอมถือได้ว่าการขัดต่อความสงบสุขเกิดขึ้นแล้ว ดังนั้น เจ้าหนี้จึงต้องรับประกันต่อการแทรกแซงของกระบวนการยุติธรรมในการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น

การเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยฉ้อฉล

ในกรณีที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นเกิดจากการหลอกลวง หรือเข้าครอบครองโดยใช้กลอุบาย ย่อมถือว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นกระทำโดยไม่ถูกต้อง และถือว่าเป็นเหตุให้ฟ้องคดีว่ามีการการเบียดบังทรัพย์สินได้ด้วย

คดี Ford Motor Credit Co. V Byrd⁶³ ลูกหนี้ซื้อรถยนต์มาจากตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ตามสัญญาซื้อเงินผ่อนซึ่งได้มีการโอนสิทธิในการรับเงินให้กับบริษัทให้เงินกู้ พนักงานผู้เข้าถือครอบครองทรัพย์สินของบริษัทเงินกู้จึงได้ติดต่อกับลูกหนี้ และแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่าชำระเงินของลูกหนี้เป็นเงินที่ค้างชำระเดิม แต่ลูกหนี้ได้ยืนยันว่าการชำระเงินนั้นเป็นหนี้ปัจจุบัน พนักงานเข้าครอบครองทรัพย์สินจึงได้เชิญลูกหนี้มาเข้าพบ ลูกหนี้จึงได้นำใบเสร็จรับเงินมาเปรียบเทียบกับใบบันทึกการชำระเงินให้กับตัวแทนขายรถยนต์ และในการโต้เถียงของลูกหนี้ ก็ได้มีการเคลื่อนย้ายรถไปในที่เก็บของตัวแทนขาย ในคดีนี้ศาลเห็นว่า การฉ้อฉลและใช้อุบายของบริษัทให้เงินกู้ถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง และถือว่าเป็นเหตุให้ฟ้องคดีจากการเบียดบังทรัพย์สินได้ นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าการทำลายทรัพย์สินหลักประกันก็คือเป็นการขัดต่อความสงบสุขได้

⁶² Ryan McRobert. (2012, June 23) Defining “Breach of the Peace” in Self-Help Repossessions Retrieved April 14, 2012, from <http://digital.law.washington.edu/dspace/bitstream/handle/1773.1/1144/87WLR0569.pdf?sequence=1>

⁶³ Embry, Justice, Bloodworth, Jones, Almon and Shores, JJ. (1977, September 16). Supreme Court of Alabama. April 12, 2012, from http://al.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19770916_0003.AL.htm/qx

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ได้มีศาลในคดี Giles V First Virginia Credit Service⁶⁴ ได้วางองค์ประกอบที่ใช้พิจารณาว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยที่ไม่มีการเผชิญหน้ากันอย่างไร โกรธแค้นว่าจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขหรือไม่ 5 ประการ ดังนี้

- (1) สถานที่ใดที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน
 - (2) การแสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือปริยาย
 - (3) การตอบโต้ของบุคคลภายนอก
 - (4) ลักษณะของที่อยู่อาศัยที่มีการเข้าไป
 - (5) การใช้กลอุบายของเจ้าหนี้
- 5) ความรับผิดชอบจากการเข้าบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ ที่มีขอบ

5.1) ความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดในการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขอาจเกิดขึ้นในระหว่างการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยที่ไม่ได้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในระหว่างการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ย่อมถือว่าการกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขเกิดขึ้นอันเป็นผลให้การเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นไม่ถูกต้อง ดังนี้ นอกจากผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องรับผิดชอบจากการครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องแล้ว ผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินยังต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นต่างหากด้วย เช่น

การบุกรุก

ในกรณีของการกระทำละเมิดโดยการเข้าไปเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในบ้านของลูกหนี้ อาจถือเป็นการละเมิดโดยการบุกรุกได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นกระทำบนถนนหน้าบ้านลูกหนี้ ไม่ได้กระทำในตรอกซอยในบ้านลูกหนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่ถือเป็นการกระทำละเมิดโดยการบุกรุก ในคดี Thompson V. First State Bank of Fertile⁶⁵ บริษัทเคลื่อนย้ายรถยนต์ได้กระทำการครอบครองรถยนต์นั้นสำเร็จโดยที่ปราศจากการก่อให้เกิดความไม่สงบ แม้ว่าผู้ที่จะอ้างว่าบริษัทเคลื่อนย้ายนั้นได้ก่อให้เกิดความไม่สงบโดยบุกรุกเข้าไปในที่อยู่ของตน และรถบรรทุกเคลื่อนย้ายได้ขับรถเข้าไปในตรอกโดยมีรถยนต์ของผู้ขับรถอยู่หลังรถ ก่อนที่คนขับรถนั้นจะได้แจ้งให้ผู้ขับรถทราบ แต่อย่างไรก็ตาม คนขับรถบรรทุกมีสิทธิพิเศษในการเข้าไปในที่อยู่ของลูกหนี้เพื่อเข้าไปครอบครองรถยนต์ภายหลังจากที่

⁶⁴ McGee, Walker and Huson. (2002, March 05). Court of Appeals of North Carolina. Retrieved April 14, 2012, from <http://caselaw.findlaw.com/nc-court-of-appeals/1197226.html>

⁶⁵ Peterson. (2006, February 14). Court of Appeals of Minnesota. Retrieved April 13, 2012, from <http://caselaw.findlaw.com/mn-court-of-appeals/1321205.html>

มีการคิดนัดตามสัญญาที่มีรถยนต์เป็นหลักประกัน ดังนั้น จึงไม่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุข และไม่ถือเป็นการทะเลาะเบาะแว้งโดยบุกรุก อย่างไรก็ตามในกรณีที่เจ้าหนี้ได้กำหนดลูกหนี้ให้ความยินยอมไว้ในข้อสัญญาในการเข้าไปในทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ถือว่าเป็นการปรับเปลี่ยนหลักกฎหมายที่อนุญาตให้เจ้าหนี้เข้าไปในทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายตราบเท่าที่การเข้าไปในนั้นไม่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุข ดังนั้น การที่เจ้าหนี้เข้าไปครอบครองยานพาหนะของลูกหนี้ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิดในฐานะบุกรุก เบียดบังทรัพย์สิน หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อจิตใจโดยประมาท

ในเรื่องการละเมิดโดยการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลซึ่งไม่ใช่หลักประกันก่อนการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน

หากเจ้าหนี้กระทำการครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้อาจจะต้องรับผิดชอบลูกหนี้ในฐานะเบียดบังทรัพย์สินด้วย แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินจะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ลูกหนี้อาจจะเรียกร้องว่าเจ้าหนี้เบียดบังทรัพย์สินได้ ในกรณีที่มีการนำไปซึ่งทรัพย์สินส่วนตัวในระหว่างการเข้าครอบครองทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สินเหล่านั้นไม่ได้อยู่ภายใต้สิทธิเรียกร้องหลักประกัน โดยประเด็นนี้ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าครอบครองรถยนต์ซึ่งมีทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ตั้งอยู่ด้วย เช่นในคดี *Varela V Wells Fargo Bank*⁶⁶ ในคดีนี้ธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ได้เข้าครอบครองรถยนต์ซึ่งเป็นของลูกหนี้ โดยที่ในรถยนต์ของลูกหนี้มีแหวนเพชรจำนวน 3 วง พร้อมกับทรัพย์สินส่วนตัวอย่างอื่น และลูกหนี้ได้เรียกให้ธนาคารคืนทรัพย์สินส่วนตัวของลูกหนี้โดยทันที แต่ธนาคารปฏิเสธที่จะคืนแหวนนั้น ศาลเห็นว่าการที่ธนาคารไม่ยอมคืนทรัพย์สินส่วนตัวตามคำขอย่อมถือเป็นการยกยอกทรัพย์สิน เนื่องจากธนาคารไม่มีสิทธิใดๆ ในการนำไปซึ่งทรัพย์สินเหล่านั้น นอกจากนี้ หากการเข้าครอบครองทรัพย์สินกระทำโดยไม่ถูกต้อง ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าลูกหนี้ ก็จะไม่ต้องผูกพันตามสัญญาที่จำกัดความรับผิดชอบของเจ้าหนี้ในการครอบครองทรัพย์สินส่วนตัวนั้น เช่น ในคดี *Builders Transport, Inc. V Hall*⁶⁷ ในคดีนี้มีสัญญาซื้อรถบรรทุกเงินผ่อนกำหนดให้ผู้ซื้อแจ้งให้ผู้ขายทราบภายใน 24 ชั่วโมงหลังจากที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินตามกระบวนการตามกฎหมายมีทรัพย์สินของส่วนตัวใดๆ อยู่บนรถบรรทุกนั้นที่เป็นของผู้ซื้อ แต่ลูกหนี้มิได้กระทำการแจ้งเช่นนั้น ในคดีนี้ศาลพิจารณาว่า

⁶⁶ Bray, J., with Pierce, P. J., and Regan, J. (1971, March 2). Court of Appeals of California, Third Appellate District. Retrieved April 15, 2012, from <http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/15/741.html>

⁶⁷ Carley and Benham, JJ. (1987). Georgia Court Of Appeals. Retrieved April 15, 2012, from <http://georgia-court-appeals.vlex.com/vid/builders-transport-inc-v-hall-20452321>

การเข้าครอบครองทรัพย์สินตามข้อเท็จจริงนี้ถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องในตัวเอง ดังนั้น ข้อสัญญา ย่อมไม่ตัดสิทธิของลูกหนี้ในการฟ้องคดีจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินส่วนตัวโดยไม่ชอบด้วย กฎหมาย

ในบางคดีศาลเห็นว่า ข้อกำหนดใดๆ ในสัญญาที่จำกัดสิทธิของลูกหนี้ในการฟ้องคดีว่า มีการยกยอกทรัพย์สินส่วนตัวของลูกหนี้ถือเป็น โฆษเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยอย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินมิได้มีเวลาพอควรในการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินของลูกหนี้ ย่อมไม่ ถือว่าผู้ครอบครองเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง และได้เบียดบังกระทำการทรัพย์สินของ ลูกหนี้ เช่น ในคดี Eley V. Mid/ East Acceptance Corp. of N.C., Inc.⁶⁸ หลักฐานที่ปรากฏในการ ฟ้องคดีการเบียดบังทรัพย์สินเพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าเจ้าของรถบรรทุกไม่มีเวลาที่สมควรในการ เคลื่อนย้ายแถมโมทั้ง 130 ผลออกจากรถบรรทุกก่อนที่ผู้ให้กู้จะกระทำการครอบครองรถบรรทุก อันเป็นผลทำให้แถมโมนั้นเสีย โดยเจ้าของรถบรรทุกได้ให้การว่าตนได้ขอให้มีการนำแถมโมของ จารถบรรทุกในเวลาที่มีการเข้าถือครองแต่ได้รับการปฏิเสธ และพี่ชายของเจ้าของรถบรรทุก ได้ให้การว่าเจ้าของรถบรรทุกไม่มีเวลาในการเคลื่อนย้ายแถมโม และผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินก็ได้ ให้การว่าตนได้ใช้เวลา 15 นาที ในการรอให้เจ้าของรถบรรทุกนำทรัพย์สินส่วนตัวออกจากรถบรรทุก เป็นต้น

5.2) บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบในกระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

จากที่ได้พิจารณาไปข้างต้นแล้วว่าบุคคลที่มีสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สิน คือ ผู้รับ หลักประกัน ดังนั้น ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ชอบ จะต้องฟ้อง ผู้รับหลักประกันที่เข้าไปบังคับคดีโดยการครอบครองทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี เจ้าหนี้อาจจะมอบอำนาจให้ตัวแทนผู้ครอบครองทรัพย์สินเข้าไปครอบครองทรัพย์สินแทนเจ้าหนี้ ซึ่งในบางคดียุคคลที่จะต้องรับผิดชอบในกระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สินอาจจะเป็นเจ้าหนี้ หรือ ตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือในบางกรณีอาจจะต้องรับผิดชอบทั้งคู่ ในทางปฏิบัติผู้รับ หลักประกันมักจะหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง หรือความรับ รับผิดชอบในละเมิดที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการครอบครองทรัพย์สิน โดยการจ้างตัวแทนผู้เข้าครอบครอง ทรัพย์สินมาปฏิบัติการเข้าครอบครองทรัพย์สินแทน แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ศาลใน ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าแนวทางการปฏิบัติในการเข้าครอบครองทรัพย์สินเช่นว่านี้ไม่อาจ ป้องกันความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้แต่อย่างใด โดยมีเหตุผลสนับสนุนหลายประการดังนี้

⁶⁸ Geer , McGee and Tyson. (2005, July 05). Court of Appeals of North Carolina. April 15, 2012, from <http://caselaw.findlaw.com/nc-court-of-appeals/1356146.html>

ประการแรก การให้ตัวแทนผู้ครอบครองทรัพย์สินทำการครอบครองทรัพย์สินแทนไม่อาจเป็นป้องกันจากความรับผิดได้ เนื่องจากในกรณีที่การฟ้องว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินไม่ถูกต้องเกิดขึ้น เพราะ “ขัดต่อความสงบสุข” ศาลจะพิจารณาว่า มาตรา 9-503 ได้กำหนดหน้าที่ตามกฎหมายที่จะไม่ให้มีการขัดต่อความสงบสุข ซึ่งเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ที่ไม่อาจมอบอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่นี้ได้

ประการที่สอง ศาลพิจารณาว่า ในกรณีที่เจ้าหนี้ครอบครองรถยนต์ภายหลังจากที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องอันเกิดมาจากการกระทำของผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ย่อมถือได้ว่าเจ้าหนี้ได้ให้สัตยาบันจากการกระทำของตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ดังนั้น เจ้าหนี้ย่อมมีความรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำละเมิด แต่ในบางกรณีศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยพิจารณา หลักหน้าที่อื่นไม่อาจมอบแก่กันได้ (Doctrine of No delegable Duties) จะรวมไปถึงในกระบวนการครอบครองทรัพย์สิน ดังนี้ เจ้าหนี้จะไม่ต้องรับผิดจากความเสียหายที่ลูกหนี้อ้างว่าได้รับความทุกข์ทรมานจากการที่ตัวแทนผู้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเจ้าหนี้ว่าจ้างได้ทำการเข้าครอบครองรถยนต์ของลูกหนี้ และได้กระทำการประทุษร้ายลูกหนี้ในกระบวนการเข้าครอบครองรถยนต์ นอกจากนั้น ในคดีนี้ลูกหนี้ก็ไม่ได้กล่าวอ้างว่าการเข้าครอบครองหลักประกันเป็น กิจกรรมที่มีลักษณะเสี่ยง หรือเป็นธุรกิจที่เป็นอันตรายอย่างยิ่ง นอกจากนั้นก็ยังมีหลักฐานสนับสนุนคำให้การของเจ้าหนี้ว่ายังไม่เคยมีการร้องเรียนว่าผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินคนนี้ได้เคยกระทำการประทุษร้ายต่อลูกหนี้มาก่อน หรือไม่เคยมีการร้องเรียนว่าผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินนี้มีพฤติกรรมรุนแรง ดังนั้น เจ้าหนี้ย่อมไม่ต้องรับผิดจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้

6) การเยียวยาความเสียหาย จากการเข้าบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่มีขอบ

6.1) การเยียวยาความเสียหายตาม UCC

ตาม UCC 9-507 ได้บัญญัติถึงการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในกระบวนการบังคับทรัพย์สินไว้ดังนี้

“ในกรณีที่ปรากฏว่าคู่สัญญาที่รับหลักประกันไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติส่วนนี้อาจจะมีการสั่งให้มีจัดการทรัพย์สิน หรือห้ามจัดการทรัพย์สินภายใต้ข้อตกลงที่เหมาะสมและเงื่อนไขที่เหมาะสม ในกรณีที่มีการจัดการทรัพย์สินเกิดขึ้น ลูกหนี้ หรือบุคคลใดที่ได้รับสิทธิในการแจ้ง หรือบุคคลใดที่มีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันซึ่งผู้รับหลักประกันทราบถึงสิทธินั้นก่อนที่จะมีการจัดการทรัพย์สิน มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผู้รับหลักประกันซึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติส่วนนี้ ในกรณีที่หลักประกันนั้นเป็นสินค้าอุปโภคบริโภค ลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องในจำนวนที่ไม่น้อยกว่าราคาขายเชื่อ บวกกับ ร้อยละ 10 ของเงินต้นตามจำนวนหนี้ หรือราคาที่เปลี่ยนแปลงไปตามเวลา บวก ร้อยละ 10 ของราคาขายเงินสด”

จากบทบัญญัติที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่ามีวิธีในการเยียวยาความเสียหาย 2 ประการ จากการถูกรับครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องดังนี้

(1) ลูกหนี้มีสิทธิขอคำสั่งห้ามเพื่อป้องกันการขายทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้หลังจากที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

(2) ลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง รวมไปถึงค่าเสียหายต่อเนื่อง นอกจากนั้น ในกรณีที่หลักประกันเป็นสินค้านิติบุคคล ลูกหนี้ยังมีสิทธิได้รับ ค่าเสียหายขั้นต่ำตามกฎหมาย ซึ่งได้ระบุไว้ใน UCC 9-507 โดยไม่ต้องพิจารณาว่าลูกหนี้จะได้รับความเสียหายที่แท้จริงหรือไม่ก็ตาม

6.2) การเยียวยาความเสียหายอื่นๆ

ตาม Article 9 แห่ง UCC ที่กล่าวไปข้างต้นมิได้มีหลักการใดที่จำกัดการเยียวยาความเสียหายของลูกหนี้ไว้เพียงแต่ตามบทบัญญัติมาตรา 9-507 เท่านั้น ทำให้ศาลในประเทศ สหรัฐอเมริกา พิเคราะห์ว่าลูกหนี้มีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากกระทำละเมิดของเจ้าหนี้ตามหลักการของ Common Law ได้ด้วย

(1) ค่าเสียหายทั่วไป

ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้น้อมต้องรับผิดชอบลูกหนี้จากการกระทำการเบียดบังทรัพย์สิน (Conversion) ด้วย ทั้งนี้ การเบียดบังทรัพย์สิน คือ การกระทำที่ใช้อำนาจของตนเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยไม่ชอบ ทั้งนี้ การคำนวณค่าเสียหายจากการเบียดบังทรัพย์สินโดยทั่วไปจะพิจารณาจากมูลค่าของสินค้าในเวลาที่ถูกเบียดบัง และดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่มีการเบียดบัง ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ในทางธุรกิจ มิใช่ นำไปใช้ส่วนตัว ลูกหนี้น้อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายพิเศษ รวมไปถึงค่าขาดกำไร ตามการพิสูจน์ค่าขาดประโยชน์ที่มีความแน่นอนตามควร หากเป็นการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่ถูกต้อง ค่าเสียหายอาจจะรวมไปถึงค่าเสียหายจากการทำให้เกิดความอับอาย หรือค่าเสียหายต่อจิตใจได้ด้วย (คดี Dawson V Piazza)⁶⁹ ในกรณีที่การเข้าครอบครองทรัพย์สินกระทำไม่ถูกต้อง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระดับเครดิตของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ยังสามารถฟ้องคดีจากการทำให้เสีย

⁶⁹ Lottinger. (1979, May 29). Court of Appeal of Louisiana, First Circuit Retrieved April 15, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1979654371So2d283_1620.xml&docbase=CSLWARI-1950-1985

เครดิต (Slander of Credit) ได้ด้วย (คดี Lee County Bank V Winson)⁷⁰ ในกรณีที่ลูกหนี้ฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย ลูกหนี้ยังสามารถขอให้มีการคืนทรัพย์สินที่ถูกครอบครองโดยไม่ถูกต้องได้ด้วย หากในระหว่างการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินได้กระทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินอื่น ตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินนั้นด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินได้เคลื่อนย้ายรถยนต์เคลื่อนที่ออกจากสถานที่จอด และได้ทำลายสถานที่จอดในกระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น กรณีเช่นนี้ตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับที่จอดนั้น (คดี General Elec. Credit Corp. V Timbrook)⁷¹

(2) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในกรณีที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องเกิดขึ้น โจทก์ในหลายมลรัฐสามารถเรียกร้องค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ซึ่งถือเป็นกลไกสำคัญในการป้องกันการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการดักเตือนว่าการกระทำเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องนั้นเป็นการกระทำที่ไม่พึงกระทำ

7) ตัวแทนในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์⁷²

ในการบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้ส่วนมากมิได้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เหมือนกับผู้รับจำนำ เจ้าหนี้ต้องทำการสืบเสาะและติดตามยึดทรัพย์สินมาจากลูกหนี้เสียก่อน การติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากลูกหนี้หรือเอามาอยู่ในครอบครองของตน (Repossession) นี้ UCC อนุญาตให้เจ้าหนี้กระทำได้เองโดยไม่ต้องพึ่งบารมีของศาล (Self-Help Enforcement) หากกระทำโดยสมควรแก่เหตุและไม่เป็นการขัดต่อความสงบสันติของสังคม (Breach of Peace) โดยปกติทางการค้า เจ้าหนี้มักจะว่าจ้างบุคคลอื่นให้เป็นผู้ติดตามยึดทรัพย์สิน บุคคลที่ว่านี้ส่วนมากจะเป็นบริษัทหรือคณะบุคคลที่รับจ้างยึดทรัพย์สินเป็นอาชีพ พนักงานของบริษัทที่ยึดทรัพย์สินจะรู้จักกันดีในนามของ Repo Man ซึ่งส่วนมากจะมีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษในเรื่องนี้ เพราะต้องเผชิญกับลูกหนี้ประเภทหัวหมออยู่เป็นประจำ ถ้าเจ้าหนี้ (รวมทั้งผู้รับเหมาและ Repo Man ของตน) ทำผิดเมื่อใด อาจจะถูกลูกหนี้ฟ้องฐานละเมิดหรือผิดสัญญาและถูกเรียกร้องค่าเสียหายมากมาย ซึ่ง

⁷⁰ OTT, Chief Judge. (1983, December 30). District Court of Appeal of Florida, Second District. . Retrieved April 15, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1983903444So2d459_1852.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

⁷¹ C. Reeves Taylor. (1982, May 14). Supreme Court of Appeals of West Virginia. Retrieved April 15, 2012, http://wv.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19820514_9998.WV.htm/qx

⁷² สุวิทย์ สุบรรณ. อ้างแล้ว. หน้า 78.

ค่าเสียหายที่จะต้องชำระแก่ลูกหนี้ อาจมีจำนวนสูงกว่าหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระแก่ตน เพราะอาจมีค่าเสียหายที่เป็นเบี้ยปรับรวมอยู่ด้วย (Punitive Damages) โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละมลรัฐก็มีกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ผู้เขียนจึงขอแนะนำเสนอหลักการที่สำคัญของกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจตัวแทนผู้ครอบครองทรัพย์สินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยจะศึกษาจาก California Business and Professions Code ซึ่งในหลักกฎหมายกฎหมายดังกล่าวจะกล่าวถึง การจัดตั้งตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ความหมาย คุณสมบัติ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ตลอดจนองค์กรที่เข้าควบคุมตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ดังนี้

7.1) ความหมาย

ความหมายของ ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ตาม California Business and Professions Code มาตรา 7500.2 หมายถึง รวมถึง บุคคลที่ใดๆ เพื่อสินจ้าง การว่าจ้างทางธุรกิจ หรือรับการว่าจ้างเพื่อก่อตั้งหรือชดใช้หลักประกัน แต่ไม่รวมบุคคลดังต่อไปนี้⁷³

1. ผู้ประกอบธุรกิจธนาคาร
2. บุคคลใดๆ ที่จัดตั้ง ออกใบอนุญาต หรือควบคุมการออกใบอนุญาต หรือออกประกาศนียบัตรใบอนุญาตในการติดตามหนี้กู้ยืมตามกฎหมายของรัฐนี้หรือของในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ตรวจตรา สำนักงานหรือตัวแทนในรัฐนี้หรือในประเทศ
3. ทนายความที่การปฏิบัติหน้าที่ทนายความให้กับบุคคลใด
4. เจ้าของทรัพย์สินหลักประกันตามกฎหมาย ที่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันในสัญญาหลักประกัน หรือลูกจ้างที่ผู้สุจริตกว่าจ้างโดยผูกขาด หรือถูกว่าจ้างมาโดยตลอด โดยเจ้าของทรัพย์สินหลักประกันตามกฎหมายนั้น โดยทรัพย์สินหลักประกันนั้นได้ลงทะเบียนภายใต้กฎหมายยานพาหนะ หรือผู้ขายหรือผู้ให้เช่าที่มีชื่ออยู่ในเงื่อนไขการขายที่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือผู้ให้เช่าที่ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ติดต่อกับยานพาหนะนั้น

5. บุคคลผู้เป็นเจ้าของหนี้ หรือลูกจ้างของรัฐ ซึ่งในขณะที่ได้ทำงานที่ปฏิบัติหน้าที่ของตน

6. ผู้ถือใบรับรองคุณวุฒิหรือผู้ลงทะเบียน เมื่อดำเนินการ ในนามของผู้รับใบอนุญาต

7.2) องค์กรที่ควบคุมการปฏิบัติของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man)

องค์กร ที่ควบคุมและกำกับดูแล การปฏิบัติของบรรดาตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) คือกรมคุ้มครองผู้บริโภค และภายในกรมจะมีสำนักงานที่คอยให้บริการและทำการสอบสวน กรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้น โดยอธิบดีกรมคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้กำหนดและควบคุม การปฏิบัติทั้งหมด⁷⁴ โดยอธิบดีกรมคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจและหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานในการ

⁷³ California Business and Professions Code มาตรา 7500.3

⁷⁴ California Business and Professions Code มาตรา 7501

ละเมิดที่เกิดขึ้น⁷⁵ ทั้งกำหนดข้อบังคับต่างๆรวมถึงข้อกำหนดต่างๆ ที่ใช้ในการออกใบอนุญาตในการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ด้วย⁷⁶ โดยหน้าที่หลัก คือ เพื่อให้การให้การคุ้มครองสาธารณชน⁷⁷

7.3) คุณสมบัติของบุคคลผู้เข้าเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man)⁷⁸

(1) จะต้องมียุไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์

(2) ต้องเคยมี ประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมาย อย่างน้อย 2 ปี

ประสบการณ์ด้านกฎหมาย หมายถึง ประสบการณ์ ในการกู้คืนหลักประกัน เช่น นายทะเบียน ตามบทนี้ หรือพนักงานเงินเดือนของสถาบันการเงิน หรือตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ ประสบการณ์ 2 ปี จะต้องประกอบด้วย เวลาไม่น้อยกว่า 4,000 ชั่วโมง ของการทำงานชนิดเซย์ที่ถูกต้อง ที่กระทำ (แสดง) โดยผู้สมัครได้ปฏิบัติก่อน จะกรอก (เขียน) ใบสมัคร โดยต้องมีหนังสือรับรองจาก นายจ้าง ผู้รับใบอนุญาต สถาบันการเงิน หรือตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ ตามที่อธิบดีกำหนด

(3) ผ่านการทดสอบ ตามที่กำหนด

(4) จ่ายค่าใบสมัครที่ตามที่กำหนดและจ่ายค่าธรรมเนียมการทดสอบของทางสำนักงาน

7.4) หน้าที่ของบุคคลผู้เข้าเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ที่สำคัญได้แก่

หน้าที่เมื่อเข้าทำการยึดทรัพย์สิน⁷⁹

เมื่อลูกหนี้มีการผิดนัด (Default) ตามที่ได้ตกลงไว้กับตัวเจ้าหนี้ ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo) สามารถดำเนินการแทนเจ้าหนี้ได้ทันที โดยเข้าครอบครองทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่หลักประกัน ตามสัญญาหลักประกัน ได้ทันที เมื่อพบทรัพย์สินดังกล่าว และเมื่อทำการยึดทรัพย์สิน และนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นไปขายเพื่อชำระหนี้ เมื่อดำเนินการแล้วจะต้องดำเนินการดังนี้

1. ทำหนังสือบอกกล่าวการยึดทรัพย์สิน

2. ทำรายงานการใช้จ่ายเงินค่าเช่าที่เข้าทำการครอบครองทรัพย์สิน

⁷⁵ California Business and Professions Code มาตรา 7501.4

⁷⁶ California Business and Professions Code มาตรา 7501.6

⁷⁷ California Business and Professions Code มาตรา 7500.05

⁷⁸ California Business and Professions Code มาตรา 7504

⁷⁹ California Business and Professions Code มาตรา 7507.3

3. ทำบัญชีทรัพย์สิน

4. รายงานด้านธุรกรรมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการขายหลักประกันที่จะเข้าทำการครอบครอง ซึ่งตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo) จะต้องเก็บไว้เป็นข้อมูลการยึดทรัพย์ จะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือบอกกล่าว⁸⁰ ให้ตัวลูกหนี้ทราบ ภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากที่ได้เข้าทำการยึด ยกเว้นกรณีที่ดีวันหยุดเสาร์ อาทิตย์ หรือวันหยุดไปรษณีย์ ให้แจ้งภายใน 72 ชั่วโมง หรือกรณีที่ดีวันหยุดเสาร์ อาทิตย์ และวันหยุดไปรษณีย์ ให้แจ้งภายใน 72 ชั่วโมง โดยในหนังสือต้องมีข้อความดังนี้

1. ชื่อ ที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์ ของเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกครอบครอง
2. ชื่อ ที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์ ของตัวแทน การเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ที่เข้าทำการครอบครองทรัพย์สิน
3. ข้อความการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิของการเข้าครอบครองทรัพย์สินตามที่กฎหมายระบุไว้
4. บรรดาความเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น
5. ลูกหนี้จะต้องยืนยัน ภายใน 60 วัน เกี่ยวหลักประกันที่ถูกถอดจากทรัพย์สินส่วนตัวของลูกหนี้และเกี่ยวกับบัญชีทรัพย์สิน ว่ามีดอกเบี้ยหรือสิ่งอื่นใดเกี่ยวข้องกับหลักประกันอีกหรือไม่
6. ค่าใช้จ่าย ที่ลูกหนี้ ต้องชำระ เกี่ยวกับในกรณี ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ได้การเก็บรักษา หลักประกัน และทรัพย์สินส่วนตัว นับจากวันที่ เข้าครอบครองทรัพย์สิน จนกระทั่ง ปล่อย สิ้นทรัพย์ จากการเก็บรักษานั้น

หน้าที่ ในกรณีลูกหนี้ชำระเงินแทนการครอบครองทรัพย์สิน⁸¹

ในกรณีที่ลูกหนี้จะชำระหนี้แทนการให้เจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) จะต้องได้รับการมอบหมายจากเจ้าหนี้เท่านั้น โดยเจ้าหนี้จะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) มีหน้าที่เพียงแจ้งเงื่อนไขให้ลูกหนี้ทราบเท่านั้น ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) จะไม่มีสิทธิในการกำหนดเงื่อนไข เมื่อลูกหนี้ตกลงจ่ายเงินตามเงื่อนไขของเจ้าหนี้แล้วให้ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ส่งเงินที่ได้รับไปยัง เจ้าหนี้ทันที

หน้าที่ ในกรณีอื่น

กรณีที่มีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) จะต้องไม่ประเมินราคา มูลค่า ของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น⁸²

⁸⁰ California Business and Professions Code มาตรา 7504.10

⁸¹ California Business and Professions Code มาตรา 7507.4

7.5) การรับโทษของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) โดยองค์กรที่
ควบคุม

เหตุในการกำหนดโทษ

ในกรณี ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ที่กระทำความผิดอย่างใด
อย่างหนึ่ง นอกจากจะได้รับโทษตามกฎหมายอาญา หรือกระทำละเมิดในอันที่จะต้องชดใช้ตาม
กฎหมายแพ่งแล้ว อธิบดีกรมคุ้มครองผู้บริโภคสามารถประเมินค่าปรับสำหรับตัวแทนการเข้า
ครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ได้⁸³ โดย California Business and Professions Code มาตรา
7508.1 ถึง 7508.6 ได้กำหนดไว้กรณีที่อธิบดีสามารถประเมินโทษเป็นค่าปรับไว้ดังนี้

1. เจตนารายงานอันเป็นเท็จ ไปยังนายจ้าง
2. แสดงบัตรการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน โดยบัตรอื่น นอกเหนือจาก
บัตรที่ได้จดทะเบียนการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ออกโดยทางสำนักงาน ยกเว้น
บัตรประจำตัวนายจ้างที่ออกโดยตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งตามที่สำนักงานอนุมัติ
3. ใช้ชื่อปลอมในการติดต่อกับทางราชการ ในการกระทำที่เกี่ยวกับธุรกิจของผู้รับ
ใบอนุญาตการเป็นผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน
4. การปรากฏตัวเสมือนว่าเป็นคู่สัญญาผู้รับโอนในบรรดาการดำเนินการทางศาลที่
เกี่ยวข้องกับการเรียกร้อง และการส่งการคืนทรัพย์สินที่ยึดมา หรือการฟ้องคดีในศาลในเรื่องการเข้า
ครอบครองอื่นใด การฟ้องคดีในการยึดทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่นำมาจำนอง สิทธิยึด
หน่วงของช่างเครื่อง สิทธิยึดหน่วงของผู้จัดเตรียมวัสดุ หรือบรรดาสิทธิยึดหน่วงอื่นใด แต่จะ
ไม่ห้ามกรณีผู้รับใบอนุญาตเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินปรากฏตัวเป็นจำเลยในบรรดา
การดำเนินการฟ้องคดี
5. ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน นำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ดินยึด ไปใช้
ในการส่วนตัว
6. การขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยมิได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร
จากเจ้าหนี้
7. ไม่ส่งเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทั้งหมดไปให้เจ้าหนี้ (ผู้ว่าจ้าง)
ภายใน 10 ทำการหลังจากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันครั้งสุดท้าย การขายทรัพย์สินที่เป็น
หลักประกันครั้งสุดท้าย หมายถึง เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ หรือแสดงความเป็นเจ้าของได้มีการ
โอนกรรมสิทธิ์จากเจ้าของตามกฎหมายไปยังผู้ซื้อ โดย ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

⁸² California Business and Professions Code มาตรา 7507.115

⁸³ California Business and Professions Code มาตรา 7508

8. ไม่ส่งเงินจากการที่ไม่ต้องเข้าครอบครอง หรือการไถ่ถอนไปยัง เจ้าหนี้ (ผู้ว่าจ้าง) ภายใน 10 วันทำการ หลังจากการออกใบเสร็จรับเงินนั้น

9. ไม่ส่งบรรดาตราสารที่เปลี่ยนมือได้ที่ได้รับจากลูกหนี้ เพื่อการชำระหนี้ ไปยัง เจ้าหนี้ (ผู้ว่าจ้าง) ภายใน 10 วันทำการ หลังจาก การออกใบเสร็จรับเงินนั้น

10. การเข้าในบรรดาอาคารส่วนตัว หรือส่วนที่ปลอดภ้ย โดยผิดกฎหมาย ซึ่งในเวลา ที่การเข้าครอบครองทรัพย์สินปราศจากความยินยอมของเจ้าของหรือของบุคคล ที่เข้าครอบครอง สิ่งนั้น ตามกฎหมายในเวลา ที่การเข้าครอบครองทรัพย์สิน

11. กระทำการทำร้าย ร่างกาย บุคคลอื่นใดโดยผิดกฎหมาย

12. ทำการการปลอมแปลง หรือการแก้ไข รายการทรัพย์สิน

13. ดำเนินการเข้า ครอบครองหรือยึด ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยวิธีดังต่อไปนี้

13.1 แสดงตัวอันเป็นเท็จ หรือแสดงตัวอย่างใดอย่างหนึ่งให้สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

13.2 แสดงตัวอันเป็นเท็จ หรือแสดงตัวอย่างใดอย่างหนึ่งให้สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นทนายความ

13.3 แสดงความหมายอย่างใดอย่างหนึ่งให้ลูกหนี้เข้าใจได้ว่า ถ้ามิได้ทำการชำระหนี้ จะเป็นผลให้ลูกหนี้ ถูกการจับกุม หรือถูกจำคุก หรือจะถูกการยึด อาศัยทรัพย์ อาศัยรายได้ อาศัยการขาย บรรดาสินทรัพย์ หรืออาศัยค่าจ้างของลูกหนี้ เว้นแต่ได้การกระทำตามกฎหมาย และเจ้าหนี้ได้ส่งตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินแจ้งให้ลูกหนี้ทราบแล้วว่าเจ้าหนี้เจตนาที่จะดำเนินการนั้น

13.4 การขู่เชิญโดยมิชอบด้วยกฎหมายแม้จะไม่เจตนาก็ตาม

13.5 แสดงตัวอันเป็นเท็จ หรือแสดงความหมายโดยนัยอันเป็นเท็จ ที่ให้ลูกหนี้เข้าใจว่าตนได้กระทำความผิดในทางอาญา หรือดำเนินการอื่นใด เพื่อให้เกิดความ เสื่อมเสียกับลูกหนี้

13.6 ใช้หรือแสดงเอกสารปลอม หรือเอกสารเท็จที่ใช้การติดต่อสื่อสารที่ออกโดยศาลหรือรัฐบาล

13.7 แสดงซึ่งเอกสารที่ใช้ในกระบวนการทางกฎหมายอันเป็นเท็จ

13.8 ใช้ชื่อในการประกอบธุรกิจอื่นใด นอกจากชื่อจริงของธุรกิจการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

13.9 การใช้รูปแบบการหลอกลวงอื่นใด

การระงับและการเพิกถอน โดยองค์กรที่ควบคุม
อธิบดีอาจ ระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาต การเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน
ในกรณีดังต่อไปนี้⁸⁴

1. การทำ บัญชีอันเป็นเท็จ หรือ การให้ บรรดาข้อมูลอันเป็นเท็จ ในความเกี่ยวข้องกับใบสมัครการขอใบอนุญาต
2. การกระทำละเมิด ตามที่ระบุไว้
3. การกระทำละเมิดต่อระเบียบ ที่อธิบดีกำหนดไว้
4. ถูกตัดสินลงโทษว่ากระทำความผิดทางอาญา หรือบรรดาอาชญากรรม ที่เกี่ยวกับธุรกิจ การเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน
5. การกระทำการใด ในขณะที่ใบอนุญาตการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินหมดอายุ ซึ่งการหมดอายุดังกล่าวเป็นผลมาจากกการระงับ หรือการเพิกถอน ของใบอนุญาตการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน
6. กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการขู่ว่าจะทำร้ายร่างกาย การลักพาตัว หรือการใช้กำลังบังคับ หรือใช้ความรุนแรงกับบุคคลใดๆ
7. ทราบถึงการกระทำผิดแต่สนับสนุน หรือช่วยเหลือการกระทำที่ศาลสั่งว่าเป็นการกระทำละเมิดเป็นการกระทำ แต่สนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำละเมิดในเหตุของการทำธุรกิจการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน
8. ถูกตัดสินลงโทษในการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องการต่อสู้หรือขัดขวาง เจ้าพนักงานของรัฐ

⁸⁴ California Business and Professions Code มาตรา 7510.1

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า ในกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law ได้แก่ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ต่างมีกฎหมายที่ออกมารองรับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน การพัฒนากฎหมายดังกล่าว มีความสอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจของประเทศต่างๆ นั้น มีความสะดวก รวดเร็ว ทำให้ระบบเศรษฐกิจมีความเจริญและเป็นที่ยอมรับเป็นอย่างยิ่ง แต่ในประเทศไทยการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน มีกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องการจำนอง และการจำนำ ซึ่งแม้จะระบุถึงวิธีการบังคับจำนองและการบังคับจำนำไว้ แต่วิธีการบังคับหลักประกันยังไม่เหมาะสมกับสภาพการดำเนินธุรกิจ เนื่องจากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์เป็นการบังคับคดีซึ่งต้องมีคำพิพากษาของศาลก่อน และเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบของทางราชการ จึงยิ่งทำให้การบังคับจำนองมีความล่าช้า ประกอบกับเจ้าพนักงานบังคับคดีมีความเชี่ยวชาญและเข้าใจในการจำหน่ายทรัพย์สินไม่เท่าเอกชนผู้ดำเนินการประกอบธุรกิจ เนื่องจากเจ้าพนักงานบังคับคดีมีความเข้าใจแต่ในด้านตัวบทกฎหมาย ไม่เข้าใจลักษณะของการดำเนินการทางธุรกิจ จึงจำหน่ายทรัพย์สินในราคาต่ำกว่าความเป็นจริงและอาจไม่มีความเหมาะสมในการดำเนินธุรกิจ แม้ในปัจจุบันทางกรมบังคับคดี ได้มีโครงการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดีก็ตาม แต่ก็มีได้ระบุในเรื่องการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่เป็นรูปธรรมชัดเจนแต่อย่างใด ส่วนในกรณีการบังคับจำนำแม้จะให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยที่มีต้องผ่านกระบวนการทางศาล แต่ก็มีได้ระบุถึงขั้นตอนการปฏิบัติอย่างชัดเจน อันเป็นการให้อำนาจกับเจ้าหนี้มากจนเกินไป ซึ่งปัญหากฎหมายของประเทศไทยมีหลายประการซึ่งผู้เขียนจะกล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1 ด้วยเหตุดังกล่าวประเทศไทยจึงควรพัฒนาการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน และให้เอกชนเข้ามามีบทบาทสำคัญในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศตามในหัวข้อ 4.2 ซึ่งผู้เขียนจะได้ขอกว่าแนวทางการนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้อย่างละเอียดในข้อ 4.3

4.1 ปัญหาความไม่เหมาะสมในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของประเทศไทยยังมีความไม่เหมาะสมในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ดังนี้

4.1.1 ปัญหาการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน

ในปัจจุบันกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทยเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่สำคัญอันได้แก่ การบังคับจำนองมีวิธีการบังคับคดีที่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งมีความล่าช้า เสียเวลา และเสียทุนทรัพย์ในการขึ้นศาลเป็นจำนวนมาก ในการบังคับจำนำ เจ้าหนี้มีสิทธิในการขายทอดตลาดได้ทันทีเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหนี้มากเกินไป ย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ได้ ส่วนในกรณี การบังคับคดีตามหลักของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีขั้นตอนยุ่งยากซับซ้อน และเสียเวลามาก ซึ่งการบังคับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ควรจะต้องมีความคล่องตัว โดยสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม ดังนั้นการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่ให้อยู่ในปัจจุบัน จึงยังไม่เหมาะสมกับภาวะการปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง ปัญหาวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ผู้เขียนเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

ประเด็นแรก มูลเหตุการบังคับหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์

การให้ลูกหนี้ชำระหนี้นั้น เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะกระทำได้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 บัญญัติไว้ว่า

“ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่ง ก็ยอมมิได้”

สิทธิการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัดการชำระหนี้ แต่เนื่องจากมูลเหตุของการผิดสัญญาหลักประกันดังกล่าว โดยส่วนใหญ่จะระบุไว้ในสัญญาหลักประกันว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งมูลเหตุดังกล่าวแม้จะเป็นไปตามกฎหมายที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็พึงมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้ แต่มูลเหตุของการบังคับหลักประกันดังกล่าวมิชอบเขตที่กว้าง มีความล่าช้า เมื่อเจ้าหนี้เห็นว่าลูกหนี้กำลังเริ่มทำความเสียหายแก่ตัวสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ก็มิอาจบังคับชำระหนี้ได้ทันที เนื่องจากลูกหนี้ยังมีผู้ผิดนัดตามสัญญาหลักประกัน จะเห็นได้ว่า กรณีนี้อาจเป็นการเปิดช่องให้ลูกหนี้หรือผู้รับหลักประกันกระทำการฉ้อฉลในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เพื่อโกงเจ้าหนี้ก็ได้ และหากเจ้าหนี้ระบุมูลเหตุการบังคับชำระหนี้ที่นอกเหนือจากกรณีการผิดนัดของลูกหนี้แล้ว ก็อาจใช้บังคับไม่ได้เพราะเจ้าหนี้ก็อาจจะกำหนดเหตุการผิดนัดที่มีการเอาเปรียบตัวลูกหนี้จนเกินไป ดังนั้นมูลเหตุการบังคับหลักประกัน ควรกำหนดมูลเหตุให้เหมาะสม และเป็นธรรมกับทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้

ประเด็นที่ 2 วิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันได้ โดยในการบังคับชำระหนี้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิตามกฎหมายดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้...”

การบังคับชำระหนี้ในข้างต้น คือ เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้ก็ต้องใช้สิทธิทางศาลนั่นเอง ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน กฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทยยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาดังนี้

ปัญหาการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล

การบังคับจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 764 ที่บัญญัติไว้ว่า

“เมื่อจะบังคับจำนำ ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนว่า ให้ชำระหนี้และอุปกรณ์ภายในเวลาอันควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำชอบที่จะเอาทรัพย์สินซึ่งจำนำออกขายได้ แต่ต้องขายทอดตลาด

อนึ่ง ผู้รับจำนำต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้จำนำบอกเวลาและสถานที่ซึ่งจะขายทอดตลาดด้วย”

และ มาตรา 765 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าไม่สามารถจะบอกกล่าวก่อนได้ ผู้รับจำนำจะเอาทรัพย์สินจำนำ ออกขายทอดตลาดเสียในเมื่อหนี้ค้างชำระมาล่วงเวลาเดือนหนึ่งแล้วก็ให้ทำได้”

จะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันสามารถนำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันอันตนได้ครอบครองอยู่แล้ว ออกขายทอดตลาดได้ทันที เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวมิได้ผ่านการตรวจสอบพิจารณาจากศาลหรือหน่วยงานใด และกฎหมายก็มิได้มีการระบุขั้นตอนการบังคับหลักประกันไว้อย่างชัดเจนแน่นอนแต่อย่างใด ระบุแต่เพียงว่าให้ขายทอดตลาด แม้จะดูเหมือนเป็นการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่รวดเร็ว แต่ก็เป็นการให้อำนาจแก่ผู้เป็นเจ้าของหนี้หรือผู้รับหลักประกันมากเกินไป ซึ่งผู้เป็นเจ้าของหนี้หรือผู้รับหลักประกันอาจกำหนดจำนวนหนี้ที่ใช้สิทธิเรียกร้องมากเกินความเป็นจริง หรืออาจสมคบกับบุคคลภายนอกทำให้การขายสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ราคาต่ำเกินสมควรทำให้ขายทรัพย์ได้น้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ ทำให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้ได้ ซึ่งวิธีการในการบังคับจำนำนี้ ผู้เขียนเห็นว่ายังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาดังนี้ 1) การใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ในเรื่องจำนวนหนี้

การขายทอดตลาดสังหาริมทรัพย์ที่จำนำ กฎหมายได้กำหนด แต่เพียงขั้นตอนการดำเนินการขายไว้เพียงให้ผู้รับจำนำทำหน้าที่บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้พร้อมอุปกรณ์ภายในเวลาอันสมควรก่อน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามคำบอกกล่าว เจ้าหนี้ผู้รับจำนำจึงจะมีสิทธิทำการขายทอดตลาดทรัพย์ที่จำนำได้ แต่ต้องทำการขายทอดตลาดทรัพย์ที่จำนำนี้ เจ้าหนี้สามารถทำการขายทอดตลาดเองได้ โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลตามที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้นจำนวนหนี้ที่เจ้าหนี้ได้ทำคำบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ อาจเป็นการคิดคำนวณจากฝ่ายเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว ไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากศาล หรือไม่เปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้แย้งความถูกต้องแห่งจำนวนหนี้ที่เจ้าหนี้แจ้งมาแต่ประการใด ดังนั้นในการนี้หากลูกหนี้ไม่เห็นชอบด้วยกับจำนวนหนี้ดังกล่าว ลูกหนี้จะทำการโต้แย้งได้หรือไม่ และหากจะทำการโต้แย้งลูกหนี้จะโต้แย้งด้วยวิธีใด อีกทั้งหากสังหาริมทรัพย์ ที่นำมาจำนำอาจถูกนำออกขายทอดตลาดไปแล้ว ถ้าบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินนั้น สุจริตย่อมจะรับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹ อันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้ผู้จำนำและผู้ที่เกี่ยวข้องได้ หากเกิดกรณีมีการเพิกถอนการขายทรัพย์สินนั้น

2) การดำเนินการขายทอดตลาดที่ไม่สุจริต

เนื่องจากการบังคับจำนำโดยการขายทอดตลาด ตามกฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดระเบียบ วิธีการดำเนินการขายไว้ โดยชัดแจ้ง การขายทอดตลาดนี้จึงอาจไม่สุจริต เนื่องจากอาจเกิดการสมคบกันให้ราคาทรัพย์สินนั้นอย่างไม่เป็นธรรม คือสังหาริมทรัพย์ที่ขายนั้นอาจขายได้ราคาน้อยกว่าที่สมควร โดยเกิดจากการสมคบกันให้ราคาระหว่างผู้ซื้อ ทั้งผู้ขายก็อาจจะไม่พยายามให้การขายนั้นได้ราคาสูงอย่างแท้จริง เพราะการขายทอดตลาดสังหาริมทรัพย์ที่จำนำนั้น เมื่อได้เงินสุทธิตามจำนวนเท่าใด ผู้รับจำนำสามารถนำมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ตนได้ทั้งหมดและหากเงินสุทธิที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบอยู่ เพราะฉะนั้นเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการขาย อาจจะไม่พยายามที่จะดำเนินการขายนั้นเพื่อให้ได้ราคาสูงสุดตามวัตถุประสงค์ของการขายได้

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1332 บัญญัติว่า บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาดหรือในที่ตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ไม่จำเป็นต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะขอใช้ราคาที่ซื้อ

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 767 บัญญัติว่า เมื่อบังคับจำนำได้เงินจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านว่าผู้รับจำนำต้องจัดสรรชำระหนี้และอุปกรณ์เพื่อให้เสร็จสิ้นไปและถ้ายังมีเงินเหลือก็ต้องส่งคืนให้แก่ผู้จำนำ หรือแก่บุคคลผู้ควรจะได้เงินนั้น ถ้าได้เงินน้อยกว่าจำนวนค้างชำระ ท่านว่าลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับใช้ในส่วนที่ขาดอยู่นั้น

3) การบังคับจำหน่ายโดยเอกชน

การขายทอดตลาดในการบังคับจำหน่ายนี้เป็นการใช้อำนาจโดยเอกชน ซึ่งอาจเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้เองหรือบุคคลอื่นที่เจ้าหนี้มอบหมายให้การดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นให้โดยอาจมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวมีต้องผ่านกระบวนการของศาล และการบังคับจำหน่ายโดยเอกชนนี้ไม่มีกฎหมายบังคับถึงขั้นตอนการดำเนินการขายทอดตลาดไว้อย่างชัดเจน โดยกฎหมายกำหนดแต่เพียงให้ผู้รับจำหน่ายก่อนที่จะทำการขาย ผู้รับจำหน่ายจะต้องทำจดหมายแจ้ง วัน เวลา สถานที่ที่ขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นให้ผู้จำหน่ายทราบเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาแห่งการแจ้งนั้นว่าจะต้องแจ้งให้ลูกหนี้หรือผู้รับจำหน่ายทราบก่อนเป็นเวลาเท่าไร อีกทั้งไม่มีการกำหนดถึงวิธีการประกาศการขายทรัพย์สินนั้นว่าจะต้องดำเนินการประกาศการขายอย่างไรที่จะถือได้ว่ามีการประกาศการขายต่อสาธารณชนแล้ว อีกทั้งการดำเนินการขายทรัพย์สินนั้นก็ไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาที่เหมาะสมขายทรัพย์สินนั้นว่าเป็นราคาเท่าใด จึงเห็นได้ว่าการบังคับจำหน่ายโดยเอกชนที่ไม่มีการดำเนินการพิจารณาดีจากศาลก่อนนั้น เป็นการขายทอดตลาดที่อาจก่อให้เกิดปัญหามากมาย เนื่องจากการขายทอดตลาดโดยไม่ผ่านศาลนี้ผู้ทำการขายเป็นเอกชนไม่ใช่เจ้าพนักงานบังคับคดีจากศาลที่มีข้อกำหนด ระเบียบ วิธีการดำเนินการขาย ivo อย่างชัดเจนเพื่อประโยชน์แก่ทุกฝ่าย อาจเกิดความไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งมีผลทำให้เกิดความเสียหายต่อสังหาริมทรัพย์ที่จำหน่าย หรือทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้

ปัญหาการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยผ่านกระบวนการของศาล

กรณีการบังคับจำหน่าย โดยวิธีในการบังคับจำหน่ายมี 2 กรณี คือ

1) กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 728 ที่บัญญัติไว้ว่า “เมื่อจะบังคับจำหน่ายนั้น ผู้รับจำหน่ายต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำหน่ายจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำหน่ายและให้ขายทอดตลาดก็ได้” คือกรณีเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้และลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำหน่ายหรือเจ้าหนี้จะทำการบังคับจำหน่ายโดยมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระภายในกำหนดเวลาอันสมควร ถ้าลูกหนี้หรือผู้จำหน่ายไม่ชำระหนี้หรือไม่ขอไถ่ถอนจำหน่าย ผู้รับจำหน่ายหรือเจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยึดทรัพย์สินจำหน่ายและขายทอดตลาด เพื่อนำเงินที่ได้นั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนต่อไป

2) กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 729 ที่บัญญัติไว้ว่า “นอกจากทางแก้คดีบัญญัติไว้ในมาตราก่อนนั้น ผู้รับจำนองยังชอบที่จะเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดได้ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี

(2) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ

(3) ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง”

เป็นกรณีการบังคับจำนองโดยฟ้องขอให้เอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ ที่เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนอง เลือกที่จะไม่นำทรัพย์สินขายทอดตลาด

กรณีการบังคับชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ตามขั้นตอนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและมีการพิพากษาของศาลก่อน ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวนี้อาจมีการสู้คดี ตั้งแต่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ทำให้ใช้เวลาเป็นจำนวนมาก ต่อมาเมื่อมีคำพิพากษาของศาลแล้วต้องผ่านขั้นตอน กระบวนการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เพื่อบังคับให้มีการชำระหนี้ตามคำพิพากษาของศาล จะเกิดขึ้นภายหลังที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว โดยมีขั้นตอนการปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนแรก คือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 273 คือ การออกคำบังคับ

ขั้นตอนที่ 2 คือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 276 คือ การออกหมายบังคับคดี

ขั้นตอนที่ 3 คือ การดำเนินการบังคับคดีโดยการยึด อายัด และจำหน่ายทรัพย์สิน หรือจัดการให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้เข้าครอบครองทรัพย์สินพิพาทในคดีที่ฟ้องขับไล่หรือรื้อถอน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน คือ การยึดสังหาริมทรัพย์เพื่อนำไปขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษา มีขั้นตอนดังต่อไปนี้

1) ต้องแจ้งการยึดนั้น ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบ ถ้าไม่อาจแจ้งได้ก็ต้องแจ้งให้บุคคลซึ่งครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ทราบ และต้องกระทำการยึดนั้นให้เป็นประจักษ์แจ้ง

2) กรณีสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนจะอยู่กับลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรืออยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

3) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี เพื่อนำยึดสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หากศาลสงสัยว่าไม่สมควรยึด ศาลอาจมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาวางเงินประกันตามจำนวนที่เห็นสมควรก็ได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาไม่วาง ศาลก็จะไม่ออกหมายบังคับคดีให้

4) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำยึดทรัพย์ของบุคคลอื่นที่มีใช้ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือให้ยึดทรัพย์เกินความจำเป็น ทำให้บุคคลภายนอกหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาเสียหาย ความรับผิดชอบเหล่านั้นย่อมตกอยู่กับเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา

อนึ่ง การยึดสังหาริมทรัพย์มีข้อจำกัด ดังนี้

- 1) ห้ามยึดซ้ำ
- 2) ห้ามยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้
- 3) การร้องขัดทรัพย์ คือการที่ผู้อ้างตนว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงที่ได้ถูกเจ้าพนักงานบังคับคดียึดมา โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินนั้นและต้องการให้ศาลสั่งก่อนการยึด

จะเห็นได้ว่า การบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ทั้งในกรณีบังคับจำนอง และในกรณีที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระเงินนั้นเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยการยึดหรืออายัดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ยึดหรืออายัดนั้น ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักประกันตามขั้นตอนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มีหลายขั้นตอนตั้งแต่ก่อนมีคำพิพากษาจนถึงมีคำพิพากษา ซึ่งมีความเชื่องช้าและขาดความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน และเมื่อมีขั้นตอนหลายขั้นตอนและเวลาในการดำเนินการบังคับหลักประกันเป็นระยะเวลานาน ก็จะต้องมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่างๆ มากขึ้น อาทิเช่น ค่าขึ้นศาล ค่าธรรมเนียมศาล ค่าธรรมเนียมในการบังคับคดีต่างๆ เป็นต้น ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่มากขึ้นตามขั้นตอนนั้นด้วย

ในกรณีการบังคับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยผ่านกระบวนการของศาล ผู้เขียนเห็นว่ามีความที่ควรพิจารณา ดังนี้

- 1) การดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลที่มีความล่าช้า

เนื่องจากในปัจจุบันคดีที่ทำการฟ้องร้องบังคับคดีในชั้นศาลมีเป็นจำนวนมาก ศาลจึงไม่อาจทำการพิจารณา พิพากษา คดีทั้งหมดได้อย่างรวดเร็ว ถึงแม้การพิจารณาคดีของศาลจะใช้ระบบการพิจารณาคดีต่อเนื่อง แต่คดีพิพาทบางคดี มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีเวลานานมาก ส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่สังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เนื่องจากเมื่อมีการ

เริ่มต้นการฟ้องร้องกันแล้ว คู่กรณีจะมุ่งเน้นผลคดีที่มีการแพ้ชนะเป็นสำคัญ สังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันจึงถูกละเลยไม่ได้รับการดูแลจนเป็นเหตุเสื่อมค่าเสื่อมราคาได้ ทำให้ต่อมาเมื่อทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันดังกล่าวจะทำให้ไม่ได้ราคาที่สมควร ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับการเยียวยาเพื่อบรรเทาความเสียหายอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั่นล่าช้าจนเกินควร

2) ปัญหาความล่าช้าในขั้นตอนการดำเนินการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาดตามคำพิพากษาของศาลต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐที่เรียกว่าเจ้าพนักงานบังคับคดี และดำเนินการไปตามขั้นตอนของระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งเป็นการดำเนินงานที่ต้องใช้เวลาประกอบ เจ้าพนักงานบังคับคดีมีจำนวนน้อยไม่เพียงพอต่อการบังคับคดีที่ศาลมีคำพิพากษาสั่งมา ดังนั้นในการขายทอดตลาดอันเกิดจากการพิจารณาคดีของศาลนั้น นอกจากจะต้องใช้เวลาในการพิจารณาคดีแล้ว เจ้าหนี้ที่ชนะคดีก็ยังไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์นั้นได้ทันที จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและตามลำดับในส่วนของงานบังคับคดีอีกด้วย ในการนี้จึงอาจทำให้เมื่อนำทรัพย์ออกขายทอดตลาดสภาพแห่งทรัพย์อาจทรุดโทรมเสื่อมค่า เสื่อมราคา อันทำให้การจำหน่ายไม่ได้ราคาตามที่เจ้าหนี้ที่ต้องการหรือคาดหมายไว้

3) ปัญหาค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

ในการดำเนินการบังคับหลักประกันโดยผ่านกระบวนการของศาล ถือว่าเป็นคดีมีทุนทรัพย์ ดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะต้องเสียค่าขึ้นศาลเพื่อทำการเริ่มต้นคดีตามอัตราค่าใช่จ่ายที่ปรากฏในตารางที่ 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง³ อีกทั้งในขั้นตอนของการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยวิธีการ

³ ตาราง 1 ค่าขึ้นศาล (เสียในเวลาอื่นคำฟ้อง)

(1) คดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ให้คิดค่าขึ้นศาลตามทุนทรัพย์ดังต่อไปนี้

(ก) คำฟ้องนอกจากที่ระบุไว้ใน (ข) และ (ค) กรณีทุนทรัพย์ ไม่เกินห้าสิบล้านบาท อัตราร้อยละ 2 แต่ไม่เกินสองแสนบาท กรณีทุนทรัพย์ที่เกินห้าสิบล้านบาทขึ้นไป อัตรา ร้อยละ 0.1

(ข) คำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศหรือคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ กรณีทุนทรัพย์ ไม่เกินห้าสิบล้านบาท อัตรา ร้อยละ 0.5 ของจำนวนที่ร้องขอให้ศาลบังคับ แต่ไม่เกินห้าหมื่นบาท กรณีทุนทรัพย์ส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาท อัตรา ร้อยละ 0.1

คำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กรณีทุนทรัพย์ ไม่เกินห้าสิบล้านบาท อัตรา ร้อยละ 1 ของจำนวนที่ร้องขอให้ศาลบังคับ แต่ไม่เกินหนึ่งแสนบาท กรณีทุนทรัพย์ส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาท อัตรา ร้อยละ 0.1

บังคับจ้างหรือวิธีการบังคับคดี โดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ผู้นำยึดทรัพย์ก็ต้องเสียค่าธรรมเนียมเจ้าพนักงานบังคับคดี ตามตาราง 5 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอีกด้วยเช่นกัน⁴ ดังนั้นการดำเนินการฟ้องร้องต่อศาล เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาและบังคับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ต้องเตรียมค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วย ซึ่งจะมากหรือน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับทุนทรัพย์จำนวนหนี้ที่จะบังคับ หากเจ้าหนี้ไม่มีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เจ้าหนี้ก็อาจไม่สามารถบังคับตามสิทธิที่ตนมีอยู่ได้

เพราะฉะนั้นจึงเห็นได้ว่า การบังคับหลักประกันประเภทสังหาริมทรัพย์โดยใช้วิธีตามขั้นตอนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือวิธีการบังคับจ้าง แม้จะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน และต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาล ตั้งแต่เจ้าหนี้ใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และเมื่อมีคำพิพากษามาแล้วก็ดำเนินการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ซึ่งทุกขั้นตอนจะต้องผ่านกระบวนการของศาล ซึ่งเป็นการตรวจสอบที่แน่นอนชัดเจน และเป็นธรรม เป็นวิธีการที่น่าเชื่อถือยอมรับจากหลายฝ่าย แต่เนื่องจากขั้นตอนตั้งแต่ฟ้องร้องตามมูลหนี้ จนถึงขั้นตอนการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ตามคำพิพากษานั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความหลายขั้นตอนกว่าจะทำการบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ แม้จะมีวิธีที่ถูกต้องแน่นอนและเป็นธรรมก็ตาม แต่หากใช้เวลาดำเนินการมากจนเกินไปก็อาจเกิดความไม่ยุติธรรมกับทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ ส่วนการบังคับจ้างแม้จะสะดวกรวดเร็ว แต่มิได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากศาลหรือหน่วยงานใด ทั้งยังมีได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่แน่นอน อันเป็นการให้อำนาจเจ้าหนี้มากเกินไป อันอาจให้เจ้าหนี้เอาเปรียบลูกหนี้ได้ ซึ่งทำให้อาจเกิดความเสียหายแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน ดังนั้นหากมีรูปแบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ที่มีความรวดเร็ว แต่มีความถูกต้องและเป็นธรรมกับทุกฝ่ายก็ย่อมจะเป็นประโยชน์กับทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่อไป

(ก) ค่าฟ้องขอให้บังคับจ้างหรือบังคับเอาทรัพย์สินจำนวนหลุด กรณีทุนทรัพย์ไม่เกิน ห้าสิบล้านบาท อัตราร้อยละ 1 ของจำนวนหนี้ที่เรียกร้อง แต่ไม่เกินหนึ่งแสนบาท กรณีทุนทรัพย์ที่เกินห้าสิบล้านบาทขึ้นไป อัตรา ร้อยละ 0.1

ในการคำนวณค่าทุนทรัพย์ ค่าธรรมเนียม ตามข้อ (ก) , (ข) และ (ค) ถ้ารวมแล้วมีเศษไม่ถึงหนึ่งบาทให้ปัดทิ้ง

⁴ ตาราง 5 ค่าธรรมเนียมเจ้าพนักงานบังคับคดี

1. ค่าธรรมเนียม ขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นซึ่งทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัด จำนวนร้อยละ 3 ของจำนวนเงินที่ขายหรือจำหน่าย ทั้งนี้ต้องเสียค่าประกาศและค่าใช้จ่ายต่างหาก.

ประเด็นที่ 3 บุคคลผู้ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกัน เจ้าหนี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันได้ เพราะเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในประเทศไทย มีกรณีที่การบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน เจ้าหนี้ไม่มีอำนาจเข้าทำการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันด้วยตนเอง ต้องใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับชำระหนี้ดังกล่าว และกรณีที่กฎหมายให้อำนาจ เจ้าหนี้สามารถบังคับหลักประกันเองได้ ผู้เขียนจึงพิจารณาทั้งสองกรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เนื่องจากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทย โดยส่วนใหญ่จะให้รัฐเข้ามามีบทบาทควบคุมการบังคับชำระหนี้ดังกล่าว โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ ในกรณีการบังคับจำนอง หรือการบังคับหลักประกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อันเป็นวิธีที่ต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาล ซึ่งบุคคลผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการบังคับหลักประกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ เจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันดังกล่าว จะอยู่ในรูปแบบของการบังคับหลักประกันหลังจากมีคำพิพากษาซึ่งนั่นก็คือ การบังคับคดีนั่นเอง ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในรูปแบบการบังคับคดี โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ เจ้าพนักงานบังคับคดี เป็นผู้ดำเนินการบังคับชำระหนี้ มีปัญหาที่ควรพิจารณาดังนี้

1) ตามที่ได้กล่าวเอาไว้ ในประเด็นที่ 2 ในเรื่องของขั้นตอนการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ โดยกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีขั้นตอนมากมาย เจ้าพนักงานบังคับคดี ก็ย่อมที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบของทางราชการ ทำให้การบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ย่อมมีความล่าช้า ทั้งงานในส่วนของการบังคับคดีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องรับผิดชอบมีเป็นจำนวนมาก ทำให้จำนวนบุคลากรของกรมบังคับคดีไม่พอกับปริมาณงาน จึงยังทำให้การบังคับคดีในส่วนที่เป็นหลักประกันมีความล่าช้า

2) เจ้าพนักงานบังคับคดี มักจะมีความเข้าใจในเรื่องตัวบทกฎหมาย มากกว่าจะเข้าใจในเรื่องการประกอบธุรกิจ ทำให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีความเชี่ยวชาญและเข้าใจในการจำหน่ายทรัพย์สินไม่เท่าเอกชนผู้ดำเนินการประกอบธุรกิจ ทำให้การขายสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน มีราคาที่ไม่เหมาะสมกับความเป็นจริง

จากปัญหา ทั้งสองกรณีย่อมนำมาซึ่งความเสียหายกับทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ คือ หากการบังคับหลักประกันล่าช้าลูกหนี้อาจจะต้องรับภาระในดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นเป็นเวลานาน และสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันก็อาจเสื่อมค่า เสื่อมราคาลงได้ เมื่อขายสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในราคาที่ต่ำ ก็ทำให้ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบหนี้ประชนมากกว่าความเป็นจริงอีกด้วย และส่วนของเจ้าหนี้เอง ก็ต้องขาดสภาพคล่องทางการเงินมาสามารถนำทรัพย์สินของลูกหนี้มาใช้ประโยชน์ ผู้เขียนเห็นว่า หากผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันเป็นเอกชนย่อมเป็นผู้มีความชำนาญในการเข้าครอบครอง บังคับหลักประกัน และเข้าใจในระบบเกี่ยวกับระบบของการประกอบธุรกิจประเภทนั้นๆ ด้วยแล้ว ย่อมทำให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว ถูกต้อง และสอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจในภาวะปัจจุบันมากกว่าให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมาเป็นผู้รับผิดชอบในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

แม้ในปัจจุบันทางกรมบังคับคดี ได้มีโครงการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดี โดยได้แก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีจะมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติแทนก็ได้ ทั้งนี้ตามคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(14) ได้มีการแก้ไขบทนิยามของเจ้าพนักงานบังคับคดีว่า “ให้หมายรวมถึง บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี ให้ปฏิบัติการแทน” และในปัจจุบันได้มีการจัดทำกฎกระทรวงว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551⁵ ก็ตาม ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้⁶

(1) อำนาจหน้าที่ สถานภาพ และบทบาท ของเจ้าพนักงานบังคับคดี

ซึ่งตามกฎกระทรวงนี้ เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในคดีใดคดีหนึ่ง และรวมถึงเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่แทนซึ่งเรียกว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมาย” สามารถที่จะมอบหมายให้บุคคลอื่นซึ่งเรียกว่า “ผู้รับมอบหมาย” ปฏิบัติการแทนได้ และตามข้อ 4 หากบุคคลใดประสงค์จะปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายให้ยื่นคำขอต่ออธิบดีกรมบังคับคดีตามแบบที่อธิบดีกรมบังคับคดีกำหนดโดยให้อธิบดีพิจารณาคำขอตามข้อ 4 ให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันรับคำขอ เมื่ออธิบดีพิจารณาแล้วเห็นว่าบุคคลนั้นมีคุณสมบัติตาม

⁵ กฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงาน บังคับคดี พ.ศ. 2551.

⁶ พิทยา พรหมพาร์กย์. (2553). *แนวทางการถ่ายโอนงานด้านบังคับคดีแห่งสู่ภาคเอกชน*. หน้า 236-241.

ข้อ 2 ให้ประกาศรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมายในราชกิจจานุเบกษา ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในการนี้ให้ขยายระยะเวลาพิจารณาออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลานั้น

ในระยะแรกขอขยายของงานที่เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจมอบหมายให้ผู้รับมอบหมายปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ เป็นไปตามข้อ 6 วรรคหนึ่ง ได้แก่

1. การขายทอดตลาดทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินที่จะขายในคดีนั้นมีราคาประเมินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่เกินห้าล้านบาท

2. การจัดทำบัญชีรับจ่ายเงินให้แก่ผู้มีส่วนได้

โดยการมอบหมายตามข้อ 6 วรรคหนึ่ง นั้นให้ทำเป็นหนังสือและอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้ชื่อผู้รับมอบหมาย ชื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามคำพิพากษาและหมายเลขคดีของศาลเรื่องที่มอบหมาย และลายมือชื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมาย

(2) การกำหนดคุณสมบัติของเจ้าพนักงานบังคับคดี

บุคคลที่จะเป็นผู้รับมอบหมายต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ดังต่อไปนี้

1. มีสัญชาติไทย

2. มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์

3. สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่าด้านกฎหมาย การเงินหรือ

การบัญชี

4. สำเร็จหลักสูตรการอบรมเกี่ยวกับงานบังคับคดีแพ่ง ของกรมบังคับคดี

5. ไม่เป็นข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นในหน่วยงานของรัฐ

6. ไม่เป็นผู้ประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี

7. ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลวิกลจริต หรือจิตฟั่น

เฟือนไม่สมประกอบ

8. ไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์

9. ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

10. ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ หรือไม่เคยเป็นผู้ถูกเลิกจ้างเพราะเหตุทุจริตต่อหน้าที่แก่นายจ้าง

นอกจากนั้นบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นผู้รับมอบหมายงานจากเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องมีความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ โดยร่างกฎกระทรวงกำหนดว่าในกรณีต่อไปนี้บุคคลดังกล่าวจะทำหน้าที่เป็นผู้รับมอบหมายไม่ได้ ตามข้อ 7

1. เป็นผู้มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
2. เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่ความในคดีนั้น
3. เป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคือว่าบุพการีหรือผู้สืบสันดาน ไม่ว่าจะข้อ
ชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน
นับได้เพียงสองชั้น

4. เป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือทนายความของคู่ความฝ่ายใด
ฝ่ายหนึ่ง

5. เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและ
ถ้าผู้รับมอบหมายเห็นว่าคดีที่รับมอบหมายนั้น ตนเป็นบุคคลที่ปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายไม่ได้
ตามข้อ 7 ให้ผู้รับมอบหมายแจ้งเจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมายทราบโดยทันที เพื่อให้
เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมายพิจารณาคำเนิการต่อไปตามที่เห็นสมควรตามข้อ 8

(3) โครงสร้างองค์กรวิชาชีพของเจ้าพนักงานบังคับคดี

ในข้อ 3 ให้อธิบดีเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำและควบคุมดูแลบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติ
เป็นผู้รับมอบหมาย รวมทั้งตรวจสอบคุณสมบัติ หลักประกัน และคำขอต่างๆ ที่ได้ยื่นตาม
กฎกระทรวงนี้

(4) การกำกับดูแลเจ้าพนักงานบังคับคดี

เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายให้ผู้รับมอบหมายปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงาน
บังคับคดีในเรื่องใดแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมายยังคงมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติงาน
ของผู้รับมอบหมายให้เป็นไปโดยเรียบร้อย

โดยผู้รับมอบหมายต้องปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงานบังคับคดีด้วยตนเอง และต้อง
แสดงบัตรประจำตัวประชาชนพร้อมหนังสือมอบหมายในขณะที่ปฏิบัติการเมื่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง
ร้องขอ ตามข้อ 13

และในกรณีที่ความปรากฏต่ออธิบดีกรมบังคับคดีจากการรายงานของเจ้าพนักงาน
บังคับคดี หรือจากคำร้องของผู้มีส่วนได้เสียว่าผู้รับมอบหมายในคดีใดเป็นผู้ขาดคุณสมบัติตาม
ข้อ 2 หรือไม่ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงานบังคับคดีด้วยตนเองตามข้อ 13 ให้อธิบดีกรมบังคับคดี
พิจารณาสั่งเพิกถอนชื่อผู้นั้นจากบัญชีผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย ตามข้อ 14

นอกจากนั้นในกรณีที่ความปรากฏต่ออธิบดีจากการรายงานของเจ้าพนักงานบังคับคดี
หรือจากคำร้องของผู้มีส่วนได้เสียว่า ผู้รับมอบหมายในคดีใดไม่แสดงบัตรประจำตัวประชาชน
พร้อมหนังสือมอบหมายตามข้อ 13 ให้อธิบดีกรมบังคับคดีพิจารณาดักเตือนเป็นหนังสือแก่ผู้ไม่
ปฏิบัติตามนั้น ตามข้อ 15 วรรคหนึ่ง

ในกรณีที่ผู้รับมอบหมายเคยถูกตักเตือนเป็นหนังสือตามข้อ 15 วรรคหนึ่ง มาแล้วและไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่งอีก ให้อธิบดีกรมบังคับคดีพิจารณาสั่งพักการปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายเป็นเวลาหกเดือนนับแต่วันมีคำสั่ง ตามข้อ 15 วรรคสอง

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้รับมอบหมายเคยถูกสั่งพักการปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายตามวรรคสองมาแล้วและไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่งอีกให้อธิบดีกรมบังคับคดีพิจารณาสั่งเพิกถอนชื่อนั้นจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย ตามข้อ 15 วรรคท้าย

และตามข้อ 16 ในกรณีที่ผู้รับมอบหมายมิได้ปฏิบัติตามข้อ 8 ถ้าความปรากฏต่ออธิบดีกรมบังคับคดีจากการรายงานของเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือจากคำร้องของผู้มีส่วนได้เสียว่าผู้รับมอบหมายในคดีใดเป็นบุคคลที่ปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายไม่ได้ตามข้อ 7 ให้อธิบดีพิจารณาสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงความสุจริตของผู้รับมอบหมายและระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำประกอบการพิจารณาด้วย

- (1) เพิกถอนชื่อจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย
- (2) พักการปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายเป็นเวลาหกเดือน
- (3) ยกเลิกหนังสือมอบหมายในคดีนั้น

เมื่ออธิบดีมีคำสั่งยกเลิกหนังสือมอบหมายในคดีนั้นตาม (3) ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมายในคดีนั้นเข้าปฏิบัติการต่อไปนับแต่วันมีคำสั่ง

นอกจากกรณีตามข้อ 14 ข้อ 15 และข้อ 16 แล้วตามข้อ 17 ให้อธิบดีมีคำสั่งเพิกถอนชื่อผู้รับมอบหมายจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย ถ้าผู้รับมอบหมาย

- (1) ตาย
- (2) ยื่นคำขอลอนชื่อจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย

คำสั่งเพิกถอนชื่อผู้รับมอบหมายหรือพักการปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายตามข้อ 14 ข้อ 15 ข้อ 16 และข้อ 17 ให้ถือว่าอธิบดีได้มีคำสั่งยกเลิกหนังสือมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนทุกคดีที่อยู่ระหว่างการปฏิบัติการของผู้รับมอบหมายนั้น และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมายในคดีแต่ละคดีเข้าปฏิบัติการต่อไปนับแต่วันมีคำสั่ง โดยการเพิกถอนชื่อผู้รับมอบหมายดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 18

นอกจากนั้นให้ผู้รับมอบหมายรายงานผลการปฏิบัติการต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีผู้มอบหมายตามขั้นตอน ระยะเวลา และแบบที่อธิบดีกรมบังคับคดีกำหนด ตามข้อ 22

- (5) การกำหนดความรับผิดชอบในความเสียหายจากการปฏิบัติงานและการดำเนินการทางวินัย

ในกรณีที่ผู้ที่ได้รับมอบหมายไปดำเนินการแล้วให้เกิดความเสียหายและได้มีการดำเนินการตามกฎหมายกับผู้รับมอบหมายเพื่อชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการที่ได้รับมอบหมายดังกล่าว จะมีการนำหลักประกันทั่วไปและหลักประกันเฉพาะคดีที่ผู้รับมอบหมายได้วางไว้ไปชำระชดเชยค่าเสียหายได้ โดยหลักประกันดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

1. หลักประกันทั่วไป ตามข้อ 11 กล่าวคือ เมื่อได้ประกาศรายชื่อบุคคลตามข้อ 5 วรรคหนึ่ง ให้บุคคลที่มีรายชื่อตามประกาศดังกล่าววางหลักประกันทั่วไป เป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งแสนบาทต่ออธิบดีกรมบังคับคดีภายในสามเดือนนับแต่วันประกาศรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมายนั้น ถ้าบุคคลที่มีรายชื่อตามประกาศดังกล่าวมิได้วางหลักประกันทั่วไปภายในเวลาที่กำหนดให้ถือว่าผู้นั้นสละสิทธิในการเป็นผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย

2. หลักประกันเฉพาะคดีตามจำนวนที่อธิบดีกรมบังคับคดี ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ตามข้อ 12 กล่าวคือ เมื่อได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ปฏิบัติการแทนในเรื่องใดแล้ว ผู้รับมอบหมายต้องวางหลักประกันเฉพาะคดีต่ออธิบดีกรมบังคับคดีภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือมอบหมาย จึงจะปฏิบัติการได้ ในกรณีที่ผู้รับมอบหมายมิได้วางหลักประกันเฉพาะคดีภายในเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าผู้นั้นสละสิทธิในการเป็นผู้รับมอบหมายในเรื่องนั้น

โดยหลักประกันที่ผู้รับมอบหมายต้องวางต่อกรมบังคับคดีต้องมีลักษณะตามข้อ 10 กล่าวคือ

- (1) เงินสด
- (2) หนังสือค้ำประกันจากธนาคารหรือบริษัทเงินทุนที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย
- (3) สลากออมสินหรือ
- (4) หลักประกันอื่นที่อธิบดีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

หลักประกันตาม (2) (3) และ (4) ให้อธิบดีพิจารณากำหนดเงื่อนไขตามที่เห็นสมควร และให้อธิบดีสั่งคืนหลักประกันแก่ผู้รับมอบหมายภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ ตามข้อ 19 โดยหลักประกันทั่วไป อธิบดีจะสั่งคืนเมื่อผู้รับมอบหมายถูกเพิกถอนชื่อจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับมอบหมาย ส่วนหลักประกันเฉพาะคดี อธิบดีจะสั่งคืนมอบหมายถูกเพิกถอนชื่อจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเป็นหรือเมื่อผู้รับมอบหมายมีคำสั่งพักการปฏิบัติการเป็นผู้รับมอบหมายหรือมีคำสั่งยกเลิกหนังสือมอบหมายในคดีนั้น หรือการบังคับคดีตามที่ได้รับมอบหมายได้เสร็จสิ้นลง

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคสี่ และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551 เป็นแนวคิดที่จะให้เอกชนเข้ามาช่วยแบ่งเบาภาระของเจ้าพนักงานบังคับคดี โดยให้การบังคับคดีเป็นไปในลักษณะคู่ขนาน กล่าวคือมีทั้งการบังคับคดีโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดีและการบังคับคดีโดยผู้รับมอบหมายงาน ซึ่งเป็นเอกชนที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ แม้จะได้มีการกำหนดบทบาท และคุณสมบัติของเอกชนที่จะทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่มีความชัดเจนก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายให้เอกชน ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงานบังคับคดี ยังมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังนี้

1) ในกรณีตามกฎหมายกระทรวงนี้ เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ทำการมอบหมายเอกชนมาบังคับคดีแทนเจ้าพนักงานบังคับคดีเท่านั้น มิใช่เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นเอกชนมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด ดังนั้นหลักกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นเพียงแนวทางการแบ่งเบาภาระของเจ้าพนักงานบังคับคดีเท่านั้น มิได้มีการส่งเสริมให้เอกชนมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์นั้นได้เองแต่อย่างใด

2) การมอบหมายของเจ้าพนักงานบังคับคดี สามารถมอบหมายงานบางส่วนเท่านั้น คือ

1. การขายทอดตลาดทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินที่จะขายในคดีนั้นมีราคาประเมินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่เกินห้าล้านบาท

2. การจัดทำบัญชีรับจ่ายเงินให้แก่ผู้มีส่วนได้เสีย

จะเห็นว่า ขอบเขตของเอกชนที่จะทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์มีค่อนข้างจำกัด เมื่อพิจารณาในปัจจุบันที่สังหาริมทรัพย์มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่สูง และใช้ในการประกอบธุรกิจ การกำหนดมูลค่า ของสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ย่อมไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันแต่อย่างใด

3) เนื่องจากผู้ที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายมิได้ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย และในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายนั้น มิได้กำหนดความรับผิดชอบไว้โดยชัดแจ้ง โดยมีแต่เพียงกำหนดให้วางหลักประกัน เพื่อชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ดังนั้น ผู้ที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายก็ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาในฐานะ เจ้าพนักงานของรัฐแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ดังนั้นบุคคลควรต้องกระทำโดยใช้ความระมัดระวัง ดังนั้นหากมีการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด ก็ควรกำหนดความรับผิดชอบ

ในการชดใช้ค่าเสียหายให้ชัดเจน ทั้งควรกำหนดโทษทางอาญาไว้โดยเฉพาะ เพื่อเป็นการให้ผู้ใช้อำนาจบังคับชำระหนี้กระทำด้วยความระมัดระวัง อันเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

กรณีที่ 2 เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันด้วยตนเอง

ในกรณีดังกล่าวนี้ ได้แก่ การบังคับจำนำ อันเป็นกรณีที่ไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล เป็นอำนาจของตัวเจ้าหนี้ที่จะทำการบังคับหลักประกันเองได้ ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะเป็นวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่มีต้องผ่านกระบวนการทางศาล และเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้ทันที เมื่อลูกหนี้ผิดนัด อันทำให้มีความรวดเร็วก็ตาม แต่กฎหมายก็มีได้ระบุถึงขั้นตอนการบังคับหลักประกันที่ชัดเจน จากกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ มีปัญหาที่ควรพิจารณาดังนี้

1) การที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันด้วยตนเอง มิได้ระบุ ขั้นตอนและวิธีที่ชัดเจน ดังได้กล่าวไว้ในประเด็นที่ 2 ในเรื่องวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามข้างต้น ทำให้เจ้าหนี้อาจอาศัยความไม่ชัดเจนดังกล่าว เอาเปรียบตัวลูกหนี้ได้ เช่น ผู้รับจำนำซึ่งมีหน้าที่จะต้องทำจดหมายแจ้ง วัน เวลา สถานที่ที่ขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นให้ผู้จำนำทราบ แต่กฎหมายมิได้กำหนดระยะเวลาแห่งการแจ้งนั้นว่าจะต้องแจ้งให้ลูกหนี้หรือผู้จำนำทราบก่อนเป็นเวลาเท่าไร ผู้รับจำนำอาจกำหนดระยะเวลาที่ไม่นานนักเพื่อเอาเปรียบ ลูกหนี้หรือผู้รับจำนำทำให้ลูกหนี้หรือผู้รับจำนำ ไม่อาจโต้แย้ง หรือทราบการดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นได้ เป็นต้น

2) การที่เจ้าหนี้มีอำนาจบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันเป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่กฎหมายก็ได้มีการกำหนด องค์กรของรัฐ องค์กรใดเข้ามามีบทบาท ควบคุม หรือทำการตรวจสอบ แต่อย่างไร อาจทำให้เป็นช่องทางที่เจ้าหนี้จะเอาเปรียบ ลูกหนี้หรือผู้จำนำได้ เช่น เจ้าหนี้อาจจะสมคบกับผู้ซื้อ ให้การขายสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ได้ราคาสูงอย่างแท้จริง เพราะเมื่อได้เงินสุทธิจากการขายจำนวนเท่าใด ผู้รับจำนำสามารถนำมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ตนได้ทั้งหมดและหากเงินสุทธิที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในจำนวนหนี้ที่ขาดอยู่ เป็นต้น ซึ่งหากได้มีการให้องค์กรของรัฐเข้ามาตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าว ก็จะย่อมป้องกันการที่เจ้าหนี้อาเปรียบลูกหนี้หรือผู้จำนำได้

3) รูปแบบที่ให้เจ้าหนี้เข้ามามีบทบาทการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันด้วยตนเอง อันได้แก่ การบังคับจำนำ หากกรณีเจ้าหนี้ไม่ดำเนินการเองก็อาจตั้ง ตัวแทนให้กระทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ ซึ่งวิธีการบังคับชำระหนี้กฎหมายมิได้ระบุให้ชัดเจนว่าเป็นเรื่องเฉพาะตัวเจ้าหนี้หรือไม่ เพราะหากเป็นเรื่องเฉพาะตัวเจ้าหนี้บุคคลอื่นก็ไม่สามารถกระทำการแทนตัวเจ้าหนี้ได้ แต่หากมิใช่เรื่องเฉพาะตัว ตัวแทนผู้รับมอบ

อำนาจนั้น จะมีอำนาจเพียงใด ก็ต้องพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่อง
ตัวการ ตัวแทน ต่อไป

จาก ทั้ง 3 ปัญหาของ กรณีที่ 2 ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็น
หลักประกัน โดยตัวเจ้าหนี้ตามที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น ยังมิได้มีการ
กำหนดรูปแบบ และบทบาท อำนาจหน้าที่ของตัวเจ้าหนี้ซึ่งเป็นเอกชนที่จะบังคับชำระหนี้ใน
สังหาริมทรัพย์ให้ชัดเจนและมีรูปแบบที่ให้อำนาจเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้มีเพียงไม่กี่
ประเภทเท่านั้น ทั้งนี้ให้อำนาจเจ้าหนี้มาเป็นผู้มีอำนาจบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็น
หลักประกันแล้ว ก็มิได้กำหนดองค์กรใดเข้ามาควบคุมการกระทำของเจ้าหนี้แต่อย่างใด ปัญหา
ดังกล่าวจึงควรได้รับการแก้ไขต่อไป

ประเด็นที่ 4 การประเมิน ราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

กรณีการประเมินราคาทรัพย์สิน โดยรัฐ

เจ้าพนักงานบังคับคดีจะเป็นผู้มีอำนาจในการประเมินราคาทรัพย์สินนั้น โดยจะทำการ
ประเมินราคาทรัพย์สินนั้นเอง หรืออาจมีคำขอให้ฝ่ายประเมินราคาทรัพย์สินประเมินราคาให้ การประเมิน
ราคาทรัพย์สินโดยฝ่ายประเมินราคาทรัพย์สิน สำนักงานวางทรัพย์กลาง โดยฝ่ายประเมินราคาทรัพย์สิน
ปฏิบัติหน้าที่ประเมินราคาทรัพย์สินตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการประเมินราคาทรัพย์สิน
สำนักงานวางทรัพย์กลาง สำนักงานบังคับคดีละวางทรัพย์ภูมิภาคและสำนักงานบังคับคดีจังหวัด
พ.ศ. 2540 และตามคำสั่งกรมบังคับคดีเพื่อกำหนดราคาทรัพย์สินการขายทอดตลาดที่ยึดได้ตาม
คำสั่งศาล ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นกรณีที่ทรัพย์สินที่ประเมิน
เป็นสังหาริมทรัพย์ เจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์สินจะทำการตรวจสอบสภาพโดยการนำไปของผู้ขอให้
ประเมินและทำการประเมินราคา โดยเปรียบเทียบกับราคาซื้อขายในท้องตลาดและในการประเมิน
ราคาสังหาริมทรัพย์บางประเภท เจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์สินไม่อาจทำการประเมินราคา
ด้วยตนเองได้ ต้องให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเป็นผู้ทำการประเมิน เจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์สินต้องทำ
หนังสือขอความร่วมมือไปยังผู้เชี่ยวชาญ และนำผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบสภาพทรัพย์สินและทำการประเมิน
ราคาทรัพย์สินดังกล่าว⁷ ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากการประเมินราคาทรัพย์สิน เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงาน
บังคับคดี หรือเจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์สิน ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของกรมบังคับคดี กระทรวง
ยุติธรรม ซึ่งเน้นในด้านตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญมากกว่าจะเน้นย้ำด้านการประกอบธุรกิจ อาจจะ
ยังไม่มี ความเข้าใจในการประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้เหมาะสมกับภาวะการณ์ปัจจุบัน
ซึ่งทำให้มูลค่าของทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่ประเมินออกมาไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ หรือ

⁷ อมรรตน์ รัตนกิจเจริญ. (2550). การบังคับคดีโดยเอกชน. หน้า 56.

ลูกหนี้ได้ ประกอบกับหน่วยงานดังกล่าวต้องทำการประเมินทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่มีปริมาณมากด้วย ดังนั้นหน่วยงานดังกล่าวอาจไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน

กรณีการประเมินราคาทรัพย์สิน โดยเอกชน

คือกรณี การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่ไม่ต้องผ่านรัฐ อันได้แก่ กรณีจำนำจากที่ได้ศึกษามาในข้างต้น ในการบังคับชำระหนี้โดย การขายทอดตลาดที่เจ้าหนี้ได้ทำคำบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ โดยคิดคำนวณจำนวนหนี้จากฝ่ายเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว เมื่อกระบวนการบังคับชำระหนี้ไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากศาล และลูกหนี้อาจไม่มีโอกาสในการโต้แย้งมูลหนี้ เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้มีฐานะเหนือกว่าลูกหนี้ทางเศรษฐกิจซึ่งอาจมีการประเมินราคาทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ ในราคาที่ต่ำเพื่อเอาเปรียบลูกหนี้ได้

จากกรณีการประเมินราคาสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันทั้งสองกรณี ผู้เขียนเห็นว่าการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน หากให้อำนาจเอกชนเป็นผู้ประเมินราคาสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นการให้อำนาจเอกชนผู้มีอำนาจบังคับหลักประกันมากเกินไป อาจมีการเอาเปรียบตัวลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันได้ ส่วนกรณีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่ควบคุมโดยรัฐ แม้การประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะมีเจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้ควบคุม ซึ่งเป็นบุคคลที่เป็นกลางก็ตาม แต่การประเมินดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้ประเมินจะปฏิบัติหน้าที่จากทบทวนคดี หรือข้อบังคับมากกว่าคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจที่เน้นการประกอบธุรกิจเป็นสำคัญ เพราะสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบันมีมูลค่าสูงและสำคัญต่อการประกอบธุรกิจ การประเมินราคาสังหาริมทรัพย์อาจได้ราคาที่ต่ำกว่าความเป็นจริงหรืออาจไม่เหมาะสมกว่าที่ควรจะเป็น ประกอบกับจำนวนคดีที่เจ้าพนักงานประเมินจะต้องรับผิดชอบมีเป็นจำนวนมาก ทั้งบางกรณีเจ้าหน้าที่บางคนอาจต้องทำงานหลายตำแหน่ง ทำให้บุคลากรไม่เพียงพอกับปริมาณงาน จึงทำให้การประเมินเกิดความล่าช้าได้

4.1.2 ปัญหาความรับผิดชอบของเอกชน ในกรณีการนำเอกชนมาเป็นผู้บังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เมื่อบุคคลใดมีสิทธิกระทำการดังกล่าว บุคคลนั้นควรจะต้องกระทำโดยใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก และหากมีการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด เพราะเหตุมาจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น บุคคลนั้นก็ควรรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งในประเทศไทยหากพิจารณาจากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการบังคับชำระหนี้หลังจากมีคำพิพากษา ซึ่งนั่นคือ การบังคับคดีนั่นเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า การบังคับคดีในสังหาริมทรัพย์จากที่กล่าวมาข้างต้น เป็นวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็น

หลักประกันอย่างหนึ่ง และในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ โดยวิธีการบังคับคดีนั้น บุคคลที่มีส่วนสำคัญคือ เจ้าพนักงานบังคับคดี ในระบบการบังคับคดีของไทยจะเป็นระบบการบังคับคดีโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าว คือ กรมบังคับคดี ซึ่งขึ้นอยู่กับกระทรวงยุติธรรม ดังนั้น ฐานะของเจ้าพนักงานบังคับคดี จึงอยู่ภายใต้ระบบราชการซึ่งอยู่ภายใต้ระบบความรับผิดชอบ วินัย และความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายของประเทศไทย กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีอยู่ภายใต้ระบบราชการ เพราะการดำเนินการบังคับหลักประกันกับลูกหนี้ตามคำพิพากษา จะต้องอาศัยอำนาจ จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นหากเจ้าพนักงานบังคับคดีกระทำความผิดในขณะที่ปฏิบัติงานตามหน้าที่ ก็ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรืออาจต้องรับผิดชอบภายใต้พระราชบัญญัติรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งในปัจจุบันการบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่เป็นเอกชนตามกฎหมายไทยทางกรมบังคับคดีได้ให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดี โดยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีจะมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติแทนก็ได้ ทั้งนี้ตามคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” และ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(14) ได้มีการแก้ไขบทนิยามของเจ้าพนักงานบังคับคดีว่า “ให้หมายรวมถึง บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี ให้ปฏิบัติแทน” และในปัจจุบันได้มีการจัดทำกฎกระทรวงว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551⁸ แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือตามกฎกระทรวงก็ได้กำหนดฐานะของเอกชนดังกล่าวว่า เป็นเจ้าพนักงานหรือผู้ช่วยเจ้าพนักงาน หรือไม่อย่างไร ทั้งความรับผิดชอบของผู้ที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายนั้น ตามกฎกระทรวงดังกล่าว ก็มีได้กำหนดความรับผิดชอบไว้โดยชัดแจ้ง โดยมีแต่เพียงกำหนดให้วางหลักประกัน เพื่อชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ดังนั้น ผู้ที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายก็ไม่ต้องรับผิดชอบแพ่งและทางอาญาในฐานะเจ้าพนักงานของรัฐแต่อย่างใด

ส่วนในกรณีที่ เจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันสามารถบังคับชำระหนี้ในหลักประกันด้วยตนเอง เช่น กรณี การบังคับจำนำ หากเจ้าหนี้ ผู้รับหลักประกันหรือบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าหนี้ หรือผู้รับหลักประกัน ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน กระทำความเสียหายแก่ บุคคลใดๆ เช่นกรณี อาจกำหนดจำนวนหนี้ที่ใช้สิทธิ

⁸ กฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติแทนเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551.

เรียกร้องมากเกินไปจนความเป็นจริง หรืออาจสมคบกับบุคคลภายนอก ทำให้การขายสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ราคาต่ำเกินสมควรทำให้ขายทรัพย์ได้น้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระ เป็นต้น จะมีความรับผิดชอบอย่างไร

จะเห็นได้ว่า ทั้งกรณีเจ้าพนักงานบังคับคดีจะมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติแทน ตามกฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงาน บังคับคดี พ.ศ. 2551 หรือกรณีเจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันมีอำนาจบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้เองนั้น ล้วนแต่เป็นกรณีที่เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน หากกรณีเอกชนผู้ทำการบังคับหลักประกันได้กระทำความเสียหายอย่างไรเกิดขึ้น หรือกระทำการบังคับชำระหนี้โดยมิชอบ เมื่อมิได้ระบุนความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา ไว้โดยเฉพาะกรณี ผู้เขียนเห็นว่าต้องพิจารณาจากกฎหมายที่มีอยู่ดังนี้

ในกรณีความรับผิดในทางแพ่ง หากผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนกระทำความเสียหายอย่างไรเกิดขึ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นการใช้หลักเรื่องความรับผิดทางละเมิดมาพิจารณา ซึ่งต้องพิจารณาในความเสียหายที่เกิดแต่ละกรณีว่า ผู้กระทำความจริงใจ หรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ และมีการกระทำที่เป็นความเสียหายหรือไม่ อย่างไร หากกรณีมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวอันเป็นการกระทำละเมิด เอกชนผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ผู้กระทำละเมิด ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายเท่าใด ก็ต้องพิจารณา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติไว้ว่า

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

จากหลักกฎหมายดังกล่าว เมื่อเอกชนบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน กระทำ ความเสียหายที่เป็นการละเมิดต่อบุคคลอื่น ดังนั้นในการชดใช้ค่าเสียหายจำต้องให้ศาลจะเป็น ผู้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าว มีค่าความเสียหายอย่างไร

ส่วนในกรณีความรับผิดชอบทางอาญา ของเอกชนผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ซึ่งตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติไว้ว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อ ได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ นั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนด โทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็น โทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็น ความผิดต่อไปให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึง ที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

ซึ่งในกรณี เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติแทน หรือกรณี ที่ เจ้าหนี้หรือผู้บังคับหลักประกันสามารถบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันด้วย ตนเอง อันเป็นกรณีที่เอกชนกระทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก กฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงาน บังคับคดี พ.ศ. 2551 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่กำหนดความผิดอาญาและกำหนดโทษทางอาญาในกรณีการ กระทำใดๆ ของเอกชนผู้กระทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษ สำหรับการกระทำความผิด ของ เอกชนผู้กระทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ เอกชนก็มิต้องรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใด ซึ่ง จะรับผิดชอบก็ต่อเมื่อตนเองได้กระทำความผิด ตามที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดไว้เท่านั้น

ในเรื่องความรับผิดชอบของเอกชน ในกรณีการนำเอกชนมาเป็นผู้บังคับชำระหนี้ใน ทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน หากเอกชนที่ทำการบังคับหลักประกันกระทำ การให้เกิดความเสียหายแก่ตัวเจ้าหนี้ หรือผู้รับหลักประกันก็ดี หรือตัวลูกหนี้หรือผู้รับหลักประกัน ก็ดี เมื่อมิได้มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ การความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายก็อาจ ต้องใช้หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการละเมิดซึ่งจะต้องให้ศาลมีคำพิพากษา และพิจารณาโดยเหตุจากการละเมิด ส่วนความรับผิดชอบในทางอาญาก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่า การกระทำที่มีความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา อันจะทำให้เอกชนรับโทษทาง อาญาได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นได้ว่า การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นการ

กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีเจ้าพนักงานบังคับคดีได้กระทำการใด ในขณะที่ปฏิบัติงานตามหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลอื่น ก็ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หรืออาจต้องรับผิดชอบภายใต้พระราชบัญญัติรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นความรับผิดในทางแพ่ง และหากเป็นการปฏิบัติหน้าที่มิชอบ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ก็ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ด้วย ดังนั้นหากนำไปเอกชนมาบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน เมื่อกรณีเอกชนกระทำความผิดจะใช้เพียงหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องความรับผิดของเอกชนที่ทำการบังคับหลักประกัน นั้นไม่เพียงพอ ทั้งไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมแก่ผู้ได้รับความเสียหาย เมื่อมิได้มีการกำหนดโทษทางอาญาที่ชัดเจนก็อาจเป็นมาตรการการป้องกันความเสียหาย หรือการกระทำความผิดที่จะอาจจะเกิดขึ้นอีกได้

4.1.3 ปัญหาหน่วยงานที่รับผิดชอบ ในกรณีการนำเอกชนมาเป็นผู้บังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเจ้าหน้าที่รัฐ อันได้แก่การบังคับชำระหนี้ โดยการบังคับคดีหรือการบังคับจำนองนั้น องค์กรตามกฎหมายที่ควบคุมเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ทำการบังคับชำระหนี้ คือกรมบังคับคดี ซึ่งเป็นองค์กรหลักในการดำเนินการและกำกับดูแลการบังคับคดี ให้มีประสิทธิภาพ และต้องอำนวยความสะดวกธรรม ทั้งในด้านการบังคับคดีแพ่ง การบังคับคดีล้มละลาย การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ การชำระบัญชี และการวางทรัพย์ แต่จากสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่มีการใช้สิทธิทางศาลกันมากขึ้น ทำให้คดีที่อยู่ในระหว่างการบังคับคดีหรือรอการบังคับคดีมีเป็นจำนวนมาก ในขณะที่ปริมาณบุคลากรของกรมบังคับคดีมีจำนวนจำกัด ดังนั้นแต่ละปี บุคลากรในกรมบังคับคดีจะต้องรับผิดชอบในปริมาณที่เพิ่มขึ้นมาโดยตลอด จึงก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้าในการบังคับชำระหนี้ ทำให้ประชาชนไม่ได้รับความเป็นธรรมในการที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมดังกล่าว ประกอบกับปัจจุบันทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจมีมูลค่าสูงมาก และทรัพย์สินบางประเภทมีความสำคัญในการประกอบธุรกิจ ดังนั้นหากในกรณีที่จะต้องบังคับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันนั้น ควรจะต้องให้ผู้ที่มีความชำนาญและเข้าใจในเรื่องการประกอบธุรกิจในปัจจุบันเป็นผู้ดำเนินการ เพื่อประโยชน์และความเป็นธรรมกับทั้งตัวผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน แต่ในปัจจุบันการบังคับหลักประกัน เป็นเรื่องความรับผิดชอบและอยู่ในความควบคุมของกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม ซึ่งบุคลากรส่วนใหญ่มีความเข้าใจแต่ในด้านตัวบทกฎหมายเป็นหลัก ดังจะเห็นได้จากปัญหาการบังคับคดีปัจจุบันมักจะล่าช้า และมีการปฏิบัติที่เข้มงวดก่อให้เกิดความเสียหายกับทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ ดังนั้นการ

ดำเนินการบังคับหลักประกันที่เข้มงวดตามบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ยืดหยุ่นตามระบบเศรษฐกิจ อาจก่อให้เกิดความเสียหาย ทางธุรกิจกับทั้งตัวผู้ให้หลักประกัน และผู้รับหลักประกันได้

ส่วนกรณีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่สามารถบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ด้วยตนเอง เช่น การบังคับจำนำนั้น เนื่องจากเป็นกระบวนการที่มีต้องผ่านกระบวนการศาล จึงมิได้มีองค์กรของรัฐ องค์กรใด เข้ามาควบคุม การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์โดยเจ้าหน้าที่ผู้เป็นเอกชนนั้น โดยหากมีการกระทำความผิดใดเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำการบังคับชำระหนี้ ก็รับผิดชอบแพ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และรับผิดชอบอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา เมื่อการกระทำดังกล่าว ครอบงำประกอบความผิดสำหรับความผิดอาญานั้น

จากปัญหาองค์กรควบคุมเอกชนผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า หากนำเอกชนมาทำการชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ก็ควรจะต้องมีองค์กรของรัฐ คอยควบคุมและกำกับดูแล เอกชนอย่างใกล้ชิด แม้กฎหมายของ ประเทศไทยปัจจุบันจะมีหน่วยงานหรือองค์กร ผู้รับผิดชอบ กำกับดูแล เอกชนผู้บังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันก็ตาม แต่ก็ยังมิได้ควบคุมและกำกับดูแลได้ทุกกรณี ทั้งส่วนของหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลในบางกรณี ก็ยังไม่มีความเหมาะสม ซึ่งองค์กรที่กำกับดูแล ในเรื่องดังกล่าวนี้ควรเป็นหน่วยงานหรือองค์กรที่มีความเข้าใจในเรื่องธุรกิจ และเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นสำคัญมากกว่าหน่วยงานหรือองค์กรที่เข้าใจแต่เรื่องตัวบทกฎหมาย

4.2 รูปแบบกฎหมายของต่างประเทศต่อกรณี การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน

ตามที่คุณเขียนได้ศึกษา รูปแบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ของกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ ในบทที่ 3 ทำให้ทราบปัญหาและข้อจำกัด บางประการ ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนตามกฎหมาย ไทย และทราบวิธีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ตามกฎหมายต่างประเทศ ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอศึกษาเกี่ยวกับความเหมาะสมในการนำรูปแบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาใช้ เป็นต้นแบบสำหรับกฎหมายไทยต่อไป

1. รูปแบบในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกัน โดยเอกชน จากการศึกษารูปแบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนของระบบกฎหมาย Civil Law และ ระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณามีหลักกฎหมายที่มีความเหมาะสมในการนำมาใช้เป็นรูปแบบกฎหมายที่จะใช้ใน ประเทศไทยในเรื่อง การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ดังนี้

1.1 ในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิในการบังคับชำระหนี้เกิดขึ้นเมื่อ ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งการผิดนัดชำระหนี้ (Default) มิได้เกิดจาก การที่ลูกหนี้ไม่ผ่อนชำระหนี้ เงินกู้ หรือชำระค่าสินค้าเพียงอย่างเดียว แต่หมายความรวมถึงการผิดนัดเพราะการผิดสัญญาหรือ เงื่อนไขของสัญญาข้อใดข้อหนึ่งของสัญญา Security Agreement ซึ่งสัญญาดังกล่าวถูกร่างขึ้น โดย นักกฎหมายของฝ่ายเจ้าหนี้ และมักจะมีข้อสัญญามาตรฐานที่เรียกว่า Default Clause หรือ Events of Default ระบุอยู่ในสัญญา ด้วย Default Clause ดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขหรือเหตุการณ์ต่างๆ ซึ่ง เจ้าหนียกขึ้นเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาและบังคับชำระหนี้จากหลักประกันได้ หากลูกหนี้ผิดเงื่อนไข หรือเหตุการณ์ที่ระบุไว้ เช่น ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือถูกทำลาย ข้อมูลเกี่ยวกับตัว ทรัพย์สินหรือฐานะของลูกหนี้ที่เปิดเผยแก่เจ้าหนี้เป็นความเท็จ ลูกหนี้ผิดเงื่อนไขไม่ทำประกันคุ้มครอง ทรัพย์สิน ลูกหนี้ตายหรือหยุดประกอบกิจการหรือเลิกบริษัท กรณีเปลี่ยนผู้บริหาร เปลี่ยนเจ้าของ กิจการในบริษัทของลูกหนี้ หรือลูกหนี้ผิดนัดค่าใช้จ่ายประจำ เช่น ไม่จ่ายเงินเดือนให้ลูกจ้างตรง ตามเวลา เหล่านี้อาจเป็นกรณีให้ถือว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ ได้ตามสัญญา Security Agreement นอกเหนือจากกรณี ไม่ผ่อนชำระหนี้เงินกู้ หรือชำระค่าสินค้า ได้⁹ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การกำหนดเหตุการบังคับหลักประกันดังกล่าวเจ้าหนี้มีต้องรอแต่เพียงกรณี ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เท่านั้น หากเจ้าหนี้เห็นว่าลูกหนี้ปฏิบัติการใด อันเป็นเหตุให้การชำระหนี้ตาม มูลหนี้มีปัญหา เจ้าหนี้อาจอาศัยเหตุนั้นเข้าทำการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันนั้นได้ทันที

1.2 ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในหลักระบบกฎหมาย ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่ถือว่าลูกหนี้ผิดนัดแล้ว ตามบทบัญญัติ UCC ได้กำหนดวิธีการ ที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ 2 วิธี คือ (1) เจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็น วัตถุประสงค์สิทธิเรียกร้องในหลักประกันและครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนการ ชำระหนี้ หรือนำทรัพย์สินนั้นไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ (2) เจ้าหนี้อาจไม่ใช่สิทธิเรียกร้องตามสัญญา หลักประกันในการเข้าครอบครองทรัพย์สิน แต่อาจฟ้องศาลเพื่อขอให้มีการบังคับตามหนี้ (มาตรา 9-501)

จะเห็นได้ว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้เจ้าหนี้อำนาจเลือกในการบังคับชำระหนี้ ในจากสังหาริมทรัพย์ที่เป็น หลักประกัน ซึ่งตามกรณี (2) ที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิทางศาลก็เป็นกรณีที่ คล้ายคลึงกับการยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้บังคับหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ที่เป็น หลักประกันในประเทศไทย ส่วนกรณี (1) เจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่ง สิทธิเรียกร้องในหลักประกันและครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนการชำระหนี้ หรือนำทรัพย์สินนั้น

⁹ สุวิทย์ สุบรรณ. (2554) วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 77.

ไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ เป็นการให้อำนาจ เจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ซึ่งการเข้าครอบครองนี้กระทำได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและพิพากษาของศาลแต่อย่างใด ซึ่งจะต้องมีเงื่อนไขดังนี้

- (1) เจ้าหนี้ต้องมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันที่เข้าครอบครอง
- (2) ลูกหนี้ต้องผิดนัด
- (3) การฟ้องคดีของเจ้าหนี้จะต้องเป็นไปตามข้อสัญญาของที่ตกลงไว้กับลูกหนี้
- (4) การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก “การขัดต่อความสงบสุข”

ซึ่งในข้อ (4) เกี่ยวกับ การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก “การขัดต่อความสงบสุข” เป็นประเด็นที่ กฎหมาย UCC ของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญมากที่สุด เพราะเป็นการขัดสิทธิของผู้อื่นอย่างร้ายแรง ดังนั้นการพิจารณาว่าการขัดต่อความสงบสุขหรือไม่นั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้วางแนวทางไว้เป็นกรณีๆ ไป วิธีการดังกล่าวตามกรณี (1) เป็นกรณีที่ไม่ผ่านกระบวนการทางศาล หรือกระบวนการบังคับคดีแต่อย่างใด ทำให้ไม่ต้องผ่านขั้นตอนใดมากมาย จึงเป็นการชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ที่มีความสะดวก รวดเร็ว และเหมาะสมในเชิงการประกอบธุรกิจที่ต้องการความคล่องตัว ซึ่งหากต้องผ่านกระบวนการศาล ก็อาจจะเสียเวลาและค่าใช้จ่ายอันเป็นผลเสียต่อการประกอบธุรกิจเป็นอย่างมาก

1.3 ในการบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ในกฎหมายต่างประเทศได้ให้เอกชนเข้ามามีส่วนสำคัญในการกระทำการบังคับหลักประกันได้ โดยพิจารณา ดังนี้

ระบบ Civil Law ในประเทศฝรั่งเศสจากที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 มีแนวทางให้เอกชนมาบังคับหลักประกัน ในรูปของการบังคับคดีแทน เจ้าหน้าที่รัฐ แม้ในระบบ Civil Law จะมีหลักการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์หลักประกันที่ต้องผ่านกระบวนการศาล แต่การให้เอกชนมาบังคับหลักประกันในรูปของการบังคับคดีแทน เจ้าหน้าที่รัฐ ก็เป็นแนวทางการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน โดยกฎหมายของฝรั่งเศสจะเรียกผู้บังคับคดีเอกชนว่า Huissiers และได้มีการกำหนด อำนาจ หน้าที่ และคุณสมบัติไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ความรับผิดชอบของ Huissiers ย่อมรับผิดชอบเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ระบบ Common Law กฎหมายของประเทศอังกฤษ หลักการประกันการชำระหนี้แบบ Floating Charge และประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการประกันการชำระหนี้แบบ Uniform Commercial Code Article 9 (Secured Transactions) จากที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 มีหลักการบังคับชำระ

หนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการของศาล ซึ่งมีความสะดวก รวดเร็วกว่าที่ได้กล่าวมาในข้างต้น โดยให้เจ้าหนี้สามารถทำการบังคับหลักประกันได้ทันที ทั้งยังมีแนวทางให้เอกชนมาบังคับหลักประกัน โดยกฎหมายให้เจ้าหนี้สามารถตั้งตัวแทนของตนที่เป็น เอกชนเข้าทำการบังคับชำระหนี้ได้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ

ในระบบกฎหมายของอังกฤษมีระบบหลักประกันที่เรียกว่า Floating Charge คือการ นำกิจการมาเป็นหลักประกัน ซึ่งเป็นการใช้ทรัพย์สินทั้งในปัจจุบันและอนาคตของลูกหนี้ที่เป็น บริษัทซึ่งในการนำมาเป็นหลักประกันนั้นจะระบุไว้เพียงประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น (Class of Assets) รวมตลอดถึงสินค้าคงคลังและสิทธิเรียกร้องต่างๆ เป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ เมื่อ ลูกหนี้ผิดนัดการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะทำการบังคับชำระหนี้หรือจะตั้งตัวแทน ที่เรียกว่า Receiver กระทำการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินต่างๆ ในกิจการนั้นได้ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

เจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้มีประกันจะเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver โดย 2 วิธี คือ

1. เจ้าหนี้ยื่นคำร้องต่อศาล The High Court เพื่อขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver
2. เจ้าหนี้เป็นผู้แต่งตั้ง Receiver

ประเทศสหรัฐอเมริกา

การบังคับหลักประกันในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้หลักการประกันการชำระหนี้แบบ Uniform Commercial Code Article 9 (Secured Transactions) เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ ได้ 2 วิธี คือ (1) เจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิเรียกร้องเป็นหลักประกัน และครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนการชำระหนี้ หรือนำทรัพย์สินนั้น ไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ (2) เจ้าหนี้อาจไม่ใช่สิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักประกันในการเข้าครอบครองทรัพย์สิน แต่อาจฟ้อง ศาลเพื่อขอให้มีการบังคับตามหนี้ (มาตรา 9-501) ส่วนมากเจ้าหนี้จะเลือกบังคับชำระหนี้ โดยวิธี ที่ (1) ซึ่งเจ้าหนี้ส่วนมากมิได้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้จึงต้องสืบหาและ ติดตามยึดทรัพย์สินมาจากลูกหนี้ การติดตามเอาทรัพย์สินจากลูกหนี้หรือเอามาอยู่ในครอบครอง ของตน (Repossession) นี้ หลักใน UCC ให้เจ้าหนี้ดำเนินการได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล หากเจ้าหนี้กระทำโดยสมควรแก่เหตุและไม่เป็นการขัดต่อความสงบ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าหนี้มักจะว่าจ้างตัวแทนที่เป็นเอกชนเป็นผู้ติดตามยึดทรัพย์สินที่เรียกว่า ตัวแทนการเข้าครอบครอง ทรัพย์สิน หรือ Repo Man ซึ่งผู้ประกอบการอาชีพนี้จะมีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษในเรื่องยึดทรัพย์สิน และหากบุคคลเหล่านี้กระทำผิดก็จะถูก ลูกหนี้ฟ้องฐานละเมิดหรือผิดสัญญาและถูกเรียกร้อง ค่าเสียหายมากมาย ซึ่งบางครั้งค่าเสียหายที่จะต้องชำระแก่ลูกหนี้อาจค่าเสียหายที่เป็นเบี้ยปรับ รวมอยู่ด้วย (Punitive Damages) การกระทำของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo

Man ในการเข้าบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เป็นการกระทำแทนเจ้าหนี้ ซึ่งจะมีอำนาจกระทำการแทนเจ้าหนี้ได้เมื่อมีเงื่อนไขดังนี้

- (1) เจ้าหนี้ต้องมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันที่เข้าครอบครอง
- (2) ลูกหนี้จะต้องผิดนัด
- (3) การฟ้องคดีของเจ้าหนี้จะต้องเป็นไปตามข้อสัญญาของที่ตกลงไว้กับลูกหนี้
- (4) การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก “การขัดต่อความสงบ

สุข”

ซึ่งเงื่อนไข ทั้ง 4 ข้อ ผู้เขียนจึงได้ศึกษา California Business and Professions Code อันเป็นกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งในหลักกฎหมายดังกล่าวได้กล่าวถึง การจัดตั้งตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ความหมาย คุณสมบัติหน้าที่ ความรับผิดชอบ ตลอดจนองค์กร ที่เข้าควบคุมตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ไว้อย่างชัดเจน ดังเช่น

ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ตาม California Business and Professions Code มาตรา 7500.2 หมายถึง รวมถึง บุคคลที่ใดๆ เพื่อสินจ้าง การว่าจ้างทางธุรกิจ หรือรับการว่าจ้าง เพื่อก่อตั้งหรือชดใช้หลักประกัน

โดยกรมคุ้มครองผู้บริโภค จะเป็นองค์กรผู้ควบคุม ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ¹⁰ มีการกำหนด คุณสมบัติของบุคคลผู้เข้าเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo ¹¹ ได้แก่

- (1) จะต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี บริบูรณ์
- (2) ต้องเคยมี ประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมาย อย่างน้อย 2 ปี ประสบการณ์ด้านกฎหมาย หมายถึง ประสบการณ์ ในการกู้คืนหลักประกัน เช่น นายทะเบียน ตามบทนี้ หรือพนักงานเงินเดือนของสถาบันการเงิน หรือ ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ ประสบการณ์ 2 ปี จะต้องประกอบด้วย เวลาไม่น้อยกว่า 4,000 ชั่วโมง ของ การทำงานชดเชยที่ถูกต้อง ที่กระทำ (แสดง) โดยผู้สมัครได้ปฏิบัติ ก่อน จะกรอก (เขียน) ใบสมัคร

โดยต้องมีหนังสือรับรอง จาก นายจ้าง ผู้รับใบอนุญาต สถาบันการเงิน หรือตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ ตามที่อธิบดีกำหนด

- (3) ผ่านการทดสอบ ตามที่กำหนด

¹⁰ California Business and Professions Code มาตรา 7501

¹¹ California Business and Professions Code มาตรา 7504

(4) จ่ายค่าใบสมัครที่ตามที่กำหนดและ จ่ายค่าธรรมเนียมการทดสอบของทางสำนักงาน มีการกำหนดหน้าที่ของบุคคลผู้เข้าเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ที่สำคัญคือ

หน้าที่ เมื่อเข้าทำการยึดทรัพย์สิน¹²

เมื่อลูกหนี้มีการผิดนัด (Default) ตามที่ได้ตกลงไว้กับตัวเจ้าหนี้ ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo) สามารถดำเนินการแทนเจ้าหนี้ได้ทันที โดยเข้าครอบครองทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่หลักประกัน ตามสัญญาหลักประกันได้ทันที เมื่อพบทรัพย์สินดังกล่าว และเมื่อทำการยึดทรัพย์สิน และนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น ไปขายเพื่อชำระหนี้ เมื่อดำเนินการแล้วจะต้องดำเนินการดังนี้

1. ทำหนังสือบอกกล่าวการยึดทรัพย์สิน
2. ทำรายงานการใช้ยานพาหนะที่เข้าทำการครอบครองทรัพย์สิน
3. ทำบัญชีทรัพย์สิน
4. รายงานด้านธุรกรรมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการขายหลักประกันที่จะเข้าทำการครอบครอง

ซึ่งตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man จะต้องเก็บไว้เป็นข้อมูลการยึดทรัพย์สินจะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือบอกกล่าว¹³ ให้ตัวลูกหนี้ทราบ ภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากที่ได้เข้าทำการยึด ยกเว้นกรณีที่ดินหยุดเสาร์ อาทิตย์ หรือวันหยุดไปรษณีย์ ให้แจ้งภายใน 72 ชั่วโมง หรือ กรณีที่ดินหยุดเสาร์ อาทิตย์ และวันหยุดไปรษณีย์ ให้แจ้งภายใน 72 ชั่วโมง โดยในหนังสือ ต้องมีข้อความดังนี้

1. ชื่อ ที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์ ของเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกครอบครอง
2. ชื่อ ที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์ของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ที่เข้าทำการครอบครองทรัพย์สิน
3. ข้อความการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิของการเข้าครอบครองทรัพย์สินตามที่กฎหมายระบุไว้
4. บรรดาความเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น

¹² California Business and Professions Code มาตรา 7507.3

¹³ California Business and Professions Code มาตรา 7504.10

5. ลูกหนี้จะต้องยืนยัน ภายใน 60 วัน เกี่ยวกับหลักประกันที่ถูกถอดจากทรัพย์สิน ส่วนตัวของลูกหนี้และเกี่ยวกับบัญชีทรัพย์สิน ว่ามีดอกเบี้ยหรือสิ่งอื่นใดเกี่ยวข้องกับหลักประกัน อีกหรือไม่

6. ค่าใช้จ่าย ที่ลูกหนี้ ต้องชำระ เกี่ยวกับในกรณี ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ได้การเก็บรักษา หลักประกัน และทรัพย์สินส่วนตัว นับจากวันที่ เข้าครอบครอง ทรัพย์สิน จนกระทั่ง ปล่อย สิ้นทรัพย์สิน จากการเก็บรักษานั้น

หน้าที่ ในกรณีลูกหนี้ชำระเงินแทนการครอบครองทรัพย์สิน¹⁴

ในกรณีที่ลูกหนี้จะชำระหนี้แทนการให้เจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็น หลักประกัน ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man จะต้องได้รับการมอบหมาย จากเจ้าหนี้เท่านั้น โดยเจ้าหนี้จะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ตัวแทนการเข้าครอบครอง ทรัพย์สิน หรือ Repo Man มีหน้าที่เพียงแจ้งเงื่อนไขให้ลูกหนี้ทราบเท่านั้น ตัวแทนการเข้าครอบครอง ทรัพย์สิน หรือ Repo Man จะไม่มีสิทธิในการกำหนดเงื่อนไข เมื่อลูกหนี้ตกลงจ่ายเงินตามเงื่อนไข ของเจ้าหนี้แล้วให้ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ส่งเงินที่ได้รับไปยัง เจ้าหนี้ทันที

หน้าที่ ในกรณีอื่น

กรณีที่มีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man จะต้องไม่ประเมินราคา มูลค่า ของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น¹⁵

และ California Business and Professions Code มาตรา 7508.1 ถึง 7508.6 ยังให้ อำนาจ กรมคุ้มครองผู้บริโภคสามารถกำหนดความรับผิดชอบของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man

จะเห็นได้ว่า การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ของระบบ Common Law ประเทศอังกฤษจะมี Receiver เป็นตัวแทนเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่เป็นเอกชน ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษ มีการกำหนด อำนาจ หน้าที่ และคุณสมบัติไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังให้อำนาจ ศาลในการแต่งตั้ง Receiver อีกด้วย ส่วนใน ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man เป็นตัวแทน เจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน ที่เป็นเอกชน ซึ่งตาม California Business and Professions Code ได้ระบุถึงการจัดตั้งตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ความหมาย

¹⁴ California Business and Professions Code มาตรา 7507.4

¹⁵ California Business and Professions Code มาตรา 7507.115

คุณสมบัติ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ตลอดจนองค์กร ที่เข้าควบคุมตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ไว้ อย่างชัดเจน ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

1.4 เรื่องการประเมิน ราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

แม้ระบบกฎหมาย Civil Law และ ระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและ ประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีได้ให้อำนาจเอกชนในการประเมินราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็น หลักประกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ห้าม ตัวแทนการเข้าครอบครอง ทรัพย์สิน หรือ Repo Man ประเมินราคา มูลค่า ของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน¹⁶ แต่อย่างไรก็ ตาม ในกฎหมายอังกฤษ การขายโดยเอกชนโดยไม่ผ่านศาล (Private Sale) จะต้องมีผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำ การควบคุมการขาย และเจ้าหนี้มีประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสมหรือที่ราคาจริงตามตลาด และในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม UCC มาตรา 9-504 บัญญัติให้เจ้าหนี้มีสิทธิ “ขาย ให้เช่าซื้อ หรือกระทำการอย่างใดๆ ในทรัพย์สินหลักประกันทั้งหมด หรือบางส่วนตามเงื่อนไข หรือภายใต้การกระทำที่สอดคล้องกับการดำเนินการ หรือกระบวนการทางพาณิชย์อันเหมาะสม” จะเห็นได้ว่าทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะมีได้ให้อำนาจเอกชนกระทำ การประเมินราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันก็ตาม แต่ประเทศอังกฤษก็กำหนดให้มี ผู้เชี่ยวชาญในการควบคุมการขาย และทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาดังระบุ ชัดเจนว่าเป็นราคาที่เหมาะสม และราคาที่จริงตามท้องตลาด และต้องเป็นกระบวนการพาณิชย์ที่ เหมาะสม อันเป็นการเน้นย้ำถึงการดำเนินการในเรื่องธุรกิจเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบัน ยังมิได้มีความชัดเจนในเรื่องการประเมินราคาทรัพย์สินทั้งหน่วยงานราชการที่ทำการประเมินราคา ทรัพย์สินมีไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน

2. รูปแบบความรับผิดชอบของเอกชนผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

รูปแบบการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนของ ระบบกฎหมาย Civil Law และระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อพิจารณามีความเหมาะสมในการนำมาใช้เป็นรูปแบบกฎหมายที่จะใช้ในประเทศไทย ดังนี้

ในระบบกฎหมาย Civil Law กฎหมายฝรั่งเศส มี Huissiers เป็นตัวแทนเอกชนของ เจ้าหนี้ ในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ในรูปแบบของการบังคับคดี ซึ่งการกำหนด อำนาจ หน้าที่ คุณสมบัติไว้อย่างชัดเจน และถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ดังนั้น หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้น ความรับผิดชอบของ Huissiers ย่อมรับผิดชอบเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ส่วนในระบบกฎหมาย Common Law กฎหมายสหรัฐอเมริกา หากตัวแทนการเข้า ครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man กระทำความผิดใดก็ตาม จะได้รับโทษตามกฎหมายอาญา

¹⁶ California Business and Professions Code มาตรา 7507.115

หรือกระทำละเมิดในอันที่จะต้องชดใช้ตามกฎหมายแพ่ง และตาม California Business and Professions Code มาตรา 7508.1 ถึง 7508.6 ได้มีการกำหนดความรับผิด ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ไว้โดยเฉพาะที่ให้อำนาจอธิบดีกรมคุ้มครองผู้บริโภคสามารถประเมินค่าปรับสำหรับตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินหรือ Repo Man ได้¹⁷

3. รูปแบบหน่วยงานที่รับผิดชอบการบังคับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน

กฎหมายที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเน้นย้ำการดำเนินการทางการประกอบธุรกิจเป็นสิ่งสำคัญ ดังเห็นได้จาก UCC มาตรา 9-504 ได้กำหนดเงื่อนไข ข้อกำหนดการจำหน่ายหลักประกันจะต้องเป็น “การกระทำทางพาณิชย์ที่เหมาะสม” และใน California Business and Professions Code องค์กรที่ควบคุม ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน คือ กรมคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งใน California Business and Professions Code มาตรา 7501.05 เน้นย้ำเรื่องการคุ้มครอง สาธารณชนย่อมจะเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุด จะเห็นได้ว่ากฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา มีองค์กรที่คอยควบคุมการบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่เป็นเอกชน คือ กรมคุ้มครองผู้บริโภคที่เน้นคุ้มครองสาธารณชนเป็นสิ่งสำคัญทั้งยังเน้นการดำเนินธุรกิจที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

4.3 แนวทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน

จากการศึกษารูปแบบการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันของประเทศไทยพบว่ามีข้อจำกัด ซึ่งยังมีความไม่เหมาะสม เนื่องจากมูลเหตุการบังคับหลักประกันที่ค่อนข้างแคบ และที่สำคัญรูปแบบการบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ไม่เหมาะสมกับภาวะการณปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง ดังที่กล่าวไว้ในข้อ 4.1 ส่วนในกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบระบบ Civil Law และ ระบบ Common Law ได้แก่ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ดังที่ปรากฏในข้อ 4.2 มีหลักกฎหมายหลายประการที่ผู้เขียนเห็นว่ามิประโยชน์กับการพัฒนากฎหมายไทย ดังนั้นผู้เขียนจึงขอศึกษาเพื่อหารูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อกรณี การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ดังนี้

1) เหตุการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายหลักประกันของกฎหมายไทย มีการกำหนดเหตุการบังคับหลักประกันกรณี ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้แต่อย่างเดียว แต่ในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิในการบังคับชำระหนี้ เกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัด

¹⁷ California Business and Professions Code มาตรา 7508.

ชำระหนี้ ซึ่งการผิดนัดชำระหนี้ (Default) มิได้เกิดจาก การที่ลูกหนี้ไม่ผ่อนชำระหนี้เงินกู้ หรือชำระค่าสินค้าเพียงอย่างเดียว แต่หมายความรวมถึงการผิดนัดเพราะการผิดสัญญาหรือเงื่อนไขของสัญญาข้อใด ข้อหนึ่งของสัญญา Security Agreement แต่ข้อตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลัก Good Faith ดังนั้นตามกฎหมายไทยจึงควรกำหนดเหตุการณ์บังคับหลักประกันดังกล่าว โดยที่เจ้าหนี้ต้องรอแต่เพียงกรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เท่านั้น หากเจ้าหนี้เห็นว่าลูกหนี้ปฏิบัติกรใด อันเป็นเหตุให้การชำระหนี้ตามมูลหนี้มีปัญหา เจ้าหนี้อาจอาศัยเหตุนั้นเข้าทำการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันนั้นได้ทันที

2) การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายไทย มีวิธีการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลซึ่งทำให้เสียเวลา เสียค่าใช้จ่าย และมีความยุ่งยาก ส่วนกรณีการบังคับจำนำเจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันสามารถนำหลักประกันประเภทสังหาริมทรัพย์ที่ตนครอบครองอยู่แล้วออกขายทอดตลาดได้ทันที แต่กฎหมายไทยก็มิได้มีการระบุขั้นตอนการบังคับหลักประกันไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ดังนั้นกระบวนการบังคับหลักประกันของประเทศไทย จึงควร มีความสะดวก รวดเร็ว ประหยัด เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และ ไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการทางศาล ดังเช่น การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ แบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษ หรือการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ แบบ Uniform Commercial Code Article 9 (Secured Transactions) ที่ให้อำนาจเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ทันที เมื่อลูกหนี้ผิดสัญญา โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล

3) การบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ควรให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วม เพราะในปัจจุบันการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งมีปริมาณงานเป็นจำนวนมาก แม้ในปัจจุบันทางกรมบังคับคดี ได้มีโครงการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดีก็ตามแต่ ก็มิได้มีการระบุ การให้อำนาจ ผู้บังคับหลักประกันที่เป็นเอกชนอย่างชัดเจน เนื่องจากเอกชนย่อมมีเข้าใจในระบบของการประกอบธุรกิจประเภทมากกว่า เจ้าหน้าที่ราชการ ประเทศไทยจึงควรส่งเสริมให้เอกชนเข้ามามีบทบาท ในการบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ดังเช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

4) ในเรื่องการประเมินราคาสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน แม้ ระบบกฎหมาย Civil Law และ ระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา จะมิได้ให้อำนาจเอกชนในการประเมินราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ห้ามตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ประเมินราคา

มูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน¹⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายอังกฤษการขายโดยเอกชน โดยไม่ผ่านศาล (Private Sale) จะต้อง มี ผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการควบคุมการขาย และเจ้าหนี้มีประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสมหรือที่ราคาจริงตามตลาด และในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม UCC มาตรา 9-504 บัญญัติให้เจ้าหนี้มีสิทธิ “ขายให้เช่าซื้อ หรือ กระทบการอย่างใดๆ ในทรัพย์สินหลักประกันทั้งหมด หรือบางส่วนตามเงื่อนไข หรือภายใต้การกระทำที่สอดคล้องกับการดำเนินการ หรือกระบวนการทางพาณิชย์อันเหมาะสม” จะเห็นได้ว่าทั้งในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะมีได้ให้อำนาจเอกชนกระทำการประเมินราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันก็ตาม แต่ประเทศอังกฤษ ก็กำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญในการควบคุมการขาย และทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกต่างระบุชัดเจนว่าเป็นราคาที่เหมาะสม และราคาที่จริงตามท้องตลาด และต้องเป็นกระบวนการพาณิชย์ที่เหมาะสม อันเป็นการเน้นย้ำถึงการดำเนินการในเรื่องธุรกิจเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบัน ยังมิได้มีความชัดเจนในเรื่องการประเมินราคาทรัพย์สินทั้งหน่วยงานราชการที่ทำการประเมินราคาทรัพย์สินมีไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน¹⁹ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากให้ออกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน ก็ควรที่จะให้ รัฐตั้งองค์กร โดยเฉพาะเพื่อควบคุมการประเมินราคามูลค่าของทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ให้มีความรวดเร็วและเป็นธรรม กับทุกฝ่าย

5) กฎหมายของประเทศไทยมิได้ระบุถึงกรณีของความรับผิดชอบของผู้บังคับหลักประกันที่เป็นเอกชนไว้โดยเฉพาะ เพราะในปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้มีการนำเอกชนมาบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่ชัดเจน อาจมีเพียงลักษณะการบังคับหลักประกันโดยเจ้าหนี้ อาจว่าจ้าง บุคคลทั่วไป หรือทนายความ ทำการบังคับหลักประกันแทนตน ในรูปแบบของตัวการตัวแทน ดังนั้นหาก ผู้บังคับหลักประกันที่เป็นเอกชน กระทำความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นเมื่อมิได้ระบุเกี่ยวกับความรับผิดไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องพิจารณาถึงหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการละเมิด และหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดในทางอาญา เมื่อมิได้ระบุไว้โดยเฉพาะก็ต้องพิจารณาการรับโทษของเอกชนผู้บังคับหลักประกันตามประมวลกฎหมายอาญาต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชนนั้นเป็นเรื่องเฉพาะของเอกชนที่เข้าไปทำการบังคับชำระหนี้ ดังนั้นหากบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดใดๆ กฎหมายไทยที่ใช้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญาย่อมไม่เพียงพอและเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคล

¹⁸ California Business and Professions Code มาตรา 7507.115.

¹⁹ พิทยา พรหมพารักษ์ 2553. แนวทางการถ่ายโอนงานด้านการบังคับคดีแพ่งสู่ภาคเอกชน. หน้า 233.

ดังกล่าว จากการศึกษารูปแบบการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนของระบบกฎหมาย Civil Law และ ระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการนำมาใช้เป็นรูปแบบกฎหมายที่จะใช้ในประเทศไทย คือ ควรนำหลักของประเทศสหรัฐอเมริกา มาใช้เป็นแนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้บังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน มาใช้กับกฎหมายไทย และควรจะระบุนความผิดอื่นที่อยู่นอกจากกรณีที่จะต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือเรื่องการละเมิดตามกฎหมายแพ่ง ให้ชัดเจน

6) ในกรณีที่มีการนำเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันมาใช้ในประเทศไทยควรจะมีองค์การที่ควบคุมเอกชนดังกล่าว ดังเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีองค์การที่คอยควบคุมการบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่เป็นเอกชน คือ กรมคุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้นในประเทศไทยควรจะเป็นองค์การที่เกี่ยวข้องกับทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค เป็นสำคัญ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะสรุปปัญหาในเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนเสนอแนวทาง การนำมาตรการในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน เพื่อให้นำมาใช้ในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อไป

5.1 บทสรุป

ในปัจจุบันการประกอบธุรกิจ ไม่เพียงแต่ต้องสังหาริมทรัพย์ประเภท ที่ดินหรือทรัพย์ที่ติดกับที่ดินที่มีมูลค่ามหาศาล อันจะใช้เป็นแหล่งเงินทุนสำคัญในการประกอบธุรกิจเท่านั้น สังหาริมทรัพย์บางประเภทในปัจจุบันมีมูลค่ามหาศาลและมีบทบาทสำคัญในการประกอบธุรกิจ ดังนั้นหากบุคคลใดปราศจากเงินทุนในการประกอบธุรกิจ ก็อาจใช้สังหาริมทรัพย์เป็นแหล่งเงินทุนให้กับตนเองได้ โดยนำสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้เพื่อให้ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้พิจารณาแล้วว่าสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวหากนำมาเป็นหลักประกันแล้วมีความคุ้มค่าและมั่นใจว่าหากมีการผิดนัดชำระหนี้แล้วจะสามารถบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์นั้นได้ โดยไม่มีเจ้าหนี้อื่นมารบกวน ก็จะสามารถปล่อยเงินทุนออกมาได้ ต่อมาเมื่อบุคคลผู้เป็นลูกหนี้ผิดนัดการชำระหนี้ โดยเมื่อหนี้ถึงกำหนดลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ ถูกต้องตามมูลหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ ไม่ว่าจะมาด้วยเหตุผลหรือความผิดของบุคคลใดก็ตาม ย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นทั้งตัวเจ้าหนี้ หรือผู้รับหลักประกัน หรือแม้แต่ตัวลูกหนี้เองหรือผู้ให้หลักประกัน เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังนี้ เจ้าหนี้ผู้มีสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน ย่อมที่จะต้องการบังคับชำระหนี้เอาจากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะหากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันมีความสะดวกรวดเร็วและเป็นธรรมแล้ว ย่อมก่อประโยชน์กับทุกฝ่าย อาจลดล้างความเสียหายจากที่บุคคลผู้เป็นลูกหนี้ผิดนัดการชำระหนี้ แต่หากการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันมีความล่าช้า เอะรีดเอาเปรียบ หรือเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น อาจส่งผลทำให้ตัวสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันทรุดโทรม เสื่อมค่า อันทำให้การจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวย่อมไม่ได้ราคาตามที่เจ้าหนี้ต้องการหรือคาดหมายไว้ ก็ยิ่ง

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทั้งตัวเจ้าหน้าที่และลูกหนี้ ทั้งยังก็ให้เกิดเสียหายแก่การประกอบธุรกิจในปัจจุบันอีกด้วย

การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน จึงมีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจในปัจจุบันเป็นอย่างมาก แต่ตามกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ในเรื่องการบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันมิได้มีความทันสมัยหรือเหมาะสมกับภาวะการณ์แต่อย่างใด โดยการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันก็มีขั้นตอนตามกฎหมายที่มากมาย ซึ่งทำให้ล่าช้าอันอาจนำมาซึ่งความเสียหายแก่ทุกฝ่ายได้ ดังจะเห็นได้จาก ข้อจำกัด ที่เป็นปัญหาหลายประการดังนี้

1) ปัญหาการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ มูลเหตุแห่งการบังคับหลักประกัน ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันค่อนข้างขอบเขตที่กว้าง ไม่ทันต่อกลฉ้อฉลของลูกหนี้ผู้ทำการทุจริตได้ ประกอบกับกฎหมายของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับ การบังคับหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ การบังคับจำนำที่เจ้าหน้าที่มีสิทธิในการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทันที โดยมีได้มีหลักเกณฑ์ใดเข้ามาควบคุม อาจเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่มากจนเกินไป ซึ่งทำให้ลูกหนี้เกิดความเสียหายได้ ส่วนการบังคับจำนองมีวิธีการบังคับหลักประกันโดยการบังคับคดีที่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งมีความล่าช้า เสียเวลา และเสียทุนทรัพย์ในการขึ้นศาลเป็นจำนวนมาก และการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี อันเป็นปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบของทางราชการ จึงยังทำให้การบังคับจำนองมีความล่าช้า แม้กรมบังคับคดีจะได้มีโครงการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดีก็ตาม แต่ก็มีได้ระบบการให้อำนาจหรือความรับผิดชอบที่ชัดเจนของผู้บังคับหลักประกันที่เป็นเอกชนแต่อย่างใด ส่วนการประเมินราคาของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน เนื่องจากการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีอันเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ อาจจะยังไม่มีความเข้าใจในการประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้เหมาะสมกับภาวะการณ์ปัจจุบันได้

2) แม้ทางกรมบังคับคดีจะได้ให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับคดี ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีจะมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติแทนก็ได้ ทั้งนี้ ตามคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” และ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(14) ได้มีการแก้ไขบทนิยามของเจ้าพนักงานบังคับคดีว่า “ให้หมายรวมถึง บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี ให้ปฏิบัติแทน” และในปัจจุบันได้มีการจัดทำกฎกระทรวงว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ของบุคคลที่ได้รับ

มอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551¹ แต่หากบุคคลที่เป็นตัวแทนกระทำความผิดตามที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดี จะต้องมีความผิดอย่างไรเพราะบุคคลดังกล่าวมิใช่เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่บังคับจํานำก็ตาม ทั้งสองกรณีมิได้กำหนดความรับผิดชอบของเอกชนที่ทำการบังคับหลักประกันโดยมิชอบแต่อย่างใด ดังนั้นอาจต้องใช้หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องความรับผิดชอบของเอกชนที่ทำการบังคับหลักประกัน ซึ่งอาจจะยังไม่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย

3) ในกรณีที่จะต้องบังคับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันนั้น ควรจะต้องให้ผู้ที่มีความชำนาญ และเข้าใจในเรื่องการประกอบธุรกิจในปัจจุบันเป็นผู้ดำเนินการ และ เพื่อประโยชน์และความเป็นธรรมกับทั้งตัวผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน แต่ในปัจจุบันผู้ทำการบังคับหลักประกันอยู่ในความรับผิดชอบและควบคุมโดย หน่วยงานกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม ซึ่งมีการปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ อาจทำให้เกิดปัญหาการบังคับคดีล่าช้า และมีการปฏิบัติที่เข้มงวดก่อให้เกิดความเสียหายกับทั้งเจ้าหน้าที่ และไม่เข้าใจในการประกอบธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดความเสียหาย ทางธุรกิจกับทั้งตัวผู้ให้หลักประกัน และผู้รับหลักประกันได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษให้ความสำคัญกับสังหาริมทรัพย์เป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสังหาริมทรัพย์สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ อันเป็นการแสวงหาแหล่งเงินทุนได้ใหม่ และในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ทั้งระบบกฎหมาย Civil Law และระบบกฎหมาย Common Law ก็ให้อำนาจเอกชนเข้ามามีอำนาจในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ได้ โดยมีการให้อำนาจเอกชนอย่างเป็นระบบ ซึ่งให้ความสะดวก รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจอย่างแท้จริง โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะที่ควรนำมาใช้ในกฎหมายของประเทศไทย ดังนี้

1) ในเรื่องการบังคับหลักประกัน

1.1) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ควรกำหนดมูลเหตุในการบังคับหลักประกันในกรณีที่ลูกหนี้นำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้คือการผิณฑ์ชำระหนี้ อาจมิได้เกิดจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แต่อาจหมายรวมถึงการผิณฑ์เพราะการทำผิดสัญญาหรือ

¹ กฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงาน บังคับคดี พ.ศ. 2551.

เงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งของสัญญา ซึ่งตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิในการบังคับชำระหนี้ เกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งการผิดนัดชำระหนี้ (Default) มิได้เกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ผ่อนชำระหนี้เงินกู้ หรือชำระค่าสินค้าเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงการผิดนัดเพราะการผิดสัญญาหรือเงื่อนไขของสัญญาข้อใดข้อหนึ่งของสัญญา Security Agreement แต่ข้อตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลัก Good Faith ดังนั้น หากนำมาใช้ในกฎหมายไทย เจ้าหนี้อาจจะกำหนดเงื่อนไขหรือเหตุการณ์ต่างๆ เป็นเหตุบอกเลิกสัญญาและบังคับชำระหนี้จากหลักประกันได้ เช่น ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือถูกทำลาย ข้อมูลเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินหรือฐานะของลูกหนี้ที่ลูกหนี้เปิดเผยแก่เจ้าหนี้เป็นความเท็จ ลูกหนี้ผิดเงื่อนไขไม่ทำประกันภัยคุ้มครองทรัพย์สิน ลูกหนี้ตายหรือหยุดประกอบกิจการหรือเลิกบริษัท เป็นต้น

1.2) การบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในหลักระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดวิธีการที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ 2 วิธี คือ

(1) เจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิเรียกร้องในหลักประกัน และครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนการชำระหนี้ หรือนำทรัพย์สินนั้นไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

(2) เจ้าหนี้อาจไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักประกันในการเข้าครอบครองทรัพย์สิน แต่อาจฟ้องศาลเพื่อขอให้มีการบังคับตามหนี้

ซึ่งในกรณี ทั้งสองดังกล่าวควรจะเป็นทางเลือกให้กับเจ้าหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ว่าเจ้าหนี้จะเลือกวิธีใด โดยตามข้อ (1) ควรนำมาใช้กับการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในรูปแบบการจำนองสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากในกรณีจำนองสังหาริมทรัพย์นั้น ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เจ้าหนี้สามารถทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยการเข้าครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ทันที โดยมีต้องผ่านกระบวนการศาล ซึ่งจะทำให้มีความสะดวก ไม่ยุ่งยาก และประหยัดค่าใช้จ่าย ดังนั้นจึงควรกำหนดวิธีการบังคับจำนองสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยวิธีให้เจ้าหนี้สามารถเข้าทำการครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้ทันทีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการของศาล ส่วนในกรณีการบังคับจำนองซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้อำนาจเจ้าหนี้ในการบังคับจำนองอยู่แล้วนั้น ควรกำหนด วิธีการ ขั้นตอนให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้เอาเปรียบลูกหนี้จนเกินไป และในประมวลกฎหมายอาญาควรกำหนดความรับผิดของเจ้าหนี้ที่ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ให้ชัดเจน

1.3) ในระบบกฎหมายของ Civil Law กฎหมายของฝรั่งเศส มีผู้บังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นเอกชน ในรูปแบบของผู้บังคับคดีเอกชนว่า Huissiers และในระบบกฎหมาย

ของ Common Law ในประเทศอังกฤษ มีผู้บังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นเอกชน ที่เรียกว่า Receiver ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา มีผู้บังคับชำระหนี้จากหลักประกันตามสัญญาหลักประกันที่เป็นเอกชน ว่า Repo Man ซึ่งกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าว ได้ให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ระบุถึงการจัดตั้ง ความหมาย คุณสมบัติ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ตลอดจนองค์กร ที่เข้าควบคุมตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น เมื่อกฎหมายไทยให้อำนาจ เจ้าหนี้ในการเข้าบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ทันทีที่ถูกหนีผิดนัด ทั้งในกรณี การบังคับจำนองสังหาริมทรัพย์ ที่ผู้เขียนได้เสนอให้มีขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในข้างต้น หรือการบังคับจำนำซึ่งกำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่แล้วนั้น ควรให้เอกชนซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจเข้ามาเป็นผู้มีบทบาทในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ในลักษณะเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ ซึ่งควรมีกฎหมายพิเศษเฉพาะเกี่ยวกับเอกชนผู้ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันแทนเจ้าหนี้ โดยกำหนดการจัดตั้ง ความหมาย คุณสมบัติ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ตลอดจนองค์กรหรือหน่วยงาน ที่เข้าควบคุมตัวแทนเจ้าหนี้ที่ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ไว้อย่างชัดเจน ต่อไป

1.4) เมื่อเอกชนผู้เข้าบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์จะทำการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าว การประเมินราคาสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ผู้เขียนเห็นว่าเอกชนผู้เข้าทำการบังคับชำระหนี้ไม่ควรที่จะทำการประเมินทรัพย์สิน แต่ควรให้รัฐเป็นผู้ทำการประเมินเช่นเดิมเพื่อความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย แต่ควรที่จะให้ รัฐตั้งองค์กร โดยเฉพาะเพื่อควบคุมการประเมินราคามูลค่าของทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ให้มีความรวดเร็วและเป็นธรรม กับทุกฝ่าย ดังนี้

การประเมินราคามีด้วยกัน 3 วิธี

1. วิธีคิดจากต้นทุน
2. วิธีเปรียบเทียบจากราคาตลาด
3. วิธีคิดจากรายได้ของทรัพย์สิน

ซึ่งขั้นตอนในการประเมินราคาทรัพย์สินเจ้าหนี้ที่ผู้ประเมินจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์ในการประเมิน รวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ประเมินและเลือกวิธีการประเมินราคาให้เหมาะสมโดยเปรียบเทียบกับราคาซื้อขายในท้องตลาด โดยเน้นย้ำเรื่องการดำเนินธุรกิจเป็นสำคัญ และในการประเมินราคาทรัพย์สินบางประเภทหากไม่ได้ข้อมูลในการประเมินราคาทรัพย์สิน ควรจะตั้ง ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเป็นผู้ทำการประเมินราคาทรัพย์สินดังกล่าว

2) หากให้เอกชนผู้เป็นตัวแทนเจ้าหน้าที่ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันมาใช้ในประเทศไทยแล้ว แต่กฎหมายของประเทศไทยทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในปัจจุบันมิได้ระบุถึงกรณีของความรับผิดของ ตัวแทนดังกล่าวไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด ดังนั้นหาก ตัวแทนดังกล่าวกระทำความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้น เมื่อมิได้ระบุเกี่ยวกับความรับผิดไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องพิจารณาถึงหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการละเมิด และเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดในทางอาญา เมื่อมิได้ระบุไว้โดยเฉพาะก็ต้องพิจารณาการรับโทษของเอกชนผู้บังคับหลักประกันตามประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นไปตามการกระทำที่ระบุไว้ว่าเป็นความผิดเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีที่ตัวแทนเจ้าหน้าที่ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันนั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัวของตัวแทนที่เข้าไปทำการบังคับชำระหนี้ ดังนั้นหากบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดใดๆ กฎหมายไทยที่ใช้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา ย่อมไม่เพียงพอและเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลดังกล่าว จากการศึกษารูปแบบการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน โดยตัวแทนเจ้าหน้าที่ของกฎหมายต่างประเทศ เมื่อพิจารณามีความเหมาะสมในการนำมาใช้เป็นรูปแบบกฎหมายที่จะใช้ในประเทศไทย ดังนี้

ในกฎหมาย Common Law กฎหมายสหรัฐอเมริกา หากตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man กระทำความผิดใดก็ตาม จะได้รับโทษตามกฎหมายอาญา หรือกระทำละเมิดในอันที่จะต้องชดใช้ตามกฎหมายแพ่ง และตาม California Business and Professions Code มาตรา 7508.1 ถึง 7508.6 ได้มีการกำหนดความรับผิด ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ไว้โดยเฉพาะที่ให้อำนาจอธิปไตยคุ้มครองผู้บริโภคสามารถประเมินค่าปรับสำหรับตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ได้²

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรนำหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ตาม California Business and Professions Code ที่ได้มีการกำหนดความรับผิด ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน หรือ Repo Man ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งการนำแนวทางดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยย่อมทำให้เกิดความแน่นอน ถูกต้องและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลดังกล่าว ดังนั้น ตามข้อ 1.3) ในข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า ในกฎหมายพิเศษเฉพาะเกี่ยวกับเอกชนผู้ทำการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันแทนเจ้าหน้าที่ ควรกำหนดความรับผิดของตัวแทนดังกล่าว ทั้งทางแพ่ง และทางอาญาให้ชัดเจน

² California Business and Professions Code มาตรา 7508.

3) หน่วยงานที่รับผิดชอบในการบังคับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในปัจจุบัน เป็นอำนาจของกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม ซึ่งไม่เหมาะสมกับภาวะการณ์ปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง เพราะปัจจุบันความรวดเร็วในการบังคับหลักประกันถือเป็นความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจที่สำคัญ ซึ่งหน่วยงานที่ควบคุมเอกชนผู้เป็นตัวแทนเจ้าหนี้ที่ทำการการบังคับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน ควรจะเป็นหน่วยงานที่มีความเข้าใจในเชิงธุรกิจเป็นอย่างดีประกอบกับควรคำนึงถึงความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย จึงควรนำแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ในเรื่ององค์กรที่ควบคุมเอกชนที่ทำการบังคับชำระหนี้มาใช้ในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลัก UCC มาตรา 9-504 ได้กำหนดเงื่อนไข ข้อกำหนดการจำหน่ายหลักประกัน จะต้องเป็น “การกระทำทางพาณิชย์ที่เหมาะสม” อันเป็นการชี้ให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวควรจะเกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจ คือต้องมีความสะดวก รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และใน California Business and Professions Code มาตรา 7501.05 เน้นย้ำเรื่อง การคุ้มครอง สาธารณชนย่อมจะเป็นเรื่องที่สำคัญ ซึ่งในกฎหมายไทย ปัจจุบันมีกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม เป็นผู้ควบคุมอยู่ ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชน ซึ่งเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ องค์กรที่ควบคุมตัวแทนดังกล่าว ควรเป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการประกอบธุรกิจเป็นสำคัญ มากกว่าจะคำนึงถึงตัวบทกฎหมาย ดังนั้นองค์กรที่รับผิดชอบ ควรจะเป็นองค์กรที่ขึ้นอยู่กับกระทรวงพาณิชย์ เช่นเดียวกับกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่สังกัดกระทรวงพาณิชย์ โดยองค์กรนี้จะเป็นผู้กำหนด คุณสมบัติ อำนาจหน้าที่ หน่วยงานที่รับผิดชอบ ควบคุม และกำหนดความรับผิดชอบของตัวแทนเจ้าหนี้ผู้บังคับหลักประกัน

จากข้อเสนอแนะดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน อันจะเป็นประโยชน์กับตัวเจ้าหนี้และตัวลูกหนี้ รวมถึงเป็นประโยชน์กับการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันอีกด้วย

ปริญญา

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- ชนินทร์ พิทยาวิวิช. (2525). *เลตเตอร์ออฟแคร์คิดการคำ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: อัมรินทร์การพิมพ์.
- ชุมพล จันทราทิพย์. (2537). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน จำนอง จำนำ*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จรินทร์ เทศวานิช. (2545). *การเงินและการธนาคาร* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์.
- ชมเพลิน จันทรเรืองเพ็ญ. (2535). *เศรษฐศาสตร์การเงินและการธนาคาร*. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารวิชาการ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. (2553). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 19). กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- พจน์ บุญปกคม. (2540). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ, สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ
- ประชุม โฉมฉาย. (2546). *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลาคม.
- ประมูล สุวรรณสร. (2514). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์*. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. (2547). *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ การนำสิทธิเรียกร้องเป็น หลักประกันการชำระหนี้*. กรุงเทพมหานคร: บริษัททกเเลนการพิมพ์ จำกัด.
- ไพฑูริจิต เอกจริยกร. (2549). *คำอธิบายเช่าทรัพย์-เช่าซื้อ* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน
- พินิจ ทิพย์มณี. (2552). *หลักกฎหมายธุรกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- รพีสุภา หวังเจริญรุ่ง. (2547). *ทฤษฎีและนโยบายการเงิน* (พิมพ์ครั้งที่ 1 ฉบับปรับปรุงแก้ไข). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

- ราชบัณฑิตยสถาน. (2544). *พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (แก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2544 (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพมหานคร: อรุณ.
- ศันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์. (2552). *คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- _____. (2553). *คำอธิบายเช่าทรัพย์-เช่าซื้อ*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ศรีราชา เจริญพานิช. (2553). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- สุดา วิศรุตพิชญ์. (2542). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- สุรพล วิเศษโกสิน. (2530). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบูรณสิทธิ*. กรุงเทพมหานคร: อรุณ.
- เสนีย์ ปราโมช. (2512). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)*. กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิ.
- _____. (2525). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2516*. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

บทความ

- จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). “สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและดอกเบี้ย.” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 5(3). หน้า 89-91.
- พรชัย วิวัฒนภัทรกุล. (2540, ธันวาคม). “ข้อจำกัดว่าด้วยการสร้างหลักประกันแห่งหนึ่งในกฎหมายไทย.” *วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)*, 27(4). หน้า 163-171.
- พิมล วรธนะหทัย. (2547, เมษายน-พฤษภาคม). “เจ้าพนักงานบังคับคดีฝรั่งเศส.” *วารสารศาลยุติธรรม*, 4(5). หน้า 40-44.
- สุวิทย์ สุวรรณ. (2553). “การประกันด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายอเมริกัน.” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 28(1). หน้า 47-81.

วิทยานิพนธ์

- จรูญ ชัยวิเชียร. (2539). ปัญหาการออกและการจำหน่ายหลักทรัพย์ในระบบไร้ใบหุ้น (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- นวรรตน์ กลิ่นรัตน์. (2534). จำนำตราสาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บงกช ชาญศิลป์. (2552). การทำกิจกรรมมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับเอาประกันกิจการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ปริฉัตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. (2554). รูปแบบกฎหมายที่ถูกต้องเหมาะสมต่อกรณีการนำรถยนต์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้สำหรับประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- บุญญาณีช ไทยสยาม. (2554). รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมในการนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ทางการค้ากับธนาคารพาณิชย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ยิ่งลักษณ์ เศรษฐสุวรรณ. (2535). การขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธิดา สุทธิวรชัย. (2547). การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พีรยา พรหมพาร์ภัย. (2553). แนวทางการถ่ายโอนงานด้านการบังคับคดีสู่ภาคเอกชน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรินทรา ซาครพิพัฒน์. (2545). วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ... ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิทยา จัญกาญจน์. (2537). การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ *Floating charge* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วีรพงษ์ โลงนวรรตน์. (2546). ปัญหาหลักประกันในสัญญาให้สินเชื่อสนับสนุนโครงการ. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศรีสุรักษ์ อินทุจันทร์ยง. (2546). *การบังคับหลักประกันโดยไม่ผ่านศาล : ศึกษากรณีการจำหน่ายสินทรัพย์ของบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).

กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

อมรรัตน์ รัตนกิจเจริญ. (2550). *การบังคับคดีโดยเอกชน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).

กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

อภิรดี พิบูลภาณุวัชรน์. (2546). *การพัฒนากฎหมายหลักประกัน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).

กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

กฎหมาย

กฎกระทรวง (กระทรวงยุติธรรม) ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการแทนเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2551

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-6.

พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ.2514

พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537

พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ.2456

พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483

พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ.2482

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.....

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ปกรณ นิลประพันธ์. (2545). *แนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้*. สืบค้นเมื่อ 28 ตุลาคม 2553, จาก <http://www.lawreform.co.th>

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Black, Henry Campbell. (1979). *Black's Law Dictionary* (5th ed). U.S.A. : West.
- E.L.G.Typler. (1993). *Halsbury's Law of England: Mortgage* (4th ed.). London: Butterworths.
- Holden, J Milnes . (1998). *The Law and Practice of Banking*. London: Sweet&Maxwell.
- J, R Lingard. (1993). *Bank Security Document*. London: Butterworths.
- Philip, R Wood. (1995). *Comparative Law Security and Guarantees*. London: Sweet&Maxwell.
- R, M Goods. (1988). *Legal Problems of Credit and Security* (2nd ed.). London: The Carwell Company Ltd.
- T, G Reeday. (1986). *The Law Relating to Banking* (5th ed). London: Butterworths.
- The Hon. Sir Peter Millet. (1902). "Mortgage," in *The Encyclopedia of Forms and Precedents* (5th ed). London: LexisNexis Butterworths.
- William James Gough. (1996). *Company Charge* (2d ed). London: LexisNexis Butterworths.

ELECTRONIC SOURCES

- Appellate Court of Illinois-First District. (1971, April 14). Retrieved April 12, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1971659132IllApp2d527_1532.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985
- Bailey C. Moseley. (1982). In the Court of Appeals Sixth Appellate District of Texas at Texarkana. Retrieved April 12, 2012, from <http://www.6thcoa.courts.state.tx.us/opinions/HTMLOpinion.asp?OpinionID=10869>
- Bray, J., with Pierce, P. J., and Regan, J. (1971, March 2). Court of Appeals of California, Third Appellate District. Retrieved April 15, 2012, from <http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/15/741.html>
- C. Reeves Taylor. (1982, May 14). Supreme Court of Appeals of West Virginia. Retrieved April 15, 2012, from http://wv.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19820514_9998.WV.htm/qx

- Cahill, P.J., and McBride, J. (2001, June 29). Illinois Court of Appeals - First Appellate District Decisions. Retrieved April 12, 2012, from <http://law.justia.com/cases/illinois/court-of-appeals-first-appellate-district/2001/1003347.html>
- California Business and Professions Code. (2011, January 15), Retrieved April 15, 2012, from <http://law.onecle.com/california/business/index.html>
- Carley and Benham, JJ. (1987). Georgia Court Of Appeals. Retrieved April 15, 2012, from <http://georgia-court-appeals.vlex.com/vid/builders-transport-inc-v-hall-20452321>
- Court of Appeal of Louisiana, Second Circuit. (2010, September 16). Retrieved April 12, 2012, from <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=in%20laco%2020100811316.xml&docbase=cslwar3-2007-curr>
- Embry, Justice, Bloodworth, Jones, Almon and Shores, JJ. (1977, September 16). Supreme Court of Alabama. April 12, 2012, from http://al.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19770916_0003.AL.htm/qx
- Geer , McGee and Tyson. (2005, July 05). Court of Appeals of North Carolina. April 15, 2012, from <http://caselaw.findlaw.com/nc-court-of-appeals/1356146.html>
- Henley. (1982, June 1). United States Court of Appeals,Eighth Circuit. Retrieved April 12, 2012, from <http://openjurist.org/679/f2d/138/rogers-v-allis-chalmers-credit-corp>
- John B. Wilson, Judge. (1992, July 22). Court of Appeals of Oregon. Retrieved April 13, 2012, from http://or.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19920722_0041143.OR.htm/qx
- Lesterivy v. General Motors Acceptance Corporation and American Lenders Service Company of Jackson. (1992). Retrieved April 14, 2012, from http://ms.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19921217_40368.MS.htm/qx
- Lottinger. (1979, May 29). Court of Appeal of Louisiana, First Circuit Retrieved April 15, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=1979654371So2d283_1620.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985
- McGee, Walker and Huson. (2002, March 05). Court of Appeals of North Carolina. Retrieved April 14, 2012, from <http://caselaw.findlaw.com/nc-court-of-appeals/1197226.html>

OTT, Chief Judge. (1983, December 30). District Court of Appeal of Florida, Second District. .

Retrieved April 15, 2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1983903444So2d459_1852.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

Peterson. (2006, February 14\). Court of Appeals of Minnesota. Retrieved April 13, 2012, from

<http://caselaw.findlaw.com/mn-court-of-appeals/1321205.html>

Ryan McRobert. (2012, June 23) Defining “Breach of the Peace” in Self-Help Repossessions

Retrieved April 14, 2012, from <http://digital.law.washington.edu/dspacelaw/bitstream/handle/1773.1/1144/87WLR0569.pdf?sequence=1>

Supreme Court, Cattaraugus County. (1986, February 24). Retrieved April 13, 2012, from

http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=3&xmlDoc=1986337131Misc2d206_1304.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7

The American Law Institute and the National Conference of Commissioners on Uniform State

Laws. 2005. U.C.C. - ARTICLE 9 - SECURED TRANSACTIONS. April 14 , 2011, from <http://www.law.cornell.edu/ucc/9/>

The Court of Appeals of Washington, Division Three. (1972, January 5). Retrieved April 12,

2012, from http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19723066WnApp300_1265.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

Torbert, C.J.; Faulkner, Embry and Adams, JJ., (1984, April 6). Supreme Court of Alabama

Retrieved April 13, 2012, from http://al.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19840406_0005.AL.htm/qx

ด
ร
ค
น
ว
ก

ภาคผนวก

California Business and Professions Code

Section 7500 This chapter of the Business and Professions Code constitutes the chapter on reposseors. It may be cited as the "Collateral Recovery Act."

Section 7500.1 The following terms as used in this chapter have the meaning expressed in this section:

(a) "Advertisement" means any written or printed communication, including a directory listing, except a free telephone directory listing that does not allow space for a license number.

(b) "Assignment" means a written authorization by the legal owner, lienholder, lessor or lessee, or the agent of any of them, to skip trace, locate, or repossess or to collect money payment in lieu of repossession of any collateral, including, but not limited to, collateral registered under the Vehicle Code that is subject to a security agreement that contains a repossession clause. "Assignment"

also means a written authorization by an employer to recover any collateral entrusted to an employee or former employee if the possessor is wrongfully in possession of the collateral. A photocopy of an assignment, facsimile copy of an assignment, or electronic assignment shall have the same force and effect as an original written assignment.

(c) "Bureau" means the Bureau of Security and Investigative Services.

(d) "Chief" means the Chief of the Bureau of Security and Investigative Services.

(e) "Collateral" means any specific vehicle, trailer, boat, recreational vehicle, motor home, appliance, or other property that is subject to a security agreement.

(f) "Combustibles" means any substance or article that is capable of undergoing combustion or catching fire, or that is flammable, if retained.

(g) "Dangerous drugs" means any controlled substances as defined in Chapter 2 (commencing with Section 11053) of Division 10 of the Health and Safety Code.

(h) "Deadly weapon" means and includes any instrument or weapon of the kind commonly known as a blackjack, slungshot, billy, sandclub, sandbag, metal knuckles, dirk, dagger, pistol, or revolver, or any other firearm, any knife having a blade longer than five

inches, any razor with an unguarded blade, and any metal pipe or bar used or intended to be used as a club.

(i) "Debtor" means any person obligated under a security agreement.

(j) "Department" means the Department of Consumer Affairs.

(k) "Director" means the Director of Consumer Affairs.

(l) "Health hazard" means any personal effects which if retained would produce an unsanitary or unhealthful condition.

(m) "Legal owner" means a person holding a security interest in any collateral that is subject to a security agreement, a lien against any collateral, or an interest in any collateral that is subject to a lease agreement.

(n) "Licensee" means an individual, partnership, limited liability company, or corporation licensed under this chapter as a repossession agency.

(o) "Multiple licensee" means a repossession agency holding more than one repossession license under this chapter, with one fictitious trade style and ownership, conducting repossession business from additional licensed locations other than the location shown on the original license.

(p) "Person" includes any individual, partnership, limited liability company, or corporation.

(q) "Personal effects" means any property that is not the property of the legal owner.

(r) "Private building" means and includes any dwelling, outbuilding, or other enclosed structure.

(s) "Qualified certificate holder" or "qualified manager" is a person who possesses a valid qualification certificate in accordance with the provisions of Article 5 (commencing with Section 7504) and is in active control or management of, and who is a director of, the licensee's place of business.

(t) "Registrant" means a person registered under this chapter.

(u) "Secured area" means and includes any fenced and locked area.

(v) "Security agreement" means an obligation, pledge, mortgage, chattel mortgage, lease agreement, deposit, or lien, given by a debtor as security for payment or performance of his or her debt, by furnishing the creditor with a recourse to be used in case of failure in the

principal obligation. "Security agreement" also includes a bailment where an employer-employee relationship exists or existed between the bailor and the bailee.

(w) "Services" means any duty or labor to be rendered by one person for another.

(x) "Violent act" means any act that results in bodily harm or injury to any party involved.

(y) The amendments made to this section during the 2005-06 Regular Session shall not be deemed to exempt any person from the provisions of this chapter.

Section 7500.2 A repossession agency means and includes any person who, for any consideration whatsoever, engages in business or accepts employment to locate or recover collateral, whether voluntarily or involuntarily, including, but not limited to, collateral registered under the provisions of the Vehicle Code which is subject to a security agreement, except for any person registered pursuant to Article 7 (commencing with Section 7506).

Section 7500.3. A repossession agency shall not include any of the following:

(a) Any bank subject to the jurisdiction of the Commissioner of Financial Institutions of the State of California under Division 1 (commencing with Section 99) of the Financial Code or the Comptroller of the Currency of the United States.


(b) Any person organized, chartered, or holding a license or authorization certificate to make loans pursuant to the laws of this state or the United States who is subject to supervision by any official or agency of this state or the United States.

(c) An attorney at law in performing his or her duties as an attorney at law.


(d) The legal owner of collateral that is subject to a security agreement or a bona fide employee employed exclusively and regularly by the legal owner of collateral that is subject to a security agreement. With regard to collateral subject to registration under the Vehicle Code, the legal owner shall be the legal owner listed on the records of the Department of Motor Vehicles or the seller or lessor named on a valid conditional sales contract or rental or lease agreement if the seller or lessor is a licensed vehicle dealer as defined in Section 285 of the Vehicle Code.

(e) An officer or employee of the United States of America, or of this state or a political subdivision thereof, while the officer or employee is engaged in the performance of his or her official duties.

(f) A qualified certificate holder or a registrant when performing services for, or on behalf of, a licensee.


Section 7501  There is in the Department of Consumer Affairs a Bureau of Security and Investigative Services. The bureau is under the supervision and control of the director. The director shall administer and enforce the provisions of this chapter.

Section 7501.05 Protection of the public shall be the highest priority for the Bureau of Security and Investigative Services in exercising its licensing, regulatory, and disciplinary functions. Whenever the protection of the public is inconsistent with other interests sought to be promoted, the protection of the public shall be paramount.

Section 7501.1  The Governor shall appoint a chief of the bureau at a salary to be fixed in accordance with Section 12080.3 of the Government Code. The chief shall serve under the direction and supervision of the director

Section 7501.2 Every power and duty granted to or imposed upon the director under this chapter may be delegated to the chief, except that the director may not delegate authority to adopt or otherwise act upon any proposed decision of a hearing officer after a hearing under the provisions of Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code. The chief may delegate any power or duty granted to or imposed upon him or her under this chapter to the deputy chief, to the assistant chief, or to any inspection, investigation, or auditing personnel of the bureau.


Section 7501.3 The director, in accordance with the State Civil Service Act, and Section 159.5, may appoint and fix the compensation of such clerical, inspection, investigation, and auditing personnel, as well as an assistant chief, as may be necessary to carry out the provisions of this chapter. Except as otherwise provided in Section 159.5, all personnel shall perform their respective duties under the supervision and direction of the chief.

Section 7501.4  The chief shall gather evidence of violations of this chapter and of any rule or regulation established pursuant to this chapter by persons engaged in the business of repossession who fail to obtain licenses and shall gather evidence of violations and furnish that evidence to the prosecuting officers of any county or city for the purpose of prosecuting all violations occurring within their jurisdiction.

The chief, with the approval of the director, may require the attendance of witnesses and examine under oath all persons whose testimony he or she requires, relative to the affairs of a licensee or to the subject matter of any examination, investigation, or hearing.

Section 7501.5 It shall be the duty of the chief to initiate and conduct investigations into the business and affairs of licensees on the chief's own motion.

Section 7501.6 The director may establish and enforce such rules and regulations as may be reasonable and necessary for the examination and licensing of applicants, for the conduct of licensees, and for the general enforcement of various provisions of this chapter in the protection of the public.

Section 7501.7  If, upon investigation, the director determines that a licensee, a qualified certificate holder, or a registrant is in violation of Section 7508.1, 7508.2, 7508.3, 7508.4, 7508.5, or 7508.6, the director may issue a citation to the licensee, qualified certificate holder, or registrant. The citation shall be in writing and shall describe with particularity the nature of the violation, including specific references to the provision of law determined to have been violated, and shall be delivered by certified mail to the licensee's, qualified certificate holder's, or registrant's address of record. If the citation is issued to the qualified certificate holder or registrant, a copy of the citation shall also be sent by certified mail to the licensee's address of record. If the director deems it appropriate, the citation may contain an order of abatement fixing a reasonable time for abatement of the violation and may contain assessment of an administrative fine not to exceed two thousand five hundred dollars (\$2,500).

A citation or fine assessment shall inform the licensee, qualified certificate holder, or registrant that if he or she desires a hearing to contest the finding of a violation, the hearing shall be requested by written notice to the director within 30 days of the issuance of the citation or assessment, as appropriate. Any request for reconsideration received in writing by the director within the 30 days shall stay the 30 days allowed to request a hearing while the director reconsiders the fine assessment. Upon decision, the director shall notify the licensee, qualified certificate holder, or registrant in writing whether the fine assessment has been withdrawn or the fine assessment has been reaffirmed. If the fine assessment has been reaffirmed, the director shall again inform the licensee, qualified certificate holder, or registrant in writing that he or she has 30 days to request a hearing. If a hearing is not requested pursuant to this section, payment

of any fine shall not constitute an admission of the violation charged. Hearings shall be held pursuant to Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code.

If the licensee, qualified certificate holder, or registrant neither requests a hearing nor pays the assessed fine within 30 days of the assessment, the license, qualification certificate, or registration of the person shall not be renewed pursuant to Section 7503.10 and no registration shall be issued pursuant to Article 7 (commencing with Section 7506) until the assessed fine is paid.

Administrative fines collected pursuant to this section shall be deposited in the Private Security Services Fund.

Section 7501.8

(a) When considering the denial of a license, registration, or certificate under Section 7503.5, for which application has been made under this chapter, the director, in evaluating the rehabilitation of the applicant and the applicant's present eligibility for a license, registration, or certificate, shall consider the following criteria:

(1) The nature and severity of the act or crime under consideration as grounds for denial.

(2) Evidence of any act committed subsequent to the act or crime under consideration as grounds for denial, which also could be considered as grounds for denial under Section 7503.5.

(3) The time that has elapsed since commission of the act or crime referred to in paragraph (1) or (2).

(4) The extent to which the applicant has complied with any terms of parole, probation, restitution, or any other sanctions lawfully imposed against the applicant.

(5) Evidence, if any, of rehabilitation submitted by the applicant.

(b) When considering the suspension or revocation of a license, registration, or certificate issued under this chapter on the grounds of conviction of a crime, the director, in evaluating the rehabilitation of the person and the person's present eligibility for a license, registration, or certificate, shall consider the following criteria:

(1) Nature and severity of the act or offense.

(2) Total criminal record.


(3) The time that has elapsed since commission of the act or offense.


(4) Whether the licensee has complied with any terms of parole, probation, restitution, or any other sanctions lawfully imposed against the licensee.

(5) If applicable, evidence of expungement proceedings pursuant to Section 1203.4 of the Penal Code.

(6) Evidence, if any, of rehabilitation submitted by the licensee.

(c) When considering a petition for reinstatement of a license, registration, or certificate, the director shall evaluate evidence of rehabilitation, considering those criteria of rehabilitation listed in subdivision (b).

Section 7502  No person shall engage within this state in the activities of a repossession agency as defined in Section 7500.2 unless the person holds a valid repossession agency license or is exempt from licensure pursuant to Section 7500.2 or 7500.3.


Section 7502.1  (a) Any person who violates any provision of this chapter, or who conspires with another person to violate any provision of this chapter, or who knowingly engages a nonexempt unlicensed person to repossess collateral on his or her behalf is guilty of a misdemeanor, and is punishable by a fine of five thousand dollars (\$5,000), or by imprisonment in the county jail for not more than one year, or by both the fine and imprisonment. In addition, any tow vehicle subject to registration under the Vehicle Code that is used to violate any provision of this chapter is subject to removal and impound pursuant to Section 22850 of the Vehicle Code.

(b) Within existing resources, the Commissioner of Financial Institutions, the Commissioner of Corporations, and the Director of Motor Vehicles may each designate employees to investigate and report on violations of this chapter by any of the licensees of their respective departments. Those employees are authorized to actively cooperate with the bureau in the investigation of those activities.

(c) A proceeding to impose the penalties specified in subdivision (a) may be brought in any court of competent jurisdiction in the name of the people of the State of California by the Attorney General or by any district attorney or city attorney, or with the consent of the district attorney, by the city prosecutor in any city or city and county having a


full-time city prosecutor, for the jurisdiction in which the violation occurred. If the action is brought by a district attorney, the penalty collected shall be paid to the treasurer of the county in which the judgment is entered. If the action is brought by a city attorney or city prosecutor, one-half of the penalty collected shall be paid to the treasurer of the city in which the judgment was entered and one-half to the treasurer of the county in which the judgment was entered. If the action is brought by the Attorney General, all of the penalty collected shall be deposited in the Private Security Services Fund.


Section 7502.2

 (a) Any financial institution that knowingly engages a nonexempt unlicensed person to repossess collateral on its behalf is guilty of a misdemeanor, and is punishable by a fine of five thousand dollars (\$5,000).

(b) Within existing resources, the Commissioner of Financial Institutions and the Commissioner of Corporations may each designate employees to investigate and report on violations of this section by any of the licensees of their respective departments. Those employees are authorized to actively cooperate with the bureau in the investigation of those activities.

(c) A proceeding to impose the fine specified in subdivision (a) may be brought in any court of competent jurisdiction in the name of the people of the State of California by the Attorney General or by any district attorney or city attorney, or with the consent of the district attorney, by the city prosecutor in any city or city and county having a full-time city prosecutor, for the jurisdiction in which the violation occurred. If the action is brought by a district attorney, the penalty collected shall be paid to the treasurer of the county in which the judgment is entered. If the action is brought by a city attorney or city prosecutor, one-half of the penalty collected shall be paid to the treasurer of the city in which the judgment was entered and one-half to the treasurer of the county in which the judgment was entered. If the action is brought by the Attorney General, all of the penalty collected shall be deposited in the Private Security Services Fund.

Section 7502.3  Any person who knowingly falsifies the fingerprints or photographs required by any provision of this chapter is guilty of a felony.

Section 7502.4  In addition to the remedy provided for in Section 125.5, the superior court for the county in which any licensee licensed under this chapter has engaged or is about to engage in any act which constitutes a violation of this chapter may, upon a petition filed by the director and accompanied by an affidavit or affidavits in support thereof and a memorandum of points and authorities, issue a temporary restraining order or other appropriate order restraining the licensee from engaging in the business or profession for which the person is licensed or from any part thereof, in accordance with the provisions of this section.


(a) If an affidavit in support of the petition show that the licensee has engaged or is about to engage in acts or omissions constituting a violation of this chapter and if the court is satisfied that permitting the licensee to continue to engage in the business and profession for which the license was issued will endanger the public health, safety, or welfare, the court may issue an order temporarily restraining the licensee from engaging in the profession for which he or she is licensed.

(b) The order may not be issued without notice to the licensee unless it appears from facts shown by the affidavit that serious injury would result to the public before the matter can be heard on notice.

(c) Except as otherwise specifically provided by this section, proceedings under this section shall be governed by Chapter 3(commencing with Section 525) of Title 7 of Part 2 of the Code of Civil Procedure, except that no undertaking shall be required.

(d) When a restraining order is issued pursuant to this section, or within a time to be allowed by the superior court, but in any case not more than 30 days after the restraining order is issued, an accusation shall be filed by the director pursuant to Section 11503 of the Government Code. The accusation shall be served upon the licensee as provided by Section 11505 of the Government Code. The licensee shall have all of the rights and privileges available as specified in Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code. However, if the licensee requests a hearing on the accusation, the director shall provide the licensee with a hearing within 30 days of the request and a decision within 15 days of the date of the conclusion of the hearing, or the court may nullify the restraining order previously issued. Any restraining order issued pursuant to this section shall be

dissolved by operation of law at such time the director's decision is subject to judicial review pursuant to Section 1094.5 of the Code of Civil Procedure.

Section 7502.5  The provisions of this chapter do not prevent the local authorities in any city, county, or city and county, by ordinance and within the exercise of the police power of the city, county, or city and county from requiring repossession agency licensees or registrants to register their names and a file copy of their state identification cards with the city, county, or city and county. No fee may be charged nor may any application be required by the city, county, or city and county for the registration.


Section 7502.6

(a) The superior court in and for the county wherein any person carries on, or attempts to carry on, business as a repossession agency without first having obtained a license pursuant to this chapter, or carries on that business after the revocation or expiration of any license or during the period of suspension of any license, may, on application of the director, or any person licensed under this act or association representing those licensees or any member of the general public, issue an injunction or other appropriate order restraining that conduct and may impose civil fines not exceeding ten thousand dollars (\$10,000).

(b) A proceeding to impose the fine specified in subdivision (a) and enjoin the unlicensed operation of a repossession agency business may be brought in any court of competent jurisdiction in the name of the people of the State of California by the Attorney General or by any district attorney or city attorney, or with the consent of the district attorney, by a city prosecutor in any city or city and county having a full-time city prosecutor, for the jurisdiction in which the unlicensed activity has occurred. If the action is brought by a district attorney, the penalty collected shall be paid to the treasurer of the county in which the judgment is entered. If the action is brought by a city attorney or city prosecutor, one-half of the penalty collected shall be paid to the treasurer of the city in which the judgment was entered, and one-half to the treasurer of the county in which the judgment was entered. If the action is brought by the Attorney General, all of the penalty collected shall be deposited in the Private Investigator Fund.

(c) The proceedings under this section shall be governed by Chapter 3 (commencing with Section 525) of Title 7 of Part 2 of the Code of Civil Procedure, except that there shall be

no requirement to allege facts necessary to show or tending to show lack of an adequate remedy at law or irreparable injury.


Section 7503  An application for a repossession agency license shall be made in writing to, and filed with, the bureau in the form that may be required by the director and shall be accompanied by the original license fee prescribed by this chapter. The director may require the submission of any other pertinent information, evidence, statements, or documents.

Every application for a repossession agency license shall be signed by the applicant and state, among other things that may be required, the name of the applicant and the name under which the applicant will do business, the location by number and street and city of the office of the business for which the license is sought, and the usual business hours the business will maintain. An applicant who declares as true any material matter pursuant to this section that he or she knows to be false is guilty of a misdemeanor. The residence address, residence telephone number, and driver's license number of each licensee, principal owner of each licensee, and any applicant for a license, if requested, shall be confidential pursuant to the Information Practices Act of 1977 (Chapter 1 (commencing with Section 1798) of Title 1.8 of Part 4 of Division 3 of the Civil Code) and shall not be released to the public.

No license shall be issued in any fictitious name which may be confused with or which is similar to any federal, state, county, or municipal governmental function or agency, or in any name which may tend to describe any business function or enterprise not actually engaged in by the applicant, or in any name which is the same as or so similar to that of any existing licensee as would tend to deceive the public, or in any name which would otherwise tend to be deceptive or misleading.


The application form shall contain a statement informing the applicant that a false or dishonest answer to a question may be grounds for denial or subsequent suspension or revocation of a repossession agency license.


Section 7503.1

 (a) Each individual applicant for examination and each manager, partner of a partnership, and officer of a corporation shall submit with the application, one personal identification form provided by the chief upon which shall appear a photograph taken within one year immediately preceding the date of the filing of the application together with two


legible sets of fingerprints, one set of which shall be forwarded to the Federal Bureau of Investigation for purposes of a background check, and a personal description of each person respectively.

(b) The bureau may impose a fee not to exceed three dollars (\$3) for processing classifiable fingerprint cards submitted by applicants, excluding those submitted into an electronic fingerprint system using electronic fingerprint technology.

Section 7503.2  If the applicant for license is an individual, the application shall state the full residence address of the applicant and that the applicant is to be personally and actively in charge of the business for which the license is sought, or if any other qualified certificate holder is to be actively in charge of such business, the application shall so state and set forth the name of the person. The application shall also state whether the applicant has ever used an alias. The application shall be subscribed and verified by the applicant and, if any other person is to be actively in charge of the business, the application shall also be subscribed and verified by that person.


Section 7503.3  If the applicants for license are copartners, the application shall state the true names and addresses of all partners and the name of the partner to be actively in charge of the business for which the license is sought. If a qualified certificate holder other than a partner is to be actively in charge of the business then the application shall state the name and address of that person. The application shall be subscribed and verified by all of the partners and, if any other person is to be actively in charge of the business, the application shall also be subscribed and verified by that person. The application shall also state whether any of the partners has ever used an alias.

Section 7503.4

 (a) If the applicant for a license is a corporation, the application shall state the true names and complete residence addresses of all officers. The application shall also state the name and address of the person to be actively in charge of the business for which the license is sought. The application shall be subscribed and verified by a duly authorized officer of the applicant and by the qualified certificate holder thereof. The application shall also state whether any of the officers has ever used an alias.

(b) If the applicant for a license is a limited liability company, the application shall state the true names and complete residence addresses of all owners and the name and address of the owner to be actively in charge of the business for which the license is sought. If a qualified certificate holder, other than an owner, is to be actively in charge of the business, then the application shall state the name and address of that person. The application shall be subscribed and verified by each owner and, if any other person is to be actively in charge of the business, the application shall also be subscribed and verified by that person. The application shall also state whether any of the owners has ever used an alias.

(c) Nothing in this chapter permits a domestic or foreign limited liability company to be licensed as a repossession agency.

Section 7503.5  If the director determines that the applicant, if an individual, or if the applicant is a person other than an individual, that its manager and any of its officers and partners have committed any of the following acts, the director may deny the license:

(a) Committed any act, which, if committed by a licensee, would be a ground for the suspension or revocation of a license under this chapter.

(b) Committed any act constituting dishonesty or fraud.

(c) Been refused a license under this chapter or had a license revoked.

(d) Been an officer, partner, or manager of any person who has been refused a license under this chapter or whose license has been revoked.

(e) Committed, or aided and abetted the commission of, any act for which a license is required by this chapter while unlicensed.

(f) Knowingly made any false statement in his or her application.

(g) Committed any act or crime constituting grounds for denial of licensure under Section 480.

The denial shall be in writing and shall describe the basis for the denial. The denial shall inform the applicant that if he or she desires a hearing to contest the denial, the hearing shall be requested of the director, in writing, within 30 days of the issuance of the denial.

When a hearing is held under this section, it shall be conducted in accordance with Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code.

Section 7503.6 No license may be issued to any applicant pending final disposition of any disciplinary action by the director previously filed against the person or applicant or against any partner or officer.

Section 7503.7 The form and content of the license shall be determined by the director in accordance with Section 164.

Section 7503.8 Each repossession agency license or duplicate license, together with current renewal license, if any, shall at all times be conspicuously displayed at the place of business on record with the bureau.

Section 7503.9

(a) Except as provided in this section, a repossession agency license issued under this chapter is not assignable.


(b) A repossession agency may apply to the chief for consent and, upon receipt of the consent and payment of the processing fee authorized by Section 7511, may assign a license to another business entity as long as the direct and indirect owners of the assignor own all of the assignee immediately after the assignment.

Section 7503.11 An expired license may be reinstated within one year of the date of expiration upon compliance with the provisions of this chapter, application by the licensee, and payment of any and all fines assessed pursuant to Section 7501.7 and not resolved in accordance with the provisions of that section and payment of the reinstatement fee provided by this chapter. Reinstatement of an expired license shall not prohibit the bringing of disciplinary proceedings for any act committed in violation of this chapter during the period the license is expired.

Section 7503.12 A suspended repossession agency license is subject to expiration and shall be renewed as provided in this article, but renewal of the license does not entitle the licensee, while the license remains suspended and until it is reinstated, to engage in the licensed activity, or in any other activity or conduct in violation of the order or judgment by which the license was suspended.


Section 7503.13 A revoked repossession agency license is subject to expiration as provided in this article, but it may not be renewed. If it is reinstated after its expiration, the licensee, as a condition precedent to its reinstatement, shall pay a reinstatement fee in an amount

equal to the renewal fee in effect on the last regular renewal date before the date on which it is reinstated, plus the delinquency fee, if any, accrued at the time of its revocation.

Section 7503.14  A repossession agency license which is not renewed within three years after its expiration may not be renewed, restored, reinstated, or reissued thereafter.

The holder of the repossession agency license may obtain a new license only upon compliance with all of the provisions of this chapter relating to the issuance of an original license.

Section 7504

 (a) Except as otherwise provided in this chapter, an applicant for a qualification certificate shall comply with all of the following:

(1) Be at least 18 years of age.

(2) Have been, for at least two years of lawful experience, during the five years preceding the date on which his or her application is filed, a registrant or have had two years of lawful experience in recovering collateral within this state. Lawful experience means experience in recovering collateral as a registrant pursuant to this chapter or as a salaried employee of a financial institution or vehicle dealer. Lawful experience does not include any employment performing work other than skip tracing, debt collection, or actual collateral recovery.

Two years' experience shall consist of not less than 4,000 hours of actual compensated work performed by the applicant preceding the filing of an application.

An applicant shall certify that he or she has completed the claimed hours of qualifying experience and the exact details as to the character and nature thereof by written certifications from the employer, licensee, financial institution, or vehicle dealer, subject to independent verification by the director as he or she may determine. In the event of the inability of an applicant to supply the written certifications from the employer, licensee, financial institution or vehicle dealer, in whole or in part, applicants may offer other written certifications from other persons substantiating their experience for consideration by the director. All certifications shall include a statement that representations made are true, correct, and contain no material omissions of fact to the best knowledge and belief of the applicant or the person submitting the certification. An applicant or person submitting the certification who declares as

true any material matter pursuant to this paragraph that he or she knows to be false is guilty of a misdemeanor.


(3) Complete and forward to the bureau a qualified certificate holder application which shall be on a form prescribed by the director and signed by the applicant. An applicant who declares as true any material matter pursuant to this paragraph that he or she knows to be false is guilty of a misdemeanor. The application shall be accompanied by two recent photographs of the applicant, of a type prescribed by the director, and two classifiable sets of his or her fingerprints. The residence address, residence telephone number, and driver's license number of each qualified certificate holder or applicant for a qualification certificate, if requested, shall be confidential pursuant to the Information Practices Act of 1977 (Chapter 1 (commencing with Section 1798) of Title 1.8 of Part 4 of Division 3 of the Civil Code) and shall not be released to the public.

(4) Pass the required examination.

(5) Pay the required application and examination fees to the bureau.

(b) Upon the issuance of the initial qualification certificate or renewal qualification certificate, the bureau shall issue to the certificate holder a suitable pocket identification card which includes a photograph of the certificate holder. The photograph shall be of a size prescribed by the bureau. The card shall contain the name of the licensee with whom the certificate holder is employed.

(c) The application form shall contain a statement informing the applicant that a false or dishonest answer to a question may be grounds for denial or subsequent suspension or revocation of a qualification certificate.

Section 7504.1  The director may refuse to issue a qualification certificate, or may suspend or revoke a previously issued qualification certificate, if the individual has committed any act which, if committed by a licensee, would be grounds for refusing to issue a license, or for the suspension or revocation of a license under this chapter.

The denial shall be in writing and shall describe the basis for the denial. The denial shall inform the applicant that if he or she desires a hearing to contest the denial, the hearing shall be requested of the director within 30 days of the issuance of the denial.

When a hearing is held under this section, it shall be conducted in accordance with Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code.

Section 7504.2 ☞☞ Examinations and reexaminations shall be given at least once every other month at such places and on such specific dates as the chief may from time to time determine and fix.

Section 7504.3 ☞☞ In order to be eligible for an initial examination, an applicant shall have completed and filed his or her application together with the application fee prescribed by this chapter in the office of the bureau in Sacramento, California, not later than 30 days prior to the next scheduled examination date. Applicants whose applications are not completed and filed within the time limits of this section may, at the discretion of the bureau, be scheduled for the first examination next following the scheduled examination.

Section 7504.4 ☞ If an applicant fails to pass an initial examination, he or she shall not be eligible for any subsequent examination except upon payment of the reexamination fee for each subsequent examination, accompanied by a completed application for reexamination filed within the time limits and conditions relating to applications for initial examinations provided in Section 7504.3.

Section 7504.5 ☞ All applicants shall be examined concerning their competency, experience, and qualifications by the chief and the chief may take testimony of anyone in regard thereto under oath.


Section 7504.6 ☞ If an applicant fails to complete his or her application within one year after it has been filed, or fails to take the examination within a one-year period after becoming eligible therefor, the application shall be considered to be abandoned. An application submitted subsequent to the abandonment of a former application shall be treated as a new application.

Section 7504.7


☞ (a) Except as provided in this section, every qualification certificate issued or renewed under this chapter on or after July 1, 1998, is subject to the same renewal provisions that apply to a repossession agency license as set forth in Sections 7503.10, 7503.11, 7503.12, 7503.13, and 7503.14.


(b) An initial qualification certificate shall expire one year following the date of issuance, unless renewed as provided in this chapter.

(c) A renewal qualification certificate shall expire two years following the date of renewal, unless renewed as provided in this chapter.


Section 7505  A licensee desiring to operate a repossession business at a location other than the address shown on his or her license shall apply and qualify for a license for each additional location. A licensee desiring to operate a repossession business under one or more fictitious trade styles shall apply and qualify for a license for each fictitious trade style. No licensee shall indicate, or cause to be indicated, in any printed matter, or in any directory or listing, that he or she conducts a repossession business under any name, or at any address, other than the names and addresses for which he or she is licensed.

An application for a license for an additional location or an additional trade style shall be in the same form, and the applicant shall meet the same requirements, as for an original license.

Section 7505.1  Every office licensed as a repossession agency shall be under the active charge of a qualified certificate holder. Nothing in this chapter prohibits a licensee from having more than one qualified certificate holder in an office.

Section 7505.2  Nothing in this chapter prohibits the using or taking of personal effects that are connected, adjoined, or affixed to the collateral through an unbroken sequence, if that use or taking is reasonably necessary to effectuate the recovery in a safe manner or to protect the collateral or personal effects. No storage fee shall be charged for the first week on any personal effects used to effectuate a recovery pursuant to this section. Any personal effects used or taken pursuant to this section shall be processed in a reasonably expedient manner pursuant to Sections 7507.9 and 7507.10

Section 7505.3

 (a) Whenever a qualified certificate holder actively in charge of an office ceases to be in charge, the licensee shall file with the bureau notice, in writing, within 30 days from such cessation.

If the notice is filed, the license shall remain in force for a period of 90 days after the filing of the notice. At the end of the 90-day period or an additional period, not to exceed

one year, as specified by the director, if written notice is not given that a qualified person is then actively in charge of the office, the agency license shall be automatically suspended.

If the licensee shall fail to give written notice at the end of the 30-day period, the agency license shall be automatically suspended.


A license suspended under this section may be reinstated upon payment of the reinstatement fee and submission of a reinstatement application.


A person who performs any act for which a repossession agency license is required during the period of suspension is subject to the penal provisions of Article 3 (commencing with Section 7502), in addition to the provisions of Article 9 (commencing with Section 7508) and Article 10 (commencing with Section 7510).


(b) In case of the death of a person licensed as an individual, a member of the immediate family of the deceased licensee shall be entitled to continue the business under the same license for 120 days following the death of the licensee, provided that written notice is made to the bureau within 30 days following the death of the licensee. At the end of the 120-day period, the license shall be automatically canceled. If no request is received within the 30-day period, the license shall be automatically canceled at the end of that period.

(c) In the case of the death or disassociation of a partner of an entity licensed as a partnership, the licensee shall notify the bureau, in writing, within 30 days from the death or disassociation of the individual. If notice is given, the license shall remain in force for 90 days following the death or disassociation. At the end of that period, the license shall be automatically canceled. If the licensee fails to notify the bureau within the 30-day period, the license shall be automatically canceled at the end of that period.

(d) A license extended under this section is subject to all other provisions of this chapter.

Section 7505.4  Except as herein otherwise provided, no person shall be in charge of any licensed office if the person has ever had a license revoked or suspended or has ever been denied registration pursuant to Article 7 (commencing with Section 7506); or if the person was a partner, managing employee, or officer, of a repossession agency the license of which has been revoked for cause.

Section 7505.5  The person deemed to be actively in charge of an office shall be the holder of a qualification certificate and the certificate, together with the current renewal certificate, shall be prominently displayed below the repossession agency's license. The person shall be in charge of not more than two licensed locations. The person shall share equally with the licensee the responsibility for the conduct of the business and the personnel of the licensed agency or agencies, if more than one agency is licensed at that location. This section shall not apply to any licensee who notifies the bureau in writing that the licensee is not conducting any business, but wishes to maintain a current license status with the bureau. When the licensee resumes conducting business, the licensee shall so inform the bureau in writing within 30 days.


Section 7506.3  Except as otherwise provided in this article, every person entering the employ of, or contracting with, a licensee or multiple licensee after the effective date of this article shall immediately complete an application for an initial registration or a reregistration and file the appropriate application with the chief within 15 working days after the commencement of employment or contracted services for the licensee or multiple licensee for whom the applicant is employed or contracted. Applicants for registration must be at least 18 years of age. An applicant who declares as true any material matter pursuant to this section that he or she knows to be false is guilty of a misdemeanor.

(a) An initial registration application shall be required of those persons who have not previously submitted an application for registration, or been registered as a registrant.

(b) A reregistration application shall be required of those persons who have previously submitted or been registered as a registrant.

(c) No registrant of a multiple licensee shall be required to file more than one application for registration or reregistration for each multiple licensee.

(d) The application form shall contain a statement informing the applicant that a false or dishonest answer to a question may be grounds for denial or subsequent suspension or revocation of a registration or reregistration

Section 7506.4  The application for an initial registration or a reregistration under this article shall be on a form prescribed by the director and shall be accompanied by the fee provided for in Section 7511.

Section 7506.5 All information obtained on the application shall be confidential pursuant to the Information Practices Act (Chapter (commencing with Section 1798) of Title 1.8 of Part 4 of Division 3 of the Civil Code) and shall not be released to the public except for the registrant's full name, the licensee's name and address, and the registration number. The application shall be verified and shall include:

(a) The full name, residence address, residence telephone number, date and place of birth, and driver's license number of the applicant or registrant.

(b) A statement listing any and all names used by the applicant or registrant, other than the name by which he or she is currently known. If the applicant or registrant has never used a name other than his or her true name, this fact shall be set forth in the statement.

(c) The name and address of the licensee and the date the employment or contract commenced.

(d) The title of the position occupied by the applicant or registrant and a description of his or her duties.

(e) Two recent photographs of the applicant or registrant, of a type prescribed by the chief, and two classifiable sets of his or her fingerprints, one set of which shall be forwarded to the Federal Bureau of Investigation for purposes of a background check.

(f) The bureau may impose a fee not to exceed three dollars (\$3) for processing classifiable fingerprint cards submitted by applicants, excluding those submitted into an electronic fingerprint system using electronic fingerprint technology.

Section 7506.6 Qualified certificate holders who comply with other provisions of this chapter are not required to register under this article.

Section 7506.7 Employees of a licensee who are engaged exclusively in stenographic, typing, filing, clerical, in-office skip tracing, or other office activities are not required to register under this article.

Section 7506.8

(a) The director may refuse to register any applicant if the individual has failed to pay any or all fines assessed pursuant to Section 7501.7 and not resolved in accordance with that section, or has committed any act that, if committed by a licensee, would be grounds


for refusing to issue a license or for the suspension or revocation of a license under this chapter, or has committed acts or crimes constituting grounds for denial of a license under Section 480.

The denial shall be in writing and shall describe the basis for the denial. The denial shall inform the applicant that if he or she desires a hearing to contest the denial, the hearing shall be requested of the director, in writing, within 30 days of the issuance of the denial.

When a hearing is held under this section, it shall be conducted in accordance with Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code.

(b) The director may suspend or revoke a registration if the registrant has committed any act that, if committed by a licensee, would be grounds for refusing to issue a license or for the suspension or revocation of a license under this chapter.

Section 7506.9

 (a) Upon the issuance of the initial registration, reregistration or renewal, the chief shall issue to the registrant a suitable pocket identification card. At the request of the registrant, the identification card may include a photograph of the registrant. The photograph shall be of a size prescribed by the bureau. The card shall contain the name of the licensee with whom the registrant is registered. The applicant may request to be issued an enhanced pocket card that shall be composed of durable material and may incorporate technologically advanced security features. The bureau may charge a fee sufficient to reimburse the department for costs for furnishing the enhanced pocket card. The fee charged may not exceed the actual cost for system development, maintenance, and processing necessary to provide the service, and may not exceed six dollars (\$6). If the applicant does not request an enhanced card, the department shall issue a standard card at no cost to the applicant.


(b) Until the registration certificate is issued or denied, a person may be assigned to work with a temporary registration on a secure form prescribed by the chief, and issued by the qualified certificate holder, that has been embossed by the bureau with the state seal for a period not to exceed 120 days from the date the employment or contract commenced, provided the person signs a declaration under penalty of perjury that he or she has not been convicted of a felony or committed any other act constituting grounds for denial of a registration pursuant to Section 7506.8 (unless he or she declares that the conviction of a felony or the commission of a

specified act or acts occurred prior to the issuance of a registration by the chief and the conduct was not the cause of any subsequent suspension or termination of a registration), and that he or she has read and understands the provisions of this chapter.

(c) The chief shall issue an additional temporary registration for not less than 60 days nor more than 120 days, if the chief determines that the investigation of the applicant will take longer to complete than the initial temporary registration time period.

(d) No person shall perform the duties of a registrant for a licensee unless the person has in his or her possession a valid repossessor registration card or evidence of a valid temporary registration or registration renewal as described in subdivision (b) of this section or subdivision (c) of Section 7506.10. Every person, while engaged in any activity for which licensure is required, shall display his or her valid pocket card as provided by regulation.

Section 7506.10

 (a) Every initial registration shall expire one year following the date of issuance, unless renewed as provided in this section, except for those registrations issued on or after January 1, 1984, which shall expire on December 31, 1985, and every year thereafter, unless renewed as provided in this section. A renewal registration shall expire two years following the date of renewal, unless renewed as provided in this section.

(b) At least 60 days prior to the expiration, the bureau shall mail a renewal form to the registrant at the licensee's place of business. A registrant who desires to renew his or her registration shall forward to the bureau for each registration the properly completed renewal form obtained from the bureau, with the renewal fee prescribed by this chapter, for renewal of his or her registration. Until the registration renewal certificate is issued, a registrant may continue to work with a temporary registration renewal certificate on a secure form prescribed by the chief and issued by the qualified certificate holder that has been embossed by the bureau with the state seal for a period not to exceed 120 days from the date of expiration of the registration.

(c) A licensee shall provide to his or her registrants information regarding procedures for renewal of registration.

(d) A registration that is not renewed within 60 days after its expiration may not be renewed. If the registration is renewed within 60 days after its expiration, the registrant, as a


condition precedent to renewal, shall pay the renewal fee and also pay the delinquency fee prescribed in this chapter. Registrants working with expired registrations shall pay all accrued fees and penalties prior to renewal or reregistration.

(e) The delinquency fee is 50 percent of the renewal fee in effect on the date of expiration, but not less than twenty-five dollars (\$25).

(f) Upon renewal, evidence of renewal, as the director may prescribe, shall be issued to the registrant. If evidence of renewal has not been delivered to the registrant prior to the date of expiration, the registrant may present evidence of renewal to substantiate continued registration for a period not to exceed 60 days after the date of expiration or a temporary registration renewal certificate as described in subdivision (b).


(g) A registration shall not be renewed until any and all fines assessed pursuant to this chapter and not resolved in accordance with this chapter have been paid.

Section 7506.11


 (a) Each registration is valid until the registrant ceases performing services for the licensee indicated on the registration card or until the registration expires.

(b) Each person registered under this article shall notify the chief, in writing, within 30 days of any change in employment or contract status with a licensee. If the person ceases to be employed by or perform services for a licensee, the licensee shall notify the chief, in writing, within 30 days. The registered individual shall surrender his or her registration card to the licensee. The licensee shall forward the registration card to the chief. If at some subsequent time the person is again employed or retained by a licensee, he or she shall apply for reregistration in the manner provided in this article.

(c) Each registrant, while registered, shall notify the chief, in writing, within 30 days after any change in his or her residence address.


Section 7506.12  The proceedings under this article shall be conducted in accordance with Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code, and the director shall have all the powers granted therein.


Section 7506.13


 (a) The licensee shall at all times be responsible for ascertaining that his or her registrants are currently registered or have made proper application for registration as provided

in this article. The licensee may not have in his or her employment or under contract a person subject to registration who has not registered within the time required or whose registration has expired or been revoked, denied, suspended, or canceled.


(b) The bureau shall keep current and accurate records of all persons registered under this article.

Section 7506.14  If the chief determines that continued services by an applicant for registration in his or her current capacity may present undue hazard to public safety, the licensee, upon proper notification from the chief, shall suspend the applicant from rendering services in that capacity until the licensee is notified in writing by the chief within 60 days from the date of notification of suspension that the applicant's registration has been approved or denied.

Section 7507  A licensee shall notify the bureau within 30 days of any change of its corporate officers or of the addition of any partners. Applications, on forms prescribed by the director, shall be submitted by all new officers and partners. The director may suspend or revoke a license issued under this chapter if the director determines that a new officer or partner has committed any act that constitutes grounds for the denial of a license pursuant to Section 7503.5.


Section 7507.1  A licensee or a qualified certificate holder shall, within 30 days after such change, notify the bureau of any change of his or her address. The principal place of business may be at a residence or at a business address, but it shall be the place at which the licensee maintains a permanent office.


Section 7507.2

 (a) A licensee is responsible for those actions that are performed in violation of this chapter by his or her registrants, including his or her manager, when acting within the course and scope of his or her employment or contract.



(b) Each licensee shall maintain a file or record of the name, address, commencing date of employment or retention, and position of each registrant, and the date of termination of the employment or contract when a registrant is terminated. The file and records, together with usual compensation records, shall be available for inspection by the bureau, and copies thereof,

and information pertaining thereto or contained therein, shall be submitted to the bureau upon request.


Section 7507.3  A repossession agency shall be required to keep and maintain adequate records of all transactions, including, but not limited to, assignment forms; vehicle report of repossession required by Section 28 of the Vehicle Code; vehicle condition reports, including odometer readings, if available; personal effects inventory; notice of seizure; and records of all transactions pertaining to the sale of collateral that has been repossessed, including, but not limited to, bids solicited and received, cash received, deposits made to the trust account, remittances to the seller, and allocation of any moneys not so remitted to appropriate ledger accounts. Records, including bank statements of the trust account, shall be retained for a period of not less than four years and shall be available for examination by the bureau upon demand. In addition, collateral and personal effects storage areas shall be made accessible for inspection by the bureau upon demand. An assignment form may be an original, a photocopy, a facsimile copy, or a copy stored in an electronic format.

Section 7507.4  A licensed repossession agency or its registrants may make demand for payment in lieu of repossession, if the demand is made pursuant to an assignment for repossession.

In making demand upon a debtor for a money payment in lieu of repossession, the reposessor shall present the demand in compliance with the Rosenthal Fair Debt Collection Act (Title 1.6C (commencing with Section 1788) of Part 4 of Division 3 of the Civil Code), setting forth in the demand only the amount that was specified by the creditor in the repossession referral and the fees that are properly chargeable. Itemized receipts shall be furnished the debtor at the time payment is received. Payments received shall forthwith be transmitted to the creditor, disclosing the full amount of money received from the debtor in addition to the contract payments.


Section 7507.5   No charge shall be made for services incurred in connection with the recovery, transportation, and storage of collateral except under terms agreed to by the legal owner at the time of the repossession authorization or specifically agreed upon at a subsequent time. Repair work may not be charged to the legal owner unless expressly authorized by him or her.


Section 7507.6


 (a) Within seven days after a violent act has occurred involving a licensee, or any officer, partner, qualified certificate holder, registrant or employee of a licensee, while acting within the course and scope of his or her employment or contract, that results in a police report or bodily harm or bodily injury, the licensee or the licensee's qualified certificate holder or registrant, shall mail or deliver to the chief a notice concerning the incident upon a form provided by the bureau.

(b) Within seven days after the occurrence of a violent act or a threatened violent act involving a licensee, or any officer, partner, qualified certificate holder, registrant, or employee of a licensee while acting within the course and scope of his or her employment or contract, that results in a police report or bodily harm or bodily injury, the licensee or the licensee's qualified certificate holder or registrant shall send by certified mail, return receipt requested, a notice containing information about the incident to the person or individual who made the assignment. If the assignor is not the legal owner, the assignor shall notify the legal owner of the contents of the notice.

(c) A licensee, qualified certificate holder, or registrant may send the notice set forth in subdivision (b) for a violent act or threatened violent act even if a police report is not made or no bodily harm or bodily injury occurs. Any notice of a threatened violent act provided pursuant to subdivision (b) may only be used to notify a subsequent assignee and not for any collateral purpose. Nothing in this subdivision or subdivision (b) shall be construed to provide immunity against any claim for defamation.

Section 7507.7  Within seven days after receiving a final civil court judgment filed against the licensee or any officer, partner, qualified certificate holder, or registrant of a licensee, for an amount of more than the then prevailing maximum claim that may be brought in a small claims court pertaining to an act done within the course and scope of his or her employment or contract, the licensee, or his or her qualified certificate holder, or his or her registrant, shall mail or deliver to the chief a copy of the judgment.

Section 7507.8  Every advertisement by a licensee, soliciting or advertising business shall contain the licensee's name, address, and license number as they appear in the records of the bureau.

Section 7507.9  Personal effects shall be removed from the collateral, including any personal effect that is mounted but detachable from the collateral by a release mechanism. A complete and accurate inventory of the personal effects shall be made, and the personal effects shall be labeled and stored by the licensee for a minimum of 60 days in a secure manner, except those personal effects removed by or in the presence of the debtor or the party in possession of the collateral at the time of the repossession. If the licensee or the licensee's agent cannot determine whether the property attached to the collateral is a personal effect or a part of the collateral, then that fact shall be noted on the inventory and the licensee or agent shall not be obligated to remove the item from the collateral, unless the item can be removed without the use of tools, in which case it shall be removed and inventoried. The licensee or the licensee's agent shall notify the debtor that if the debtor takes the position that an item is a personal effect, then the debtor shall contact the legal owner to resolve the issue.

(a) The date and time the inventory is made shall be indicated. The permanent records of the licensee shall indicate the name of the employee or registrant who performed the inventory.

(b) The following items of personal effects are items determined to present a danger or health hazard when recovered by the licensee and shall be disposed of in the following manner:

(1) Deadly weapons and dangerous drugs shall be turned over to any law enforcement agency for retention. These items shall be entered on the inventory and a notation shall be made as to the date and the time and the place the deadly weapon or dangerous drug was turned over to the law enforcement agency, and a receipt from the law enforcement agency shall be maintained in the records of the repossession agency.

(2) Combustibles shall be inventoried and noted as "disposed of, dangerous combustible," and the item shall be disposed of in a reasonable and safe manner.

(3) Food and other health hazard items shall be inventoried and noted as "disposed of, health hazard," and disposed of in a reasonable and safe manner.

(c) Personal effects may be disposed of after being held for at least 60 days. The inventory, and adequate information as to how, when, and to whom the personal effects were disposed of, shall be filed in the permanent records of the licensee.

(d) The inventory shall include the name, address, business hours, and telephone number of the repossession agency to contact for recovering the personal effects and an itemization of all personal effects removal and storage charges that will be made by the repossession agency. The inventory shall also include the following statement: "Please be advised that the property listed on this inventory will be disposed of by the repossession agency after being held for 60 days from the date of this notice IF UNCLAIMED."

(e) The inventory shall be provided to a debtor not later than 48 hours after the recovery of the collateral, except that if:

(1) The 48-hour period encompasses a Saturday, Sunday, or postal holiday, the inventory shall be provided no later than 72 hours after the recovery of the collateral.

(2) The 48-hour period encompasses a Saturday or Sunday and a postal holiday, the inventory shall be provided no later than 96 hours after the recovery of the collateral.

(3) Inventory resulting from repossession of a yacht, motor home, or travel trailer is such that it shall take at least four hours to inventory, then the inventory shall be provided no later than 96 hours after the recovery of the collateral. When the 96-hour period encompasses a Saturday, Sunday, or postal holiday, the inventory shall be provided no later than 120 hours after the recovery of the collateral.

(f) Environmental, Olympic, special interest, or other license plates issued pursuant to Article 8 (commencing with Section 5000), Article 8.4 (commencing with Section 5060) or Article 8.5 (commencing with Section 5100) of Chapter 1 of Division 3 of the Vehicle Code that remain the personal effects of the debtor shall be removed from the collateral and inventoried pursuant to this section. If the plates are not claimed by the debtor within 60 days, they shall either (1) be effectively destroyed and the licensee shall, within 30 days thereafter, notify the Department of Motor Vehicles of their effective destruction on a form promulgated by the chief that has been approved as to form by the Director of the Department of Motor Vehicles; or (2) be retained by the licensee indefinitely to be returned to the debtor upon request, in which case the licensee shall not charge more than 60 days' storage on the plates.

(g) The notice may be given by regular mail addressed to the last known address of the debtor or by personal service at the option of the repossession agency.

(h) With the consent of the licensee, the debtor may waive the preparation and presentation of an inventory if the debtor redeems the personal effects or other personal property not covered by a security interest within the time period for the notices required by this section and signs a statement that he or she has received all the property.

(i) If personal effects or other personal property not covered by a security agreement are to be released to someone other than the debtor, the repossession agency may request written authorization to do so from the debtor.



(j) The inventory shall be a confidential document. A licensee shall only disclose the contents of the inventory under the following circumstances:

(1) In response to the order of a court having jurisdiction to issue the order.

(2) In compliance with a lawful subpoena issued by a court of competent jurisdiction.

(3) When the debtor has consented in writing to the release and the written consent is signed and dated by the debtor subsequent to the repossession and states the entity or entities to whom the contents of the inventory may be disclosed.

(4) To the debtor.

Section 7507.10   A licensee shall serve a debtor with a notice of seizure as soon as possible after the recovery of collateral and not later than 48 hours, except that if the 48-hour period encompasses a Saturday, Sunday, or postal holiday, the notice of seizure shall be provided not later than 72 hours or, if the 48-hour period encompasses a Saturday or Sunday and a postal holiday, the notice of seizure shall be provided not later than 96 hours, after the repossession of collateral. The notice shall include all of the following:

(a) The name, address, and telephone number of the legal owner to be contacted regarding the repossession.

(b) The name, address, and telephone number of the repossession agency to be contacted regarding the repossession.

(c) A statement printed on the notice containing the following: "Repossessioners are regulated by the Bureau of Security and Investigative Services, Department of Consumer Affairs, Sacramento, CA. Repossessioners are required to provide you, not later than 48 hours after the recovery of collateral, with an inventory of personal effects or other personal property


recovered during repossession unless the 48-hour period encompasses a Saturday, Sunday, or a postal holiday, then the inventory shall be provided no later than 96 hours after the recovery of collateral."


(d) A disclosure that "Damage to a vehicle during or subsequent to a repossession and only while the vehicle is in possession of the repossession agency and which is caused by the repossession agency is the liability of the repossession agency. A mechanical, electrical, or tire failure, or the loss of, or any damage to, or as a result of, or caused by, any aftermarket parts and accessories not in compliance with Section 24008 of the Vehicle Code shall not be the responsibility of the repossession agency unless the failure, damage, or loss is due to the negligence of the repossession agency."

(e) If applicable, a disclosure that "Environmental, Olympic, special interest, or other license plates issued pursuant to Article 8 (commencing with Section 5000), Article 8.4 (commencing with Section 5060) or Article 8.5 (commencing with Section 5100) of Chapter 1 of Division 3 of the Vehicle Code that remain the personal effects of the debtor will be removed from the collateral and inventoried, and that if the plates are not claimed by the debtor within 60 days, they will be destroyed."


(f) A disclosure of the charges payable by the debtor to the repossession agency for the storage of the collateral and personal effects from the date of repossession until release of the property from storage.

The notice may be given by regular mail addressed to the last known address of the debtor or by personal service at the option of the repossession agency.

Section 7507.11  Any written report to a client shall be submitted by the licensee, the qualified certificate holder, or a person authorized by one or either of them, and the person submitting the report shall exercise diligence in ascertaining whether or not the facts and information in the report are true and correct.

Section 7507.12  With regard to collateral subject to registration under the Vehicle Code, a repossession is complete when the reposessor gains entry to the collateral or when the collateral becomes connected to a tow truck or the reposessor's tow vehicle, as those terms are defined in Section 615 of the Vehicle Code. No person other than the legal owner may direct a reposessor to release a vehicle without legal authority to do so.


Section 7507.13


 (a) A licensed repossession agency is not liable for the act or omission of a legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee, or an agent of any of them, in making an assignment to it or for accepting an assignment from any legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee, or an agent of any of them, and is entitled to indemnity from the legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee for any loss, damage, cost, or expense, including court costs and attorney's fees, that it may reasonably incur as a result thereof. Nothing in this subdivision limits the liability of any person for his or her tortious conduct.


(b) The legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee, or the agent of any of them, is not liable for any act or omission by a licensed repossession agency, or its agent, in carrying out an assignment and is entitled to indemnity from the repossession agency for any loss, damage, cost, or expense, including court costs and attorney's fees, that the legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee, or the agent of any of them, may reasonably incur as a result thereof. Nothing in this subdivision limits the liability of any person for his or her tortious conduct.

(c) The legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee, or the agent of any of them, is not guilty of a violation of Section 7502.1 or 7502.2 if, at the time of the assignment, the party making the assignment has in its possession a copy of the reposessor's current, unexpired repossession agency license, and a copy of the current, unexpired repossession agency's qualified manager's certificate, and does not have actual knowledge of any order of suspension or revocation of the license or certificate.

(d) Neither a licensed repossession agency nor a legal owner, debtor, lienholder, lessor or lessee, or an agent of any of them may, by any means, direct or indirect, express or implied, instruct or attempt to coerce the other to violate any law, regulation, or rule regarding the recovery of any collateral, including, but not limited to, the provisions of this chapter or Section 9609 of the Commercial Code.

Section 7507.115  A licensee shall not appraise the value of any collateral.

Section 7508  The director may assess administrative fines against any repossession agency licensee, qualified certificate holder, or registrant for any of the prohibited acts outlined in this article.


Section 7508.1  The director may assess administrative fines for the following prohibited acts:

(a) Knowingly making any false report to his or her employer or client for whom information was being obtained. The fine shall be one hundred dollars (\$100) for the first violation, and five hundred dollars (\$500) for each violation thereafter.

(b) Using any identification to indicate registration as a reposessor, other than the bureau-issued registration card, except an employer identification card issued by the repossession agency which has met bureau approval. A bureau-issued registration card shall be carried by those individuals specified by Section 7506.3, and shall be shown on demand to any bureau employee or law enforcement officer. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

(c) Using an alias in connection with the official activities of the licensee's business. A notice of warning shall be issued for the first violation. Thereafter the fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

(d) Appearing as an assignee party in any court proceeding involving claim and delivery, replevin, or other possessory court action, action to foreclose a chattel mortgage, mechanic's lien, materialman's lien, or any other lien. This section shall not prohibit a licensee from appearing as a defendant in any of the preceding actions. The fine shall be one hundred dollars (\$100) for each violation.

Section 7508.2  The director may assess administrative fines for any of the following prohibited acts:

(a) Recovering collateral or making any money demand in lieu thereof, including, but not limited to, collateral registered under the Vehicle Code, that has been sold under a security agreement before a signed or telegraphic authorization has been received from the legal owner, debtor, lienholder, lessor, or repossession agency acting on behalf of the legal owner, debtor, lienholder, or lessor of the collateral. A telephonic assignment is acceptable if the legal owner, debtor, lienholder, lessor, or repossession agency acting on behalf of the legal owner, debtor, lienholder, or lessor is known to the licensee and a written authorization from the legal owner, debtor, lienholder, lessor, or repossession agency acting on behalf of the legal owner, debtor, lienholder, or lessor is received by the licensee within 10 working days or a request by

the licensee for a written authorization from the legal owner, debtor, lienholder, lessor, or repossession agency acting on behalf of the legal owner, debtor, lienholder, or lessor is made in writing within 10 working days. Referrals of assignments from one licensee to another licensee are acceptable. The referral of an assignment shall be made under the same terms and conditions as in the original assignment. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each of the first five violations and one hundred dollars (\$100) for each violation thereafter, per audit.

(b) Using collateral or personal effects, which have been recovered, for the personal benefit of a licensee, or officer, partner, manager, registrant, or employee of a licensee. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for the first violation and one hundred dollars (\$100) for each violation thereafter. This subdivision does not apply to personal effects disposed of pursuant to subdivision (c) of Section 7507.9. Nothing in this subdivision prohibits the using or taking of personal property connected, adjoined, or affixed to the collateral through an unbroken sequence if that use or taking is reasonably necessary to effectuate the recovery in a safe manner or to protect the collateral or personal effects.

(c) Selling collateral recovered under the provisions of this chapter, except with written authorization from the legal owner or mortgagee thereof. The fine shall be one hundred dollars (\$100) for the first violation and five hundred dollars (\$500) for each violation thereafter, per audit.

(d) Failing to remit all money due clients within 10 working days after finalization of the sale of collateral. The licensee shall deposit all money received in the form of cash or negotiable instruments made payable to the licensee for money due clients from the sale of collateral that has been repossessed in a trust account within five working days, and the money shall be withdrawn only for remittance to the client and for the payment of amounts due the licensee. The fine shall be two hundred fifty dollars (\$250) for the first violation and one thousand dollars (\$1,000) for each violation thereafter. For purposes of this subdivision, "finalization of sale" means the time when the documents of title or ownership which permit transfer of title from the legal owner to the purchaser are received by the repossession agency.

(e) Failing to remit moneys collected in lieu of repossession or redemption to a client within 10 working days after receipt of the moneys. The fine shall be two hundred fifty

dollars (\$250) for the first violation and one thousand dollars (\$1,000) for each violation thereafter.


(f) Failing to deliver to a client any negotiable instrument received by the licensee made payable to the client within 10 working days of receipt of the negotiable instrument. No licensee, manager, registrant, or employee of a licensee shall accept a negotiable instrument made payable to a client unless they have authorization from the client to accept the negotiable instrument. The fine shall be two hundred fifty dollars (\$250) for the first violation and one thousand dollars (\$1,000) for each violation thereafter.

(g) Unlawfully entering any private building or secured area without the consent of the owner, or of the person in legal possession thereof, at the time of repossession. The fine shall be five hundred dollars (\$500) for each violation.

(h) Committing unlawful assault or battery on another person. The fine shall be five hundred dollars (\$500) for each violation.

(i) Falsification or alteration of an inventory. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

(j) Soliciting from the legal owner the recovery of specific collateral registered under the Vehicle Code or under the motor vehicle licensing laws of other states after the collateral has been seen or located on a public street or on public or private property without divulging the location of the vehicle. The fine shall be one hundred dollars (\$100) for the first violation and two hundred fifty dollars (\$250) for each violation thereafter.

Section 7508.3  A licensee, or any of his or her registrants or employees, or a qualified certificate holder, shall be prohibited from using any false or misleading representation during the course of recovery of collateral and may be issued a notice of warning for the first violation; assessed a twenty-five dollar (\$25) fine for the second violation; and assessed a one hundred dollar (\$100) fine for any subsequent violation of any of the following:

(a) The false representation or implication that the individual is vouched for, bonded by, or affiliated with the United States or with any state, county, city, or city and county, including the use of any badge, uniform, or facsimile thereof.

(b) The false representation or implication that any individual is an attorney or that any communication is from any attorney.

(c) The representation or implication by a repossession agency or its registrants or employees that nonpayment of any debt will result in the arrest or imprisonment of any person or the seizure, garnishment, attachment, or sale of any property or wages of any person, unless the action is lawful and the creditor has instructed the repossession agency to inform the debtor that the creditor intends to take the action.

(d) The threat to take any action that cannot legally be taken or that is not intended to be taken.


(e) The false representation or implication that the debtor committed any crime or other conduct in order to disgrace the debtor.

(f) The use or distribution of any written communication which simulates or is falsely represented to be a document authorized, issued, or approved by any court, official, or agency of the United States or any state, or which creates a false impression as to its source, authorization, or approval.

(g) The false representation or implication that documents are legal process.

(h) The use of any business, company, or organization name other than the true name of the repossession agency's business, company, or organization.

(i) The use of any deceptive forms.

Section 7508.4  The director may assess administrative fines for any of the following prohibited acts:

(a) Conducting business from any location other than that location to which a license was issued or conducting a business as an individual, partnership, limited liability company, or corporation unless the licensee holds a valid license issued to that exact same individual, partnership, limited liability company, or corporation. The fine shall be one thousand dollars (\$1,000) for each violation.

(b) Aiding or abetting an unlicensed reposessor or assigning his or her license. "Assigning his or her license" means that no licensee shall permit a registrant, employee, or agent in his or her own name to advertise, engage clients, furnish reports, or present bills to clients, or in any manner whatsoever to conduct business for which a license is required under this chapter. The fine shall be one thousand dollars (\$1,000) for each violation.

(c) Failing to register registrants within 15 days. The fine shall be two hundred fifty dollars (\$250) for each of the first two violations and one thousand dollars (\$1,000) for each violation thereafter.

(d) Employing a person whose registration has expired or been revoked, denied, suspended, or canceled, if the bureau has furnished a listing of these persons to the licensee. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

(e) Failing to notify the bureau, within 30 days, of any change in officers. A notice of warning shall be issued for the first violation. Thereafter, the fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

(f) Failing to present the debtor with an itemized receipt of payment, if payment is made in lieu of repossession. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for the first violation and one hundred dollars (\$100) for each violation thereafter.

(g) Failing to submit the notices regarding a violent act or threatened violent act within seven days pursuant to Section 7507.6 or to submit a copy of a judgment awarded against the licensee for an amount of more than the then prevailing maximum claim that may be brought in small claims court within seven days pursuant to Section 7507.7. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for the first violation and one hundred dollars (\$100) per violation thereafter.

(h) Failing to include the licensee's name, address, and license number in any advertisement. A notice of warning shall be issued for the first violation. Thereafter, the fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

(i) Failing to maintain personal effects for at least 60 days. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for the first violation and one hundred dollars (\$100) for each violation thereafter.


(j) Failing to provide a personal effects list or a notice of seizure within the time limits set forth in Section 7507.9 or 7507.10. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for the first violation and one hundred dollars (\$100) for each violation thereafter.

(k) Failing to file the required report pursuant to Section 28 of the Vehicle Code. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each of the first five violations and one hundred dollars (\$100) for each violation thereafter, per audit.


(l) Failing to maintain an accurate record and accounting of secure temporary registration forms. The qualified certificate holder shall be fined twenty-five dollars (\$25) for the first violation, one hundred dollars (\$100) for the second violation, two hundred fifty dollars (\$250) for the third violation, and two hundred fifty dollars (\$250) plus a one-year suspension of the privilege to issue temporary registrations pursuant to Section 7506.9 for the fourth and subsequent violations.

(m) Representing that a licensee has an office and conducts business at a specific address when that is not the case. The fine shall be five thousand dollars (\$5,000) for each violation.

(n) Notwithstanding any other provision of law, the money in the Private Security Services Fund that is attributable to administrative fines imposed pursuant to subdivision (c) shall not be continuously appropriated and shall be available for expenditure only upon appropriation by the Legislature.

Section 7508.5  The director may assess administrative fines against a repossession agency registrant for the following acts, in addition to fines imposed pursuant to any other section in this article. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each of the following violations:

- (a) Knowingly submit a false report to his or her employer.
- (b) Submitting a report to a client without authorization by his or her employer.
- (c) Failing to carry a bureau-issued identification card and failing to show that card upon demand to a bureau employee or a law enforcement officer.
- (d) Failing to register.
- (e) Failing to return his or her registration card to the employer upon termination.
- (f) Failing to report a violent act involving the registrant to the licensee or the licensee's qualified certificate holder within 24 hours.

Section 7508.6  The director may assess administrative fines against any repossession agency licensee, qualified certificate holder, or registrant for failure to notify the bureau within 30 days of any change of residence or business address. The fine shall be twenty-five dollars (\$25) for each violation.

Section 7510 Except as otherwise required to comply with the provisions of this chapter, the proceedings under this article shall be conducted in accordance with Chapter 5 (commencing with Section 11500) of Part 1 of Division 3 of Title 2 of the Government Code, and the director shall have all the powers granted therein.

Section 7510.1 In addition to any other remedies authorized by this chapter, the director may suspend or revoke a repossession agency license, a qualification certificate, or registration issued under this chapter if the director determines that the licensee or the licensee's manager, if an individual, or if the licensee is a person other than an individual, that any of its officers, partners, registrants, employees, or its manager, has:

(a) Made any false statement or given any false information in connection with an application for a license, qualification certificate, or registration, or a renewal or reinstatement thereof.

(b) Violated any provisions of this chapter.

(c) Violated any rule of the director adopted pursuant to authority contained in this chapter.

(d) Been convicted of a felony or any crime substantially related to the repossession agency business including illegally using, carrying, or possessing a deadly weapon.

(e) Committed or permitted any registrant or employee to commit any act while the license was expired which would be cause for the suspension or revocation of a license, or grounds for the denial of an application for a license.

(f) Unlawfully committed assault, battery, or kidnapping, or used force or violence on any person.

(g) Knowingly violated, or advised, encouraged, or assisted the violation of any court order or injunction in the course of business as a licensee.

(h) Been convicted of a violation of Section 148 of the Penal Code, resisting or obstructing a public officer.

(i) Committed any act which is a ground for denial of an application for license under this chapter.

(j) Committed any act prohibited by Chapter 1.5 (commencing with Section 630) of Title 15 of Part 1 of the Penal Code.


(k) Committed any act in the course of the licensee's business constituting dishonesty or fraud, including, but not limited to:

(1) Knowingly making a false statement relating to evidence or information obtained in the course of employment or while under contract, or knowingly publishing a slander or a libel in the course of business.

(2) Using illegal means in the collection or attempted collection of a debt or obligation.

(l) Represented that the licensee has an office and conducts business at a specific address when that is not the case.

Section 7510.2

 (a) Any licensee, or any officer, partner, registrant, employee, or manager of a licensee, who is found by the director to have committed any acts prohibited by Section 7510.1, resulting in revocation of a license, shall dispose of any financial interest in any repossession agency required to be licensed by this act within 90 days of the effective date of the revocation, or at a later date, approved in writing by the director, not to exceed 180 days.

(b) No licensee, or any officer, partner, registrant, employee, or manager of a licensee, who is found by the director to have committed any acts prohibited by Section 7510.1, shall, during the period of suspension or revocation, acquire any financial interest in any repossession agency required to be licensed by this act.


(c) The requirements and prohibitions of this section shall also apply to any immediate family member of a licensee, or officer, partner, registrant, employee, or manager of a licensee, if the family member actively participated in the management or operation of the repossession agency whose license was revoked.

(d) Any immediate family member of a licensee, or officer, partner, registrant, employee, or manager of a licensee, not subject to subdivision (c), shall dispose of all financial interest in the repossession agency of the licensee whose license was revoked, within the time period required in subdivision (a).


(e) Any financial interest transferred for the purpose of avoiding the prohibitions of this section shall be deemed a financial interest of the transferor.

(f) As used in this section, "financial interest" includes, but is not limited to, any type of ownership interest, debt, loan, lease, compensation, remuneration, discount, rebate, refund, dividend, distribution, subsidy, or other form of direct or indirect payment, whether in money or otherwise.

(g) As used in this section, "immediate family" includes one's spouse, children, parents, siblings, and spouses of one's children or siblings.

Section 7510.4  The record of conviction, or a certified copy thereof, shall be conclusive evidence of such conviction.

A plea or verdict of guilty or a conviction following a plea of nolo contendere is deemed to be a conviction within the meaning of this article. The director may order the license suspended or revoked, or may decline to issue a license, when the time for appeal has elapsed, or the judgment of conviction has been affirmed on appeal or when an order granting probation is made suspending the imposition of sentence, irrespective of a subsequent order under the provisions of Section 1203.4 of the Penal Code allowing such person to withdraw his or her plea of guilty and to enter a plea of not guilty, or setting aside the verdict of guilty or dismissing the accusation, information, or indictment.

Section 7511  Effective July 1, 1998, the bureau shall establish and assess fees and penalties for licensure and registration as displayed in this section. The fees prescribed by this chapter are as follows:

(a) The application fee for an original repossession agency license may not exceed eight hundred twenty-five dollars (\$825).

(b) The application fee for an original qualification certificate may not exceed three hundred twenty-five dollars (\$325).

(c) The renewal fee for a repossession agency license may not exceed seven hundred fifteen dollars (\$715) biennially.

(d) The renewal fee for a license as a qualified certificate holder may not exceed four hundred fifty dollars (\$450) biennially.

(e) Notwithstanding Section 163.5, the reinstatement fee for a repossession agency license required pursuant to Sections 7503.11 and 7505.3 is the amount equal to the renewal fee plus a penalty of 50 percent thereof.

(f) Notwithstanding Section 163.5, the reinstatement fee for a license as a qualified certificate holder required pursuant to Sections 7504.7 and 7503.11 is the amount equal to the renewal fee plus a penalty of 50 percent thereof.

(g) A fee for reexamination of an applicant for a qualified manager may not exceed thirty dollars (\$30).

(h) An initial registrant registration fee may not exceed seventy-five dollars (\$75), a registrant reregistration fee may not exceed thirty dollars (\$30), and a registrant biennial renewal fee may not exceed sixty dollars (\$60) per registration. Notwithstanding Section 163.5 and this subdivision, the reregistration fee for a registrant whose registration expired more than one year prior to the filing of the application for reregistration may not exceed seventy-five dollars (\$75).

(i) The delinquency fee is 50 percent of the renewal fee in effect on the date of expiration, but not less than twenty-five dollars (\$25).

(j) The fingerprint processing fee is that amount charged the bureau by the Department of Justice.

(k) The director shall furnish one copy of any issue or edition of the licensing law and rules and regulations to any applicant or licensee without charge. The director shall charge and collect a fee not to exceed ten dollars (\$10) plus sales tax for each additional copy which may be furnished on request to any applicant or licensee, and for each copy furnished on request to any other person.

(l) The processing fee for the assignment of a repossession agency license pursuant to Section 7503.9 may not exceed one hundred twenty-five dollars (\$125).

This section shall become operative July 1, 1998, except that the changes to this section enacted during the first year of the 1999-2000 Regular Session shall become operative January 1, 2000. Notwithstanding the operative date of this section, before, on, or after July 1, 1998, the bureau may adopt regulations specifying the fees authorized by this section.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายฐิติกร รอดวิจิตร

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2544

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 55

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ปีการศึกษา 2545

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นายทหารสืบสวนสอบสวนจังหวัดทหารบกอุดรดิตถ์